



UNIVERSIDAD DE BURGOS

**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

TESIS DOCTORAL

**LOS PRINCIPIOS DE DIGNIDAD
HUMANA, PROPORCIONALIDAD Y
BUENA FE COMO LÍMITES A LOS
DERECHOS DEL TRABAJADOR**

CLOCEMAR LEMES SILVA

DIRECTORES:

DR. D. TOMÁS PRIETO ÁLVAREZ

DR. D. LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN

Burgos, 2016

Agradecimientos

Los más difícil de agradecer es el riesgo de la injusticia de olvidar a todos aquellos que de alguna forma han sido importantes y que han contribuido a la elaboración de este trabajo.

Sin embargo, creo que sería todavía más injusto no citar a algunas personas sin las cuales este trabajo de investigación simplemente no existiría.

Así, agradezco a mis amigos Rafael Marques da Silva, por orientarme al Curso, a mis secretarios y amigos Patrícia Arisi y Francisco José Dorneles de Moraes Nunes, que me mucho contribuyeron a esta investigación.

A mi querida amiga y profesora Dra. Nuria Belloso Martín por el incentivo y por su siempre tan pronta atención y disposición en atenderme.

Agradezco a mis directores de Tesis, Drs. Tomás Prieto Álvarez y Luis E. Delgado del Rincón, por su indispensable orientación, correcciones, sugerencias, comentarios y por todo el apoyo que me han brindado durante estos años de investigación.

No puedo dejar de dedicar un especial agradecimiento al Dr. Tomás Prieto, que más que un Profesor Orientador, ha sido un amigo incansable en conducirme de la mano durante todo el camino. Tomás, ¡sí podemos!

Agradezco a mis queridos y amados padres que, incluso sin tener graduación académica, siempre tuvieron la lucidez de hacerme creer en los libros y en los estudios.

Agradezco al *Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Rio Grande do Sul* (Brasil), por el periodo de beca que me ha concedido y por el apoyo institucional en esta fase final, sin lo cual esto no sería posible.

Agradezco, claro, a mis hijos, cuando empecé, ellos todavía no estaban aquí, pero en los últimos meses han contribuido definitivamente para las madrugadas de estudios y para entender la importancia del tiempo.

Y por supuesto, a Fabrícia, mi amada esposa y compañera de todas las horas, que siempre estuvo aquí y que sigue siendo quien, más que nadie, sabe todos los porqués.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
PARTE PRIMERA - LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y LA RELACIÓN LABORAL.....	15
CAPÍTULO I - DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. 17	
I.1.- Marco histórico de los derechos y la dignidad humana.....	18
I.2.- Dignidad de la persona: concepto, caracteres esenciales y contenido central.....	32
I.2.1.- Concepto	32
I.2.2.- La dignidad de la persona como principio fundamental: caracteres	42
I.2.3.- El ser humano como contenido esencial de la dignidad de la persona humana y fundamento del Derecho	45
I.2.4.- La dignidad de la persona humana como elemento conformador de los derechos fundamentales.....	48
I.3.- Derechos Fundamentales y Derechos Humanos. Características esenciales.....	55
I.4.- Eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y en el ámbito de las relaciones de trabajo	66
CAPÍTULO II - LA RELACIÓN LABORAL Y EL PODER DIRECTIVO EMPRESARIAL	79
II.1. - Definición.....	79
II.2. - El poder directivo como deber	84
II.3. - Las manifestaciones del poder directivo: dimensiones	87
II.4. - Naturaleza y fundamentos jurídicos del poder directivo	93
II.5. - Límites del poder directivo.....	98
II.5.1. - Límites de origen contractual	100
II.5.2. - Límites de origen legal.....	103
PARTE SEGUNDA - LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR	109
CAPÍTULO III - LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR POR RAZÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA	111
III. 1. - Las limitaciones a los derechos fundamentales: algunas consideraciones generales	111
III. 2. - La dignidad de la persona humana como límite de los derechos fundamentales: la moralidad pública como bien jurídico.....	121
III. 3. - La dignidad de la persona en determinadas actividades humanas como profesiones.....	132

III. 3.1. - El lanzamiento de enanos	134
III. 3.2. - La prostitución.....	142
III. 3.3. - Las Artes Marciales Mixtas - MMA.	161
CAPÍTULO IV - LA BUENA FE Y LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIOS DEL DERECHO: SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL	183
IV. 1. - Algunas nociones generales sobre los principios (generales) del Derecho	183
IV. 2. - El Principio de la Buena Fe	192
IV.2.1. - Aproximación conceptual.....	192
IV.2.2. - Origen y desarrollo histórico	195
IV.2.3. - Aplicación	199
IV. 3. - El Principio de Proporcionalidad	207
IV. 3.1. - Origen y Fundamentos	207
IV. 3.2. - Aplicación.....	210
IV. 3.2.1. - La adecuación – Idoneidad.....	215
IV. 3.2.2. - La necesidad – Indispensabilidad	218
IV. 3.2.3. - La Proporcionalidad en sentido estricto – Ponderación	221
IV. 3.3. - La Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (TCE) como criterio general para limitar los derechos fundamentales en el ámbito laboral.....	225
IV. 3.4. - La Proporcionalidad en la jurisprudencia del <i>Supremo Tribunal Federal</i> (STF) y del <i>Tribunal Superior do Trabalho</i> (TST).....	230
IV. 4. - Los principios de proporcionalidad y de buena fe objetiva como marcos definidores de los derechos fundamentales en contrato de trabajo.	243
IV. 4.1. - La buena fe como requisito para la licitud de los actos civiles	249
IV. 4.2. - La propuesta en relación con algunos derechos fundamentales.....	262
IV. 4.2.1. - La intimidad personal y familiar. La vida privada	263
IV. 4.2.2. - La libertad religiosa.....	273
IV. 4.2.3. - El derecho a la propia imagen.	288
CONCLUSIONES.....	293
BIBLIOGRAFÍA	301

INTRODUCCIÓN

Aunque se observe en algunos países movimientos tendentes a la reducción de la jornada normal de trabajo, en la gran mayoría de los países que integran las llamadas democracias sociales aún predomina la carga horaria normal de ocho horas diarias¹.

Así, establecida la premisa de que el ser humano consume, como media, de siete a nueve horas diarias en el sueño, se concluye que la mitad del día útil del hombre y mujer económicamente activos se dedica al trabajo, por lo que no es de extrañar, por tanto, que buena parte de los conflictos existentes en la sociedad moderna deriven de la relación de trabajo.

En esta misma perspectiva, puede entenderse que la vertiginosa evolución tecnológica experimentada por el hombre en el último siglo, especialmente a partir de la segunda mitad de la década de 1980 en el campo de las llamadas TIC (tecnología de la información y comunicación), proyecte también sus efectos sobre las relaciones laborales, creando nuevos retos para los operadores del derecho laboral.

¹ Según establece el artículo 7º, inciso XIII, de la Constitución Federal Brasileña (en adelante CFB), constituye un derecho fundamental social de todos los trabajadores urbanos y rurales “Duración del trabajo normal no superior a las ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, facultándose la compensación de horario y la reducción de la jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo del trabajo”.

Si, por una parte se crean nuevas formas de trabajo con zonas de confort para el trabajador, por otra surgen y se perfeccionan nuevas formas de control de la actividad laboral. Es lo que se ha denominado “feudalismo industrial”²; es decir, una revolución industrial de bases cibernéticas, repitiendo viejos métodos de explotación con nuevas técnicas hasta entonces ni siquiera imaginadas.

La legislación laboral brasileña, a diferencia de lo que sucede en España y en otros países de Europa³, no alberga una regla específica sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la legislación laboral, pero parece claro, de todos modos, que al adentrarse en el espacio designado para el desarrollo de las relaciones de trabajo, el empleado no se despoja de sus derechos fundamentales, para integrar la máquina productiva como si fuera una pieza más del engranaje. Como ser humano que es, conserva la dignidad que le es inherente a esta condición, transportando hacia el interior de esta relación una esfera mínima de protección contra los actos invasivos que pueda llevar a cabo el empleador en el ejercicio de la actividad productiva⁴.

Ante la posibilidad de que el mundo del trabajo no constituya un espacio de ejercicio de derechos fundamentales, se impone la noción elemental de que cuando el trabajador entra en el ámbito laboral “no cuelga” sus derechos fundamentales a la puerta de la empresa, de manera que se justifica el control

² MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Lex Nova. Valladolid. 2002, p. 101.

³ En España, el *el Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores*, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre de 2015, establece en su artículo 20, Apartado 3º, que: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta, en su caso la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.” En el mismo sentido se regula en Italia, donde se encuentran disposiciones específicas sobre la protección de la dignidad y libertad del trabajador en el *Statuto dei Diritti dei Lavoratori*, de 1970.

⁴ En este sentido, la STC 88/1985: “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos fundamentales que corresponden al trabajador como ciudadano”; y la STC 99/1994: “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que corresponden al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada”

absoluto e indiscriminado de la actividad laboral del empleado por el empleador por el simple hecho de que nuevas tecnologías lo permitan.

A los operadores del Derecho del Trabajo se les presenta el importante problema de definir el límite del ejercicio de estos derechos fundamentales — considerados el núcleo de las Constituciones Modernas y, por tanto, del propio ordenamiento jurídico de los así denominados países democráticos— en el ámbito de trabajo y/o en función de esta relación.

Todo derecho, incluso los de naturaleza fundamental, comporta límites⁵. Pero, ¿cuáles son los límites de estos derechos en el ámbito de la relación de empleo? Más importante aún: ¿existen criterios que puedan ser objetivamente adoptados con el fin de obtener una noción más precisa para esta delimitación tan importante que constituye la medida de armonía entre los derechos fundamentales de los trabajadores y el poder directivo que rige la actividad económica desarrollada por los empleadores?

Es claro, por tanto, que derechos fundamentales tales como la libertad de elección de profesión u oficio, la libertad de pensamiento, la libertad religiosa, la intimidad y el honor, así como la misma dignidad de la persona —que es fundamento propio de todos estos derechos—, son inherentes al trabajador y puede disfrutar de ellos en el ámbito laboral.

Sin embargo, esta premisa es tan verdadera como la de que ese ámbito, el de trabajo, es un ámbito especial, con derechos propios y específicos —como la elección de profesión u oficio—; además la relación laboral se despliega en un espacio que no es espacio restringido o exclusivo del trabajador, de tal modo que el ejercicio del conjunto de sus derechos no pueden tener las mismas limitaciones

⁵ El TC, en la STC 98/2000, lo deja claro cuando dictamina que “Igualmente es doctrina reiterada de este Tribunal que ‘el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho’ (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, y 143/1994, de 9 de mayo)”.

que poseen cuando éste se encuentra en período de ocio o en el ámbito familiar. Es más, la razón de ser de la presencia del trabajador en el ámbito profesional de la empresa es, precisamente, el desempeño de tu tarea profesional bajo el poder y las órdenes del empleador. Esta circunstancia, sin duda, afectará, en alguna medida, al despliegue de sus derechos fundamentales. En este trabajo trataremos de precisar cuál es la medida cabal de esa limitación de los derechos fundamentales del trabajador en el contexto laboral.

En concreto, nos interrogaremos hasta qué punto la dignidad humana no solo configura los derechos laborales, sino también los puede limitar; además nos preguntaremos cómo el trabajador puede ejercer con legitimidad sus derechos laborales sin que con tal ejercicio comprometa la propia existencia de la relación de empleo, para lo cual el recurso a los principios de proporcionalidad y buena fe resulta imprescindible.

En desarrollo de las ideas que, sucintamente, acaban de exponerse, este trabajo doctoral se dividirá en dos partes, que agrupan entre ellas cuatro capítulos, con el siguiente contenido:

La parte primera de la Tesis, con el título *Los derechos fundamentales del trabajador y la relación laboral*, se estructura en dos capítulos: en el primero, *Dignidad humana y derechos fundamentales del trabajador*, se presentan los derechos fundamentales del trabajador desde su misma base, que no puede ser otra que la dignidad humana: y es que se parte de que la dignidad de la persona se sitúa en el fundamento mismo de todo el Derecho y de todos y cada uno de los derechos de las personas. Parece lógico que justifiquemos por qué hemos calificado a la dignidad como “principio”, título que entendemos no se circunscribe, ni mucho menos, al Derecho español, sino que cabe atribuirle validez universal. A partir de ahí, se acomete también la descripción de los derechos fundamentales, sus características esenciales y su eficacia en las

relaciones entre particulares. En particular, nos detendremos en su eficacia en los ámbitos de las relaciones de trabajo.

El capítulo segundo, *La relación laboral y el poder directivo empresarial*, se dedica al segundo ingrediente de nuestra investigación que no es otro que la relación laboral; en particular, nos ocuparemos de la descripción del poder directivo en el ámbito empresarial, en la medida en que su virtualidad será clave para determinar la extensión y límites de los derechos laborales del empleado.

La parte segunda se dedica a *Los límites de los derechos del trabajador*, que a su vez consta también de dos capítulos. El primero de ellos, capítulo tercero, bajo la rúbrica *Los límites de los derechos del trabajador por razón de la dignidad humana*, intenta ilustrar una segunda función de este principio fundante de todo el Derecho: este opera no solo como basamento y fuente de los derechos, sino que también actúa como delimitador o limitador del ejercicio de derechos de la persona, en concreto en el ámbito laboral.

Por último, en el capítulo cuarto, *La buena fe y la proporcionalidad como principios del Derecho: su aplicación en el ámbito de la relación laboral*, se indaga en el papel que estos derechos juegan en el cabal ejercicio —y limitación— de los derechos laborales.

Sobre el segundo de estos principios, la jurisprudencia consagrada por el TC español a lo largo de varios años se sedimentó en el sentido de que, al tratarse de derechos fundamentales, el ejercicio del poder directivo debe observar rigurosamente el principio de la proporcionalidad en la hora de limitar tales derechos, lo que permite concluir que toda y cualquier medida del empleador que no sea practicada con observancia del principio de la proporcionalidad constituye una actuación ilegítima del poder directivo y, por lo tanto, violadora del espacio de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral.

Este criterio, sin embargo, aunque de inexorable observancia, parece responder a la cuestión únicamente a partir de la restricción al poder directivo. Los límites son dictados únicamente en relación al ejercicio del derecho patronal, sin abordar el problema desde el ángulo de la delimitación de los derechos fundamentales propiamente dichos, es decir, sin definir cuál es el criterio que debe ser adoptado por el jurista al proponer una delimitación de los actos del empleado en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales frente a aquel poder.

Intentando complementar la solución ya presentada, la sencilla respuesta que se propone al tema es la aplicación del principio de la buena fe objetiva como elemento integrador, en la medida en que permita el encuentro de dos vehículos jurídicos, por así decir, en una vía de dirección única y sin posibilidad de que colisionen y generen un daño al principio de equidad.

El Derecho del Trabajo se nutre también de los principios generales del Derecho de modo que la buena fe objetiva puede proporcionar una solución directa a la investigación propuesta. La buena fe objetiva, en contraste con el principio de proporcionalidad, puede crear un criterio hábil capaz de establecer límites al poder directivo y hacer factible una respuesta doblemente satisfactoria, tanto desde el punto de vista del trabajador, ciudadano inmerso en el entorno laboral, como bajo la óptica de la empresa⁶, elemento indispensable para la sociedad moderna como agente generador de riquezas. Estas son, en última instancia, las que posibilitan la propia existencia de un caudal apto para justificar la titularidad de derechos para todos.

Aunque no tengamos pretensiones iusfilosóficas a la hora de abordar esta investigación, parece inexorable la premisa de que los derechos cuestan.

⁶ El término "empresa" se utiliza aquí como una manera de referirse a cualquier actividad realizada en el sistema de organización productiva capaz de generar y acumular riqueza, independientemente de la forma en que se presenta ante la sociedad, ya sea individualmente o en el modelo societario, fundacional o cualquier otro.

Poco importa el sistema político o jurídico. Si hay una organización social dejando atrás el estado natural, con una vida en grupo que no se apoye exclusivamente en la mera subsistencia en la cadena alimentaria, hay que partir de que los derechos tienen coste, y la concepción de “empresa”, como agente creador e impulsor de riqueza, es esencial para la convivencia armónica en sociedad.

Este trabajo de investigación, tanto por su contenido como por su propio objetivo académico, no pretende presentar una solución definitiva y herméticamente cerrada con respecto al problema, sino sugerir una fórmula que pueda encaminar al operador del Derecho a la obtención de un criterio objetivo que, dejando a un lado las peculiaridades del caso concreto, le ofrezca las pautas concretas para llegar a la solución del problema, ofreciendo el modelo de comportamiento que se debe adoptar en el tratamiento de la materia.

Conviene recordar que una de las funciones esenciales del Derecho es la de regular las relaciones sociales, incluyéndose aquí las de trabajo. En este sentido, pretendemos ofrecer un modelo que pueda, con la mayor equidad y seguridad, regular la aparente antinomia que reside en el ejercicio del poder directivo frente a los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral y viceversa, ya que destacar un único vector puede sistemáticamente llevar a iniquidades para una de las partes implicadas en la relación.

Aunque la proporcionalidad pueda marcar con precisión quirúrgica los límites de restricciones en el ámbito de los derechos fundamentales, hay ocasiones en las que su aplicación no puede ser suficiente para un resultado justo a los ojos de la sociedad, imponiéndose la adopción de un equilibrio que permita sopesar las actitudes del trabajador y su comportamiento como sujeto activo en la relación de trabajo.

Es en este sentido en el que proponemos que se adopte el principio de la buena fe objetiva: un equilibrio que permita determinar con seguridad si el

comportamiento del trabajador efectivamente revela un ejercicio regular de derechos fundamentales o si, por el contrario, el recurso a tales derechos constituye un mero subterfugio para esconder un comportamiento oscuro de naturaleza lesiva a los derechos de los demás o a la propia esencia del contrato de trabajo.

No existe una receta acabada o una fórmula perfecta, sólo una idea lanzada que, confiamos, permita alcanzar el arduo objetivo de graduar principios en aparente conflicto dentro de la relación laboral, la cual, sin embargo, demanda la convivencia armónica de sus elementos con el fin de mantener su propia subsistencia; porque si no hay poder directivo que pueda suplantar definitivamente los derechos fundamentales del ciudadano-trabajador, no tiene sentido pensar en estos derechos con la propia ruptura de aquel poder.

La existencia saludable de la relación de trabajo requiere la coexistencia de ambos elementos, los cuales secretamente integran la relación laboral y coexisten en una tensión armónica, cuyo punto de ruptura, si así se pretende, vendría dado por la conjugación de los dos principios —el de buena fe y el de proporcionalidad— que no respetara su respectiva delimitación.

Es el momento de advertir que esta investigación acudirá fundamentalmente al Derecho español: parece lógico pues este es el país que acogió a este investigador en su formación doctoral y ahora en la dirección y defensa de la tesis. Pero no solo: por cercanía y familiaridad, citaré abundante doctrina y jurisprudencia brasileña, sin perjuicio de algunas referencias a otros Derechos extranjeros.

**PARTE PRIMERA - LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y LA
RELACIÓN LABORAL**

CAPÍTULO I - DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

El presente trabajo de investigación se enmarca en el tema de la dignidad de la persona y del ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo. Por ello, haremos referencia, aunque sea breve y puntual, a algunos aspectos relevantes relacionados con los mismos.

Si bien someramente, no podemos dejar de tomar como punto de partida el análisis histórico de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales, en sus más diversas dimensiones, destacando sus características esenciales y la trascendencia de que la dignidad personal actúe como elemento configurador y delimitador de los derechos fundamentales.

También haremos algunas consideraciones acerca de la llamada eficacia *horizontal* de los derechos fundamentales, referida a la aplicación de estos derechos en las relaciones entre particulares, superando las relaciones del ciudadano con el Estado.

Concretamente en el ámbito de las relaciones de trabajo, pretendemos ocuparnos de la teoría de la eficacia *diagonal* de los derechos fundamentales,

reconocida por estudiosos del tema a partir de la desigualdad jurídica que caracteriza las relaciones de trabajo por cuenta ajena⁷.

Finalmente, nos ocuparemos de la cuestión relativa a los eventuales límites de los derechos fundamentales y los debates teóricos con respecto al asunto, en la medida en que no pocas veces los intérpretes y aplicadores de los derechos fundamentales se ven sorprendidos por encrucijadas desconcertantes acerca del alcance de ciertos derechos y de la relación entre estos cuando entran en colisión.

I.1.- Marco histórico de los derechos y la dignidad humana

El enfoque histórico de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona humana es de indudable importancia, en la medida en que la propia razón de ser del Estado está ligada a la observancia de tales derechos.

En esta investigación, aunque los derechos fundamentales se han desarrollado simultáneamente con el concepto de la dignidad de la persona, se opta primeramente por abordar la evolución de los derechos fundamentales para, solo entonces, analizar el desarrollo histórico de la noción jurídica de dignidad de la persona.

Tal sistemática se debe al hecho de que se quiere definir la dignidad de la persona como elemento conformador de los derechos fundamentales, de tal manera que los institutos, aunque intrínsecamente conectados, no se pueden confundir.

Esta constatación no disminuye, sin embargo, la relevancia de otros aspectos que rodean los derechos fundamentales, como su vertiente filosófica,

⁷ En este sentido, SÉRGIO GAMONAL, C., *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. trad. Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr., 2011, *Passim*.

aunque, al menos en su mayoría, de forma directa o indirecta, estén ligados a la idea de conservación y promoción de la dignidad de la persona humana⁸.

En ese sentido, Antonio Enrique PÉREZ-LUÑO, al analizar el proceso de positivación de los derechos fundamentales y las diversas visiones al respecto, afirma lo siguiente:

Si la lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona humana puede considerarse como una constante en la evolución de la filosofía jurídica y política humanista, la tendencia a la positivación de las facultades que tal dignidad entraña se puede considerar como una inquietud estrechamente ligada a los planteamientos doctrinales de la hora presente. [...]

[...] mientras el iusnaturalismo sitúa el problema de la positivación de los derechos humanos en el plano filosófico y el positivismo en el jurídico, para el realismo se inserta en terreno político, aunque también, como se ha visto, otorgue una importancia decisiva a las garantías jurídico-procesales de tales derechos. Es evidente que, en plano práctico, estas tres instancias se condicionan mutuamente, siendo todas ellas necesarias para el desarrollo positivo de los derechos fundamentales. [...]⁹

Según Jacques MARITAIN, en la ideología del cristianismo acerca del hombre y de los derechos naturales, desarrollados a lo largo de los siglos, es donde se encuentran las raíces de los derechos humanos¹⁰.

A pesar de que no se pueda situar el origen de los derechos humanos por lo menos hasta el siglo XVI, es innegable la contribución de las ideas de carácter religioso y filosófico para las concepciones iusnaturalistas que surgieron y se proyectaron en el presupuesto de que el ser humano posee derechos inherentes y considerados como *naturales e inalienables*¹¹.

⁸ WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev., actual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 36-37.

⁹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución*. 9ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2005, pp. 55-64.

¹⁰ MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre*. Biblioteca Palabra. Madrid, 2001, p. 69.

¹¹ WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 38.

Así se desarrollan, por ejemplo, las proposiciones de teólogos españoles en el siglo XVI, como, por ejemplo, Francisco de Vitoria, Bartolomé de las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez y Gabriel Vázquez. A partir de la defensa de un derecho natural a la libertad y la dignidad, sus ideas influyeron sobre el Iluminismo que transformó el enfoque del análisis de los derechos inherentes del hombre en fundamentos racionalistas y contractualistas difundidos por diversos autores, entre los que cabe destacar J.J. Rousseau, en Francia; T. Paine, en América, e I. Kant, en Alemania¹².

El iusnaturalismo gana fuerza especialmente en los siglos XVII y XVIII, cuando se desarrollan las teorías contractualistas, las cuales consideran al individuo como la razón de la existencia del Estado, que comienza a concebirse como instrumento de concreción de los derechos inherentes al hombre¹³.

Según Norberto BOBBIO, fue Kant quien mejor representó ese período de desarrollo de los derechos humanos, dado que fue él quien, a partir de la teoría rousseauiana, tradujo la libertad, en el ámbito jurídico, como la competencia de obedecer solo a las leyes que se hayan manifestado en abierta concordancia, lo que influyó en las ideologías posteriores¹⁴.

En lo que atañe al reconocimiento de los derechos por medios formales, puede apuntarse un prelude de positivación, incluso en la Edad Media, a través de concesiones instrumentalizadas en documentos otorgados por los reyes franceses y españoles ya en los siglos XII y XIII, siendo considerada la *Magna Charta Libertatum*, pactada en 1215 por el rey Juan Sin-Tierra, el instrumento más relevante.¹⁵

¹² *Ibidem*, p. 37-40.

¹³ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo, 2011, p. 154.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 86.

¹⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 41.

Sin embargo, aunque puedan haber servido para el progresivo reconocimiento de algunos derechos, a través de las Constituciones de los Estados, el contexto en el que surgieron tales concesiones, para determinadas clases —nobleza y clero, por ejemplo—, no permite que estos textos puedan considerarse expresiones de positivación de derechos humanos, ya que a través de tales pactos era la propia persona del Rey la que se obligaba contractualmente en un auténtico cambio de beneficios con los estamentos dominantes.¹⁶

Cabe citar diversos hitos significativos en relación al progresivo reconocimiento de los derechos humanos, tales como diversos documentos aprobados posteriormente, como consecuencia de la Reforma Protestante, que derivó en el reconocimiento de la libertad de religión y culto en varios países de Europa, así como las diversas Declaraciones de derechos inglesas que proliferaron a lo largo del siglo XVII —por ejemplo, la *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1769), *Bill of Rights* (1689) y *Establishment Act*, de 1701—. Estas indicaban la tendencia de que las costumbres de la época se reconocieran como derechos a los ciudadanos erigiéndose, poco a poco, en límites al poder de la Monarquía y fortalecimiento del Parlamento¹⁷.

También se consideran puntos de referencia en el surgimiento y desarrollo de los derechos fundamentales la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ambas de marcada inspiración iusnaturalista¹⁸, siendo la primera de decisiva importancia en este escenario evolutivo, en la medida en que representa un cambio en el enfoque de los derechos: estos superan el marco de los derechos de configuración legal para adquirir los primeros contornos de los derechos fundamentales constitucionales.

¹⁶ *Ibidem*, p. 41. La “Carta Magna” es, sobre todo, resultado directo de las presiones de los Barones del Norte de Inglaterra sobre el Rey Juan, heredero de una Corona Inglesa empobrecida a causa de las campañas bélicas de su hermano Ricardo, Corazón de León, en las Cruzadas y en Francia.

¹⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

Sin embargo, conviene subrayar que, en Europa, los ideales de la Revolución Francesa llevaron a un fortalecimiento del Parlamento frente a otros poderes, porque en las Constituciones francesas de 1791 y 1795 se inserta la representación de la (libertad y de) la voluntad del pueblo, basado en ideas difundidas por Rousseau. Hay que considerar esta evidente supremacía del Parlamento con el fin de evitar abusos por parte de la Monarquía, ya que en el sistema anterior el Rey era considerado como soberano, y ahora tenía que situarse en el nuevo régimen constitucional¹⁹.

Ese proceso gradual de positivación acabó derivando en un Estado de Derecho liberal-burgués —aunque no definitivamente— y, por consiguiente, en el reconocimiento de los llamados derechos fundamentales de primera (*dimensión* o) *generación*²⁰. Las expresiones “generación” y “dimensión” han sido utilizadas por la doctrina con la intención de explicar el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales de naturaleza constitucional, a lo largo de la historia.²¹

Como acertadamente apunta Norberto BOBBIO, los derechos humanos transitaron de universales y abstractos a ser positivados de modo particular, y desembocaron en un reconocimiento de derechos universales, concretos y positivados a través de la Declaración de Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas, de 1948, en una clara tendencia de internacionalización²².

¹⁹ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op.cit.*, p. 53.

²⁰ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 45.

²¹ *Ibidem*, p. 45. Vid. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las generaciones de derechos fundamentales” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n. 10, 1991, p. 205.

²² BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 27-28.

Aunque sustancialmente los términos *generación* y *dimensión* no difieren en nada²³, la terminología “dimensión” se entiende mejor si se pone en relación con la idea de avance, vinculación e integración de las diversas formas que asumieron los derechos fundamentales a lo largo del tiempo —individuales, sociales, colectivos y políticos —, entre otras tipologías indicadas por la doctrina más actual.

La primera dimensión de los derechos fundamentales aparecen vinculados a la prohibición de la injerencia estatal en la esfera privada, con evidente influencia de las teorías iusnaturalistas; así se reconocen los derechos a la vida, libertad, propiedad e igualdad formal, que más tarde se complementaron por las libertades de expresión de carácter colectivo, derechos de participación política y algunas garantías procesales; son los llamados *derechos civiles y políticos*²⁴.

Los derechos de primera dimensión son igualmente denominados como *libertades individuales*, ya que no pretenden una repercusión en la vida social y colectiva, destinándose al hombre como individuo. En última instancia, los derechos que afectan a la colectividad, por ejemplo, el derecho a la huelga y organización sindical, eran percibidos como una amenaza, ya que la propiedad era la piedra de toque de estos²⁵.

A su vez, los derechos fundamentales de segunda dimensión se desarrollaron a lo último tercio del siglo XIX y adquieren mayor fuerza en el siglo XX, después del impacto de la 2ª Guerra Mundial, y comienzan a ser considerados en el ámbito interno estatal, a través de las Constituciones de los Estados, así como incorporados en la esfera internacional.

²³ WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. cit.*, p. 45. También. GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 517.

²⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 155.

El desarrollo de la sociedad industrializada, así como el aumento de la población urbana y las severas desigualdades sociales, son fenómenos que han requerido por parte del Estado mucho más de lo que la mera pasividad hasta entonces ofrecía. En este sentido, los derechos sociales, aunque de modo gradual, empiezan a jugar un papel relevante en la economía y en la reducción de las desigualdades sociales. Hay que constatar, sin embargo, que todavía prevalece la noción de individuo²⁶.

Tales derechos de segunda dimensión requieren del Estado, por regla general, una postura activa en la aplicación de la llamada “justicia social” y se relacionan con la asistencia social, trabajo, vivienda, educación, entre otros. Se configura, así, la noción de libertad e igualdad formales, debido a la necesidad de atribuir una conformación material a tales conceptos²⁷.

Por tanto, esta segunda dimensión de los derechos humanos toma como punto de referencia las “libertades sociales”, es decir, la posibilidad de sindicación, el derecho de huelga y los derechos fundamentales de los trabajadores.²⁸

Los derechos de tercera dimensión son los derivados de la solidaridad y de la fraternidad, partiendo de una concepción del hombre no sólo en su esfera individual sino como un ser colectivo —insertado en determinadas facetas de la sociedad y del mundo globalizado—; cabe citar, por ejemplo, el derecho a la paz, la autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo, el medio ambiente, la comunicación, el patrimonio histórico y cultural²⁹.

Sin embargo, hay quien considera estos derechos como derivados de la “contaminación de las libertades”, expresión acuñada para indicar el perjuicio derivado de los avances tecnológicos, principalmente, cuando se trata, por

²⁶ *Ibidem*, pp. 155-156.

²⁷ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, pp. 47-48.

²⁸ *Ibidem*, pp. 47-48.

²⁹ *Ibidem*, pp. 48-49.

ejemplo, del derecho al medio ambiente equilibrado, calidad de vida y libertad de información³⁰.

Conviene destacar, por otra parte, que las diversas dimensiones ahora explicadas no encuentran un único fundamento, porque están en un constante estado de transformación y reaparición, incluso vinculándose a una inspiración iusnaturalista, considerados como inherentes e inalienables. Actualmente se entiende mejor el sentido de tales derechos y la respuesta social al sistema capitalista en el que están insertados los seres humanos en las más diferentes áreas, desde la Edad Media hasta hoy en día³¹.

Una vez que hemos dejado claro la dificultad, por parte de las diversas posturas filosóficas y jurídicas, para justificar los derechos fundamentales, cabe destacar que la doctrina se ha preocupado más por garantizar la aplicación de tales derechos que propiamente por fundamentarlos³².

Con todo, de tales derechos podemos extraer la tendencia a perseguir los fines profundizados en la Revolución Francesa —libertad, igualdad y fraternidad— sin olvidar, como apunta WOLFGANG SARLET, la inestimable contribución de la dignidad de la persona humana como fundamento³³.

Etimológicamente, la palabra “dignidad” proviene de la expresión latina *dignitas*, que significa valor, estima, respetabilidad. Para Roberto ANDORNO, citado por POGREBINSCHI³⁴, hay dos acepciones de dignidad: la ontológica,

³⁰ *Ibidem*, p. 49 - PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las generaciones de derechos fundamentales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n. 10, 1991, p. 206 y ss.

³¹ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 50. También, HERRERA-FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica Del humanismo abstracto*. Madrid: Los Libros de Catarata, 2005, p. 101.

³² FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 157. También, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra. 1993, t. 4, p. 40.

³³ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 50.

³⁴ POGREBINSCHI, Thamy. “A Construção de um Direito à Vida Digna”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Departamento de Direito da PUC-Rio. N° 13, agosto-dezembro 1998, pp. 121-144.

que es el valor reconocido al hombre por el simple hecho de existir, y la ética, que no se refiere al no ser de la persona, sino a su actuar. Por la primera acepción, apunta el autor, que *todo hombre, incluso el peor de los criminales, es digno*. Por la segunda, *el hombre se considera (...) digno en cuanto su actuar está conforme a lo que él es, o mejor, a lo que él debe de ser*.

Aunque en las civilizaciones remotas³⁵ se puedan identificar proposiciones normativas que manifiestan preocupación por la protección del individuo como un fin en sí mismo, la noción de dignidad humana encuentra sus raíces más remotas en el pensamiento clásico griego. Fue en la Grecia antigua (cuyo apogeo se dio en el período desde el año 600 al 300 a.C.) donde comenzó a desarrollarse la idea de construir un hombre con validez universal y normativa³⁶. No hay disposiciones normativas que se refieran expresamente a la dignidad de la persona humana, pero la reflexión filosófica sobre el hombre fue de gran influencia para lo que hoy en día se entiende como preservación de los individuos y de la sociedad³⁷.

No obstante, la noción de dignidad de la persona humana como hoy en día se entiende —y como se pretende defender en esta investigación, como fundamento primario de los derechos fundamentales— se desarrolla esencialmente a partir del Cristianismo, que parte de la premisa esencial de que el hombre fue creado a imagen y semejanza de Dios, estando su dignidad ligada a la creación divina.

La idea de igualdad inherente a todos los hombres es traída por la noción de que este está concebido a imagen y semejanza de Dios y, por lo tanto,

³⁵ Los Códigos de Hammurabi (2394 a.C.) y Manu (200 a.C. – India) y la Ley de las XII Tablas (452 a.C.) contenían disposiciones que presentaban rasgos, aunque primitivos y distantes del concepto actual, de la dignidad de la persona humana.

³⁶ En este sentido, afirma Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* que “la felicidad es el fin del hombre”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Editora Nova Cultural, São Paulo, 1996, p.6.

³⁷ Para la evolución histórico-filosófica del concepto de dignidad puede verse Alberto OEHLING DE LOS REYES. *La dignidad de la persona. Evolución histórica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson SL, 2010.

sería esta igualdad la expresión más pura de la dignidad de la persona humana. Obviamente, durante largos períodos de la Historia de la humanidad, este respeto a la igualdad y a la dignidad permaneció más en el plano espiritual y subjetivo, lo que no resta la relevancia del pensamiento cristiano en la formación del concepto contemporáneo de dignidad de la persona humana.

En este sentido, fue San Tomás de Aquino (1227-1274) el primero que hizo referencia expresamente a la dignidad humana. Sostiene que la persona es toda sustancia individual de naturaleza racional, ente individual con características de permanencia e invariabilidad. De su concepción de persona sobresale el carácter único del ser humano, que lo distingue de los demás seres, así como la idea de que todos los seres humanos son iguales en dignidad, ya que todos son innatos y naturalmente dotados de la misma racionalidad, en la medida en que son a imagen y semejanza de Dios³⁸.

Bajo la óptica del pensamiento cristiano, podemos afirmar que el ser humano posee una posición única, ya que él fue hecho a imagen y semejanza de Dios, existiendo una igualdad entre todos sus hijos, despertando los sentimientos de solidaridad y piedad ante una incidencia miserable del prójimo.

De acuerdo con Ana Paula Barcellos³⁹, “el mensaje divulgado por Jesús Cristo y sus seguidores representó un punto de inflexión en el mundo antiguo. Por primera vez el hombre comenzó a ser valorado individualmente, ya que la salvación anunciada no sólo era individual, sino que dependía de una decisión personal. Más que eso, el mensaje de Cristo enfatizaba no sólo al individuo en sí, sino también el valor del otro [...], despertando los sentimientos de solidaridad y piedad para la situación miserable del prójimo, que servirán de sustento a los

³⁸ TOMÁS DE AQUINO. São. *Escritos Políticos de São Tomás de Aquino*. Traducción de Francisco Benjamim de Souza Neto. 1ª Ed. Petrópolis. RJ: Vozes, 1997. p. 172

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008, p. 122.

derechos sociales y al derecho a las condiciones mínimas de existencia (mínimo existencial)⁴⁰.

Es a partir del siglo XVIII, sin embargo, con el movimiento Iluminista y la sustitución del pensamiento basado en la divinidad por el pensamiento centrado en el hombre cuando se reafirma la interpretación de que la dignidad de la persona humana no fue creada por el hombre o por el Estado, sino que es inherente al primero, por lo que cabe extraer como consecuencia que tanto el propio hombre como el Estado deben limitarse a respetar y regular el citado principio.

Y en este contexto, es sin duda el pensamiento de Immanuel Kant el que aportará la gran contribución para la definición contemporánea de dignidad de la persona humana. Para este filósofo, el hombre se considera como un fin en sí mismo, no pudiendo ser tratado como objeto o un instrumento del Estado, dado que el valor que le es inherente le concede amparo ante el Estado y a la sociedad en general, debiendo respetársele y considerársele como un ser individual, merecedor de un tratamiento digno y apropiado en todas sus pasajes vitales, independientemente de sus actuaciones⁴¹.

⁴⁰ La afirmación de que el cristianismo es unánime en la construcción de una concepción sistematizada de dignidad de la persona humana, sin embargo, no es unánime en la doctrina. Ingo Wolfgang Sarlet, pone en jaque esta afirmación al afirmar que “Aunque no nos parezca correcto, incluso por no tener datos seguros en cuanto a este aspecto, reivindicar - en el contexto de las diversas religiones profesadas por el ser humano a lo largo de los tiempos - para la religión cristiana la exclusividad y originalidad ante la elaboración de una concepción de dignidad de la persona, el hecho es que tanto en el Antiguo cuanto en el Nuevo Testamento podemos encontrar referencias en el sentido de que el ser humano fue creado a imagen y semejanza de Dios, premisa de la cual el cristianismo extrajo la consecuencia – lamentablemente renegada durante mucho tiempo por parte de las instituciones cristianas y sus integrantes (basta recordar las crueldades practicadas por la “Santa Inquisición”) – de que el ser humano - y no sólo los cristianos - es dotado de un valor propio y que le es intrínseco, no pudiendo ser transformado en un mero objeto o instrumento.” En: WOLFGANG SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição. Porto Alegre, 2009, p. 34.

⁴¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. pp. 134 y p. 141.

Para Tomás PRIETO ÁLVAREZ⁴², *la identificación de la dignidad humana con la idea central del pensamiento kantiano que la concibe como un valor por encima de cualquier precio y que no admite equivalente alguno, pues no tiene valor relativo sino absoluto, que impide la cosificación del ser humano, no puede ser rebajado a la calidad de medio o instrumento y negado su carácter de fin en sí mismo.*

Pese a la solidez de las concepciones asentadas en la filosofía de Kant, la historia registra episodios y períodos negros de privación no sólo de derechos humanos, sino también de completa supresión de la personalidad moral, eliminación de la singularidad y cosificación del individuo, en un cruel complejo de actos que deliberadamente ignoran cualquier rasgo de dignidad de la persona humana, concretamente en los regímenes nazi-fascistas que asolan Europa en las décadas 1920-1940.

Es concretamente con la caída de estos regímenes al final de la Segunda Guerra Mundial y el desvelamiento para el mundo de las barbaries practicadas bajo la égida de un orden jurídico y social regularmente instituido cuando las naciones comienzan a presentar la preocupación de que no basta la existencia de un orden jurídico, sino que resulta necesario que este orden esté pautado en un valor anterior, inherente a todo ser humano, que es la dignidad de la persona humana.

Este rescate del pensamiento filosófico centrado en la dignidad del hombre imprime definitivamente la necesidad de adoptar un orden constitucional pautado en esta idea, concretamente con el objetivo de evitar la repetición de los horrores perpetrados bajo el manto de legalidad en los regímenes totalitarios.

⁴² PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Madrid: Ed. Civitas, 2005, p. 169.

En este sentido, observa BALERA⁴³ que “la reacción a la barbarie del nazismo y del fascismo en general llevó, en la postguerra, a la consagración de la dignidad de la persona humana en el plano internacional e interno como valor máximo de los ordenamientos jurídicos y principio orientador de la actuación estatal y de los organismos internacionales. Diversos países cuidaron de introducir en sus Constituciones la dignidad de la persona humana como fundamento del Estado que se creaba o re-creaba, pudiéndose citar por ejemplo, la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental alemana de 1949.

A semejanza de los ejemplos ya apuntados, conviene señalar nuevamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 1º prevé que: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados de razón y conciencia, deben actuar uno para los otros en espíritu y fraternidad.*

En Brasil, la Constitución de 1988 contempla la dignidad de la persona humana, en su artículo 1º, inciso III, como uno de los fundamentos de la República Federal de Brasil, erigiéndola seguramente como la fuerza normativa de mayor importancia del ordenamiento jurídico del país, de modo que el ser humano comience a configurarse como titular de varios derechos, todos ellos derivados de la dignidad de la persona humana tales como: derecho a la vida, derecho a la libertad de conciencia y de creencia, derecho al libre ejercicio de los cultos religiosos y derecho a la intimidad, a la vida privada y al honor⁴⁴.

⁴³ BALERA, Wagner. “A dignidade da pessoa e o mínimo existencial”. En: MIRANDA, Jorge; SILVA, M. A. Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.127.

⁴⁴ Dispone el artículo 10 de la Constitución Española al tratar de los derechos de la persona: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Al cierre del presente apartado, se impone destacar que los derechos fundamentales, en sus diversas perspectivas, solo pueden ser pensados bajo la perspectiva de la dignidad de la persona, y se encuentran sometidos a una constante transformación de su interpretación, derivadas de las nuevas concepciones filosóficas, sociales, políticas y culturales, factor este que se muestra necesario, dado el constante desarrollo tecnológico y las nuevas necesidades sociales. Por ello, cabe apuntar el surgimiento de otras dimensiones de derechos fundamentales que, en esencia, parecen más una nueva expresión de las dimensiones ya apuntadas, consideradas bajo un ángulo nuevo —por ejemplo, la manipulación genética que se vincula al propio derecho a la vida, como destaca Paulo Gustavo GONET BRANCO—. ⁴⁵

Lo mismo se aplica a los derechos relacionados con la seguridad de la información —que no son más que las nuevas expresiones del derecho a la intimidad—, que sin duda exigen nuevas interpretaciones a la vista del desarrollo tecnológico ⁴⁶.

Independientemente de la terminología que adoptemos, los derechos fundamentales deben ser considerados e interpretados como un conjunto. No se pueda afirmar la superación de las citadas dimensiones, sino que hay un constante entrelazamiento y evolución de la misma.

⁴⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁶ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 53.

I.2.- Dignidad de la persona: concepto, caracteres esenciales y contenido central

I.2.1.- Concepto

Tal como hemos adelantado, la dignidad de la persona humana es un principio construido a lo largo de la historia, consagrado en un valor que tiene como objetivo el de proteger al ser humano contra todo lo que le pueda llevar a la depreciación.

La expresión “dignidad de la persona humana”, aunque en un análisis inicial parezca redundante, es la que mejor expresa el sentido que a ella se le confiere, ya que, además de dirigirse sólo al ser humano —no incluyendo, por tanto, asociaciones, organizaciones políticas o cualesquiera otras especies de persona jurídica—, es aplicable al hombre concreto e individual, y no a la humanidad en sentido amplio, en la medida en que esta idea expresa un conjunto que va más allá de la persona individualizada y, por lo tanto, la incorpora y sobrepasa.

Fábio Konder COMPARATO⁴⁷, en la doctrina brasileña, apunta que la dignidad de la persona humana no consiste sólo en el hecho de que el ser humano sea, a diferencia de las cosas, algo considerado y tratado como un fin en sí y nunca como un medio para la consecución de un resultado determinado. Deriva también del hecho de que, por su voluntad racional, sólo la persona vive en condiciones de autonomía; es decir, como ser capaz de guiarse por las leyes que él mismo se da. De ahí resulta, como apunta el mencionado autor, que todo hombre tiene dignidad y no un precio, como las cosas.

En una concepción de carácter más jurídico, un referente doctrinal a escala mundial en materia de dignidad, el profesor Ingo WOLFGANG

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

SARLET⁴⁸, propone la dignidad de la persona humana como “la calidad intrínseca en cada ser humano que lo hace merecedor del respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren a la persona tanto contra todo y cualquier acto de carácter degradante e inhumano, como para garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y co-responsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida”.

En España, el Tribunal Constitucional Español ha definido la dignidad de la persona humana en la Sentencia 53/1985, de 16 de abril de 1985, afirmando que “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los

⁴⁸ WOLFGANG SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”⁴⁹.

De las definiciones apuntadas anteriormente y de otras que se pueden extraer de la doctrina, se puede claramente observar que todas tienen en común la circunstancia de que la simple existencia del *ser humano*, independientemente de cualquier condición, es suficiente para colegir que deben ser observados los *valores* incluidos en el Principio de la Dignidad de la Persona Humana, los cuales se desdoblán, como ya se ha mencionado, en los derechos fundamentales que, realizados, promueven la existencia decente de las personas.

Y en este aspecto conviene destacar no sólo la imprescindibilidad de respetar a las personas individualmente, sino también la obligación por parte del Estado de desarrollar los medios para la convivencia en la sociedad, de manera armoniosa.

La persona debe ser considerada individualmente como sujeto de derechos y deberes, ya que no se deben satisfacer sólo sus necesidades biológicas, sino que también debe ser considerada en el medio social, puesto que el hombre sólo se completa si se cumplen todas las dimensiones propias de su existencia que son la ética, la política, la religión, la ciencia, la economía y el arte, de manera armónica, interactiva e interdisciplinaria.

En el ámbito legislativo, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, promulgada el 23 de mayo de 1949, fue pionera en prever, expresamente, la dignidad de la persona humana en su texto, estableciendo, en su artículo 1º, nº 1, que *La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes estatales*. Establece, también, en el nº 2, que

⁴⁹ STC 53/1985. Esta definición, como bien observa la profesora Luz Pacheco Zerga “tiene un claro perfil kantiano, que relaciona directamente la dignidad con la capacidad de autolegislarse y de dominarse a sí mismo. De ahí que el valor de la persona se defina por oposición al de las cosas: mientras éstas pueden ser tasadas a un valor de cambio, la persona no, precisamente porque tiene dignidad.” PACHECO ZERGA, Luz. *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*. Navarra: Thomson Civitas, 2007, p. 128.

El pueblo alemán se identifica, por tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda la comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

A su vez, la Constitución de Portugal, promulgada en 1976, también dispone, expresamente, en su art. 1º, que *Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria.*

En este aspecto, observamos que tanto el ordenamiento jurídico alemán como el portugués tienen como fundamento la dignidad de la persona humana — a ejemplo, además, de lo que se produce con los textos constitucionales brasileño y español, como a continuación veremos—.

Sobre el tema, CARDOSO DE LA COSTA⁵⁰ comenta que, además de la referencia emblemática que se hace en su artículo 1º, la Constitución de Portugal no enuncia el principio de la dignidad de la persona humana en su catálogo de derechos fundamentales, puesto que es más que eso, ya que *representa el ‘principio de valor’ que es el fundamento mismo (y el ‘criterio’) de estos derechos y del respectivo catálogo, catálogo al cual se confiere una ‘unidad de sentido’.*

La Constitución española, en su art. 1º, contempla que *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político.* Específicamente acerca de la dignidad de la persona humana, esta queda explícita en el art. 10, nº 1, que dispone: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la*

⁵⁰ MOREIRA CARDOSO DA COSTA, José Manuel. “O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas”. En: BARROS, Sérgio Resende de e ZILUETI, Fernando Aurélio (coord.). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 192.

personalidad, el respeto a la ley y al derecho de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social.

Agenor CASARIL⁵¹, citando a Gregorio PECES BARBA, apunta que:

La observación de que la Constitución española es pionera en el empleo de la expresión “valores superiores”, puesto que el uso de esta terminología es poco común en el ámbito del derecho comparado, aunque se reconozca que “la jurisprudencia de la República Federal Alemana construya un sistema de valores, deduciéndolo del ordenamiento constitucional”. La expresión “valores superiores”, según la visión coincidente de varios autores españoles, alcanza una amplia comprensión. En efecto, “la dignidad de la persona humana, en el ordenamiento jurídico español, no sólo constituye un valor superior de la misma (aunque se cite en un artículo diverso del 1.1), como es el propio fundamento ético, axiológico, la justificación, el valor que ocupa una posición central y legitimadora, la norma fundamental y fundamentadora de este ordenamiento”, como apunta Luíza Matte. A este propósito, González Perez apunta que la dignidad de la persona constituye uno de los valores superiores que el Derecho positivo no puede ignorar, así como no puede desconocer los derechos inherentes a la misma. La Constitución contempla la dignidad de la persona humana como uno de los valores del ordenamiento jurídico español. Si fuera posible escalonar los valores en un orden de prioridad, ocuparía el primer lugar la dignidad de la persona humana. “Desde el punto de vista axiológico, la dignidad de la persona ‘es el fundamento, el principio y el origen del ordenamiento constitucional español, es el *Grundnorm* en un sentido lógico, ontológico y deontológico.’” En la misma línea de González Perez, se pronuncia Díaz Revorio. Considerando los anteriores autores, sostiene Peces Barba que el fundamento de estos valores superiores del art. 1.1 es un fundamento racional e histórico que representa el juicio del legislador constituyente, ratificado en referéndum, y que se convierte, de este modo, en un gran acuerdo social,

⁵¹ CASARIL, Agenor. “A pessoa humana como centro e fim do direito”. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 62, nov. 2008 – abr. 2009, pp. 93-112.

caracterizador de un consenso básico de que estos valores superiores y su inclusión profunda son el fundamento para la realización de los objetivos fundamentales del Estado, tales como, el desarrollo de la dignidad humana a través de la vida social, haciendo posible la plenitud de esta dignidad. “El acuerdo no es, pues, arbitrario, sino que recoge una moralidad basada en la dignidad humana, y con la pretensión de que la organización de la vida social favorezca, profundice y desarrolle esta dignidad humana.”

La Constitución de la República de Italia, promulgada el 27 de diciembre de 1947, en el Título Preliminar, contempla los principios fundamentales, los cuales proporcionan los rasgos esenciales del Estado y representan el fundamento ideológico del ordenamiento estatal. También aquí la dignidad de la persona humana se configura como base del ordenamiento jurídico, según se extrae del art. 2º de la Constitución de la República de Italia: *La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las agrupaciones sociales donde desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los inderogables deberes de solidaridad política, económica y social.*

Con respecto a esta cuestión, lo que se observa es que la Constitución de la República de Italia, aunque sin la desenvolvura de las disposiciones literales de las otras Constituciones analizadas, alberga la dignidad humana, con respecto a la que conviene destacar lo que dispone el art. 3º: *Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y de condiciones personales y sociales. Es de incumbencia de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País.*

No hay duda de que la Constitución de la República de Italia trata la cuestión de la dignidad de la persona humana bajo el sentido isonómico, evidenciando que, también en este caso, la dignidad de la persona humana se configura como el principio fundamental que resalta aquel ordenamiento jurídico.

Aunque en Francia no sea una norma expresamente positivada, la Jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado repetidas veces sobre el tema para asentar la idea de que la dignidad humana es un valor constitucional que constituye la cumbre de todo el sistema jurídico francés y que, en líneas generales, se encuentra sugerido en el preámbulo de la Constitución de 1946.⁵²

En el ámbito de la Unión Europea conviene hacer referencia al artículo 1º de la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea* de 2000, según la cual “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida” y, también, al *Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con relación a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, que expresamente dispone sobre la importancia de la dignidad humana en el tratamiento de la materia, tal y como establece el “Artículo 1.- Objeto y Finalidad: las partes en el presente Convenio protegerán la dignidad y la identidad de todo ser humano, y garantizarán -a toda persona sin discriminación- el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con relación a las aplicaciones de la biología y de la medicina.”

La vigente Constitución Brasileña, al disponer el principio de la dignidad de la persona humana, lo hizo bajo motivaciones diversas, entre las cuales se encuentra la de neutralizar el período autoritario anterior a su

⁵² “Al amanecer da la victoria conquistada por los pueblos libres sobre los regímenes que intentaron machacar y degradar la persona humana, el pueblo francés proclama una vez más que todo ser humano, sin distinción de raza, de religión ni de creencia, posee derechos inalienables y sagrados.”

promulgación, en el que se vulneraron los derechos fundamentales y, por ello, se menospreció la dignidad de la persona humana en cuanto a la forma de conducir el Estado sus asuntos. A propósito del pionerismo interno que de ahí derivó, destaca Ingo WOLFGANG SARLET⁵³ que la actual Constitución de la República fue la primera, en el constitucionalismo brasileño, que instituyó un título propio para los principios fundamentales, *situado, en un manifiesto homenaje al especial significado y función de estos, en el título preliminar del texto, tras el preámbulo y antes de los derechos fundamentales.*

Conviene subrayar que en la historia del constitucionalismo brasileño es la primera vez que aparece positivado el principio de la dignidad de la persona humana como fundamento del Estado Democrático de Derecho, lo que se produce en el ya citado artículo 1º, inciso III, de la Constitución Brasileña.

Entender, por lo tanto, la dignidad de la persona como principio constitucional es darle el alcance estructurante y atribuirle una eficacia sistémica en el plano de las consecuencias jurídicas.

Es, también, Ingo WOLFGANG SARLET⁵⁴ quien constata que el legislador constitucional, a través de la institución de los principios fundamentales en un título propio, deja clara su intención de otorgar a los principios fundamentales la textura de *normas fundamentales e informativas de todo orden constitucional, incluso (y especialmente) de las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales, que igualmente integran (junto con los principios fundamentales) lo que se puede —y en este punto parece haber consenso— denominar núcleo esencial de nuestra Constitución formal y material.* Es relevante lo destacado por el legislador constituyente con respecto al principio de la dignidad de la persona humana que aparece expresado en diversas disposiciones de la arquitectura constitucional brasileña.

⁵³ WOLFGANG SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 75.

⁵⁴ *ibidem.*

Así, el artículo 170, *caput*, de la Constitución Brasileña, dispone que *El orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como objetivo último asegurar a todos una existencia digna, según los dictámenes de la justicia social (...)*. De igual modo, en el título del orden social —capítulo relativo a la familia, niños, adolescentes y ancianos— establece (artículo 226, §6º) el diseño de la familia fundada en los principios de la dignidad de la persona humana y de la paternidad responsable, asegurando el derecho a la dignidad a los niños y a los adolescentes (artículo 227, *caput*).

La inclusión de la dignidad de la persona humana en los textos constitucionales mencionados anteriormente demuestra la importancia concedida al hombre en la sociedad moderna, la cual trae consigo la universalidad de los derechos y las garantías fundamentales, los derechos sociales y los educativos, entre otros. Es cierto que la efectivización del principio en cuestión no depende de la condición económica, social o intelectual de los seres humanos, dado que la propia Constitución garantiza la igualdad entre todos.

Por ser un principio fundamental multifacético destinado a proteger, preservar y estimular al hombre, la dignidad de la persona humana lo acompaña por toda su trayectoria, de la que no se le puede privar, en ningún caso, puesto que está en la esencia de su propia naturaleza, no permitiendo que el ser humano sea víctima de cualquier tipo de discriminación, humillación, agresión (física o moral), o que sea perseguido, torturado e incluso amenazado; y esta premisa, por fuerza de las disposiciones constitucionales, posee naturaleza de principio fundamental que ordena todo orden político institucional, ya sea en Brasil, ya sea en España y que, por ello, debe de ser observado en el tratamiento de todas las relaciones institucionales.

De hecho, al establecer la dignidad de la persona humana como principio fundamental del Estado brasileño, el Constituyente reconoció positivamente que el Estado existe gracias a la persona humana y no la persona

humana en razón del Estado, puesto que, según la teoría kantiana, es el hombre quien constituye la finalidad esencial del Estado, no pudiendo ser un mero medio de la actividad estatal.

Y, concretamente, por el hecho de haberse convertido en la condición de principio fundamental del Estado brasileño, la dignidad de la persona humana es reconocidamente un valor supremo de su orden jurídico constitucional, irradiándose no sólo por todo el orden jurídico, sino también por el orden político, social, económico y cultural.

En este mismo sentido, apunta Carlos Roberto SIQUEIRA DE CASTRO⁵⁵, que la dignidad de la persona humana es el *principio de los principios*, principalmente debido a su característica multifacética, que influencia, de modo intenso, todo el orden jurídico.

El principio fundamental de la dignidad de la persona humana, evidentemente, posee un denso contenido axiológico, por expresar los valores básicos de la condición del hombre en cuanto persona (sujeto dotado de razón y conciencia). Sin embargo, posee, también, un contenido jurídico-normativo, constitucionalmente establecido, que se irradia por todo el orden normativo constitucional e infraconstitucional del Estado, dotando de eficacia los valores fundamentales del hombre y de la sociedad, tutelados por la dignidad de la persona humana. Se constituye, así, en un valor-guía del ordenamiento jurídico, por caracterizarse como principio constitucional de mayor jerarquía axiológico-valorativa.

Basándose en Karl LARENZ, el profesor Carlos Roberto SIQUEIRA CASTRO⁵⁶ sostiene que el principio de la dignidad de la persona humana cumple también un papel deontológico al vincular, con eficacia, las normas

⁵⁵ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. "Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais". *Revista Latina-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 5, jan/jun, 2005, pp. 249-285.

⁵⁶ *Ibidem*.

jurídicas del ordenamiento. Además, expone que la dignidad humana posee un importante papel en el campo hermenéutico del orden jurídico contemporáneo, constituyéndose en uno de los principales elementos interpretativos del derecho moderno.

I.2.2.- La dignidad de la persona como principio fundamental: caracteres

Una vez definido que la dignidad de la persona humana constituye un principio fundamental, es importante argumentar sobre las características que de ahí derivan a fin que posteriormente podamos analizar las situaciones concretas a la luz de este principio.

En este aspecto, la primera y esencial característica del principio de la dignidad de la persona humana es la universalidad. Si no la proporciona el Estado, o en caso de una falta de previsión o incumplimiento de normas positivadas, la preservación de la dignidad es una cuestión del Derecho internacional. Además de la preservación de la dignidad de cada individuo, independientemente de su ciudadanía, de acuerdo con el mecanismo internacional de relaciones entre países, cada Estado soberano debe compartir los esfuerzos en el sentido de tutelar la dignidad a nivel internacional. En la actualidad, la dignidad de la persona humana constituye un requisito esencial e inamovible del orden jurídico-constitucional de cualquier Estado que se considere Democrático de Derecho.

El principio de la dignidad de la persona humana, según PÉREZ LUÑO⁵⁷, presenta tres dimensiones, a saber: a) fundamentadora, por ser el núcleo basilar de todo el sistema jurídico-positivo; b) orientadora, al establecer directrices para la consecución de los fines enunciados en el sistema axiológico-

⁵⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Derechos humanos” en BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 392.

constitucional; c) crítica, puesto que este principio serviría de criterio para la valoración de la legitimidad de las diversas manifestaciones legislativas.

El profesor ARCE FLORES-VALDÉS⁵⁸ apunta que del respeto a la dignidad de la persona humana derivan cuatro importantes consecuencias: a) la igualdad de derechos entre todos los individuos; b) la garantía de la independencia y autonomía del ser humano, no pudiendo utilizarse como instrumento u objeto; c) observancia y protección de los derechos inalienables del hombre; d) no admisibilidad de la negativa de los medios fundamentales para el desarrollo de alguien como persona o la imposición de condiciones sub-humanas de vida (garantía de un nivel existencial mínimo).

Como se observa, la dignidad de la persona humana es responsable de una concordancia práctica del sistema normativo, convirtiéndose en un requisito indispensable para la existencia legítima de este, lo que traduce la idea de que no hay una Constitución sin que haya la dignidad de la persona humana presente.

Tal principio posee la máxima relevancia para la valoración de la legitimidad sustancial del poder estatal, lo que evidencia su función política. Uniéndose a esto el derecho inalienable de la existencia digna de la persona humana, es decir, el derecho de desarrollarse libremente y de forma igual (considerablemente) a sus semejantes, que es inherente a todos los hombres, se culmina en el deber del Estado —en cuanto ente representativo de la colectividad humana, que debe proteger, preservar y trabajar a favor del desarrollo digno de sus ciudadanos— de promover positiva y negativamente la dignidad de la persona humana, lo que significa afirmar que es deber del Estado preservar y proteger la dignidad de cada miembro de la colectividad, así como crear las condiciones idóneas para el pleno desarrollo y ejercicio de la dignidad de sus ciudadanos.

⁵⁸ ARCE FLORES-VALDÉS, J., *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 49.

En este sentido, apunta PEREZ LUÑO⁵⁹ que *la dignidad de la persona humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no será objeto de ofensas o humillaciones, sino que implica también, en un sentido positivo, el pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo*. Ante lo expuesto, es posible afirmar que toda la estructura y actividad del Estado están vinculadas y sometidas al principio de la dignidad de la persona humana, imputándole un deber irrenunciable de deber y protección, mediante el cual se obliga al Estado a no intervenir en el ámbito individual de la persona, constituyendo una obligación del propio Estado la de proteger la dignidad de cada individuo contra las ofensas de terceros, independientemente de la situación.

El principio de la dignidad de la persona humana impone, por lo tanto, al Estado o un deber de abstención estatal —como respeto de la esfera particular del individuo—, o un deber de actuar positivamente —intentando realizar y proteger la dignidad del hombre—. La mencionada efectivización se traduce en la concreción, por parte del Estado, del programa normativo de la dignidad de la persona humana dirigido, especialmente, al legislador, que tiene el deber de instituir un orden jurídico que se corresponda a las exigencias reales del principio, conforme a las exigencias consagradas en la propia Constitución; esto, principalmente, a través de los derechos fundamentales, como se demostrará en el Capítulo siguiente.

Así, la acepción positiva del deber del Estado en lo que se refiere a la dignidad de la persona humana es entendida como deber prestacional, destacando su compromiso por los derechos humanos y los valores sociales. Por otra parte, se apunta su deber negativo, también llamado acción defensiva, en la cual la disuasión representa el elemento preponderante. La protección de la dignidad de la persona humana es fruto, pues, de un intercambio de las acciones estatales (comisiva y omisiva).

⁵⁹ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

I.2.3.- El ser humano como contenido esencial de la dignidad de la persona humana y fundamento del Derecho

Como ya hemos mencionado, en las llamadas democracias sociales la dignidad de la persona humana alcanza el pleno reconocimiento en el mundo jurídico contemporáneo, consagrándose como un principio fundamental que debe orientar el ordenamiento jurídico y social como un todo.

De esta condición deriva la conclusión necesaria de que la persona humana es el fundamento primordial del derecho. El hombre es el ser que, dentro del tiempo y del espacio, debe ser considerado como el centro y fin de todo lo que existe. Su identidad lo convierte en el valor absoluto —el único valor absoluto— a que todo se refiere⁶⁰. El absolutismo del hombre, dentro de la realidad del mundo, le afirma el primado ontológico y finalístico: es el ser supremo, no pudiendo, por eso, ser instrumentalizado. A su vez, la dignidad humana tiene un valor único e individual y jamás podrá ser sacrificada por cualesquiera intereses colectivos.

Siendo la persona humana el fundamento central del derecho, es ella la fuente originaria de los contenidos primordiales del ordenamiento jurídico, constituyendo la justificación y legitimación de este último en cuanto instrumento destinado a regular las relaciones sociales.

El derecho tiene una finalidad propia que legitima la presencia en la vida humana, consistente en la búsqueda del bien común, en el cual se complementa el desarrollo integral del hombre. Tal finalismo jurídico se

⁶⁰ MARTINI, Agostino, *Il diritto nella realtà umana. Il diritto nel mistero della Chiesa. Pontificium Institutum Utriusque Juris* —: Roma: Pontificia Università Lateranense, 1986, p. 6.

inscribe, obviamente, en el finalismo de la persona humana, puesto que esta es el fin último de todo lo que existe en el tiempo y en el espacio⁶¹.

No obstante, a pesar de que se constate actualmente la proliferación de los documentos declaratorios de derechos en los que los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana se configuran como núcleo esencial, tales declaraciones muchas veces terminan constituyéndose como enunciados normativos de contenido inespecífico o intencionalmente descuidado.

En el primer caso —y, aquí, muy particularmente en la realidad constitucional brasileña— hay un excesivo espacio de maleabilidad interpretativa en el contenido del principio de la dignidad de la persona humana, que permite, en nombre de este principio, la presentación de proposiciones completamente antagónicas sobre temas idénticos, como, por ejemplo, el aborto y la eutanasia⁶².

En cuanto al segundo caso, de intencionada desconsideración del principio, hay una desconexión entre el sistema normativo y la realidad vivida

⁶¹ *Ibidem*, p. 9.

⁶² Sobre el tema, destaca Agenor CASARIL que “En efecto, al solucionar, jurídicamente, las cuestiones relativas a la dignidad humana, de la diferente concepción teórica que se le antepusieran derivarían en soluciones diferentes e, incluso, diametralmente opuestas. De ello deriva la necesidad de adoptar un fundamento último que radique en la esencia de la dignidad humana, generando la seguridad jurídica para los jurisdicionados. Para ello, resulta más adecuada la concepción del personalismo cristiano, que trasciende la visión, limitada y limitante, del puro racionalismo cartesiano e incluso kantiano. En efecto, la dignidad de la persona humana se fundamenta no sólo en la autoconsciencia o racionalidad, sino, simultáneamente, en la libertad, en la comunicación y en la autotranscendencia del hombre. En realidad, los países cuyos pueblos insertan en su ideal político la concreción de un régimen democrático, constituyéndose en un Estado Democrático de Derecho, dan importancia a la dignidad de la persona humana y buscan su protección en sus ordenamientos jurídicos. En efecto, mediante el orden constitucional, intentan prevenir que, en nombre de las ideologías, se cometan abusos brutales contra la dignidad humana, como los acaecidos en pleno siglo XX, bajo el influjo del totalitarismo, independientemente de los matices de este. En efecto, resulta plenamente pertinente la ponderación propuesta por Lafer, al establecer que la posición expresamente adoptada por el totalitarismo, en el sentido “de que los seres humanos son superfluos y desechables, representa una negación frontal a la idea del valor de la persona en cuanto “valor-fuente” de todos los valores políticos, sociales y económicos” y, como resultado, del fundamento último de la legitimidad del orden jurídico, como formulado por la tradición, así en el ámbito del paradigma del Derecho Natural como en el de la Filosofía del Derecho.” CASARIL, Agenor. “A pessoa humana como centro e fim do direito”. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 62, nov. 2008 – abr. 2009, pp. 93-112.

por el ser humano, haciendo que la dignidad de la persona humana no supere el ámbito del mero concepto, sin una eficacia concreta en el mundo de los hechos.

Veamos, por ejemplo, lo que se produce con el sistema penitenciario brasileño, en que la realidad de las superpoblaciones carcelarias y las condiciones inhumanas de tratamiento del preso imponen al Estado, inerte e inoperante, cotidianas muestras de desconsideración plena del principio fundamental de la dignidad de la persona humana⁶³.

En cualquiera de las hipótesis, sin embargo, no se puede afirmar que la dignidad de la persona humana no se encuentre plasmada como principio fundamental y normativo del Derecho, en la medida en que se comprende que estos fallos derivan mucho más de la conducta antijurídica del Estado frente al deber de observancia de sus normas, que de una desconsideración del principio en la estructuración del sistema normativo. Este sigue considerando al ser humano como valor supremo, centro y fin del derecho, incluso porque, la dignidad de la persona humana no es una creación constitucional, sino un hecho preexistente a toda experiencia social jurídicamente constituida, considerada como una prioridad justificadora de la propia existencia del texto normativo destinado a la regulación de las relaciones del hombre con el poder del Estado.

En efecto, la concepción de que el hombre es una Persona, es decir, un ser, al mismo tiempo, individual y social, material pero espiritualmente abierto a la trascendencia, y, en consecuencia, dotado de dignidad y de derechos fundamentales que deben ser preservados y promovidos por el Estado, determina que la dignidad humana tenga un valor único e individual y jamás podrá sacrificarse por cualesquiera intereses colectivos. Y es este el principio a partir del cual se plasma en Europa la denominada civilización cristiana occidental.

⁶³ Sobre la realidad del sistema penitenciario brasileño, se recomienda el vídeo-documental “O Grito das Prisões”, dirigido por la reportera Fatima Souza y por el cineasta Ocimar Costa, que acompaña los diputados de la CPI del Sistema Penitenciario en Brasil, que se puede consultar en el enlace <https://www.youtube.com/watch?v=uKD0s0Qhxd4&feature=youtu.be>

Fue en el ámbito de esta nueva civilización donde se consolidó la idea del Estado al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona. Es, pues, la idea del Estado democrático.

I.2.4.- La dignidad de la persona humana como elemento conformador de los derechos fundamentales

Como hasta ahora hemos visto, existe una sólida relación de dependencia entre la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales, de modo que en el presente epígrafe, se pretende argumentar sobre la esencialidad del principio fundamental de la dignidad de la persona humana en los derechos y garantías fundamentales, puesto que la efectivización de estos últimos sólo puede producirse en la propia realización de la dignidad de la persona humana⁶⁴.

Como se ha visto anteriormente, los derechos fundamentales son derechos básicos, esenciales e inherentes al hombre y sólo por el pleno ejercicio de estos derechos se puede hablar de una existencia digna, incluyendo el aspecto intrínseco y el aspecto extrínseco —material— de la dignidad de la persona humana. Son derechos que, aunque reconocidos como inalienables a lo largo de la historia, representando conquistas históricas en la evolución del ordenamiento jurídico, nacen con el individuo y le son inalienables, es decir, preceden al Estado, que sólo se legitima en la organización para la defensa de estos derechos.

La concreción de los derechos fundamentales representa, pues, la realización del principio fundamental de la dignidad de la persona. En este sentido, afirma Ingo WOLFGANG SARLET, *los derechos fundamentales, al menos en general, pueden ser (y así efectivamente lo son) considerados*

⁶⁴ Sobre el concepto de la dignidad humana y su relación con los derechos fundamentales, incluso desde una perspectiva comparada, ver la obra de reciente aparición: *Dignidad humana y derecho fundamental* (Ricardo CHUECA dir.) Madrid: CEPC, 2015.

*concreciones de las exigencias del principio de la dignidad de la persona humana*⁶⁵.

En este aspecto, merece destacarse en la doctrina portuguesa al profesor VIEIRA DE ANDRADE, de la Universidad de Coimbra, citado por Ingo Wolfgang SARLET⁶⁶, para quien existe una íntima relación entre los derechos fundamentales y el principio de la dignidad de la persona humana, puesto que aquellos poseen su contenido común pautados en este, que, a su vez, es concretado por el reconocimiento y positivación de aquellos. Posicionamiento adoptado también por diversos autores brasileños, como Luis Roberto BARROSO⁶⁷, para quien la dignidad de la persona humana está en el núcleo esencial de los derechos fundamentales, y de ella se extrae la tutela del mínimo existencial y de la personalidad humana, tanto en su dimensión física como moral.

Adoptándose como base la sistematización de los derechos fundamentales elaborada por Ingo WOLFGANG SARLET⁶⁸, la dignidad de la persona humana se constituye en un principio fundamental estructurante, que tiene como característica conferir una unidad axiológica al sistema de derechos fundamentales, lo que, obviamente, no excluye su faceta normativa. Además, la dignidad de la persona humana, en cuanto principio fundamental balizador del sistema de derechos fundamentales, posee también una función instrumental integradora y hermenéutica, constituyendo un auténtico parámetro para la aplicación, integración e interpretación de los derechos fundamentales imprimiendo una coherencia interna al sistema.

⁶⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., pp. 110-111.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 111.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.

⁶⁸ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 109.

En las palabras del mencionado autor, el principio de la dignidad de la persona humana es considerado *fundamento de todo el sistema de derechos fundamentales, en el sentido de que estos constituyen exigencias, concreciones y desdoblamientos de la dignidad de la persona humana y que en base a esta deben ser interpretados*. Es en este sentido que Sarlet denomina el principio de la dignidad de la persona humana como *lex generalis*, puesto que constituye el fundamento de todos los derechos fundamentales del hombre previstos en la Constitución, en mayor o menor grado, así como, de modo inverso, los derechos fundamentales traducen las garantías específicas de la dignidad de la persona humana, de la cual, pueden ser considerados como un verdadero desdoblamiento, de modo que ha sido objeto constante de sustentación por parte de la doctrina patria y extranjera que el principio de la dignidad de la persona humana *ejerce el papel de fuente jurídico-positiva de los derechos fundamentales, dándoles unidad y coherencia*.

Así, la relación entre derechos fundamentales y principio de la dignidad de la persona humana asume un papel primordial, puesto que la dignidad es una función del elemento y la medida de los derechos fundamentales simultáneamente, de modo que, como regla general, las ofensas a estos derechos constituyen, al mismo tiempo en igual intensidad, ofensa a la propia dignidad de la persona humana y, por lo tanto, a toda la esencia del sistema jurídico de aquellos países que estructuran sus ordenaciones a partir de este principio fundamental, tal como es el caso de Brasil y España.

No hay duda, por lo tanto, de que los derechos fundamentales permiten garantizar y promover la dignidad esencial de la persona humana, ya sea de forma individual, ya sea de forma colectiva, en los más diversos niveles de implicaciones del individuo en la esfera social. Es decir, el principio de dignidad de la persona humana se convierte en la base conformadora de todos los derechos fundamentales, tanto que varios de estos derechos serán reconocidos de forma expresa como consecuencia directa de la propia idea de dignidad, entre los

cuales se pueden citar el derecho a la vida, a la libertad, a la manifestación, a la salud, a la seguridad social y a la educación, por ejemplo.

Asimismo, el principio de la dignidad humana como valor fundante del sistema constitucional, no constituye un mero mandamiento abstracto de orientación discursiva, sino una norma de eficacia concreta capaz de operar una solución de conflictos, orientando las opciones que deben realizarse en el caso concreto. Permite garantías de condiciones mínimas de existencia y concede fuerza normativa, a través de su actividad, en la concreción de la dignidad de la persona humana, potenciando al ser humano como objetivo máximo del ordenamiento, merecedor de respeto y de una vida digna, sentido en el que el ordenamiento jurídico moderno debe fundarse.

El objetivo es garantizar el bienestar del hombre, el mínimo necesario no sólo para soportar una *vida* —que se caracterizaría por el simple satisfacción de las necesidades vitales—, sino para posibilitar la existencia de una *vida digna* —lo que implica, más allá del atendimiento de las necesidades vitales, la plena posibilidad de explotación de los potenciales existenciales del hombre—.

A ejemplo del Tribunal Constitucional Español —en la ya citada sentencia 53/1985—, también el Supremo Tribunal Federal de Brasil, ante la importancia de este componente, ya apuntó, en muchas sentencias, la superioridad de la dignidad de la persona humana, como verdadero valor-fuente que conforma e inspira todo el ordenamiento jurídico⁶⁹, al reconocer, por ejemplo, el derecho al nombre como insertado en este concepto⁷⁰ y el derecho a la búsqueda de la felicidad, por estar vinculado a este principio⁷¹.

La proclamación constitucional del principio de la dignidad de la persona humana (que informa todo el conjunto de los derechos fundamentales),

⁶⁹ STF, RHC 94.358, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/abr/2008.

⁷⁰ STF, RE 248.869, voto do Min. Maurício Corrêa, j. 07/mar/2003.

⁷¹ STF, STA 223-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/abr/2008.

como un principio fundamental de Estado, implica, así, el reconocimiento de un núcleo rígido que conforma y orienta el alcance de los derechos y garantías fundamentales, posibilitando su efectivización concreta en el plano de los hechos.

En otras palabras, el hombre, en todas sus dimensiones, comienza a ser la preocupación mayor del Estado y prioridad justificante del Derecho y cualquiera que atente contra la dignidad puede entenderse que atenta contra el Estado Democrático de Derecho, puesto que las Constituciones atribuyen plena normatividad a la dignidad de la persona humana, proyectándola para todo el sistema jurídico, político y social, convirtiéndola en el fundamento principal de la República y del Estado Democrático de Derecho y permitiendo que posea una primacía axiológica-normativa sobre los demás principios.

En este sentido, Cármen Lúcia ANTUNES ROCHA, citada por Fladimir Jerônimo BELINATI MARTINS⁷², afirma que:

La positivación del principio como fundamento del Estado de Brasil quiere significar, por lo tanto, que este existe para el hombre, para asegurar las condiciones políticas, sociales, económicas y jurídicas que permitan que el mismo alcance sus fines: que su fin es el hombre, como fin en sí, como sujeto de dignidad, de razón digna y supremamente puesto encima de todos los bienes y cosas, incluso del propio Estado.

Se observa, por lo tanto, que la dignidad de la persona humana dejó de ser una mera manifestación conceptual del derecho natural, convertida en un principio autónomo íntimamente conectado con la realización y concreción de los derechos.

De esta manera, la dignidad de la persona humana no es el único parámetro de interpretación e incluso puede ser considerado absoluto, pero por

⁷² BELINATI MARTINS, Fladimir Jerônimo. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 78.

fuerza de su ya mencionada primacía axiológica-normativa debe ser considerada como la principal fuente de la hermenéutica constitucional y, para una correcta interpretación del texto es necesario que el intérprete conozca todo el sistema constitucional y la realidad histórica y cultural en que está insertado, a la vez que también resulta esencial la lectura sistemática de todo el ordenamiento jurídico.

El principio de la dignidad de la persona humana es, por lo tanto, un principio fundamental de los sistemas constitucionales modernos, que confiere racionalidad al ordenamiento jurídico y suministra al intérprete una pauta valorativa esencial para la correcta interpretación y aplicación de la norma.

Se trata de un valor fundante capaz de delimitar y configurar los derechos fundamentales, con carácter instrumental, que se manifiesta en la posibilidad de que sea utilizado como parámetro objetivo de aplicación, interpretación e integración de todo el sistema jurídico.

Es cierto que el principio de la dignidad de la persona humana es una cláusula abierta de contornos ambiguos. Sin embargo, constituye el elemento que da amparo a los derechos fundamentales, de modo que el intérprete debe de trabajar con la noción de que trata la calidad inherente a todo y cualquier ser humano, y con la perspectiva de que se reconoce la existencia de una pauta de valores constitucionales (derechos fundamentales), en cuyo centro se encuentra, de forma inamovible e inderogable, la dignidad de la persona humana, la cual actúa como el núcleo rígido y, también, como límite inmanente de estos derechos, siendo, por eso, el elemento conformador de este Derecho; es decir, es la dignidad de la persona humana la que da pleno sentido y efectividad a los Derechos Fundamentales.

Y en esta medida, el alcance y sentido de los Derechos fundamentales en el texto constitucional sólo podrá ser realmente contrastado bajo una perspectiva pluralista, generada a partir de la noción concreta de Dignidad de la Persona Humana. Únicamente así, la interpretación podría ser considerada

resultado de la sociedad abierta capaz de una mediación armoniosa entre el Estado y la sociedad, único entorno en el cual se puede pensar en el pleno desarrollo de las capacidades y potencialidades humanas, que es lo que, al fin y al cabo, permite la existencia digna.

Según Flademir Jerônimo BELINATI MARTINS⁷³,

No obstante, conviene recordar nuevamente que aunque la dignidad de la persona humana sea el valor fuente del sistema constitucional brasileño no fue el único valor acogido por el texto constitucional. Así, a pesar de que en un contexto hermenéutico abierto y pluralista la concreción de la dignidad de la persona humana asuma un papel importante y esencial, los límites de la noción de apertura constitucional no se agotan en la realización sólo de este valor [...] lo que pretendemos señalar es que la noción de apertura constitucional, más allá de la ampliación del círculo de intérpretes (en el sentido mencionado por Peter Häberle), también implica el reconocimiento de la apertura de las Constituciones democráticas a otros contenidos, tanto normativos, como extranormativos (usos y convenciones, normas de corrección constitucional), como metanormativos (valores, postulados morales y de justicia material), lo que enriquece su sentido y alcance.

El principio constitucional de la dignidad de la persona humana está dotado de un cierto grado de vaguedad y generalidad que le permite la concreción sobre muchas situaciones, cuando se utiliza en una enunciación normativa amplia y abierta. Es impregnado de profundo contenido ético (dimensión axiológica) y actualidad. Todas estas características le permiten acompañar el ritmo frenético de la evolución de la sociedad contemporánea sin que con ello provoque rupturas constitucionales. Es un principio que configura, orienta y limita críticamente la interpretación de los derechos fundamentales y, por eso, funciona como operador deóntico especial, puesto que en la medida y en las posibilidades del caso presentado deberá orientar el intérprete.

⁷³ BELINATI MARTINS, Flademir Jerônimo. *Dignidade da pessoa humana*, cit., pp. 94-95.

I.3.- Derechos Fundamentales y Derechos Humanos. Características esenciales

Lo dicho acerca de la dignidad humana como configuradora de los derechos fundamentales, sirve para introducirnos al estudio de estos. Aunque no se pueda disociar la esencia de *fundamental* de la noción de los derechos humanos —esta es más amplia, ya que se vincula a la concepción de derechos del hombre como ser dotado de dignidad— se entienden por derechos fundamentales aquellos positivados en un documento jurídico, generalmente, el Texto Constitucional, concebido con la finalidad principal de aplicarlos en un determinado territorio.

Como ya hemos indicado anteriormente, los derechos fundamentales derivan de coyunturas sociales dictadas por la conformación de diversos factores que contribuyen a lo largo de diversos momentos históricos y que se desarrollan a lo largo del proceso de evolución, por lo que sus características varían en el espacio y en el tiempo, reconociendo que su sustancia, por lo general, sólo puede ser efectivamente delineada en función del sustrato positivo que se les reconoce por parte del ordenamiento jurídico de cada Estado.

No obstante, en la doctrina se reconoce a esta clase de derechos algunas características, que superan la plasmación en un mero documento jurídico, por razones filosóficas, culturales e históricas.

En este sentido, la doctrina apunta, como rasgos propios y distintivos de los derechos fundamentales, la universalidad, la historicidad, la inalienabilidad,

la constitucionalización y la aplicabilidad inmediata, que serán analizados brevemente a continuación⁷⁴.

Hay quien sostiene que los derechos fundamentales son **universales** y **absolutos**. Sin embargo, como observa Paulo Gustavo GONET BLANCO, la característica de universalidad debe entenderse con matices⁷⁵.

Por regla general, se argumenta que los derechos fundamentales tienen por destinatarios a los individuos en general, por la condición de *ser humano*. Sin embargo, existen derechos fundamentales que no se destinan a toda y a cualquier persona, sino a grupos específicos, por ejemplo, los derechos fundamentales de la persona, del individuo, en el marco de una relación jurídica determinada por el contrato laboral,⁷⁶ lo cual no significa, como observa Luis PRIETO SANCHÍS, que tales derechos no ostenten el mismo nivel de importancia de los destinados a todo el conjunto de los individuos, sin distinción⁷⁷.

Además, hay circunstancias en las que los derechos fundamentales derivan de su propio ejercicio frente a un destinatario específico, por ejemplo de algunos destinados al particular en relación al Estado —derecho de petición a los órganos públicos, por ejemplo⁷⁸—, hipótesis en la que la observancia del derecho no demanda atención de toda la colectividad, sino única y exclusivamente del propio sujeto pasivo de la relación del derecho material.

Por otra parte, hay que tener cuidado cuando se habla del carácter absoluto de los derechos fundamentales, dado que este rasgo contempla en sí la noción de superioridad jerárquica frente a otros derechos y la imposibilidad de

⁷⁴ HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales” en Benda y otros, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 84-85.

⁷⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 162.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 162.

⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994, p. 82.

⁷⁸ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 162.

introducir límites, que deriva esencialmente del pensamiento iusnaturalista, ya mencionado anteriormente, según el cual algunos derechos fundamentales anteceden a la propia noción del Estado y son inherentes a los individuos — como la vida, la libertad y la propiedad—, no comportando, así, ninguna especie de restricciones, ni tampoco a favor del interés colectivo⁷⁹ o incluso a favor de otros derechos de la misma condición.

Esta premisa, sin embargo, tropieza con la posición jurisprudencial ampliamente consolidada de que no hay derechos ilimitados e, incluso, que los derechos fundamentales pueden ser limitados cuando entran en confrontación con otros principios jurídicos, incluso, con otros derechos fundamentales⁸⁰.

Paralelamente, en el ámbito internacional, se reconoce la posibilidad de relativizar puntualmente los derechos fundamentales cuando, en el caso concreto, se muestran divergentes con otros principios que, en un determinado contexto, puedan presentar mayor importancia para otro individuo o para la sociedad en su conjunto⁸¹.

En el ámbito del sistema constitucional brasileño, hay límites **explícitos** al derecho a la vida, en caso de guerra declarada, según el artículo 5º, inciso XLVII, punto “a”, de la Constitución de la República⁸².

Por otra parte, como ya se ha mencionado, el propio **carácter histórico** de los derechos fundamentales indica su contenido flexible en el tiempo y en el espacio, con el fin de hacer frente a las nuevas necesidades cotidianas⁸³.

Como apunta Norberto BOBBIO:

⁷⁹ *Ibidem*, p. 162.

⁸⁰ *Ibidem*. En el mismo sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis. *op. cit.*, p. 86.

⁸¹ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 162.

⁸² *Ibidem.*, p. 162.

⁸³ *Ibidem*, pp. 163-164.

[...] la libertad religiosa es efecto de las guerras de religión; las libertades civiles, de las luchas de los parlamentos contra los soberanos absolutos; la libertad política y las libertades sociales, del nacimiento, crecimiento y maduración del movimiento de los trabajadores asalariados, de los campesinos con poca o ninguna tierra, de los pobres que requieren de los poderes públicos no solo el reconocimiento de la libertad personal y de las libertades negativas, sino también la protección del trabajo contra el desempleo, los primeros rudimentos de instrucción contra el analfabetismo, después la asistencia para la invalidez y la vejez⁸⁴.

De igual forma, algunos derechos fundamentales se consideran **inalienables** o **indisponibles**, bajo el aspecto jurídico y material, de manera que ni su titular podría disponer de ellos, y que se basa, principalmente, en la dignidad de la persona humana, elemento básico en el cual radica todo el marco jurídico en el que se apoyan los derechos fundamentales. En esta posición se encuentran los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física y las libertades de carácter personal —ideológica, religiosa, de expresión y de reunión—⁸⁵.

A pesar de ser fácilmente aceptable en el ámbito doctrinal, el mundo de los hechos presenta varias situaciones que retan esta característica, ya que se admite la limitación de los derechos fundamentales teniendo en cuenta los demás principios perseguidos por el sistema constitucional de un país⁸⁶.

Por otro lado, la conformación social contemporánea presenta situaciones que, si no representan una renuncia de derechos fundamentales, caracterizan una disponibilidad momentánea y voluntaria por parte de su titular, como es el caso, por ejemplo, de la revelación de la intimidad en programas televisivos cuyo principal atractivo es precisamente la exposición del individuo frente al gran público —los llamados *reality shows*, del género *Supervivientes* y *Gran Hermano*—.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 164.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 166.

Otra nota distintiva de los derechos fundamentales se refiere a la positivación en el Derecho interno o estatal. Dependiendo de cada Estado, están **positivados en una Constitución**, por ejemplo en Brasil y en España, de manera que en estos casos, todos los Poderes Públicos estarán sujetos a la observancia de los derechos mencionados (además de los particulares, por regla general)⁸⁷.

Los derechos fundamentales reconocidos expresamente en una Constitución de los Estados, vinculan a todos los Poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial)⁸⁸.

En cuanto al Poder Legislativo, la sumisión a los derechos fundamentales puede tener un fondo positivo, en el sentido de que resulta obligado a examinar ciertos derechos fundamentales cuya eficacia se acentúa con la normativización específica. Habrá también un aspecto negativo de la vinculación en los casos en que aquel Poder tenga la posibilidad de limitar la aplicación de determinados derechos fundamentales, debiendo preservarse el núcleo de estos, bajo pena de incurrir en la inconstitucionalidad.⁸⁹

La vinculación por parte del Poder Legislativo puede analizarse en función del principio denominado *prohibición de retroceso*⁹⁰, según el cual, las concreciones legislativas, efectuadas en el ámbito de los derechos fundamentales

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 166-167. Conforme también RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid: CEPC, 2012, pp. 1085-1125.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 167.

⁸⁹ *Ibidem*. En general, sobre la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, vid. la obra de MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1996.

⁹⁰ A propósito del tema de la prohibición del retroceso o regresividad social, ver WOLFGANG SARLET, Ingo, "Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis". En Miguel Ángel Presno Linera (coord.): *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012, pp. 5-6: (http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro_digital_procura.php), pp. 18-21 y las aportaciones de la doctrina portuguesa a través de autores como Gomes Canotilho y Vital Moreira. También COURTIS, Christian; ABRAMOVIC, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp.19-64, pp. 93-94 y pp. 113-115, particularmente sobre el alcance de la aplicación de la prohibición de la regresividad.

sociales, no podrán ser simplemente eliminadas, porque derivan del orden constitucional, concepción que no encuentra una unánime aceptación en la doctrina, ya que para algunos, admitirla significaría inmiscuirse en la libertad del legislador⁹¹.

Sobre la vinculación negativa del legislador, Luis E. DELGADO DEL RINCÓN apunta que: “Para un sector de la doctrina, el principio de la irreversibilidad de los derechos sociales o de prohibición de retroceso de las conquistas sociales conecta con el principio de seguridad jurídica. Constituye una garantía de protección de los derechos sociales -y de la propia dignidad humana-, que cobra actualidad en tiempos de crisis económica, al poder invocarse frente al legislador cuando introduzca medidas de supresión o de restricción de prestaciones públicas ya existentes. Trata de preservar un mínimo existencial o un contenido esencial de los derechos sociales ante las prestaciones ya adquiridas”⁹²

Aunque haya sido originalmente desarrollado en Alemania, cuyo catálogo de derechos fundamentales no es tan extenso como el brasileño, tanto en Brasil como en España hay un sector de la doctrina desde el cual se reivindica una eficacia negativa de los derechos sociales que, como sostiene DELGADO DEL RINCÓN serían así concebidos: “como derechos subjetivos de defensa, en virtud de los cuales podría reclamarse judicialmente una prohibición de intervención o eliminación de determinadas posiciones jurídicas ya consolidadas. La garantía de prohibición del retroceso social tendría por objeto preservar el

⁹¹ *Ibidem*, p. 168. A favor de la aplicación del principio y del uso de la proporcionalidad como criterio guía, *vid.* GOMES CANOTILHO, J. José; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Almedina. Coimbra. 1991, p. 131.

⁹² DELGADO DEL RINCÓN, L. E. “El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica”, *Estudios de Deusto*, 43, Julio-Diciembre, 2013, pp. 51 y ss.

bloque normativo -constitucional e infraconstitucional- de los niveles de eficacia de los derechos sociales ya consolidados.⁹³”

Según aclara el mismo autor: “Uno de los argumentos que se alegan para fundamentar la irreversibilidad (o no regresividad) de los derechos sociales es la cláusula de progresividad prevista en el art. 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. Mediante la misma se impone a los Estados parte (setenta signatarios) la progresiva realización (y protección) de los derechos sociales que se reconocen en el Pacto: “Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive especialmente la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Es importante observar que esta posición doctrinal admite introducir ajustes y restricciones a los derechos sociales; sin embargo, mediante acciones legislativas para salvaguarda de otros derechos fundamentales, desde que la medida restrictiva se someta al correspondiente control de constitucionalidad a través de los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad, siempre con respecto al núcleo esencial de los derechos sociales⁹⁴.

Así, prosigue DELGADO DEL RINCÓN: “Los partidarios de este principio de prohibición de retroceso o de regresividad en materia de derechos sociales, consideran que aunque no sea posible conseguir una prohibición absoluta del retroceso social, el principio es un instrumento jurídico idóneo para

⁹³ WOLFGANG SARLET, Ingo, “Los derechos sociales a prestaciones...”, op. cit., pp. 18-19 y COURTIS, Christian; ABRAMOVIC, Víctor. *Los derechos sociales como...*, op. cit., pp. 112-113.

⁹⁴ WOLFGANG SARLET, Ingo., “Los derechos sociales a prestaciones...”, op. cit., pp. 18-19 y COURTIS, Christian; ABRAMOVIC, Victor., *Los derechos sociales como...*, op. cit., pp. 112-113.

reducir el impacto de la crisis económica sobre los derechos sociales, asegurando un mínimo existencial, un nivel mínimo de igualdad de oportunidades.

En España, la mayoría de la doctrina es contraria al principio de prohibición de retroceso social o de irreversibilidad de las conquistas sociales. Su admisión impediría la gobernabilidad y la viabilidad del Estado. De ahí que quede en manos del legislador la oportuna corrección de situaciones que sean eventualmente insostenibles por circunstancias socioeconómicas.

El Tribunal Constitucional español, cuando se le ha planteado la cuestión directa o indirectamente, tampoco ha aceptado el principio de la irreversibilidad de las conquistas sociales. Algunas de las decisiones en las que se pronuncia sobre esta cuestión son las siguientes: STC 97/1990, de 24 de mayo, al interpretar el art. 50 CE, cuando alude a las “pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”, en relación con el derecho a la seguridad social, del art. 41 CE, al que el Tribunal lo concibe como una garantía institucional (STC 37/1994, de 10 de febrero),

Con arreglo a la doctrina y la jurisprudencia citadas, el legislador gozará de un amplio margen de apreciación para revisar, restringir e incluso suprimir las prestaciones sociales configuradas legalmente al amparo de los derechos sociales reconocidos en la Constitución. Ahora bien, conviene matizar que aunque el margen del legislador es amplio, no es absolutamente ilimitado, ya que, como también ha manifestado el Tribunal Constitucional, a propósito de los arts. 9.2 y 35 CE, “no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas” (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 3). La expresión “sin razón suficiente”, es la clave para interpretar el párrafo de esta sentencia, de tal manera que se admitiría una reversibilidad de las conquistas sociales, una introducción de medidas restrictivas de los derechos sociales (siempre que la realidad económica lo imponga) y siempre que la reversión sea fundada, razonable y no arbitraria o discriminatoria.

En este sentido, cualquier ley que restrinja o rebaje el nivel de prestaciones fijado en otra ley anterior constituye una intervención sobre el derecho, sobre su contenido, por lo que será necesario justificar la medida restrictiva acudiendo a la dogmática de los derechos fundamentales (respeto del contenido esencial constitucional y del principio de proporcionalidad). En estos casos, es al legislador al que corresponde (en los preámbulos de las normas) argumentar de forma detallada la utilización de las medidas restrictivas, evitando acudir única y exclusivamente al manido argumento de “la situación económica por la que atraviesa la economía española y la exigencia de cumplimiento de los objetivos de déficit público” (Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, ya citado) o al “principio de estabilidad presupuestaria” (reserva de lo posible). Si se utiliza este argumento, habría de explicarse ampliamente por qué no existen recursos y dónde se destinan los que se tienen.”

Y concluye DELGADO DEL RINCÓN que “En otras palabras, ha de exigirse al legislador que cuando imponga recortes sociales, recortes de prestaciones públicas, para la consecución de determinados fines constitucionales, como el principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 CE, acuda a la motivación de la decisión adoptada y al principio de proporcionalidad, que es susceptible de control judicial. Y ello con el objeto de evitar que la decisión se adopte de forma irracional o arbitraria (art. 9.3 CE), respetando, en todo caso, el lugar que ocupan los derechos sociales en el sistema axiológico-normativo de la Constitución, a la que, por otro lado, están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), y que les obliga, además, a promover la efectividad de la igualdad y a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE)⁹⁵.”

Igualmente, la Administración Pública y los agentes que actúan en su nombre, incluso las personas jurídicas de Derecho privado que desarrollen

⁹⁵ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica”, cit., pp. 51 y ss.

actividades en el ejercicio de *poder de imperio*, no escapan a las limitaciones impuestas por los derechos fundamentales, ya sea al aplicar o al interpretar la ley; incluso cuando existe la posibilidad de un cierto margen discrecional a través de conceptos abiertos o indeterminados⁹⁶.

El Poder Judicial, a su vez, no deja de atender los derechos fundamentales, teniendo como función principal su defensa ante cualquier lesión objetivamente perpetrada o bien en el caso de una simple amenaza⁹⁷.

En este sentido, es competencia del Poder Judicial no sólo la obligación de controlar a los demás Poderes con respecto a las acciones que violen los derechos fundamentales, sino también la de aplicar con esmero las sentencias constitucionales de forma que se permita que tengan toda la eficacia que es admisible.

Por otra parte, los derechos fundamentales encuentran límites en cuanto al espacio territorial y al momento histórico, reconociéndose, en cualquier caso, que poseen una mayor aplicabilidad y amparo si se comparan con los derechos humanos, porque los Estados poseen sistemas jurídicos más articulados⁹⁸ y disponen de mecanismos de presión más eficientes para su defensa.

Otra característica que ha sido atribuida a los derechos fundamentales es la **eficacia (aplicabilidad) inmediata**, porque una vez reconocidos como tales, por el orden constitucional, representan la elección soberana de la nación de los principios bajo los cuales se fundamentan sus instituciones internas, imponiendo a los Poderes constituidos la obligación de concretar tales derechos⁹⁹, sin admitir que permanezcan a la espera de desarrollo legislativo para que produzcan efectos en el mundo de los hechos.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 169. También GOMES CANOTILHO, J. José, *op. cit.*, p. 404-407.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 172.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 166/167.

⁹⁹ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 173-174.

En este sentido, lo regulan, por ejemplo, la Constitución Brasileña en su artículo 5º, § 1º; la Constitución Española, en el artículo 53; y la Constitución Portuguesa, en el artículo 18. La aplicación inmediata debe ser la presunción que se impone y la búsqueda constante de los Poderes Públicos, como forma de atender al mandato constitucional¹⁰⁰.

También así es la tutela y protección reforzada de estos derechos, como sucede en el ordenamiento constitucional español, a través de la facultad que tienen los ciudadanos para acudir a los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo (art. 53.2 CE)¹⁰¹.

Son estas, pues, las notas que distinguen, al menos para una buena parte de la doctrina, los derechos fundamentales con respecto a los denominados como derechos humanos, ya que estos últimos tienen como fundamento los derechos inherentes al hombre, y tienen la pretensión de ser reconocidos más allá de los límites estatales, siendo a veces, incluso positivados en la esfera internacional¹⁰².

Esta separación teórica no impide, sin embargo, la posibilidad de influencia mutua, siendo común la positivación de ciertos derechos como fundamentales en los sistemas constitucionales internos cuando aquellos ya se encuentran previstos en el ámbito internacional¹⁰³.

Tales características analizadas en conjunto, denotan la importancia de los derechos fundamentales en los Estados Democráticos de Derecho, ya que indican cómo y cuándo deben actuar los Poderes constituidos y la propia colectividad en las relaciones sociales. Representan, por tanto, el punto más importante de los sistemas constitucionales contemporáneos.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 173-174.

¹⁰¹ Cfr., en general, CARRILLO, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid: CEPC, 1995 y RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder...*, op. cit., p. 1209 y ss.

¹⁰² *Ibidem*, p. 166.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 166.

I.4.- Eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y en el ámbito de las relaciones de trabajo

La teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (la *Drittwirkung der Grundrechte*), también conocida como eficacia privada, exterior u *horizontal*, nació en Alemania con el juicio célebre del caso Luth, siendo posteriormente ampliada por la doctrina constitucional en su conjunto, especialmente en el ámbito de la Unión Europea¹⁰⁴.

En la década de 1950, Eric Luth, prestigiado judío, crítico de cine y director del Club de Prensa de Hamburgo lidera un boicot contra la presentación de la película “Amada Inmortal”, producida y dirigida por el alemán Veit Harlan. La película en sí no contenía ningún mensaje antisemita o racial; sin embargo, Harlan era una antigua celebridad en el medio cinematográfico en la época del régimen nazi, responsable de la producción de la película “Jud Süß”, de 1941, considerada una de las más odiosas obras de segregación racial y desvalorización del pueblo judío.

La película fue un fracaso de público y Harlan y sus compañeros comerciales acudieron a los Tribunales alegando que las acciones de Luth violaban el Código Civil Alemán (BGB), obteniendo éxito ante el Tribunal Estatal de Hamburgo, que entiende que resultaba inmoral la convocatoria al boicot y condena de Luth “para que deje 1. de pedir a los propietarios de anfiteatros y empresas de distribución de películas que no incluyan la película “Unsterbliche Geliebte”, que fue producida por la autora “1”, cuya distribución nacional fue confiada contractualmente a la autora “2” en sus programas, 2. Llamamiento al público alemán para que no viera esta película.

¹⁰⁴ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 374-375. También, BILBAO UBILLO, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: CEPC, Madrid, 1997, p. 233 y ss.

No conforme con esta decisión, Luth recurre al Superior Tribunal Estatal de Hamburgo e interpone una Reclamación Constitucional alegando que se había violado su derecho fundamental a la libre expresión del pensamiento, dado que el TCF, en decisión datada el 15 de enero de 1958, interpreta que “el Tribunal Estatal desconocía, a tenor del comportamiento del reclamante, el significado especial del derecho fundamental a la libre expresión del pensamiento, que también afecta al hecho de que entre en conflicto con los intereses privados. La decisión del Tribunal Estatal se fundamenta en este fallo de valoración y uso de los criterios propios del derecho fundamental y, así, considera que viola el derecho fundamental del reclamante del Art. 5 I 1 GG. Por lo tanto, debe ser revocada”.

Aunque tenga su origen en una incursión particular sin mayores repercusiones que para los propios implicados, sin embargo, la decisión es de suma importancia para la conformación de los actuales contornos del Derecho Constitucional en la temática de los Derechos Fundamentales, puesto que constituye el inicio de la aplicación efectiva de estos Derechos entre particulares.

Como afirma Alexy, “la sentencia del caso Lüth enlaza tres ideas que han marcado fundamentalmente el derecho constitucional alemán. La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa (*Abwehrrecht*) del ciudadano frente al Estado: los derechos fundamentales encarnan, como dice el Tribunal Constitucional Federal, “también un orden de valores objetivos (*objektive Wertordnung*)”; al respecto se discutió qué entendió el tribunal por “orden axiológico objetivo”. Más adelante, él habla simplemente de “los principios [...], que adquieren expresión en los derechos fundamentales”; se puede partir de esto y decir que la primera idea básica del caso Lüth consiste en que los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas sino también el de principios. La segunda, estrechamente vinculada con la primera, es que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho

más allá de eso, “para todos los ámbitos del derecho”. Esto lleva a un “efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos. La tercera idea resulta de la estructura de los valores y los principios: unos como otros tienden a colisionar. Una colisión de principios sólo puede resolverse por ponderación. El mensaje más importante de la sentencia del caso Lüth para la vida jurídica cotidiana dice entonces: “por tanto, una ‘ponderación de bienes’ será necesaria”¹⁰⁵.

A pesar de ser ampliamente aceptada —y practicada en los Tribunales—, la tesis todavía suscita polémica, como apunta Robert ALEXY, al tejer algunas críticas con respecto a la forma en que opera (“problemas de construcción”) y extensión (“problemas de colisión”).

Las críticas derivan, sobretodo, de la idea de que, en las relaciones entre Estado y particular, sólo el último es titular de derechos fundamentales, lo que no sucede en las relaciones entre particulares, donde ambos se presentan como titulares de estos mismos derechos¹⁰⁶, ya que los derechos fundamentales se articulan, sobretodo, como instrumentos de defensa del ciudadano frente al Estado mismo.

Sin embargo, como bien destaca Tomás DE LA QUADRA SALCEDO, si acudimos a cualquiera de los teóricos del Estado, sea Hobbes, Locke o Rousseau, todos ellos parten de la idea que el Estado mismo solo se legitima para garantizar al hombre derechos que son inherentes a su condición humana frente a otros hombres (*homo homini lupus*), o sea, los Derechos Fundamentales —o, por lo menos, algunos de ellos— son la propia justificación de la organización del

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad*. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_fundamentales_ponderaci_n_y_racionalidad_Rober_Alexy.pdf. Acceso en 03/08/2015. 19:50.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Alemana publicada por Suhrkamp Verlag en 2006. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.528.

Estado en cuanto ente responsable por la organización y funcionamiento de la sociedad.

En este sentido, observa DE LA QUADRA que “se reconoce pues la existencia de unos derechos previos al Estado mismo, con la particularidad de, además, la razón de la institución de los gobiernos no es otra que la garantía de esos derechos inalienables. Es decir que esos derechos innatos e inalienables existen antes del Estado que se constituye para garantizarlos. El Estado mismo no es se amenaza primera, sino que se constituye, precisamente, para conjurar dichas amenazas que por tanto deben provenir inicialmente de los demás y no del Estado, aunque este esté obligado a respetarlos también, pues tal es su razón de ser”¹⁰⁷.

La materia relativa a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha sigue siendo objeto de larga controversia doctrinal, incluso en los sistemas que la consagran de modo expreso, tales como por ejemplo la Constitución Portuguesa (artículo 18/1), porque no hay concordancia acerca del alcance de la citada disposición ni tan siquiera en cuanto a su contenido¹⁰⁸.

Para Robert ALEXY, los derechos fundamentales en su formulación más completa, pretenden una fundamentación no sólo formal sino también material y, por lo tanto, poseen una función elemental en todo el orden jurídico, visualizada no sólo desde la perspectiva de un conjunto de normas, sino también desde “posiciones” y “relaciones jurídicas”¹⁰⁹.

Admitida la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, son sumariamente apartados de este plan aquellos derechos cuya

¹⁰⁷ DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. “Derecho Público, Derecho Privado y Derechos Fundamentales”. *Revista General de Derecho Administrativo*. 34 (2013) p. 29.

¹⁰⁸ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 375-376.

¹⁰⁹ Sobre el problema de las “posiciones jurídicas” y “relaciones jurídicas”, *vid.* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais. Passim.*

esencia implique atribuir obligaciones sólo al Estado y a sus órganos, por ejemplo los derechos políticos y algunos derechos sociales.

Así, por ejemplo el artículo 5º, inciso XXXIV, punto a, de la Constitución Federal Brasileña, determina que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho”.

De hecho, carece de sentido pensar en la eficacia entre particulares de tales derechos, ya que al particular no toca adoptar políticas y ni siquiera cualquier medida a garantizar el ejercicio del derecho fundamental de acceder al Poder Judicial Brasileño.

Hay otros derechos fundamentales, también, cuyo contenido está dirigido principalmente al Estado y vincula de forma primera e inmediata, a los poderes públicos, sin que esto impida, sin embargo, que del mismo derive una vinculación mediata para particulares, como sucede con el artículo 208, inciso I, de la Constitución de la República Federal del Brasil¹¹⁰. Para entenderlo en sus debidos términos hay que tomar en consideración la Enmienda Constitucional N. 59, de 2009, con respecto a la *enseñanza primaria obligatoria* y gratuita y cuyo contenido claramente constituye un deber esencial al Estado, pero que también obliga a los padres con relación a los hijos, ya que los primeros deben velar por la educación de la prole¹¹¹.

Esta noción resulta importante, porque una vez admitida la eficacia entre particulares —*horizontal*— de los derechos fundamentales, podemos constatar que esta ópera de maneras distintas según el derecho fundamental del cual se está tratando, admitiendo su incidencia de modo *directo* o *indirecto*¹¹².

¹¹⁰ "Art. 208. El deber del Estado a la educación será cumplido mediante la garantía de: I (...) - educación básica obligatoria y gratuita desde los 4 (cuatro) a los 17 (diecisiete) años de edad, asegurando también su oferta gratuita a todos los que no tuvieran acceso en la edad apropiada".

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 375-376.

¹¹² *Ibidem*. En el ámbito de la doctrina brasileña, la posición de Ingo Wolfgang Sarlet es la de que – (en nota a pie de página – p. 376): “[...] hay que sostener una eficacia (directa y/o indirecta)

La eficacia *indirecta*, también denominada *mediata*, puede ser definida como aquella en la cual los derechos fundamentales tienen aplicabilidad entre los particulares, sin embargo, mediante la intervención del Legislativo y del Judicial, a través del establecimiento de guías valorativas que se fijarán para la actuación de estos Poderes; en esta perspectiva, los derechos fundamentales obligan primero al Estado y, sólo de forma indirecta, al particular.¹¹³

A su vez, la eficacia *directa*, también llamada inmediata, es el pleno reconocimiento de que los derechos fundamentales que vinculan a los particulares entre sí sin la necesidad de interferencia estatal o de cualquier otra regulación legislativa que no sea el propio Texto constitucional e, incluso en la práctica, de actos que se refieren a la autonomía privada¹¹⁴.

Esta diferenciación, como ya hemos visto, no es unánime¹¹⁵, incluso para aquellos que la sostienen: aunque relativamente simple en el plano teórico, no siempre es tan clara, especialmente en lo que se refiere a aquellos derechos fundamentales cuyo contenido está principalmente pensado para regular las relaciones entre particulares, existiendo una severa divergencia doctrinal en

de estos derechos (sociales) en el ámbito de la relación entre los particulares, no sólo, sino especialmente en lo que se refiere a su contenido con respecto a la dignidad humana, en el contexto de lo que se ha designado como un mínimo existencial.”

¹¹³ SÉRGIO GAMONAL, C., *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 27.

¹¹⁵ A respecto de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, Tomás DE LA QUADRA SALCEDO, en el artículo ya citado, defiende que no es el caso de hablarse de eficacia mediata o inmediata, sino que de admitirse la existencia misma de estos derechos en dichas relaciones: “*Por otra parte en el momento actual los partidarios de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares llegan en muchos casos a las mismas soluciones a las que se llega si se admite no solo la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sino su existencia misma en tales relaciones.*” Si bien se pueda comprender la posición del autor y su importancia para el desarrollo de la discusión, la distinción no se pone de relieve en esta investigación, pues lo que aquí se está a defender es que los Derechos Fundamentales sean oponibles entre particulares, y, para tanto, da igual que esto sea obtenido por la existencia de los Derechos Fundamentales en estas relaciones o, al revés, que sean simplemente efectos o, como decía el Tribunal Constitucional Federal Alemán, una *irradiación*, de estos derechos.

cuanto a la forma por la cual se debe operar la vinculación (directa o indirecta)¹¹⁶.

Divergencias aparte, en la etapa actual de los derechos fundamentales es dominante la posición doctrinal y, principalmente, jurisprudencial, que atribuye no sólo al Estado, sino también a los particulares, la eficacia vinculante de estos derechos, especialmente en el ámbito de las relaciones de consumo y de trabajo¹¹⁷, lo que permite ir más allá de la dimensión meramente subjetiva de los derechos fundamentales según la cual compete al particular que tenga un derecho el exigirlo del Estado.

A esta perspectiva subjetiva, que mantiene una estrecha relación con la propia aparición de los derechos fundamentales y sus fines principales y que requieren comportamientos o irradiación de efectos en determinadas relaciones jurídicas¹¹⁸, se une la dimensión objetiva de que estos derechos fundamentales son consagrados en un conjunto de valores constitucionales que deben ser objeto de preocupación y deben ser protegidos por todo el tejido social, incluso por el sistema jurídico privado y sus relaciones adyacentes¹¹⁹.

Los derechos fundamentales, bajo esta nueva perspectiva, de sesgo objetivo, traducen los valores elegidos por el sistema constitucional como más relevantes y que deben ser de observancia obligatoria por todos los poderes estatales, superando, pues, la visión exclusivamente individual antes mencionada¹²⁰.

Esta posición presenta especial importancia en aquellas relaciones jurídicas entre particulares cuyas partes no se encuentran en igualdad y para las

¹¹⁶ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 378.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 378.

¹¹⁸ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 189.

¹¹⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 378.

¹²⁰ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 187.

cuales habría una imperiosa necesidad de plena eficacia de los derechos fundamentales, aunque mediante ponderación de valores relativos a la autonomía privada y a la libre iniciativa¹²¹.

Lo que se puede concluir de lo hasta aquí expuesto, por tanto, es que la eficacia mediata o inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares debe ser depurada caso por caso, debiendo tenerse en cuenta que a veces, estas relaciones son trabadas entre sujetos que no se encuentran en igualdad porque uno de ellos no detenta el “poder social” y, en otros casos, tales relaciones se producen entre particulares en una supuesta igualdad¹²².

En la segunda hipótesis, cuando se ha comprobado la igualdad de las partes implicadas en las relaciones jurídicas, hay una clara tendencia a dar preferencia a la autonomía de la voluntad privada, salvo en situaciones excepcionales cuando esta puede implicar una ofensa a la propia dignidad de la persona humana, cuando la propia interferencia estatal puede comportar una eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales en el ámbito de estas relaciones¹²³.

En el primer caso, sin embargo, existe conformidad en el sentido de que se puede aplicar la plena eficacia vinculante a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas, porque en estas situaciones la relación de derecho material traduce, por un lado, el poder y, por otro, la sujeción, en una

¹²¹ VIEIRA ANDRADE, José Carlos de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra. Livraria Almedina, 1987. p. 284.

¹²² WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 381.

¹²³ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 381. La literatura jurídica internacional presenta varios casos de intervención estatal en las relaciones entre particulares bajo el pretexto de la eficacia inmediata de derechos fundamentales en el ámbito de estas relaciones. Uno de los más emblemáticos y conocidos de ellos es, quizás, el del lanzamiento de enanos, práctica que se prohibió en el territorio Francés por el *Conseil d'État* de ese País, y que dio lugar a una decisión con respecto a la Comisión de Derechos Humanos en fecha de 15 de julio de 2002, al examinar la Comunicación N ° 854/1999. Se analizará este tema en un epígrafe propio. Sin embargo, recomendase también la lectura del libro: *La Dignidad de la Persona* de Tomás PRIETO ÁLVAREZ, seguidamente citado en esta investigación.

condición análoga a lo que se verifica en las relaciones entre particulares y Estado¹²⁴.

Conviene subrayar que también la defensa de la eficacia directa de la dignidad de la persona humana impedirá al particular que se sirva de la libertad individual para violar derechos fundamentales, al menos en lo que se refiere a su núcleo esencial¹²⁵.

De todas formas, en ninguno de los dos casos mencionados hasta ahora se defiende la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, denominada por la doctrina alemana como “eficacia irradiante” (*Ausstrahlungswirkung*), y que en último análisis indica la propia noción objetiva destacada anteriormente, en el sentido de que el Derecho privado debe interpretarse teniendo como base los derechos fundamentales consagrados, especialmente en lo que se refiere a las normas de contenido abierto que requieren una observancia en el caso en concreto¹²⁶.

Según Robert ALEXY, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania se basa en este efecto irradiador para sostener que los derechos fundamentales funcionan como valores objetivos, al igual que la propia noción subjetiva apoyada y deben ser observados, siendo denominados por aquel autor como “principios de nivel máximo de abstracción”¹²⁷.

Esa dimensión objetiva de los derechos fundamentales, como vectores supremos, según el autor, terminan configurando una excesiva abstracción y podrán ser, o no, llevados a cabo bajo el aspecto racional, en la medida en que la sustancia de tal tesis dependerá de otros análisis —caso por caso—¹²⁸.

¹²⁴ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 381. Conforme también BILBAO UBILLOS, J. M^a, *La eficacia...*, *op. cit.*, p. 383 y ss.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 381-382.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, pp. 524-527.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 528.

En general, se observa que la eficacia mediata o indirecta ha sido sostenida en el derecho comparado, en la doctrina y en la jurisprudencia alemana, mientras que en Brasil, ya se ha insinuado una posición doctrinal en el sentido de que puede ser aplicable la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares, sin olvidar, sin embargo, la percepción de que en este ámbito el tratamiento no debe ser homogéneo y que al Poder Judicial le corresponde un papel importante en la medida en que deberá trabajar con casos en los cuales tendrá que utilizar un sistema de ponderación entre principios en conflicto —los derechos fundamentales y la autonomía privada—¹²⁹.

En los sistemas constitucionales en los que esté prevista la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales, esta intervención del Judicial resulta justificada, según Ingo WOLFGANG SARLET, como es el caso de Brasil y de España, como ya hemos mencionado anteriormente¹³⁰.

En el ámbito de las relaciones de trabajo, la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha sido admitida en general de forma directa, aunque enfrentándose a un filtro de censuras, especialmente en lo que se refiere a la protección¹³¹, con algunas investigaciones que pretenden justificar la no aplicabilidad o aplicabilidad limitada de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y que han sido duramente rechazadas¹³².

En este sentido, tanto bajo el punto de vista histórico como filosófico de los derechos fundamentales, se entiende que hay una base para la eficacia en las relaciones privadas, en la medida en que el surgimiento de los citados derechos se dio con el fin de evitar abusos por quienes ostentan el poder: el Estado, entonces muchas veces identificado en la propia figura del monarca.

¹²⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 382-383.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 382-383.

¹³¹ SÉRGIO GAMONAL, G., *op. cit.*, p. 21-22. Ver también BILBAO UBILLOS, J.M^a., *op. cit.*, p. 135 y ss.

¹³² *Ibidem*, p. 22-23.

Actualmente, como ya hemos apuntado, el Estado no siempre será identificado como eje de poder y, por tanto, podemos afirmar que algunas corporaciones y conglomerados multinacionales se presentan incluso más poderosas que el propio Estado.

Por otra parte, bajo una óptica iusnaturalista fundada sobre una base contractual, se partió del supuesto de que los derechos fundamentales eran anteriores al Estado, el cual fue creado sobre todo para garantizarlos y, por tanto, se configuran como derechos principalmente particulares¹³³.

Este desequilibrio de fuerzas identificado en algunas relaciones entre particulares y, en especial, en el ámbito laboral, donde el poder directivo contribuye a acentuar tal disparidad, contribuye a la aceptación de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en estas relaciones, de modo que inhiba las conductas abusivas y demande una acción judicial estatal más contundente¹³⁴.

En ese sentido, advierte Sérgio GAMONAL que el empleador, “tiene potestades y poderes directivos y sancionadores muy importantes que, en cierta medida, lo asemejan al Estado”¹³⁵, razón por la cual el autor defiende la tesis de la eficacia inmediata, directa, de los derechos del trabajador, teniendo en cuenta especialmente, el poder que es jurídicamente reconocido al empleador en la relación de trabajo por cuenta ajena, de empleo.

Sobre el tema del poder directivo del empleador, pretendemos ofrecer algunas consideraciones más detalladas en el capítulo siguiente, destacando ahora que el empleador, al hacer el uso de las prerrogativas que derivan del poder directivo, actúa, al mismo tiempo, como parte interesada y como juez¹³⁶ del eventual problema, decidiendo según sus propios intereses.

¹³³ *Ibidem*, p. 22-23.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 27.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 28.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 30.

De ahí la importancia de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales ante una relación que, aunque sea firmada principalmente entre particulares, implica, en la práctica, someter a un particular —el trabajador— a otro —el empleador—.

De esta característica de desigualdad de las partes, en especial del empleado frente al empleador, algún sector de la doctrina trabaja sobre lo que llama eficacia “diagonal” de los derechos fundamentales en las relaciones laborales entre los particulares.

Como apunta el jurista uruguayo Sergio GAMONAL, la denominación de eficacia diagonal de los derechos fundamentales fue sugerida por la profesora Pamela PRADO en relación con su Tesis de Maestría “Reparación del daño moral ocasionado por el empleador al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo” (Universidad de Chile, 2005- inédita, p. 92)¹³⁷. En esta Tesis la profesora desarrolla el tema siguiendo la sentencia española dictada en 2001, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Chile), que hacía referencia con aquella *especie* de eficacia¹³⁸, en la cual se destaca no sólo la función típica del Legislativo, sino también, del Judicial, este último como forma de evitar abusos en la aplicación de los poderes establecidos en las normas jurídicas que por su amplitud permiten al empleador un cierto grado de discrecionalidad, poniendo de manifiesto que, en muchas ocasiones, la aplicación de los poderes del empleador ha dejado al empleado al margen del sistema constitucional que tiene por objeto los derechos fundamentales.

Parece que la llamada eficacia *diagonal* sólo acentúa el fundamento de la desigualdad entre particulares pero no presenta nuevos fundamentos jurídicos para la solución del problema que es, en esencia, lo mismo: la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 28 – en nota a pie de página.

¹³⁸ *Ibidem*., p. 28 – en nota a pie de página.

Independientemente de la nomenclatura que se pretende adoptar, sin embargo, lo cierto es que el Derecho del Trabajo ha aceptado con mayor tranquilidad la premisa de que los derechos fundamentales no son ejercidos sólo ante el Estado sino que implican, también, una eficacia inmediata entre particulares y, por tanto, vinculan de forma directa a las partes implicadas en la relación de empleo, aunque con algunos límites que se tratarán de abordar en los apartados siguientes.

CAPÍTULO II - LA RELACIÓN LABORAL Y EL PODER DIRECTIVO EMPRESARIAL

II.1. - Definición

No es intención de esta investigación llevar a cabo un estudio comparado de los ordenamientos jurídicos vigentes en Brasil y en España¹³⁹. Sin embargo, es inevitable que hacer alguna comparación entre los dos ordenamientos a lo largo de la exposición en el presente Capítulo, teniendo en cuenta que la regulación legal del poder directivo es sensiblemente distinta en los dos países, exigiendo un análisis individualizado. Pretendemos mantener la fidelidad al ordenamiento positivo ya que resulta esencial para cualquier estudio jurídico adecuado, dado que la norma escrita es el parámetro jurídico fundamental y prevalente en los países del *civil law*, como Brasil y España.

¹³⁹ MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y CARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*. 18ª ed., Madrid: Tecnos, 2009. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2009. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*. 26ª ed., Madrid: Thompson Civitas, 2009. ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, ALFONSO MELLADO, Carlos, BLASCO PELLICER, Ángel y GOERLICH PESET, José María, *Estatuto de los trabajadores: concordando con la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del trabajo*. 2ª ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009.

Ante todo, sin embargo, conviene destacar que el tratamiento legal diferenciado no impide que pueda llegarse a una solución común a lo largo de este trabajo de investigación, teniendo presente que, en cualquiera de los casos, la raíz doctrinal del poder directivo es común en los dos países.

El término *poder directivo* se emplea aquí en su sentido más amplio, contemplando no sólo la facultad asegurada para dirigir el trabajo, que llamaremos *poder de dirección*, sino también las diversas vertientes por las cuales se puede expresar en el ámbito del contrato de trabajo y que iremos explicando seguidamente.

Desde el punto de vista etimológico, la palabra *poder* deriva del latín (*potere*) y significa la capacidad o facultad de actuar, mandar, imponer su voluntad a los otros aun cuando se puedan resistir. El vocablo *dirigir*, también originario del latín (*dirigere*), representa la idea de dirigir, guiar, orientar de modo general¹⁴⁰, de ahí se concluye etimológicamente que la expresión poder directivo o poder de dirección significa la capacidad o facultad de alguien, según su voluntad, de dirigir y orientar a otros o algo.

Llevados estos conceptos al ámbito del Derecho del Trabajo, se identifica como un poder directivo el *poder/deber* que se reconoce al empleador para dirigir las actividades del empleado y que otorga al primero la prerrogativa de definir cómo, cuándo y de qué forma se le dará el aprovechamiento de la fuerza de trabajo que le es asignada por el segundo para el cumplimiento del objeto empresarial.

En este sentido, Manuel ALONSO OLEA considera el poder de dirección como:

La facultad, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo. El

¹⁴⁰ Al respecto, se puede consultar el Diccionario de La Lengua Española de la Real Academia Española, disponible en <http://www.rae.es/rae.html>.

poder de dirección es un poder de ordenación de las prestaciones laborales (Montoya). Comprende, asimismo, la facultad de especificar prestaciones debidas dentro de las posibles conforme a la cualificación profesional del trabajador, según se dijo. Lo ejerce el empresario por sí o a través de otras personas: necesariamente a través de otras si el empresario es una persona jurídica, y voluntariamente puede ejercitarlo de esta forma indirecta en cualquier caso, lo que quiere decir que el titular de hecho, por derecho propio o por delegación, del poder de dirección es precisamente el que se calificó de estamento directivo de la empresa¹⁴¹.

En la misma línea, Mauricio GODINHO DELGADO se vale del término *poder laboral*, para designar un instituto general que se manifiesta en lo que denomina *dimensiones*, directiva, reglamentaria, fiscalizadora y disciplinaria, y que define como:

(...) conjunto de prerrogativas reconocidas por el orden jurídico y tendencialmente concentradas en la figura del empleador, para el ejercicio en el contexto de la relación laboral. Puede considerarse, también, como el conjunto de las prerrogativas con respecto a la dirección, regulación, fiscalización y disciplina de la economía interna a la empresa y correspondiente a la prestación de servicios.¹⁴²

En el Derecho laboral portugués, cuya legislación es más reciente que la brasileña CLT, el instituto encuentra amparo legal en el Derecho positivo, disponiendo el artículo 97 del Código del Trabajo de Portugal, aprobado mediante la Ley N. 7, de 12 de febrero de 2009, que:

Artículo 97º. Poder de dirección. Compete al empleador establecer los términos en que el trabajo debe ser prestado, dentro de los límites derivados del contrato y de las normas que lo rigen.

En España, el poder directivo se encuentra amparado por el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre de 2015, cuyo contenido establece:

Artículo 20.

Dirección y control de la actividad laboral

¹⁴¹ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M.^a Emilia. *Derecho del Trabajo*. 25^a ed., Madrid: Thomson Civitas, 2008, p. 490.

¹⁴² GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 5^a ed., São Paulo: LTr., 2006, p. 629.

1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue.

2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

4. El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.

En general, la doctrina radica el fundamento constitucional del poder directivo, en el artículo 38 de la Constitución Española que asegura el derecho a la libertad de empresa¹⁴³, afirmando la profesora Edurne TERRADILOS ORMAETXEA que:

De ahí que pueda sostenerse que para que el empresario organice el entramado de bienes y servicios en que se constituye una empresa se valdrá, además del poder de dirección, del disciplinario. La letra del art. 38 CE, en cuanto reconoce la libertad de empresa, e invoca a los poderes públicos que garanticen y protejan su ejercicio y “la defensa de la productividad”, se alza en apoyo de esta tesis.¹⁴⁴

En Brasil, la sexagenaria Consolidación de las Leyes del Trabajo — aprobada por el Decreto-Ley 5.452, del 1º de mayo de 1943— no contempla ninguna mención expresa al poder directivo y mucho menos una definición de lo

¹⁴³ Artículo 38. “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

¹⁴⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. *El Poder Disciplinario Empresarial. Principios y Garantías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 15.

que éste debería ser, encontrándose sólo una breve e implícita referencia en su artículo 2º, cuando, al definir al *empleador*, lo considera como aquel que “dirige la prestación personal de servicio”¹⁴⁵, extrayéndose de los propios supuestos de la relación de empleo¹⁴⁶, más concretamente, de la subordinación, la legitimidad y el propio concepto —en Brasil, esencialmente doctrinal— del que viene a ser el poder directivo del empleador.

De hecho, la subordinación jurídica deriva de la circunstancia de que al empleador, que detenta los medios de producción y único responsable de los riesgos de la actividad económica, se le asegura el poder/deber de dirigir las actividades del empleado, siendo de su competencia la prerrogativa de definir cómo y cuándo se dará el aprovechamiento de la fuerza de trabajo dentro de los demás medios de organización y producción empresariales.

Conviene señalar, sin embargo, ya sea por las características intrínsecas del sistema, como en el caso brasileño, ya sea porque se encuentra expresamente positivado en el caso del sistema español, que resulta inexorable el hecho de que el fundamento y origen del poder directivo/disciplinario empresarial reposa en la subordinación jurídica.¹⁴⁷

A su vez, esta subordinación jurídica deriva del hecho de que el valor del trabajo, desde el punto de vista empresarial, no es más que otro elemento de producción necesario para la consecución de su objetivo socio-económico, mostrándose particularmente oportuno, en este sentido, el artículo 1º del ET, al definir el ámbito de aplicación de aquella ley como “(...)de aplicación a los

¹⁴⁵ Art. 2º - “Se considera empleador la empresa, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, asalaria y dirige la prestación personal de servicio”.

¹⁴⁶ La legislación brasileña no ofrece una definición de la relación laboral, deduciéndose tal concepto de poner en conexión sus supuestos, que son proporcionados por la conjugación de los artículos 2º y 3º del CLT, tales como personalidad, no eventualidad, onerosidad y subordinación.

¹⁴⁷ En este sentido, Luz PACHECO ZERGA advierte que: *El deber de obediencia se origina en la posición de subordinación o dependencia del trabajador, que se incardina, por el contrato de trabajo en “el ámbito de organización y dirección de otra persona” (art. 1.1 ET) y constituye “el primer deber del trabajador” [art. 5 a) y c) ET].* PACHECO ZERGA, Luz. *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*. Navarra: Thomson Civitas, 2007, p. 105.

trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y *dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona*, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

II.2. - El poder directivo como deber

Se parte de la dualidad *poder/deber*, porque dirigir la actividad laboral no es sólo una potestad del empleador, sino también una imposición que le viene dada por el sistema —un *deber*—, en el sentido de que de esta premisa también deriva el deber de orientación con vistas al pleno desempeño contractual del trabajador y su propia protección.

En efecto, el empleado, que tiene el deber de obediencia a las normas derivadas de la estructura empresarial, también tiene el derecho a recibir orientaciones sobre cómo actuar, no sólo como forma de preservar su integridad física, sino también como forma de preservar su propia capacidad laboral e interés dentro de aquella estructura.

En este sentido, Manuel ALONSO OLEA advierte que sobre el empresario pesa el deber general de protección del trabajador, el cual no deriva simplemente del hecho de ser un acreedor del deber de prestar trabajo, sino de que “(...) el trabajo debe ser prestado de cierta manera y con sujeción a ciertas órdenes cuya fuente es el empresario, al que el contrato atribuye un poder directivo sobre el modo de la prestación, cuyo ejercicio según la buena fe característica del contrato de trabajo es el que impone el deber”¹⁴⁸.

De esta manera, el trabajador contratado para una determinada actividad, incluso antes del deber de observancia de las directrices empresariales, posee el legítimo derecho de conocer y comprender estas directrices con el fin de

¹⁴⁸ *Op cit.*, p. 489.

seguirlas adecuadamente y de desarrollar óptimamente su prestación laboral y esto implica, sin embargo, no sólo el conocimiento técnico —muchas veces condición para el empleo— de una determinada profesión, sino también de las rutinas y las eventuales técnicas específicas que le serán presentadas y exigidas.

Tomemos como ejemplo el trabajo de los vendedores especializados. Profesionales de esta categoría que sin duda tienen en su formación el conocimiento teórico práctico para realizar ventas. Sin embargo, las peculiaridades de sus rutinas e incluso los perfiles de servicio varían de un empleador a otro, aunque, en esencia, el objeto del contrato de trabajo de cualquier vendedor constituya la *actividad de vender* y el conocimiento específico del producto. Sin embargo, las rutinas de cada empleador pueden ser diferentes y el trabajador, antes del deber de ejecutarlas y cumplirlas, tiene el derecho a conocerlas, ya que si no lo hace, no podrá desarrollar la prestación laboral, ni cobrar por ello.

Es obvio que determinadas actividades, ya sea por la simplicidad o por la capacidad técnica del trabajador contratado, pueden presuponer un mayor o menor grado de conocimiento de modo que impliquen una (igual) mayor o menor grado de directrices que se deban de conocer. Eso no significa, sin embargo, que el empleador esté exento de explicar las eventuales rutinas específicas que pretende que se observen.

Continuamos con el ejemplo del vendedor, especificándolo ahora para la rama de los medicamentos. Se trata de un profesional técnico conocedor de los productos con los que opera y que, por la propia naturaleza de la actividad, no tendrá mayores dificultades para continuar su trabajo en razón de un eventual cambio de empleadores, porque la esencia de su actividad termina por obligarle también a tener un conocimiento de los productos del competidor.

Conviene observar, sin embargo, que aunque pueda conocer la red de medicamentos con los que trabaja el laboratorio “A”, el vendedor profesional

desconoce las rutinas empleadas por el laboratorio “B”, el cual, al contratarlo, deberá explicarle cómo se hacen los pedidos, por ejemplo, si es mediante vía electrónica *on line* en el momento de la compra o por posterior remesa; si se documentan en medio físico —papel— o simplemente se registran en una hoja de cálculo electrónica; si se deben enviar informes diarios o semanales; si posee la libertad para conceder descuentos en circunstancias especiales o no, además de otras rutinas de trabajo que no tienen una relación directa con el trabajo de venta en sí mismo o con las características del producto que se vende.

Por otra parte, conviene también observar que el poder de dirigir implica el deber de garantizar la seguridad de los trabajadores en general, de manera que el empresario no puede exigir una determinada conducta profesional de riesgo sin antes explicar y aclarar tales riesgos y exigir que el empleado adopte medidas de cautela en la prevención de accidentes, según determina el artículo 7º, XXII, de la Constitución brasileña de 1988¹⁴⁹, art. 157 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo¹⁵⁰, y, también, el artículo 19.1 del ET. En Brasil¹⁵¹, la jurisprudencia ha sido la responsable de la maximización de este deber de protección cuando estipula el manifiesto deber de cuidado por parte del empleador¹⁵². Lo mismo sucede, en el Derecho positivo español, cuyo artículo

¹⁴⁹ Art. 7º “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros dirigidos a la mejoría de su condición social: [...]; XXII - reducción de los riesgos inherentes al trabajo, a través de normas de salud, higiene y seguridad; [...]”.

¹⁵⁰ La disposición legal citada establece que: “Cabe a las empresas: I - cumplir y hacer cumplir las normas de seguridad y medicina del trabajo; II - instruir a los empleados, a través de órdenes de servicio, en cuanto a las precauciones que deben adoptarse para evitar accidentes de trabajo o enfermedades profesionales”.

¹⁵¹ Art. 19.1. “El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”.

¹⁵² La ‘súmula’ -encabezado- 289 del TST <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6514.htm> recomienda que “El simple suministro de equipos de protección por parte del empleador no le exime del pago del adicional en concepto de insalubridad, debiendo adoptar medidas dirigidas a la disminución o eliminación de la nocividad, entre las cuales cabe citar las relativas al uso efectivo de los equipos por parte del empleado”. La finalidad es poner de manifiesto la necesidad de un papel pro activo que debe desempeñar el trabajador en la relación laboral lo que deriva de lo que ahora se llama poder/deber de dirigir que le es reconocido por fuerza de esa relación.

4º, apartado 2º, d, del E.T. establece el derecho de los trabajadores: “A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene:”

Un claro ejemplo lo encontramos con relación al trabajador de la construcción civil contratado para arreglo o instalación de tejados. Tal actividad, a pesar de ser rutinaria para ese trabajador, no exime al empleador de la obligación de orientarle y de exigirle el uso de equipos de seguridad.

Esa comunicación biunívoca que se pretende inculcar en la noción jurídica de *poder directivo* deriva de la propia esencia del contrato de trabajo, el cual viene precisamente marcado por la característica de la alteridad, cambio constante de prestación y contraprestación y que resulta, en la práctica, de la subordinación jurídica del trabajador, en la medida en que cualquier ejercicio de poder, por más sencillo que se pueda presentar, solamente puede ser admitido de forma responsable.

II.3. - Las manifestaciones del poder directivo: dimensiones

En general, la doctrina acepta que el poder directivo puede ser fragmentado en varias especies, en función de la manera en que se manifiesten en el contrato de trabajo. Por ello, se las denomina también como dimensiones o manifestaciones del poder directivo, término que se prefiere, ya que expresa mejor la idea de formas mediante las cuales el poder directivo será ejercido por el empleador en el ámbito del contrato.

En esta línea, Manuel ALONSO OLEA apunta que las manifestaciones del poder directivo se dividen en dos grandes grupos: a) Órdenes, generales y particulares; y b) “Ius Variandi” y conductas privadas¹⁵³.

Al primer grupo, el autor lo subdivide en *la facultad de dictar reglamentos, órdenes o normas generales de taller o fábrica*; es decir, se trata de los reglamentos de fábrica, orientaciones generales que se difunden a través del tablón de anuncios o circulares y que deben ser seguidas por la colectividad en general; y *la facultad de dar órdenes particulares y concretas a cada trabajador o grupo de trabajadores*, que consiste en las orientaciones específicas que se proporcionan al individuo en lo que se refiere a la ejecución del servicio.

Sin embargo, con respecto al segundo grupo, el autor explica que se trata de la facultad asegurada al trabajador de promover modificaciones no sustanciales en el contrato de trabajo, basada en el artículo 39.1 del ET¹⁵⁴, a excepción de algunos casos especiales, en los que también se le asigna al empleador la facultad de exigir del empleado unas determinadas conductas privadas “cuando el tipo de trabajo sea de tal naturaleza que su eficacia o virtualidad se pierdan o disminuyan si el trabajador se descuida ante la generalidad o sectores especiales del público”¹⁵⁵.

¹⁵³ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M.^a Emilia. *Derecho del Trabajo, cit.*, pp. 490-491.

¹⁵⁴ Aquí hay que poner de relieve nuevamente la ventaja comparativa de la legislación española que, por ser más reciente que la brasileña, acoge en el ámbito del Derecho positivo los institutos doctrinales clave para la aplicación del derecho del trabajo, tal como sucede, por ejemplo, con relación al llamado *ius variandi*, que no encuentra una explícita recepción en el vetusto texto consolidado, el cual sólo trata de la materia por vías indirectas en el artículo 468, cuyo texto dispone simplemente: “*En los contratos individuales de trabajo sólo es lícita la alteración de las respectivas condiciones por mutuo consentimiento, y aun así siempre que no resulten, directa o indirectamente, perjuicios para el empleado, bajo pena de nulidad de la cláusula que infrinja esta garantía.*” En la legislación brasileña se puede observar una acentuada preocupación por los problemas ligados al origen del derecho del trabajo, sin tratar, por ser obvios, los temas más recientes, que requieren un mayor esfuerzo de interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en la identificación de estos institutos, clave de forma conjugada para la aplicación de las disposiciones legales al caso concreto.

¹⁵⁵ *Op cit.* p. 491/492.

En una aguda perspectiva, Alice MONTEIRO DE BARROS apunta que: “La autoridad del empleador se exterioriza a través del poder de dirección y se hace efectiva a través del poder disciplinario.” La autora apunta también la existencia, según otros autores, de un poder reglamentario que, en sus palabras “se configura como un poder de legislar en el ámbito de la empresa”¹⁵⁶.

Conviene tener también presente la clásica orientación de Délio MARANHÃO, tradicional autor que trabaja el tema de modo más conservador:

La situación de subordinación es fuente de derechos y deberes para ambos contratantes. Sea cual sea la forma del trabajo subordinado, se encuentran, más o menos rigurosamente ejercidos de hecho, pero siempre potencialmente existentes, los siguientes derechos del empleador:

- a) de *dirección* y de *mando*, pudiendo determinar las condiciones para la utilización y aplicación concreta de la fuerza de trabajo del empleado, en los límites del contrato;
- b) de *control*, que es verificar el exacto cumplimiento de la prestación de trabajo;
- c) de *aplicar sanciones disciplinarias*, en caso de incumplimiento de la obligación contractual.¹⁵⁷

Como se ve, independientemente de la nacionalidad —brasileña o española— o de la orientación —más moderna o más clásica— e incluso de la forma o nomenclatura del esquema que se adopte, se identifica la relativa armonía en la doctrina laboralista al apuntar, dentro del poder directivo en un sentido amplio, las diversas manifestaciones, que a los efectos de sistematización de este estudio se prefiere clasificar del siguiente modo:

1) *Poder reglamentario*: representando la facultad otorgada al empresario de instituir, en los límites de su actividad empresarial, las reglas genéricas de producción destinadas a implementar su objeto social.

¹⁵⁶ MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed., São Paulo: Ltr., 2010, p. 583.

¹⁵⁷ MARANHÃO. Délio e outros. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol I., 15ª ed., São Paulo: Ltr., 1995, p. 242.

Resulta imprescindible tener presente la idea de los límites de la actividad empresarial, ya que no es lícito que el empleador regule situaciones que rebasen este ámbito. Así, por ejemplo, aunque se reconozca al empresario el derecho de exigir el uso de uniformes en la línea de producción de una fábrica, como una manera de identificar mejor al grupo de los trabajadores, no se le puede permitir instituir una prohibición genérica de relaciones afectivas entre éstos, ya que una regla de tal naturaleza desbordaría el ámbito de la actividad productiva.

A pesar de haber sido eliminado de la lista de fuentes que figuran en el artículo 3.1 del ET el *reglamento de régimen interior*, todavía se observa en el Derecho español la dimensión reglamentaria del poder directivo por la expedición de circulares y otras reglas genéricas de conducta. Por otra parte, dicho reglamento está expresamente previsto en el Código del Trabajo actualmente en vigor en Portugal, cuyo artículo 99.1 establece: “El empleador podrá elaborar un reglamento interno de empresa sobre la organización y la disciplina del trabajo”.

2) *Poder de dirección —o poder directivo en sentido estricto—*: consiste en la facultad de dictar orientaciones específicas a cada trabajador. Aquí se encuentran las directrices empresariales que abarcan las rutinas de trabajo y conciernen a la ejecución del objeto del contrato, comprendiéndose en esta manifestación del poder directivo también la facultad de vigilancia asegurada al empleador, como forma de implementar el objeto contractual.

3) *Poder disciplinario o punitivo*: representa la capacidad reconocida al empleador de imponer sanciones de naturaleza disciplinaria a los trabajadores, con el fin de corregir una eventual conducta que pueda representar la negación de los deberes derivados del contrato.

Esta última dimensión del poder directivo es sin duda la más controvertida y polémica de todas ellas, por lo que conviene destacar que no

compartimos —a pesar de la autoridad de sus defensores— una parte de la doctrina del Derecho laboral brasileño que niega la existencia válida de esta faceta del poder directivo¹⁵⁸.

Conviene observar que cada vez está más presente en la doctrina laboral la idea de que la subordinación jurídica —insistimos, la cúspide de todo el poder directivo— es de naturaleza objetiva, es decir, se manifiesta sobre el objeto de la relación laboral y no sobre la persona del trabajador propiamente dicho.

No obstante, no se puede disociar el trabajo de la persona de su prestador y, debido a esta circunstancia, aunque eminentemente *objetiva*, se entiende que la subordinación puede desarrollarse en algunos aspectos subjetivos, entre los que podemos identificar la capacidad reconocida al empleador de aplicar sanciones con el fin de corregir la conducta contractual del trabajador, lo que demuestra la manifestación disciplinaria/sancionadora del poder directivo en un sentido amplio.

Finalmente, la manifestación del poder sancionador/disciplinario como dimensión del poder directivo es reconocida entre las facultades del empleador, siendo, expresamente admitido en el art. 58 del E.T., cuyo contenido establece:

Artículo 58.

Faltas y sanciones de los trabajadores

1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.
2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.

¹⁵⁸ Con respecto al tema, *vid.* la Tesis Doctoral de la profesora Aldacy RASHID COUTINHO: *Poder Punitivo Trabalhista*, en la que la autora cuestiona el fundamento legal y doctrinal del poder punitivo en la raíz de la relación laboral.

3. No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber.

Siguiendo la misma fórmula, el artículo 98 del Código de Trabajo de Portugal dispone expresamente que “El empleador tiene poder disciplinario sobre el trabajador a su servicio, mientras esté en vigor el contrato de trabajo”.

En el ámbito del Derecho positivo brasileño no se encuentra expresa mención a una manifestación disciplinaria del poder directivo, aunque se pueda extraer su admisión implícita en el sistema de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, según se puede deducir de sus artículos 474¹⁵⁹ y 482¹⁶⁰.

Conviene destacar, sin embargo, que aunque se le reconozca al empleador el derecho de imponer sanciones en el ámbito de la relación laboral, no se puede olvidar que su ejercicio solamente podrá ser legitimado cuando tenga por objeto el propio mantenimiento de aquella relación. Es decir, la aplicación de medidas sancionatorias disciplinarias solamente será legítima si se enmarcan dentro del objetivo de corregir la conducta ilícita del trabajador y reinsertarlo en las directrices de la empresa, sin que se le dé al empleador la posibilidad de imponer sanciones de cuño meramente revanchista o por puro capricho.

¹⁵⁹ Art. 474 – “La suspensión del empleado por más de 30 (treinta) días consecutivos implica en la rescisión injusta del contrato de trabajo”.

¹⁶⁰ Art. 482 – “Constituyen justa causa para la rescisión del contrato de trabajo por parte del empleador: a) acto de deshonestidad; b) conducta inadecuada o mal procedimiento; c) negociación habitual por cuenta propia o ajena sin permiso del empleador, y cuando constituya acto de competencia con la empresa para la cual trabaja el empleado, es decir perjudicial para el servicio; d) condena penal del empleado, tramitada en juzgado, en el caso de que no haya habido suspensión de la ejecución de la pena; e) desidia en el desempeño de las respectivas funciones; f) embriaguez habitual o en servicio; g) violación del secreto de la empresa; h) acto de indisciplina o de insubordinación; i) abandono del puesto de trabajo; j) acto lesivo del honor o de la buena fama cometidos durante el trabajo contra cualquier persona, o daños físicos, en las mismas condiciones, salvo en caso de legítima defensa, propia o de otros; k) acto lesivo del honor o de la buena fama o daños físicos cometidos contra el empleador y superiores jerárquicos, salvo en caso de legítima defensa, propia o de otros; l) práctica constante de juegos de azar. párrafo único - constituye igualmente justa causa para el despido del empleado la práctica, debidamente comprobada en expediente administrativo, de actos que atenten contra la seguridad nacional”.

Nos aproximamos, así, a la dimensión sancionatoria del poder directivo —o simplemente poder disciplinario, como se prefiere en la doctrina española— a una sanción de derecho privado, ya que la finalidad perseguida por la misma es la reconstitución del orden jurídico —en este caso, el contrato de trabajo— y no la reparación de un derecho subjetivo lesionado. Así observa Edurne ORMAETXEA al advertir que:

Vuelve por tanto a emerger la finalidad, que tácita o expresamente, se persigue con la imposición de una sanción: el mantenimiento de la organización o producción de la empresa. A través de ella, no se busca reparar el perjuicio producido teniendo en cuenta el interés quebrado, como es la finalidad de una sanción civil¹⁶¹.

Por ello, se prefiere concebir el poder punitivo como una dimensión del poder directivo y no un derecho autónomo de imponer sanciones; porque, aunque la legislación española trate de ambos institutos como reglas independientes, el fundamento de ambos es común, sin que se pueda legitimar un derecho de imponer sanciones, una vez abandonada la teoría institucional/administrativa del poder directivo.

II.4. - Naturaleza y fundamentos jurídicos del poder directivo

Hay varias teorías que explican los fundamentos y la naturaleza jurídica del poder directivo, y son básicamente tres las que resumen las diversas concepciones: la de la propiedad, la institucional y la del contrato.

La primera y más tradicional de ellas es la de la *propiedad privada*, ligada a los propios orígenes del Derecho del trabajo durante la Revolución Industrial, que trata de fundamentar el poder directivo en el derecho de propiedad del empleador sobre los medios de producción.

¹⁶¹ ORMAETXEA, Edurne. *Op. Cit.*, p. 66.

Se encuentran entre sus representantes clásicos Paul DURAND y JAUSSAUD, quienes afirman que “El derecho de dirección expresa el estado de subordinación del asalariado, que es el elemento característico de las relaciones de trabajo. Constituye una prerrogativa natural del empleador y no tiene que ser formalmente previsto por el contrato de trabajo (...)”¹⁶².

A pesar de ser consistente, la doctrina en cuestión no resuelve los problemas del Derecho laboral contemporáneo, mostrándose insuficiente para justificar los conceptos más recientes del Derecho del trabajo como los derechos de los trabajadores en la participación en los resultados, por ejemplo.

Por otra parte, tal doctrina no resiste a las modernas concepciones de gestión empresarial que, cada vez más, disocian el propietario de la empresa de su administración.

La segunda teoría, *institucional*, surge en Europa con el desarrollo de los regímenes totalitarios y, según ella, el poder directivo se explica por la participación del trabajador en la *institución* empresa, debiendo obedecer al conjunto de reglas que derivan de la misma, como integrante de un todo, para alcanzar los objetivos empresariales.

Al igual que la primera, la teoría institucional no parece suficiente para considerar las variables que se presentan en los albores de este nuevo siglo, porque efectivamente no da ninguna explicación de por qué compartir la premisa de que la empresa es una institución, además de que conlleva un sesgo autoritario indeleble, marcado por los regímenes políticos en los que fue creada¹⁶³.

¹⁶² DURAND, Paul; JAUSSAUD, R. *Traité de Droit du Travail*, Vol. I, París: Dalloz, 1947, p. 430 (traducido del original, en GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed., São Paulo: LTr., 2006, p. 629.

¹⁶³ V. CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 203.

Finalmente, de acuerdo con la teoría *contractual*, el poder directivo deriva de la propia relación laboral, la cual, a su vez, se establece como resultado de la libre voluntad de las partes de asumir obligaciones recíprocas entre sí: el empleado, de prestar trabajo; el empleador, de remunerar tal prestación¹⁶⁴.

Es en la teoría contractual, sin duda, donde residen los fundamentos más adecuados para explicar el poder directivo en los parámetros contemporáneos de la legislación laboral, porque es sólo a partir de la libre manifestación de voluntad como se puede justificar la subordinación del trabajador a un poder de mando no derivado de la autoridad estatal.

De hecho, al aceptar los términos del contrato, el empleado acepta la condición de subordinación que de él deriva, otorgando al empleador la facultad de dirigirle la fuerza de trabajo, según mejor le convenga con el fin de obtener el resultado empresarial deseado.

Se encuentra también en algunos sectores de la doctrina, una cuarta teoría, que Mauricio GODINHO DELGADO presenta como *Delegación del Poder Público*, proponiendo lo que llama *Una Variante: La autonomía como fundamento jurídico*¹⁶⁵, teorías estas que fueron deliberadamente dejadas de lado en esta exposición en la medida en que no interesaban al objeto que investigábamos, incluso porque la teoría contractual, como se ha mencionado, es mayoritariamente aceptada en la doctrina y proporciona los elementos necesarios para dar a conocer la naturaleza jurídica del poder directivo.

En este sentido, la profesora Inmaculada MARÍN ALONSO observa que:

Al respecto, afirma la doctrina que con la Constitución quiebra totalmente en el ámbito laboral la tradicional concepción administrativista de poder proveniente de las normas públicas y se reafirma que no existe más “poder” que el reconocido a los poderes

¹⁶⁴ V. CAMINO, Carmen, *op. cit.*, pp. 205-209.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 641 y p. 643.

públicos, resolviéndose simplemente el poder empresarial en un *poder privado* que tiene su base y fundamento último en el contrato de trabajo aunque éste implique un refuerzo del poder de dirección empresarial¹⁶⁶. Así, el conflicto existente entre los intereses del empresario y del trabajador se solventa únicamente a través del contrato de trabajo, ya que sólo en el mismo se delimitan los derechos y obligaciones que cada una de las partes ostenta en la relación jurídica (...).

Asentándose el fundamento del poder directivo en el contrato, de ahí deriva la conclusión natural de que no era nada más que un derecho del empleador, para ser ejercido y ejercitado en los límites de este mismo contrato y según todos los preceptos exigidos para cualquier otro legítimo ejercicio de derecho.

Conviene destacar, también, que siendo el poder directivo esencialmente un *poder/deber*, como anteriormente hemos explicado, su naturaleza jurídica no puede ser la de un simple derecho subjetivo de su titular, asumiendo contornos más próximos con respecto a la doctrina que lo suele llamar derecho-función, es decir, un derecho que no sólo reconoce facultades a su titular, sino que también le impone obligaciones derivadas de su ejercicio.

Se trata, en palabras de Alice MONTEIRO DE BARROS, de “un derecho con fines altruistas, que debe ser cumplido según su finalidad, de la manera más útil posible por la persona habilitada. La función no elimina el derecho, simplemente lo pone a su servicio, como sucede con el derecho de propiedad”¹⁶⁷.

En la misma posición ideológica, Maurício GODINHO DELGADO apunta la existencia de cuatro concepciones clásicas en la doctrina en cuanto a la naturaleza jurídica del poder directivo: derecho potestativo; derecho subjetivo; poder señorial y derecho función.

¹⁶⁶ MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El Poder de Control Empresarial sobre el uso del Correo Electrónico en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 85.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 585.

Para el autor, “derecho-función” constituye el poder atribuido al titular para actuar tutelando el interés ajeno, y no el interés propio. La potestad inherente al derecho-función no se agotaría en la prerrogativa favorable al titular, resultando también relevante que existiera, correlativamente, un deber”¹⁶⁸.

GODINHO DELGADO, sin embargo, aunque reconozca la hegemonía doctrinal al defender la naturaleza del derecho función del poder directivo, no deja de presentar críticas a tal corriente, por entender que no corresponde a la noción esencial de democracia, ya que explicita el poder directivo por su ejercicio y, por tanto, por sus efectos y consecuencias, y no en su proceso de formación.

Teniendo presentes tales ideas, el autor presenta lo que denomina *Teoría de la Relación Jurídica Contractual Compleja*¹⁶⁹, definida como una *relación jurídica contractual compleja, cualificada por la plasticidad de su configuración y por la intensidad variable del peso de sus sujetos componentes.*

170

A pesar de las críticas efectuadas por GODINHO DELGADO, y en relación al Derecho del Trabajo brasileño, se entiende que en la concepción de derecho-función es donde mejor se puede explicar la naturaleza jurídica del poder directivo, por ser la que mejor se ajusta a los institutos jurídicos contemporáneos que tratan de mitigar el poder como un fenómeno social limitado ante las modernas nociones de ciudadanía, además de ser esta concepción la que mejor corresponde a la idea de poder/deber.

Por otra parte, la teoría del Ministro GODINHO DELGADO es *compleja en sí misma*, no encontrando soluciones en los institutos clásicos del

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p. 653-654.

¹⁶⁹ Según el mismo Maurício GODINHO DELGADO esta teoría fue originalmente presentada en 1994, en su Tesis Doctoral: “O Poder Empregatício”.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 657.

derecho, y no parece que haya arraigado en el ámbito de la legislación laboral, tampoco se encontrando otras referencias doctrinales además de su propia obra.

II.5. - Límites del poder directivo

Una vez aceptada la premisa de que al empleador, en la condición de legítimo titular de los medios de producción y único responsable por los riesgos del negocio, se le reconoce un poder genérico de dirección sobre el trabajo del empleado, doctrinalmente consagrado como poder directivo y siendo éste un poder/deber que se presenta bajo la naturaleza de un derecho-función, conviene ahora investigar los límites de este derecho que, por supuesto, no es ilimitado.

En general, la doctrina iuslaboralista es bastante fructífera a la hora de presentar criterios para definir estos límites, lo que facilita que se encuentren variadas concepciones según los diferentes autores que se han ocupado del tema.

Manuel ALONSO OLEA, por ejemplo, fiel a su concepción de manifestaciones del poder directivo en órdenes generales y particulares e *ius variandi* y conductas privadas, identifica tres clases de límites para el poder directivo, que son: a) el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación, cuyo contenido radica en el artículo 17 del ET; b) la Legitimidad y cumplimiento de las órdenes; que extrae de las disposiciones contenidas en el artículo 20.3 del ET, que expresa la idea de que las órdenes no pueden implicar lesiones a los derechos de los trabajadores; y, c) los límites de las órdenes sobre la conducta privada.

Otávio BUENO MAGANO, pretendiendo sistematizar el tema de forma que abarcara un número mayor de criterios propone la siguiente clasificación:

- límites extensivos e intensivos, que conciernen, respectivamente a la amplitud de la cualificación profesional del empleado, que no

puede ser superada, y a la naturaleza de la cualificación (que no puede ser inferior en las funciones técnicas);

- límites externos e internos (relacionados con el ejercicio del poder directivo al que debe tender el interés de la empresa y son establecidos por la ley, por la norma colectiva y por el propio contrato de trabajo);

- autolimitaciones y heterolimitaciones, de forma que, en las primeras, el propio empleador limita el poder de dirección cuando establece normas, como reglamento interno, indicando el modo de prestación del trabajo y, en las últimas, las imposiciones provienen de los límites externos ya citados;

- límites provenientes de los principios de la especialización, de la subordinación y del respeto a los derechos individuales;

- límites basados en la finalidad del poder de dirigir, es decir, orientado a la realización de determinados valores correspondientes a una buena organización del trabajo;

- limitación con respecto a la prohibición de discriminar al empleado; limitación en la capacidad en razón de la materia (el ejercicio del poder directivo debe limitarse a las cuestiones relacionadas con el trabajo);

- limitación en la capacidad funcional (deberá ser ejercido por el empleador o sus representantes); en la competencia en razón del lugar y del tiempo (salvo algunas excepciones, como los vendedores viajantes, el poder directivo debe ser ejercido, por regla general, en el ámbito empresarial y en la jornada de trabajo) y, por último, en el interés de la empresa, que no se restringe al interés del empresario.¹⁷¹

A efectos de sistematización de la presente investigación y considerando los diversos criterios recogidos por la doctrina, se opta por clasificar los límites del poder directivo siguiendo el criterio del origen del límite: 1) de naturaleza contractual, que derivan, como el propio nombre indica, de lo que se pactó entre las partes; y 2) de naturaleza legal, que son límites de origen heterónomo y derivan de las normas legales promulgadas por el Estado o mediante convenios colectivos, y que delimitan la libertad privada en su conjunto. Pasamos a estudiarlos separadamente.

¹⁷¹ BUENO MAGANO, Octavio. *Do Poder Diretivo na Empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 228-241; también, *vid.* HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à Privacidade e Poder Diretivo do Empregador*. São Paul: Atlas, 2009, p. 8.

II.5.1. - Límites de origen contractual

Como hemos señalado anteriormente, la esencia del poder directivo reside en la subordinación jurídica, condición que el trabajador admite voluntariamente cuando acepta prestar servicios por cuenta ajena.

Siendo esta subordinación de naturaleza objetiva, reside en esencia en el objeto del contrato o, si se prefiere, en el objeto de la prestación de servicios, lo que nos lleva a concluir que el hito fundamental de los límites del poder directivo empresarial es el propio objeto del contrato, la actividad para la que el autor fue contratado y en favor de la cual dará su fuerza de trabajo.

De hecho, el ejercicio legítimo del poder directivo empresarial encuentra espacio sólo en los estrictos contornos del objeto contractual, aunque este pueda eventualmente presentar un área de ámbito variable según las peculiaridades del contrato y la capacidad personal de los agentes.

El empleador no puede, invocando el ejercicio del *ius variandi*, exigir que el recepcionista de una clínica actúe también como médico. El ejemplo propuesto es bastante claro, pero la cuestión puede asumir algunos contornos oscuros cuando se trata de profesiones no reglamentadas o de contenido ocupacional menos complejo, cuyos límites son normalmente delimitados por costumbres, por la práctica empresarial o según peculiaridades regionales.

Algunas actividades, aunque tengan un contenido normal consagrado por la práctica, no poseen una reglamentación legal específica, por lo que nada impide que el empleado, además de aquellas actividades normales, pueda

también desempeñar otras tareas periféricas a su ocupación principal, siempre que sean compatibles con su condición personal¹⁷².

Es la situación, relativamente común, de trabajadores sin habilitación profesional específica que actúan en tareas de menor complejidad, como los conocidos auxiliares de los servicios generales, que pueden trabajar en las diversas áreas de una planta de producción sin alterar el objeto del contrato.

Lo mismo sucede con algunas actividades que, aunque tenga una formación técnica específica, no presentan una delimitación definida por ley. Es el caso, por ejemplo, de conductores profesionales que trabajan en el transporte de pasajeros de los cuales se exige no sólo la tarea de conducir el vehículo sino también de cobrar los correspondientes importes que deban abonar los pasajeros —situación usual en el Municipio de Burgos, España¹⁷³—.

Más ilustrativo resulta el caso del personal de servicio de hostelería de los bares y pequeños restaurantes, de los cuales la práctica social permite exigir

¹⁷² Al respecto, dispone el artículo 456 del CLT: Art. 456. “La prueba del contrato individual del trabajo se realizará por las anotaciones constantes que figuran en la cartera profesional o mediante un instrumento escrito y suministrada por todos los medios permitidos por la ley. Párrafo único. Al no existir una cláusula explícita a tal respecto, se entiende que el empleado se ve obligado a todo y cualquier servicio compatible con su condición personal”.

¹⁷³ En este sentido, la decisión de TST en el RR - 765/2002-382-02-00; Relator: Ives Gandra Martins: DIFERENCIAS SALARIALES DE ACUMULACIÓN DE FUNCIONES DE CONDUCTOR Y DE COBRADOR DE UNA LÍNEA SELECTIVA DE AUTOBÚS COLECTIVO - POSIBILIDAD. “1. Conforme a lo dispuesto en el Art. 456, párrafo único, de la CLT, a falta de una cláusula expresa con respecto a todas las actividades a las que el empleado se ve obligado en el momento de la contratación, se entiende que él está sometido a todo y cualquier servicio compatible con su condición personal. 2. En el caso específico, el Regional afirmó que la prueba reunidas en los autos, en especial la oral, demuestra que, en los últimos dos años del contrato, el Demandante comenzó a trabajar en la línea selectiva de autobús colectivo, en la que no hay cobrador, motivo por el cual el conductor también es el responsable de recoger el importe de los billetes. En función de eso, el Tribunal Evaluador -a quo- concluyó que el Demandante tenía derecho a percibir las diferencias salariales derivadas de la acumulación de funciones.”- DJ - 11/04/2006.

esencialmente la tarea de atender a los clientes y servir las mesas, pero que nada impide que se les exija también la eventual tarea de ayudar en la cocina¹⁷⁴.

Situación diferente es, sin embargo, si el objeto contractual es delimitado por las partes de modo escrito o tácito. Tomamos de nuevo el ejemplo del personal de servicio de hostelería que es contratado específicamente para tratar con el público, teniendo esta condición especificada en el contrato.

En esta hipótesis, caracteriza un exceso de poder directivo o un ejercicio abusivo de éste las órdenes que impliquen ayuda en la cocina, dado que superan claramente los límites del objeto contractual, aunque este último servicio pueda ser compatible con la condición personal del trabajador.

Incluso dentro de los límites contractuales del poder directivo del empleador, cabe una especial mención a las eventuales reglas instituidas por el empleador en el ejercicio del poder reglamentario, puesto que estas reglas, aunque puedan tener un origen unilateral —ejercicio de dimensión reglamentaria de poder directivo—, obligan a ambas partes involucradas en el contrato de trabajo, empleador y empleado y no sólo a este último. Es decir: las reglas reglamentarias legítimamente instituidas se adhieren al contrato de trabajo y no pueden ser incumplidas por el empleador.

¹⁷⁴ Aquí no hay unanimidad en la jurisprudencia, encontrándose decisiones más restrictivas en la delimitación del objeto contractual, conforme a la decisión del TST en RR - 1214156-36.2004.5.04.0900, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa: ACUMULACIÓN DE FUNCIONES. PLUS SALARIAL DEBIDO. 1. Comprobado en los autos que el demandante ha llegado a ocupar, simultáneamente, dos cargos distintos, que requieren perfiles profesionales específicos y que no son meros equivalentes uno del otro, sin la correspondiente contraprestación, pone de manifiesto que no se puede censurar la decisión mediante la cual se condenó al pago de un plus salarial. 2. En la hipótesis de los autos de que el demandante fue contratado, inicialmente, como un vendedor, pasando, en determinando momento, a acumular el cargo de jefe de grupo de promotores, de mayor responsabilidad, coordinando un equipo formado por seis empleados, entrenándoles, acompañándoles y estableciendo metas de ventas, sin ningún incremento en su remuneración. 3. Se constata, de ahí, que la función de jefe de grupo de promotores no representa un mero equivalente del cargo de vendedor, puesto que, además de imponer a su ocupante un grado mayor de responsabilidad, exige por parte del empleado una competencia del área administrativa, habilidad diversa de la exigida del vendedor. 4. Recurso de revista conocido y no proveído. Fecha de Juicio: 15/12/2010, 1ª Instancia, Fecha de Publicación: 04/02/2011.

II.5.2. - Límites de origen legal

Tratando de mantener al máximo posible la fidelidad terminológica a lo largo de este estudio, cabe inicialmente advertir que el término *legal* es aquí empleado con el sentido de *norma escrita, regla* de Derecho positivo que deriva de una actuación legislativa estatal en la creación de fuentes heterónomas de Derecho, de modo que aquí se insertan todas las limitaciones a la actuación empresarial que deriven del Derecho vigente.

Si el primer límite lógico para el ejercicio del poder directivo es interno, resultando del propio objeto del contrato de trabajo, como hemos pretendido sostener anteriormente, los límites que se presentan seguidamente son externos al contrato y derivan de la ley, porque es de ahí de donde provienen las reglas de conducta general para la sociedad en su conjunto.

Así, es en el marco de la legislación vigente donde se encuentran los límites esenciales para el ejercicio del poder directivo respetando el objeto contractual, lo que implica decir que el trabajador no está obligado al cumplimiento de las órdenes ilegales, aunque éstas puedan eventualmente ajustarse al objeto de la relación laboral.

Para visualizar mejor la situación, vamos a recurrir de nuevo al ejemplo del conductor, cuya actividad es, en esencia, conducir vehículos urbanos de transporte de pasajeros. Pues bien, tal trabajador, no está obligado al cumplimiento del objeto de su contrato si el empleador se le exige el incumplimiento de la ley, tal como, por ejemplo, transitar con exceso de velocidad porque la hora de su ruta eventualmente se retrasó por problemas de tráfico.

En la hipótesis anterior, aunque la orden fuera rigurosamente coherente con el objeto del contrato —conducir el vehículo— sería excesivo para los límites del poder directivo por incumplir los límites impuestos por la ley a los conductores como un conjunto —transitar dentro de los límites de velocidad legalmente permitidos—.

Conviene destacar, también, que si la ley establece unas reglas de conducta para la sociedad en general, es correcto concluir que de ella también derivan los límites al propio objeto del contrato, sin que se pueda considerar válido el poder directivo en un contrato de objeto ilícito¹⁷⁵.

En el contexto de una Constitución democrática, cuya espina dorsal remite a la dignidad de la persona humana y a los derechos fundamentales, la estructura normativa positiva del Derecho español contempla explícitas reglas que imponen el respeto a estos preceptos, como se establece en los artículos 17.1¹⁷⁶ y 20 del ET.

El artículo 17 del ET establece lo que Manuel ALONSO OLEA califica como principio de igualdad de tratamiento y prohibición de discriminación, materializando, en líneas generales, lo que el Derecho brasileño consagra como condición elemental de isonomía o, vista bajo otra perspectiva, la interdicción de prácticas arbitrarias, por el cual el ordenamiento jurídico positivo prohíbe al

¹⁷⁵ Así, no se puede hablar de órdenes válidas en el ámbito de relaciones penales, no porque la orden sea contraria a la ley, sino porque el objeto contractual como un conjunto se presenta así.

¹⁷⁶ Artículo 17. “No discriminación en las relaciones laborales”.

“1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminación y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

empleador que gestione sus relaciones de trabajo según criterios de puro arbitrio o mero capricho¹⁷⁷.

El artículo 20, de contenido más dinámico y complejo, contempla la determinación de que el poder directivo deba ser ejercido según las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección (artículo 20, apartado 2) y, además, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso (artículo 20, apartado 3).

En este mismo sentido, también el Código del Trabajo vigente en Portugal contempla reglas explícitas determinando que se respeten lo que se llama *reserva de intimidad y de la vida privada* y también los derechos de personalidad, además de prohibir el acceso del empleador a los datos personales y particulares del trabajador¹⁷⁸.

Contrariamente a lo que sucede en estos modernos textos normativos, la legislación laboral brasileña no ofrece límites al poder normativo que radiquen expresamente en los derechos de personalidad del ciudadano-trabajador, contemplando sólo algunas disposiciones establecidas en normas puntuales¹⁷⁹.

Esta característica, sin embargo, no significa que tales fundamentos esenciales puedan ser simplemente ignorados por el empleador en el ámbito de la

¹⁷⁷ Aprobado en la primera mitad de la década de 1940, el CLT contemplaba ya reglas destinadas a promover la isonomía de tratamiento en el ámbito laboral, disponiendo en su artículo 5º - “A todo trabajo de igual valor corresponderá un salario igual, sin distinción de sexo. La eliminación definitiva de toda y cualquier discriminación, sin embargo, solamente se alcanza con la constitución de 1988, la cual establece que es derecho de los trabajadores urbanos y rurales: Artículo 7º, XXX - prohibición de diferencia de salarios, de ejercicio de funciones y de criterio de admisión por motivo de sexo, edad, color o estado civil; XXXI - prohibición de cualquier discriminación en lo que se refiere a salario y criterios de admisión del trabajador portador de deficiencia; XXXII - prohibición de distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual o entre los profesionales respectivos;”.

¹⁷⁸ Artículos 16 y 17 del Código del Trabajo de Portugal.

¹⁷⁹ Así es el caso de la Ley 9.092/95, que prohíbe las pruebas de embarazo antes de la contratación y de la *Portaria* 1.249/2010, que prohíbe las pruebas de HIV al mismo fin.

relación laboral. Todo ello porque es indiscutible que la Constitución es el fundamento esencial de todo marco legislativo estatal, de tal modo que las reglas de naturaleza constitucional necesariamente constituyen el límite extremo del poder directivo en ámbito legal.

En este sentido, si la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que de ahí derivan constituyen las estructuras fundantes de una sociedad moderna y democrática, como pretenden en Brasil y en España¹⁸⁰, es absolutamente crucial que todas las instituciones insertadas en el orden jurídico de estas sociedades deban observar tales importantes fundamentos, no pudiendo pensar en las relaciones laborales de forma distinta.

En este sentido, Inmaculada MARÍN ALONSO observa que:

La Constitución se alza, lógicamente, como la primera barrera al ejercicio incontrolado o absoluto del poder empresarial, pues de esta fuente del ordenamiento es de donde asimismo derivan las posibles modulaciones provenientes de los demás derechos que en ella también se reconocen, especialmente, de los derechos de libertad que se predicán que cualquier ciudadano y que, como se ha dicho, no se pierden por la inserción de éste en una organización productiva.¹⁸¹

Por consiguiente, tanto los derechos fundamentales como la propia dignidad de la persona humana, configuran importantes límites al ejercicio del poder directivo, dado que es cierto que el trabajador no deja de ser un ciudadano al contratar trabajo por cuenta ajena y tampoco el ámbito laboral es inmune a las normas constitucionales que regulan los derechos fundamentales.

¹⁸⁰ La Constitución Española dispone en su artículo 10 que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” De igual forma, dispone el artículo 1º, inciso III, de la Constitución Brasileña: “La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y de Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...) III - la dignidad de la persona humana”

¹⁸¹ MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El Poder de Control Empresarial sobre el uso del Correo Electrónico en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 88.

En las relaciones de trabajo, se encuentra un caldo de cultivo proclive a fricciones constantes entre los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano y el legítimo ejercicio del poder directivo por parte del empresario en la búsqueda de mejores resultados y formas más eficaces en la gestión de la iniciativa, delegando en el jurista la búsqueda de mecanismos destinados a regular estas fricciones. De estas cuestiones nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

**PARTE SEGUNDA - LOS LÍMITES DE LOS
DERECHOS DEL TRABAJADOR**

CAPÍTULO III - LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR POR RAZÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

III. 1. - Las limitaciones a los derechos fundamentales: algunas consideraciones generales

Antes de pensar en las limitaciones a los derechos fundamentales hay que tener como presupuesto lógico la existencia de un sistema de protección de los derechos fundamentales, que deben ser definidos teniendo en cuenta las cuestiones de hecho y de derecho previstas en el ámbito normativo para, a partir de ahí, admitir las eventuales restricciones (o limitaciones) en los casos en que el ejercicio de un derecho fundamental pueda ser conflictivo frente a los otros intereses de naturaleza constitucional¹⁸².

En ese aspecto, cuanto mayor sea la esfera de protección de un derecho fundamental de carácter individual tanto más probable será la adjetivación de las conductas estatales como restrictivas de aquel. En sentido opuesto, al reducir la

¹⁸² FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 219. También RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder...*, *op. cit.*, p 1022 y ss.

protección se percibirá menos la colisión entre los derechos fundamentales y las acciones de los poderes constituidos¹⁸³.

La definición del campo de protección de los derechos fundamentales no es un proceso uniforme y requiere una interpretación ordenada de los demás derechos y normas constitucionales. Hay casos, no raros, en que la esfera de protección de un derecho fundamental sólo podrá ser contrastada cuando aquel esté en confrontación con la restricción consecuente¹⁸⁴.

Así, se abre la dificultad de establecer siempre y en cualquier caso cuáles son exactamente los elementos o comportamientos incluidos en un derecho fundamental, por lo que resulta imprescindible un continuo compromiso interpretativo¹⁸⁵.

En el ámbito de los derechos individuales —primera generación— ha sido común el establecimiento por parte de las propias normas constitucionales, por ejemplo de la brasileña, la posibilidad de restricción legislativa, siendo tales hipótesis clasificadas por la doctrina constitucional del país como normas constitucionales de eficacia restringible o restringida¹⁸⁶.

En otras situaciones, la propia Constitución puede establecer conceptos vagos e indeterminados que exigen una interpretación, sea por el legislador, sea por el Tribunal, al fin de reglar el ejercicio de derechos fundamentales, por

¹⁸³ *Ibidem*, p. 220.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 221.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 221.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 221. Vid. también, SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. Malheiros. São Paulo. 1998. p. 73-106. El autor diseñó una teoría tripartita en lo que se refiere a la aplicabilidad de las normas constitucionales brasileñas. Estableció, pues, la distinción entre las normas de eficacia plena, contenida y limitada o reducida. Las primeras tendrían aplicabilidad inmediata y no dependerían de la regulación del legislador. Las segundas, a su vez, poseen aplicabilidad inmediata pero pueden ser limitadas por leyes infraconstitucionales. Finalmente, las terceras, a su vez se distinguían entre las que reconocen los principios programáticos y las de principio institutivo -es decir, que dan cuenta de la estructura y función que deben tener ciertos órganos, cuya estipulación depende de la actuación del legislador infraconstitucional para que puedan efectivamente producir efectos-.

ejemplo de la función social de la propiedad establecida por la Constitución brasileña de 1988 (artículo 5º, inciso XXIII)¹⁸⁷.

También la propia Constitución puede exigir la determinación de contenido de ciertos derechos fundamentales a través de leyes, como en Brasil, en los casos, por ejemplo, de la protección dispensada al consumidor, la tutela judicial y los derechos de propiedad, ya que todas ellas necesitaron de un desarrollo legislativo posterior. En estas hipótesis, lo que la ley infraconstitucional hace no es limitar el derecho fundamental sino delimitarlo, configurarlo¹⁸⁸.

Dejando a un lado los derechos fundamentales que no necesitan un desarrollo jurídico específico, porque existen por sí mismos, por ejemplo, el derecho a la vida y el derecho a la libertad de movimiento, otros derechos, como los ya tratados anteriormente, necesitan ser desarrollados por la ley para que se puedan aplicar, lo que remite a un ámbito estrictamente normativo. Así, es la norma infraconstitucional la que permite consolidar y ejercitar los derechos fundamentales de este tipo, sin que se pueda hablar de limitación propiamente dicha, sino de “conformación” o “delimitación”¹⁸⁹.

Aunque exista una amplia posibilidad de conformar los derechos fundamentales (de este sesgo), quien legisla no tiene la prerrogativa de disponer libremente, ya que los Poderes constituidos están sometidos a los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente e, incluso, el deber de velar por las garantías establecidas y aplicarlas mediante la norma jurídica¹⁹⁰.

¹⁸⁷ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 222. El contenido de la Constitución de la República Federativa del Brasil, de 1988, se encuentra disponible para consulta integral en el sitio oficial de la Presidência de la República: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

¹⁸⁸ *Ibidem*, 222.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 223.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 224.

La propia norma constitucional puede señalar objetivos a los derechos fundamentales, remitiéndose a la ley. Este aspecto lo encontramos en la Constitución Española, cuyo artículo 17, apartado 4, dispone que “La ley regulará un procedimiento de «*habeas corpus*» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

En otras situaciones, el propio texto constitucional trata de establecer una restricción directa al contenido del derecho fundamental. Así, por ejemplo, el artículo 5º, inciso XI, de la Constitución Brasileña, dispone: “El hogar es el asilo inviolable del individuo, nadie puede entrar sin el consentimiento del morador, salvo en caso de flagrante delito o desastre, o para prestar socorro o, durante el día, por orden judicial”¹⁹¹.

Hay, pues, dos teorías que justifican la restricción o limitación, de los derechos individuales. La primera de ellas, la llamada “teoría externa”, parte de la noción de que no hay correlación entre el derecho y la restricción impuesta, la cual existe con el fin de armonizar los derechos de carácter individual o de estos con los derechos colectivos.

Se asienta en una visión más individualista de la sociedad y del propio ente estatal, tal y como apunta Robert ALEXY; se establece así una dicotomía entre los derechos individuales —que son o no aplicables— y la regla general¹⁹².

En este sentido, ALEXY destaca:

Aunque la teoría externa pueda admitir que, en un ordenamiento jurídico, los derechos se presentan —principalmente o exclusivamente— como derechos restringidos, hay que insistir que se los pueden concebir sin restricciones. Por eso, según la teoría externa, entre el concepto de derecho y el [...] de restricción no existe ninguna relación necesaria. Esta relación es creada sólo a

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 225.

¹⁹² *Ibidem*, p. 225. También, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 276-277.

partir de la exigencia exterior al derecho en sí mismo, de conciliar los derechos de diversos individuos, así como los derechos individuales y los intereses colectivos¹⁹³.

La segunda teoría, denominada “teoría interna”, sostiene que el derecho individual y la excepción no pueden considerarse como algo incoherente en la medida en que los primeros están dotados de cierto contenido, hablando entonces, de “límites”.

En esta última teoría, según el mismo ALEXY, hay un soporte ideológico por el que resulta difícil apartar completamente al individuo de la sociedad en la que se encuentra inserto y, por tanto, en este contexto, los derechos individuales serían principios.

Explica el autor:

Saber si es correcta la teoría externa o la teoría interna [...] depende principalmente de la concepción de las normas de los derechos fundamentales como regla o como principios [...]. [...] Si se parte exclusivamente de posiciones definitivas se llega a la conclusión de que las posiciones de los derechos fundamentales nunca pueden ser restringidas, pero que los bienes constitucionalmente protegidos sí pueden [...] Si se parte del modelo de principios, lo que es restringido no es simplemente un bien protegido por la norma del derecho fundamental, sino un derecho *prima facie* garantizado por esta norma. En el modelo de principios, por tanto, es correcto hablar de restricción a los derechos fundamentales¹⁹⁴.

Conviene destacar, sin embargo, que los derechos fundamentales sólo admiten restricciones —o limitaciones— autorizadas por la Constitución, ya sea de forma directa —incluyendo los casos de “estado de necesidad”: estado de defensa o de sitio, por ejemplo—, o indirecta —esta mediante la correspondiente ley—¹⁹⁵.

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 277.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. op. cit., p. 278-280.

¹⁹⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, op. cit., p. 227. También: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 286-301.

Robert ALEXY sostiene que sólo las normas que respeten la Constitución podrán ser reconocidas como restrictivas¹⁹⁶. Estas limitaciones (o restricciones), sean directas o indirectas, han sido adoptadas por los Estados en sus Constituciones, teniendo en cuenta los caracteres históricos, sociales y culturales¹⁹⁷.

A menudo, la utilización de la autorización constitucional del establecimiento de restricciones/límites a través de la ley (reservas legales o normas de competencia, según Robert ALEXY¹⁹⁸), permitirá hacer una lectura de que implica situaciones de exceso por parte del legislador¹⁹⁹.

Por consiguiente, deben cumplirse las exigencias formales, tales como por ejemplo, la competencia legislativa, el procedimiento y el modo como se realiza la restricción, así como las cuestiones de orden material como reservas calificadas de competencia, respeto del núcleo esencial del derecho fundamental y la utilización del principio de la proporcionalidad/ponderación²⁰⁰.

Sin embargo, esto no significa que sólo sea competencia del legislador interpretar las limitaciones constitucionales, dado que la configuración de estas a través de la ley, en algunos casos, estará impregnada de naturaleza constitutiva²⁰¹.

El papel del principio de proporcionalidad, que examinaremos más adelante, es el de la doble garantía, ya sea para impedir el abuso en las

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 281.

¹⁹⁷ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, op. cit., p. 228.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 282.

¹⁹⁹ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, op. cit., p. 230.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 230.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 230.

limitaciones de los derechos fundamentales como para exigir que la protección de los mismos sea satisfactoria²⁰².

Las limitaciones constitucionales indirectas, según la opinión de Robert ALEXY son las que la norma constitucional configura como tales²⁰³, es decir, derivan de la ley y podrán ser de dos tipos: simples o cualificadas²⁰⁴.

Las simples no encuentran en el texto constitucional ninguna directriz en lo que se refiere a su materia o fin, mientras que las cualificadas son aquellas sobre las cuales pende una exigencia de cierta condición o el cumplimiento de un objetivo²⁰⁵.

Desde otra perspectiva, los derechos fundamentales pueden presentarse bajo la especie de los que expresamente no se encuentran sujetos a ninguna restricción legal, y de los que son susceptibles de restricciones, a través de reservas legales simples o cualificadas²⁰⁶.

En las reservas legales simples, se utilizan expresiones del tipo “en la forma de la ley”, “los términos de la ley”, “salvo hipótesis previstas en la ley”, “así definido en la ley”, “en el plazo de la ley”²⁰⁷, como puede verse en el artículo 5º, inciso VI, de la Constitución de la República Federal de Brasil, según el cual “es inviolable la libertad de conciencia y de creencia, asegurándose el libre ejercicio de culto religioso y **garantizada, en la forma de la ley**, la protección de los lugares de culto y sus liturgias”²⁰⁸.

En las reservas legales cualificadas hay un objetivo definido, medio o una condición específica, todos establecidos por la norma constitucional y que

²⁰² WOLFGANG SARLET, Ingo. *op. cit.*, p. 395-401.

²⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais. op. cit.*, p. 291.

²⁰⁴ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 231.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 232.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 231.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 234.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 234.

deberán ser observados por el legislador infraconstitucional. La doctrina brasileña ha citado como uno de los ejemplos de este tipo de restricción legal el artículo 5º, inciso XII, de la Constitución de la República cuyo contenido establece:²⁰⁹

Es inviolable el sigilo de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas de datos y de las comunicaciones telefónicas, **salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que establece la ley para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal.**

En este sentido el Supremo Tribunal Federal optó por la no recepción del artículo 57, inciso II, de la Ley N. 4.117/62, que limitaba indebidamente el referido derecho fundamental antes citado²¹⁰, entendiendo que había una reserva legal por parte de la Constitución, que establece que las restricciones al derecho de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas debe ir precedida de una orden judicial y, además, sólo para fines de investigación criminal e instrucción procesal penal, respetando las demás condiciones de la ley²¹¹.

En este tipo de derechos fundamentales, que no se someten a restricciones legales, el legislador no podrá, por regla general, pretender imponer limitación alguna, lo que no permite concluir, sin embargo, que la aplicación del derecho fundamental será siempre y en cualquier caso integral, ya que en determinadas situaciones se podrá producir una restricción a un derecho fundamental en el caso de que entren en colisión con otros derechos o intereses igualmente protegidos por la Constitución²¹².

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 234.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 234. El Supremo Tribunal Federal –STF– es la más alta Corte en la estructura de la organización Judicial Brasileña y, aunque no pueda ser denominado como Tribunal Constitucional, siguiendo el modelo del Tribunal Constitucional Español, le compete promover el control de la constitucionalidad de las leyes y actos normativos, teniendo como función principal la de promover la Constitución, en los términos del artículo 102, caput, de la Constitución Federal de Brasil.

²¹¹ *Ibidem*, p. 234. La decisión consta en el *Habeas Corpus* n. 69.912, cuyo Relator fue el Ministro Celso de Mello. Publicado en el “Diário de Justiça” de 26/11/1993.

²¹² *Ibidem*, p. 238-239.

En tales situaciones, sin embargo, hay que subrayar que la limitación impuesta, ya sea administrativa o judicial, deberá ser realizada con la ponderación adecuada con el fin de que no resulte una restricción indebida o desproporcionada, teniendo siempre como base el principio de la unidad del sistema constitucional²¹³.

Así, aunque se admita la reserva de los derechos, las libertades, los poderes y las garantías de naturaleza fundamental, también sufren restricciones que derivan de los límites inherentes al sistema constitucional, en lo que generalmente la doctrina suele designar como “límites de los límites”²¹⁴, o respeto al *contenido esencial* del derecho.

Son límites que se relacionan con la salvaguarda del núcleo esencial del derecho fundamental a veces previsto de modo explícito en algunos textos constitucionales, como el de Alemania, Portugal y España, y que derivan de la necesidad de establecer frenos a la actuación del legislador en tales áreas, de modo que impida que los derechos fundamentales pierdan la esencia que les es atribuida o pierdan su utilidad.²¹⁵ En este sentido, también, el artículo 53 establece límites a la actividad legislativa de restricción, apartado 1º, de la Constitución Española²¹⁶.

Así, se entiende que los propios derechos fundamentales funcionan como “límites de los límites”, porque se impone que la restricción deba operar

²¹³ *Ibidem*, p. 239.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 240. Se suele también designar los “límites de los límites” como “límites inmanentes”. Sin embargo, a los efectos de esta investigación se prefiere resguardar este término para lo que se entiende sean límites internos pertinentes al propio núcleo de los derechos fundamentales.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 240.

²¹⁶ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a.” Cfr., al respecto, RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder...*, op. cit., p. 1035 y ss.

sólo en los casos en que los principios que colisionan con otros sean, en una verificación concreta, de mayor importancia²¹⁷.

En este sentido, la fijación de límites —sea expresamente o consecuencia implícita de la Constitución— tiene como objetivo evitar las restricciones inocuas o desmedidas con respecto a los derechos fundamentales, identificando principalmente dos teorías, una absoluta y otra relativa²¹⁸.

La teoría **absoluta** se ampara en que el núcleo esencial ya queda previamente definido y, por lo tanto, el legislador infraconstitucional encuentra límites en las restricciones sustanciales²¹⁹.

La segunda teoría, conocida como **relativa**, permite determinar, en cada caso concreto, cuál sería el núcleo duro de un determinado derecho fundamental, en base a los principios rectores, por ejemplo, el de proporcionalidad²²⁰.

Se refiere, también, a una teoría intermedia, que defiende la aplicación de la proporcionalidad como una forma de impedir las limitaciones abusivas, protegiendo el núcleo duro de los derechos fundamentales²²¹.

Aunque los textos constitucionales de Brasil y España no contemplen disposiciones expresas en cuanto a la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, ambas, poseen un carácter claramente garantista, lo que implica que hay que estar atento en las operaciones de restricciones a los derechos fundamentales.

Hechas estas consideraciones, se percibe la dificultad para establecer de forma previa las restricciones (o límites) a los derechos fundamentales, siendo

²¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais. op. cit.*, p. 296.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 244.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 244.

²²⁰ *Ibidem*, p. 242.

²²¹ *Ibidem*, p. 244.

esta operación, en esencia, el eje en torno al cual gravita la esencia de este trabajo de investigación.

Lo cierto es que si, en tales circunstancias, la restricción está autorizada por la norma constitucional —de forma directa o indirecta—, ello no significa que se autorice la erosión de los valores constitucionales.

Por eso, se ha defendido la interpretación de restricciones que atenten contra la unidad constitucional, siguiendo el principio de proporcionalidad, herramienta que permite con relativa seguridad determinar la observancia del núcleo duro de los derechos fundamentales y que determina, en última instancia, que las restricciones o limitaciones se realicen caso por caso. Todo ello teniendo siempre presente una visión de conjunto de la Constitución.

III. 2. - La dignidad de la persona humana como límite de los derechos fundamentales: la moralidad pública como bien jurídico

En los epígrafes precedentes se trató de establecer una conectividad intrínseca e inherente entre la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales, asentándose la noción jurídica de que estos derechos constituyen, en la práctica, vectores de concreción de aquel principio en el plano fáctico y que, además de esto, constituye el propio núcleo fundante de estos derechos.

Así, aunque no existan derechos absolutos, ni siquiera los de naturaleza fundamental, el principio de dignidad de la persona humana constituye el núcleo de estos derechos y más allá de este núcleo no se admite transigir. De lo que se concluye que la dignidad de la persona es, por lo tanto, el límite inmanente de los derechos fundamentales —el límite de los límites— en la medida en que ninguna restricción puede afectar a este contenido mínimo —núcleo— de los derechos fundamentales.

El presente epígrafe trata de abordar la idea de que este mismo núcleo rígido que conforma e limita intrínsecamente los derechos fundamentales igualmente opera como un **límite externo** —*límite en puridad*— constituyendo ella mismo, la dignidad, un núcleo de moralidad pública que se identifica como un bien común y se erige, en concreto, en uno de los componentes el orden público.

Se examina, así, la dignidad de la persona como límite al ejercicio de los derechos fundamentales y, para estos efectos, es necesario que se haga una muy breve digresión acerca del poder de policía del Estado y la siempre muy controvertida cuestión de hasta qué punto puede el Estado intervenir en las libertades individuales sin que incurra en afronta a estas libertades.

En su concepción clásica, el poder de policía suele ser definido como el poder del Estado de intervenir en las relaciones entre particulares, encaminado a asegurar el mantenimiento del orden público, siendo este concebido como un orden material exterior formada por los tres pilares básicos de 1) tranquilidad: en el sentido de que incumbe a la autoridad administrativa proteger la sociedad de disturbios, como ruidos y manifestaciones en horarios inadecuados; 2) salubridad: con la medida en que cabe a la autoridad atacar y prevenir epidemias y otros asuntos que afecten a la salud general; y 3) la seguridad, con la idea de que debe el poder administrativo regular los comportamientos sociales al objeto de prevenir accidentes y riesgos en tal sentido.

Pese el actual contexto cultural del hombre contemporáneo en que el individualismo y el relativismo moral dictados por las corrientes liberales de pensamiento han dejado profundas marcas en las acciones humanas, a los tres componentes materiales del orden público citados anteriormente se propone añadir un cuarto, de naturaleza no material, que es la llamada *moralidad pública*.

Inicialmente hay que dejar claro que *moral* y *moralidad pública* no son sinónimos, aunque sean conceptos afines y solamente se pueda comprender el

segundo bajo la construcción de una noción de moral individual *repetida en el colectivo*, es decir, solo se puede hablar de moralidad pública en la medida en que se convenga que corresponde a los poderes públicos velar porque esta noción general de moral se observe en alguna medida las acciones exteriores, públicas, de los individuos.

El profesor Tomás PRIETO define la moral como un “concepto filosófico”, y está constituida “por un conjunto de exigencias de alcance universal; se sitúa en la base misma del Derecho, de modo que opera como un configurador racional de éste.” Ya la *moralidad pública*, para el mismo autor, “es un concepto estrictamente jurídico; y aunque posee un necesario sustrato ético, sus exigencias resultan sustancialmente contingentes”; de donde concluye que “la moralidad pública ponderará *aquellas exigencias morales protegibles por el Derecho por mor de la proyección pública de los actos, en la medida en que afectan a la convivencia social menoscabando su particular sensibilidad mora.*”²²².

En este sentido, en España, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ define la moralidad pública como “el conjunto de condiciones que debe reunir el comportamiento de las personas con transcendencia social más allá de los límites de la privacidad o de lo propiamente privado —en cuanto que perteneciente al espacio íntimo de las personas, de vida familiar, etc. Se trata de la ‘bondad’ ética que en pro del interés general parece exigible en la sociedad a los actos humanos que se realizan en lugares públicos, se dirigen al público en general, atañen a la vida pública o afectan de cualquier manera verificable a los hábitos éticos generalizados o generalizables en la vida social. Connota una cierta referencia ‘ambiental’: la moralidad pública parece implicar un tono dominantes de los

²²² Tomás PRIETO ÁLVAREZ. *La Dignidad de la Persona. Núcleo de la moralidad y del orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Thomson Civitas. Editorial Aranzadi SA. Navarra. 2005, p. 118. Las cursivas están en el original.

hábitos del comportamiento de pública relevancia, impregnado de determinadas exigencias éticas”²²³.

En Francia, en 1975, Pierre BON definía la moralidad pública como siendo “el mínimo ético admitido por la mayoría de los ciudadanos y contra el cual uno no se puede dirigir sin contrariar la mentalidad media del medio humano en cual se vive o, bajo otra forma, sin escandalizar a la opinión pública media”²²⁴.

Sintetizando, y he aquí el punto de convergencia e importancia a este epígrafe, la moralidad pública constituye, en las palabras de Comisario GULDNER, citado por el profesor Gilles LEBRETON, el mínimo de ideas morales comúnmente admitidas en un dado momento por la media de los ciudadanos²²⁵, al que se puede añadir: en un determinado tiempo y espacio geográfico.

Seguro que la adopción de un componente moral en el orden público suscita polémicas y recelos, en la medida en que cuesta a algunos admitir que el Estado pueda tutelar cualesquiera concepciones o sensibilidades morales, por el peligro que puede esto comportar de una indebida intervención estatal en las libertades individuales de acuerdo con conceptos puramente subjetivos; se dice que esto llevaría a la instauración de un *orden jurídico moral*: se pondría en peligro —se argumenta— el Estado Democrático de Derecho, a favor de un Estado totalitario y despótico. Sin embargo, superados estos recelos, es posible

²²³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “La moralidad pública como límite de las libertades públicas”, en vol. col. *Los derechos fundamentales y libertades públicas I*, XII Jornadas de Estudio de DGSJE, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

²²⁴ BON, P., *La Police municipale*, tesis original mecanografiada, Burdeos, 1975, apud PRIETO ÁLVAREZ, T., op. cit., p. 134.

²²⁵ conclu. Sur CE 20/12/1957, Soc. nac. d’ed. Cinématographiques, S. 1958, 3, 73. En *Ordre Publique et dignité de la personne humaine: Un problème de Frontière* par Gilles LEBRETON.

identificarse en este componente de moralidad pública un núcleo esencial que le otorga contornos muy objetivos²²⁶: se trata de la dignidad de la persona.

Pero antes de adentrarse en la dignidad de la persona, cabe señalar que la alusión a componentes como la moralidad pública y el buen orden moral para legitimar el poder de policía administrativa no es una idea en absoluto novedosa, habiendo sido ya invocada en varias ocasiones en Francia en decisiones del Consejo de Estado²²⁷.

Es, sin embargo, con la decisión del célebre caso del lanzamiento de enanos (de que se ocupará este trabajo más despacio en el siguiente epígrafe) cuando el Consejo de Estado considera la dignidad de la persona humana como componente del orden público, al decir, en su segundo considerando que "el respeto de la dignidad humana es un componente del orden público" y que las autoridades administrativas pueden "prohibir una atracción que atenta al respeto de la dignidad humana", entendiendo que el espectáculo en cuestión era, de hecho, atentatorio a la dignidad de la persona humana²²⁸.

²²⁶ Así también advierte Tomás PRIETO ÁLVAREZ que “hay parámetros objetivos de moralidad y que *renunciar a estos implicaría el riesgo de dar por buenas limitaciones a los derechos con la única ratio de que lo exige una sensibilidad –ética– mayoritaria que no es sino expresión de prejuicios o concepciones irracionales, pero que nada tienen de éticos.*”

²²⁷ Así ocurre con el caso *Union parisienne des Syndicats de l'imprimerie*, juzgado en 23 de octubre de 1936, cuando el Consejo de Estado prohíbe la distribución de papeles en vía pública por razones de ética. También en el caso *Club indépendant sportif châlonnais*, en lo cual el Consejo considera legal la prohibición de una lucha de boxeo bajo el argumento de ser el espectáculo *contrario a la higiene moral* —decisión de 7 de noviembre de 1924— y la emblemática decisión en relación con la sociedad “Les films Lutétia”, de 18 de diciembre de 1959, en que el Consejo de Estado prohíbe la proyección de la película *Le feu dans la peau* por considerarla inmoral en razón con las *circunstancias locales*. La primera decisión puede ser consultada en el libro *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 13^a édition. Paris: Dalloz, 2001.pp. 550. Las dos últimas decisiones se encuentran disponibles para consulta, en francés, respectivamente, en los siguientes sitios de Internet: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-7-novembre-1924-club-independant-sportif-chalonnais-requete-numero-78468-rec-p-863/>
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637342>

²²⁸ La decisión del Consejo de Estado en el caso puede ser consultada en francés en <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=9&fo>

Es importante notar que la idea de la dignidad de la persona como fundamento del orden público y elemento suficiente al control de constitucionalidad en aquel País ya había sido invocado por el Consejo Constitucional al proferir la Decisión 94-343 / 344 DC, del 27 de julio de 1994, al declarar conforme con la Constitución las leyes relativas al respeto del cuerpo humano y de la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano para la asistencia médica y la procreación y el diagnóstico prenatal, afirmando que estas leyes “enuncian un conjunto de principios en nombre de los cuales figura la primacía de la dignidad humana, el respeto por el ser humano desde el principio de su vida, la inviolabilidad, la integridad y la ausencia de carácter patrimonial del cuerpo humano bien como la integridad de la especie humana; que los principios así afirmados tienden a asegurar el respeto del principio constitucional de salvaguarda de la dignidad humana”²²⁹.

Como bien observa el profesor LEBRETON, con esta forma de pensar la dignidad de la persona humana acaba por revelarse, no un *elemento autónomo* del orden público, sino que un componente de la *moralidad pública*, y a ella se puede acudir para invocar la defensa del orden público siempre que se esté delante de una agresión a las susceptibilidades morales mayoritarias de un determinado grupo social en dado momento histórico.

Sin embargo, afirma el citado profesor francés que al aseverar que la dignidad de la persona humana es uno de los elementos del orden público y que su respecto justifica la intervención administrativa independientemente de circunstancias locales particulares, el Consejo de Estado termina por asentar un quinto elemento autónomo en la concepción del orden público, lo que, en la

nd=DCE&texte=Commune+de+Morsang-sur-

Orge&Page=3&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True

²²⁹ Decisión disponible em francés en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1994/94-343/344-dc/decision-n-94-343-344-dc-du-27-juillet-1994.10566.html>

visión del profesor, puede transformar la dignidad de la persona humana en potencial instrumento de represión de las libertades individuales.

Pese a los recelos manifiestos por LEBRETON, la adopción de la dignidad de la persona humana como un elemento de carácter absoluto, *per se*, no necesariamente resulta problemática pues, como ya visto, este elemento jurídico constituye principio fundamental de los Estados Democráticos de Derecho, cuya concreción, esta sí, se sujeta, en alguna medida, a las sensibilidades morales mayoritarias, sin que esto convierta a la dignidad en un valor relativo al gusto de las concepciones morales individuales o grupales, revistiendo ella misma —la dignidad— un núcleo rígido esencial de la moralidad acerca del cual no se puede transigir.

En esta línea, explica el profesor PRIETO ÁLVAREZ que “(...) el exceso en que incurre el *Conseil* es entender las exigencias de dignidad de la persona en todo caso, sin fisuras, como algo que, por tener un carácter absoluto, ha de considerarse completamente desligado de las particulares concepciones de concretos ámbitos sociales. Pienso que las *concreciones* —lo subrayo de intento— de la dignidad humana que básicamente —tampoco del todo— quedan fuera de apreciaciones espaciales o temporales son las que, por su importancia o nuclearidad, específicamente prevé —o debe prever— el legislador —fundamentalmente, el legislador penal—. El resto, forzosamente de menor trascendencia, se referirán al menoscabo de las sensibilidades morales particulares acerca de la dignidad de la persona, erigiéndose, por tanto, en materia de orden público; y en ese caso, el ámbito de referencia de esas sensibilidades se determinará, como se expuso, *ad casum*”²³⁰.

Es cierto que la existencia de un componente moral en el orden público plantea el problema de definir hasta qué punto se puede permitir al Estado, bajo

²³⁰ PRIETO ÁLVAREZ, T. *La Dignidad de la Persona. Núcleo de la moralidad y del orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, cit., pp. 188-189.

el título de defensa de la moralidad pública, intervenir en las libertades particulares para asegurar el orden público y dónde exactamente se debe poner la frontera entre una agresión a la moralidad pública —atajable desde el poder público— y un mero menoscabo de conceptos morales individuales —que no puede justificar la restricción de libertades individuales de los ciudadanos—. Esto nos conduce a la discusión entre relativismo moral y liberalismo *versus* paternalismo estatal y perfeccionismo.

No pertenece a esta investigación tan densa discusión filosófica, pero sí que se hace necesario esclarecer que la moralidad pública, en cuanto componente del orden público, no se agota en bienes solamente materiales, demandando una explicación más allá de la que pueden entregar los liberalismos individuales.

Véase que el propio John Stuart MILL, uno de los pensadores liberales más influyentes del siglo XIX, al definir su *principio de daño* ya admitía que: “El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo”²³¹.

Es seguro que “no dañar a terceros” es el primer límite de las libertades individuales, pero queda todavía por definir: primero, si este daño puede ser solamente material, es decir, si solamente por razón de una agresión a un bien material de terceros podría el Estado limitar las libertades personales o, si también los daños de naturaleza moral —en específico, a la moralidad pública—

²³¹ STUART MILL, John. *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 68.

podrían legitimar la actuación limitadora del Estado; y segundo, si más allá de las ofensas a terceros, podría el Estado intervenir en las acciones individuales, bajo la idea de que uno no es libre para hacer todo lo quiera, si lo que quiere hacer puede herir las sensibilidades morales mayoritarias de una determinada sociedad; es decir, si más allá de *daños individuales*, cabe justificar la intervención pública limitadora en que la acción del sujeto ocasiona *daños sociales*.

Al primer interrogante, no quedan dudas —tal como ya se expuso— de que la moralidad pública es un bien jurídico protegible y, por lo tanto, con capacidad para legitimar la actuación interventora del Estado. En cuanto a la segunda cuestión, la primera tarea que se tiene que acometer es definir hasta qué punto las acciones privadas de uno son, de hecho, *estrictamente* privadas y no afectan a los demás o si, a su lado, estas acciones *supuestamente* privadas no terminan por dañar, en alguna medida, a los demás y, por lo tanto, a otros bienes de la sociedad.

En este punto, hay que recordar que la sociabilidad es el estado natural del hombre, que se define como un ser social por naturaleza. Así lo afirman ARISTÓTELES en su *Ética a Nicómaco*²³² y también Santo Tomás de AQUINO, para quien “dado que el hombre es por naturaleza un ser social —ya que necesita para su vida muchas cosas que ningún individuo humano puede procurarse para sí solo—, resulta lógico que naturalmente forme parte de alguna sociedad que pueda ayudarle a vivir bien”²³³. En la misma línea, la celebrada filósofa Hanna ARENDT cuando, al tratar de su concepto de *vita activa*, afirma que “ninguna clase de vida humana, ni siquiera la del ermitaño en la agreste

²³². Dice Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*. “El hombre es social y, por naturaleza, conviviente.” IX, 9, 1169.

²³³ *In Ethicor*, I, lect. 1, n° 4.

naturaleza, resulta posible sin un mundo que directa o indirectamente testifica la presencia de otros seres humanos”²³⁴.

Como se puede colegir de estas ideas, imaginar el hombre fuera del ámbito social resulta fantasioso, además de inútil para la ciencia jurídica, cuya existencia normativa solo se justifica por la coexistencia del hombre en sociedad; y si este es su el estado natural, esto comporta que, en ocasiones, las acciones privadas pueden, en alguna medida, repercutir en los demás miembros de su entorno social, y de ahí resulta la conclusión que interesa a esta investigación en el presente epígrafe: uno no puede en todo caso hacerse daño a sí propio, sin legitimar la intervención del Estado, no porque se esté dañando a sí mismo, sino que, al hacerlo, produce un daño a toda la sociedad; o sea, cuando, aunque no afecten directamente a terceros, los daña de un modo indirecto.

Eso porque, como lo dice J. CALVO “el orden público carece de sentido, como instrumento técnico-jurídico, en el caso de que no se haya dirigido con rotundidad a la protección de la persona, y de los derechos inviolables que le son inherentes”²³⁵.

Así, si el principio de daño constituye el primer límite a las libertades individuales, impedir que estas libertades puedan dañar a uno mismo en sus acciones privadas, en cuanto puedan causar un daño al bien común, es decir, al interés general de la sociedad, puede —y debe— también servir para limitar la libertad individual, en la medida en que este daño atente contra el bien común, que tiene en sí un intrínseco componente moral. Pues bien, este componente moral mínimo está determinado por la dignidad de la persona.

Se ve, pues, que situar la dignidad de la persona como el núcleo central de la moralidad en el marco del orden público comporta que el Estado no pueda

²³⁴ ARENDT, Hanna. *La condición humana*. 1ª ed. 5ª reimpression. Buenos Aires: Ed. Paidós, 2009, p. 27.

²³⁵ CALVO ÁLVAREZ, José. *Orden público y factor religioso en la Constitución española de 1978*. Pamplona: Eunsa, 1983.

quedarse inerte ante actos que puedan afecten a este núcleo duro del concepto de la dignidad; esto aunque, fíjese, sean tales actos se presenten como costumbres y concepciones “morales” propias de determinado ámbito geográfico o grupo social. En este sentido, por ejemplo, no se pueden aceptar prácticas culturales específicas que impliquen tortura, sacrificios humanos o tratos degradantes de otra naturaleza, en la medida en que tales prácticas atentan contra lo que se puede definir como el núcleo moral de la dignidad.

Un ejemplo de lo afirmado lo tenemos en la sentencia nº 835/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, de 31 de octubre de 2012. Ante la condena penal que se le sometía en casación, el recurrente había sostenido que la ablación del clítoris (en este caso, de una niña de pocos meses) constituía “una práctica cultural de su país de origen”, el Tribunal sentenció que:

“Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del *error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto*”, porque el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina”

En este sentido, afirma Tomás PRIETO que “pocas dudas caben de que la eficacia de dignidad y derechos se despliega no pocas veces en el ámbito público, y en este los instrumentos jurídico-públicos de intervención han de pretender, prioritariamente, la tutela de aquellos bienes. Se puede, pues, concluir que no sólo orden público y dignidad de la persona aparecen estrecha y singularmente asociados, sino que la segunda constituye el núcleo del primero”²³⁶.

De todo lo expuesto anteriormente, se puede concluir que la dignidad de la persona íntegra el núcleo de la moralidad y que la violación de este bien jurídico legitima la intervención del Estado en las libertades individuales,

²³⁶ *Op. Cit.*, p. 179.

configurándose la violación de la dignidad de la persona siempre que ocurren violaciones a las sensibilidades morales mayoritarias.

III. 3. - La dignidad de la persona en determinadas actividades humanas como profesiones

Entramos en el núcleo del interés que el estudio del principio de dignidad humana tiene para nuestra investigación: se trata de determinar en qué medida su observancia afecta a los derechos del trabajador, delimitándolos o limitándolos. En concreto, hemos de precisar si razones de dignidad operan como límite a la consideración de determinadas actividades como auténticas profesiones, y de su admisión como tales en la legislación laboral.

Así pues, una vez definido que la dignidad de la persona humana constituye el núcleo de la moralidad en el orden público, y que esta misma dignidad funciona como límite inmanente de los derechos fundamentales —en el sentido de que ninguna restricción al derecho fundamental puede afectar a la dignidad como núcleo rígido— y los límites externos a estos mismos derechos —en la medida en que legitima la actuación del poder de control estatal para intervenir en las libertades individuales—, conviene examinar esta fórmula propuesta en el ejercicio de algunas actividades humanas como la profesión.

Por lo tanto, lo que se pretende en este capítulo es investigar si bajo el signo del derecho a la libertad de una actividad profesional²³⁷ puede admitirse

²³⁷ Según el artículo 5^a, inciso XIII, de la Constitución Federal Brasileña “es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, atendidas las calificaciones profesionales que la ley establece;”. En el mismo sentido la Constitución de España establece, en su artículo 35, que “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.” También en la Sección 2^a de la Constitución Española, que trata los *derechos y deberes de los ciudadanos*, es innegable que la libertad de trabajo es un derecho materialmente fundamental y el hecho de que no conste en el catálogo de los derechos

que cualquier persona pueda, bajo el manto de la legalidad, ejercer cualquier actividad que no sea expresamente prohibida o sancionada, de forma remunerada.

Aunque podamos adelantar, desde luego, que la respuesta a esta investigación necesariamente debe de ser negativa, el interés del trabajo estriba en analizar una serie de actividades concretas. Así hemos optado por realizar este examen a la luz de tres actividades universalmente practicadas y polémicas: el lanzamiento de enanos, la prostitución, y la práctica de las *Artes Marciales Mixtas (el MMA)*²³⁸.

La elección de estas actividades no es aleatoria. La opción por el lanzamiento de enanos se debe fundamentalmente a la gran repercusión jurídica del caso y al hecho de que no sólo el Consejo de Estado Francés, sino también el Tribunal Internacional de Derechos Humanos, reconocen la dignidad de la persona humana como elemento suficiente para justificar una limitación a las libertades individuales. Con relación a la prostitución, normalmente referida como la más antigua de las profesiones, la misma representa un ejemplo clásico y muy debatido de cómo las sensibilidades morales pueden dividir y justificar opiniones en conflicto sobre el mismo tema. Por último, optamos por el análisis de las artes marciales mixtas (MMA) porque es una actividad relativamente reciente, que logra su auge con una difusión global a partir del año 2000, planteando grandes polémicas en torno a su práctica, muchas de ellas, incluso, en el ámbito legislativo.

fundamentales en la Constitución Española implica sólo que queda fuera de la protección mediante el recurso de amparo.

²³⁸ MMA es la sigla en inglés de la expresión *mixed martial arts*, cuya traducción al español significa exactamente *artes marciales mixtas*, también conocida como *mixtura de artes marciales*.

III. 3.1. - El lanzamiento de enanos

El lanzamiento de enanos es un juego desarrollado a partir de los años ochenta en países de origen anglosajón, más específicamente en Australia, que consiste en arrojar lo más lejos posible a un enano, equipado con ropas de protección similares a las de fútbol americano, sobre un colchón neumático.

El extraño entretenimiento provocó viva polémica en la sociedad francesa: buena parte de la población entendía que no se podría tolerar su práctica. De modo que el alcalde de Morsang-Sur-Orge y, posteriormente, el de Aix-en-Provence, dictaron un Bando prohibiendo los espectáculos de lanzamiento de enanos en las discotecas de aquellas ciudades, invocando su poder general de policía.

Fundamentaron su decisión en el “Code des Communes”, vieja ley de 1884, cuyo artículo 131-2 asegura a los alcaldes el ejercicio del poder de policía en el ámbito municipal, pudiendo intervenir en la esfera de las relaciones privadas al objeto de preservar el orden público. También se sustentaron en el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales²³⁹.

En desacuerdo con la prohibición, la Sociedad productora del evento (*Fun Productions*) y el enano por ella empleado, sr. Manoel Wackenheim, ciudadano francés aquejado de enanismo (1,14cm), que venía actuando desde julio de 1991 en espectáculos de esta naturaleza, acuden a los Tribunales locales pretendiendo la anulación de los Bandos.

Alegan, en síntesis, no ver en la actividad practicada nada de chocante y que, por medio de ella, el enano logró acceder al mercado de trabajo y a estar incluso en la sociedad, siendo, esto sí, sinónimo de su dignidad como persona

²³⁹ Artículo 3. Prohibición de la tortura. “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

humana. Afirman, además, que la prohibición infringe su derecho a la libertad de trabajo y de comercio.

El Tribunal de Versailles anula el bando del alcalde por dictamen de 25 de febrero de 1992²⁴⁰, considerando que:

(...) de los documentos del expediente no se desprende que el espectáculo que se prohibió pudiera atentar contra el buen orden, la tranquilidad o la salubridad públicas en la ciudad de Morsang-sur-Orge; que la única circunstancia de que determinadas personalidades hayan expresado públicamente su desaprobación de la organización de tal espectáculo no podría hacer presagiar la alteración del orden público; que suponiendo incluso que ese espectáculo hubiera supuesto un atentado contra la dignidad humana y revestido un aspecto degradante, como lo sostiene el alcalde, la prohibición no podía decidirse legalmente en ausencia de circunstancias locales particulares; que, por lo tanto, el bando atacado está tachado de abuso de poder (...).

De su parte, el alcalde de Morsang-Sur-Orge plantea recurso ante el Consejo de Estado, órgano máximo de jurisdicción administrativa en Francia, que anula la sentencia del Tribunal de instancia aduciendo que el espectáculo en cuestión representa un atentado contra la dignidad de la persona humana, siendo esta uno de los elementos del orden público, de tal modo que el respeto del principio de la libertad de trabajo y de comercio no constituye obstáculo para que la autoridad administrativa, que tiene por función garantizar el orden público, pueda prohibir una actividad que, aunque lícita, pueda perturbar el referida orden, y esto aunque no existan circunstancias locales particulares.

Ante la decisión del *Conseil d'Etat*, el Sr. Wackenheim recurre al Comité de Derechos Humanos de la ONU, alegando que impedirle ejercer su trabajo tuvo un efecto adverso en su vida y representó una afrenta a su dignidad. Dice que el Estado de Francia ha violado su derecho a la libertad, empleo, vida privada y adecuado *standard* de vida y derecho a no discriminación. El Comité, al examinar la cuestión en cuanto al fondo, decide que:

²⁴⁰ En decisión dictada el 8 de octubre de 1992, también el Tribunal de *Marseille* anula el Bando del alcalde de la Comunidad de *Aix-en-Provence*.

7.3. El Comité recuerda su jurisprudencia según la cual no toda distinción entre las personas constituirá obligatoriamente una discriminación prohibida por el artículo 26 del Pacto. Una distinción constituye una discriminación cuando no se basa en motivos objetivos y razonables. En el caso que nos ocupa, la cuestión consiste en saber si puede estar legalmente justificada la distinción entre las personas a las que se aplica la prohibición enunciada por el Estado Parte y las personas a las que no se aplica dicha prohibición.

7.4. En el presente caso la prohibición del lanzamiento enunciada por el Estado Parte se aplica únicamente a los enanos (según se señala en el párrafo 2.1). Sin embargo, si la exclusión se aplica a estas personas y no a otras, la razón de ello es que sólo los enanos son susceptibles de ser lanzados. Así pues, la distinción entre las personas afectadas por la prohibición, a saber, los enanos, y aquéllas a las que no se aplica dicha prohibición, a saber, las personas que no están aquejadas de enanismo, se funda en una razón objetiva y no reviste carácter discriminatorio. El Comité considera que el Estado Parte ha demostrado en el presente caso que la prohibición del lanzamiento de enanos tal y como lo practica el autor no constituye una medida abusiva, sino que es más bien una medida necesaria para proteger el orden público, en el que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana, que son compatibles con los objetivos del Pacto. Por consiguiente, el Comité concluye que la distinción entre el autor y las personas a las que no se aplica la prohibición enunciada por el Estado Parte se basa en motivos objetivos y razonables.

7.5. El Comité no desconoce que existen otras actividades que no están prohibidas pero que podrían estarlo eventualmente por motivos análogos a los que justifican la prohibición del lanzamiento de enanos. No obstante, el Comité estima que, dado que la prohibición del lanzamiento de enanos se funda en criterios objetivos y razonables, y habida cuenta de que el autor no ha demostrado que esa medida tenga carácter discriminatorio, el mero hecho de que puedan existir otras actividades susceptibles de ser prohibidas no basta por sí mismo para conferir carácter discriminatorio a la prohibición del lanzamiento de enanos. Por estos motivos, el Comité considera que, al enunciar dicha prohibición, el Estado Parte no ha violado, en el caso que nos ocupa, los derechos del autor enunciados en el artículo 26 del Pacto.

7.6. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí no revelan violación alguna del Pacto²⁴¹.

Como se ve, el Comité conoce del caso solamente en relación al artículo 26 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que trata del derecho a la no

²⁴¹ *Communication N° 854/1999: France. 26/07/2002. CCPR/C/75/D/854/1999.* Disponible para lectura en castellano en <https://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/854-1999.html>.

discriminación; y concluye rechazando el recurso del Sr. Wackenheim, también en relación a sus otras alegaciones. En este escenario, y bajo las consideraciones en el epígrafe anterior, ¿se puede afirmar que arrojar el enano vulnera la dignidad de la persona humana aunque para el propio enano nada exista de inmoral en la actividad y de hecho él mismo lo desee?

No hay, por supuesto, respuesta absoluta en tema tan polémico, incluso porque se plantea el problema de definir las sensibilidades morales mayoritarias de un determinado grupo social en un determinado espacio de tiempo y lugar. No es que la dignidad de la persona sea relativa, sino que su conformación conceptual es objeto de una *concreción* —como lo dice Tomás PRIETO— remitida a las circunstancias del caso concreto, que indudablemente depende de estas sensibilidades morales mayoritarias; estas determinarán, al fin y al cabo, si se vulnerada o no la dignidad de la persona. De la respuesta sabremos si se legitima o no la intervención del Estado en estas libertades públicas.

En el caso específico, el *espectáculo* provocaba enorme conmoción social, hasta el punto de provocar la intervención del Ministro del Interior de Francia, que hizo publicar en 27 de noviembre de 1991 una circular pidiendo a sus prefectos que utilizasen sus facultades de policía para prescribir a los alcaldes una gran vigilancia con los espectáculos de curiosidades bizarras, en especial, el “lanzamiento de enanos”. O sea, la afectación de la moralidad pública no se restringía a las villas de Morsang-sur-Orge y Aix-en-Provence, sino en toda Francia, produciéndose incluso una manifestación de rechazo por parte de la Asociación Nacional de personas de talla pequeña.

Existía, por lo tanto, una viva “afectación moral” en la mayoría de las personas de la sociedad francesa, lo que aboca a una caracterización del espectáculo como un ataque a la moralidad pública, en la medida en que se veía como indigna la condición del enano en este juego. El enano, al ser arrojado, deja de lado su condición de ser humano para ser visto como mero proyectil: se

estaba rebajando a sí mismo y —lo que relevante a nuestros efectos— *a toda una categoría de seres humanos*, ya estigmatizada por su discapacidad, ocasionándoles un nuevo motivo de menoscabo. De hecho, el atractivo del juego no está en arrojar a otro, sino de arrojar a otro porque este otro sea enano. Se está ocasionando un *daño social* —recuérdese que así lo referimos— en la medida en que no se limita al enano en cuestión sino que daña a la dignidad de un colectivo humano; y esto justifica la limitación de la autonomía personal de un miembro del mismo. Es una consecuencia de lo que, en clave estrictamente jurídica, REY MARTÍNEZ llama “la necesaria dimensión comunitaria” de la dignidad, que obliga a superar las personales valoraciones de cada cual²⁴²; o lo que DORN denomina “dimensión ético-pública de la dignidad”, de la que dice que “encierra aquellos valores comunes que nutren el fundamento de legitimidad y cohesión del orden político-social”²⁴³.

Hay, en la actividad un claro proceso de cosificación del enano y degradación de su condición humana, delante del cual la Administración no podría quedarse inerte, debiendo, al revés, actuar positivamente para resguardar no solo su dignidad, sino la de la sociedad como un todo, que queda dañada por una práctica de tal naturaleza. Se tutela, en el caso, no propiamente al enano, sino el orden público, que queda vulnerado, al violentar la dignidad común del hombre —y en concreto de los enanos— en su *componente* de moralidad pública.

²⁴² REY MARTÍNEZ, Fernando. “La prostitución ante el Derecho: problemas y perspectivas”, en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, 2006, pp. 106-107; con precisión, deduce lo siguiente de aquella dimensión comunitaria: “La cuestión de la dignidad personal no solo atañe a cada individuo en concreto sino a toda la sociedad en su conjunto, precisamente porque todas las personas son iguales en dignidad y derechos”.

²⁴³ DORN GARRIDO, Carlos. “La dignidad de la persona: limite a la autonomía individual”, *Revista de Derecho*, nº 26, 2011, p. 75. Concluye, con gran precisión, lo siguiente: “es posible afirmar que la dignidad de la persona exhibe una dimensión individual anclada en la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, pero también contempla una dimensión ético-pública que remite la dignidad de la persona humana al nivel de fundamento del orden político, con una fuerte imbricación social que legitimaría la intervención de la sociedad ante actos que contravienen dichos valores que nutren una ética pública de mínimos, pues éstos definen un umbral para los comportamientos que, inspirados en la libre autodeterminación, no pueden ser tolerados si causan una degradación de los mismos”.

Siempre que se recurre a este tema, dos grandes problemas centrales suelen ser planteados 1) la voluntad del enano, que no solo consentía ser arrojado, sino que incluso lo deseaba; incluso de esto hacía su actividad profesional; y 2) la existencia de otras prácticas sociales que pueden considerarse de mayor gravedad que la del lanzamiento de enanos.

En cuanto al elemento de la voluntariedad, hay que recordar —ya lo hemos apuntado— que la dignidad de la persona humana constituye concepto que traspasa intereses individuales, afectando no solo a sí mismo, sino a toda la colectividad en la cual uno se encuentra insertado, siendo posible considerar, bajo esta perspectiva, que el ciudadano no puede disponer de ella. Se trata de un bien jurídico de tal importancia que se inserta en su propia condición de ser humano y sobre la cual, ni el propio ciudadano ni el Estado pueden aceptar cualquier agresión.

No puede admitirse, por eso, como una práctica salubre y moral el arrojamiento del enano, aunque este así lo quiera, pues admitir la validez de su voluntad es admitir una agresión contra la voluntad de los demás. Es decir, el ejercicio de la libertad privada de uno no puede afligir la dignidad de los demás, en la medida en que la dignidad es un bien público que no admite transacciones.

En este mismo sentido, lo advierte MILLÁN-PUELLES que “lo que la primacía del bien común significa ante todo, y en orden a la dignidad de la persona humana, es que por encima del respeto a la categoría particular de un hombre determinado o de un determinado grupo de hombres, está el respeto a la dignidad común a todos los seres humanos (...) puesto que la dignidad de que se trata es la que pertenece al hombre en general y no la que particularmente corresponda a este o a aquel hombre”²⁴⁴.

²⁴⁴ MILLÁN-PUELLES, Antonio, ensayo “El bien común”, incluido en el libro *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid: Riap, 1976, pp. 125-126.

Enfocado el problema bajo otra perspectiva, se tiene que indagar si uno es verdaderamente libre para elegir si no tiene sus necesidades básicas atendidas. Es decir, ¿puede uno hablar de libertad de elección cuando las elecciones que se presentan son tener un trabajo —aunque indigno— o no tener trabajo, y no disponer de renta alguna?

Esta pregunta, cuya respuesta suena siempre negativa, parece contemplar la clave de toda intervención estatal en el ámbito de las relaciones privadas y no hay otra justificativa por la cual algunas ramas del Derecho también contemplan limitaciones al ejercicio de libertades individuales, como es justamente un ejemplo el derecho laboral, cuya esencia es tutelar el trabajador.

El profesor Ernesto GARZÓN VALDÉS, al tratar de las manifestaciones de voluntad y el paternalismo estatal define el concepto de incompetencia básica, entendida esta como manifestaciones de irracionalidad o ignorancia en el individuo, condiciones que de manera general, tendrían la capacidad de anular su capacidad de “hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta”²⁴⁵.

En esta situación, enumera el profesor referido cinco clases de personas:

“a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill);

b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises, el de los alcohólicos y drogadictos que menciona el § 114 del Código Civil alemán, o el de la flaqueza del que hablaba Hume);

²⁴⁵GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 5, 1988, p. 165.

c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales);

d) cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas).

e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer X, saber que Y es condición necesaria para lograr X, disponer de Y, no tener nada que objetar contra Y y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad. Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas).²⁴⁶

La situación del enano se puede fácilmente encajar en el supuesto de incompetencia básica, ya que la elección de permitirse arrojar como un misil humano y reducirse a motivo de risas para entretenimiento de otros solo ocurre para satisfacer la necesidad del enano en tener un trabajo y como sustentarse – y tanto es así que este es uno de los argumentos presentados por el Sr. Wackenheim delante el Comité de Derechos Humanos. Sin embargo, quien decide sustentarse a sí mismo no hace una elección y si atiende una necesidad básica de su condición humana.

En lo que atañe al segundo interrogante —otras existir prácticas sociales de más grave naturaleza que la del lanzamiento de enanos—, no hay dudas que el complejo enlace de relaciones humanas suscita un sin número de otras

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald, *op.cit.*, p. 166.

actividades que pueden, así como el arrojamiento de enanos, mostrarse tan o incluso más agresivas para la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, no hace necesario profundas consideraciones filosóficas para concluirse que un error no hace justificar a otro. Hay que tenerse en cuenta que no se trata aquí de juzgar una actividad en comparación con otra, sino de definir si este juego en sí mismo constituye o no una agresión a la dignidad del hombre. Así, si existen otras actividades más indignas que aquella ejercida por el enano dejándose arrojar, corresponde al Estado, ejerciendo el poder de policía administrativo, prohibirlas y no; por el contrario, no tendría sentido permitirla por no lograr censurar otras prácticas indignas adoptadas como profesión.

III. 3.2. - La prostitución.

Según la definición contemplada en el diccionario *on line* de La Real Academia Española, prostitución deriva del término latino *prostitución-ónis* y significa:

“1. F. Acción y efecto de prostituir.

2. F. Actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”²⁴⁷.

Habitualmente calificada como “la más antigua práctica profesional humana”, ya en la antigua Sumeria, alrededor de 2000 a.C. se identifican leyes que distinguen a las mujeres entre esposas y prostitutas. En este sentido, el Código de *Lipit-Ishtar*, escrito cerca de hace 1880 años a.C. y destinado a establecer el derecho en las regiones de la Sumeria y de la Acadia, en la era de *Lipit-Ishtar*, quinto rey de la dinastía de Isin, disponía que “si la esposa de un

²⁴⁷ Diccionario de la Real Academia Española, disponible en:
<http://lema.rae.es/drae/?val=prostitucion>.

hombre no podía darle hijos y, sin embargo, una prostituta de la calle sí podía dárselos, el hombre debía suministrar a esta prostituta su vino, aceite y ropas, y los hijos que la prostituta le daba debían ser sus herederos; pero hasta que la esposa vivía, la prostituta no podía vivir en la casa junto con la esposa”.

En la Antigua Grecia, son muchos los informes que permiten identificar la prostitución como un fenómeno integrado a la sociedad y considerado común en las ciudades-estado de Atenas y Corinto, legalizada y controlada por el gobierno, dividiéndose las prostitutas en las clases *pórné*, que trabajaban en burdeles públicos, las *heteras*, mujeres consideradas cultas, sofisticadas y detentadores de varias atracciones y, por último, las *prostitutas sagradas*, que practicaban la prostitución en los templos religiosos dedicados a la diosa Afrodita, la diosa del amor de los griegos.

La actividad de la prostitución, que durante la historia de la humanidad tomó diversas formas y significados, está presente en la realidad del mundo occidental, sin que algunos Estados, como Brasil y España, por ejemplo, le den un tratamiento *oficial*.

A este respecto, Fernanda Menegotto SIRONI, valiéndose de otros autores, clasifica las posturas estatales ante la prostitución esencialmente en tres sistemas: El *prohibicionista*, el *abolicionista* y el *regulador*.²⁴⁸

En el sistema *prohibicionista*, la legislación adopta una postura de sancionar todo y cualquier acto ligado a la prostitución, incluso el propio acto de prostituirse. “Así —afirma—, todas las personas que participan en el trabajo de la prostituta, como clientes, proxenetas y la propia prostituta, además de otros, están cometiendo un acto ilícito, prohibido por la legislación”. Este es el modelo adoptado en Suecia y por algunos Estados de Estados Unidos de América.

²⁴⁸ MENEGOTTO SIRONI, Fernanda. “O paternalismo do Estados e os crimes relativos à prostituição”. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2968. 17 de agosto de 2001. Disponible en: <<http://jus.com.br/artigos/19788>>. Consultado el 6 de octubre de 2015.

En los países que adoptan el sistema *abolicionista*, la prostituta es tratada como una víctima, ya que representa una práctica por inducción o coacción por terceros que actúan como explotadores de su actividad. En este modelo, la prostituta no comete un acto ilícito, sino únicamente los terceros que, de alguna forma, puedan haber participado en su actividad.

Como sostiene la profesora SIRONI, “no hay ninguna prohibición ante la negociación del sexo; sin embargo, el empresario o un tercero que profesionaliza el trabajo de la prostituta y se favorece de Él es quien está en la ilegalidad”²⁴⁹. Son ejemplos de estos países, como el propio Brasil, cuyo Código Penal, en su capítulo V, trata el proxenetismo y el tráfico de persona con el fin de la prostitución u otra forma de explotación sexual, mediante la redacción que le fue dada por la Ley 12.015 de 2009, penalizando las actividades de explotación de la prostitución bajo cualquier especie²⁵⁰; y también España, cuyo Código Penal igualmente penaliza la práctica de esta explotación²⁵¹.

²⁴⁹ *Op. Cit.* p. 7.

²⁵⁰ Favorecimiento de la prostitución u otra forma de explotación sexual: Art. 228. Inducir o atraer alguien a la prostitución u otra forma de explotación sexual, facilitarla, impedir o dificultar que alguien la abandone:

Casa de prostitución

Art. 229. Mantener, por cuenta propia o de un tercero, un local en el que se produzca la explotación sexual, haya o no, un propósito de lucro o mediación directa del propietario o gerente:

Rufianismo o proxenetismo

Art. 230 - Sacar provecho de la prostitución ajena, participando directamente en sus ganancias o haciéndose sostener, en todo o en parte, por quien la ejerza:

Tráfico internacional de persona para fin de explotación sexual

Art. 231. Promover o facilitar la entrada, en el territorio nacional, de alguien que en él venga a ejercer la prostitución u otra forma de explotación sexual, o la salida de alguien que vaya a ejercerla en el extranjero.

Tráfico interno de persona para fin de explotación sexual

Art. 231-A. Promover o facilitar el desplazamiento de alguien dentro del territorio nacional para el ejercicio de la prostitución u otra forma de explotación sexual.

²⁵¹ Así prescribe el Artículo 188. 1º del Código Penal: “El que determine, empleando violencia intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma.”

Por último, en el sistema *regulador*, del cual son ejemplos países como Alemania y Holanda, la legislación reconoce y reglamenta el trabajo de las prostitutas, cuyos contratos producen todos los efectos inherentes a cualquier otra actividad profesional.

En palabras de REGIS PRADO, citado por la profesora Fernanda Menegotto “el sistema de la regulación tiene objetivos higiénicos, a fin de prevenir la diseminación de enfermedades venéreas y también el orden y la moral públicas. Por este sistema la prostitución se limita a ciertas áreas de la ciudad, generalmente distantes del centro, donde las mujeres se sujetan a un conjunto de obligaciones como la de someterse periódicamente a exámenes médicos”²⁵².

Probablemente este sistema aporta ventajas y desventajas, pero destacando como puntos positivos “la posibilidad de efectuar un contrato de trabajo, participar en los programas de la seguridad social, incluso la jubilación, gozar de las garantías legales, entre otros”²⁵³.

Aunque la legislación todavía contemple el sistema *abolicionista*, en Brasil, en 2002 el Ministerio del Trabajo y Empleo (*Ministério do Trabalho e Emprego*) incluyó en la Clasificación Brasileña en el término “Ocupaciones – Cbo”, la categoría “profesional del sexo”, indexada bajo el número 5198, con la siguiente descripción: *atienden y acompañan clientes; participan en acciones educativas en el campo de la sexualidad. Las actividades son ejercidas siguiendo normas y procedimientos que minimizan la vulnerabilidad de la profesión*²⁵⁴.

²⁵² *Op. Cit.* p. 6.

²⁵³ *Ibidem*

²⁵⁴ Disponible en: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/downloads.jsf>. Consultado el 31 de agosto de 2015.

En la Unión Europea, el 21 de mayo de 2013 se promulgó el Reglamento nº 549/2013 del Parlamento y el Consejo, de 21 de mayo de 2013²⁵⁵, que obliga a los Estados a incluir en la medición del PIB el impacto de la prostitución (junto con las actividades como “las adquisiciones, ventas o trueques de drogas ilegales o bienes robados” o “bienes de contrabando”) y, posteriormente, se promulgó la *Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género*²⁵⁶.

Más específicamente en España, la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidad de las Cortes Generales, produjo un informe sobre la prostitución en España. El texto, aprobado el 13 de marzo de 2007 con 37 votos a favor y 3 en contra, considera la persona prostituida como una víctima, y propone, finalmente, la no regularización o normalización de la prostitución como profesión, lo que identifica claramente la postura abolicionista del Estado español.

Como apunta Tomás PRIETO “no era la primera iniciativa parlamentaria al respecto entre nosotros: poco anterior en el tiempo, en Cataluña tuvo lugar la aprobación del Anteproyecto de ley de delimitación y ordenación de las actividades relacionadas con la prestación de servicios sexuales retribuidos, elaborado por el Gobierno de la Generalitat en la legislatura 2003-2006, que no llegó a tener sanción parlamentaria”.

Como podemos observar, las repercusiones jurídicas en torno al fenómeno de la prostitución son amplias y afectan a las más diversas esferas del derecho, abarcando desde cuestiones ligadas a la simple ejecución de su actividad, más ligadas al Derecho del trabajo y a la seguridad social, hasta el Derecho Penal, con las consecuencias sancionatorias que le son propias.

²⁵⁵ Reglamento relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, publicado en DOUE L 174, de 26 de junio de 2013, p. 1.

²⁵⁶ Disponible en el sitio web oficial del Parlamento Europeo: www.europarl.europa.eu.

En el presente estudio, sin embargo, el enfoque principal se dirige a la comparación de las relaciones entre el Derecho y la moralidad pública, sopesando la autonomía individual para la realización de la actividad en contraste con la dignidad de la persona humana, cuya repercusión podría, o no, legitimar la intervención estatal en el ámbito de la libertad individual.

En este aspecto, la primera consideración que debe observarse es que la prostitución es un fenómeno social de prácticas multiformes; es decir, es realizada de maneras distintas y, como ya hemos visto, desde la Antigua Grecia comporta clasificaciones. Así, una primera medida que debe de adoptarse para la continuidad de este estudio es excluir de su ámbito de alcance la prostitución que RECASÉNS SICHES, recurriendo a las lecciones de Francisco SUÁREZ, califica con la expresión “fornicación simple no escandalosa”²⁵⁷; es decir, aquella realizada por el individuo adulto, de forma libre, por cuenta propia y en espacios privados, puesto que, en las palabras del profesor PRIETO “está claro que no corresponde al Estado interferir directamente en las acciones u opciones afectivo-sexuales de las personas cuando no supongan agresión a otros; esto, en principio, aunque estos comportamientos puedan calificarse como insólitos o como dañinos para el individuo que los practica”²⁵⁸.

Por lo tanto, interesa a este estudio, la prostitución ejecutada fuera de los parámetros anteriormente delineados; es decir, la prostitución cuya repercusión social puede implicar, en cierto modo, alguna agresión al bien común, cuyo núcleo —como ya hemos visto en el epígrafe anterior— contiene en sí un componente de moralidad pública, cifrado, básicamente, en la dignidad de la persona humana. Según este enfoque, siguiendo a Tomás PRIETO, si interesen al Derecho los siguientes tipos de prostitución:

²⁵⁷ RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al estudio del Derecho*, 7ª ed., México: Porrúa, 1985, p. 97.

²⁵⁸ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La prostitución: actualidad y planteamiento básico. La prostitución que no interesa al derecho. *Pro manuscrito*. p.1.

a) La que implica el incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, con el desconocimiento del cónyuge²⁵⁹. En este sentido, como recuerda PRIETO, el artículo 68 del Código Civil español “impone a los esposos el deber de guardarse fidelidad”.

b) Obviamente, no puede considerarse como “simple no escandalosa” la prostitución forzada, especialmente cuando conlleva el tráfico de personas. Actividad que asume aspectos de gran importancia en Europa, principalmente por cuenta de la actuación de organizaciones criminales. Esta actividad, además, es seguramente la forma de prostitución más perjudicial para el tejido social como un todo, puesto que se vulneran y lesionan múltiples derechos fundamentales que ofenden en distintas dimensiones la dignidad de la persona humana.

c) Tampoco se puede admitir la prostitución de menores o incapaces, destacando, aquí, que tanto la legislación brasileña como la española contemplan tipos específicos de delitos relativos a este tipo de conductas. Incluso, recuerda Tomás PRIETO, “tras la última reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se sanciona a quien “induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines” (artículo 188.1). Como novedad normativa relevante, tras la reciente reforma del Código se condena también al usuario de los servicios sexuales prestados por estas personas, al sancionar a quien “solicite, acepte u obtenga, a cambio de una

²⁵⁹ Aunque no exista ningún enfoque al respecto, parece claro que la anuencia del cónyuge a la prostitución del otro no podría encuadrar la actividad como *perjudicial* para el primero, puesto que no habría ningún proceso de engaño o incumplimiento de los deberes conyugales. Como máximo, podría identificarse aquí una violación conjunta del estatuto del matrimonio lo que, según se entiende, no es suficiente para legitimar la intervención estatal.

remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.²⁶⁰

d) Igualmente escapa al concepto de “simple no escandalosa” la prostitución que implique un carácter *escandaloso*, que es la que comúnmente se practica en lugares públicos, llamada *prostitución de la calle*. Como apunta Tomás PRIETO “está claro que la práctica de la prostitución en público puede resultar para los demás molesta, o incluso perniciosa (especialmente para los menores)”²⁶¹.

Con relación a esta faceta específica de la prostitución, además, conviene añadir que la oferta de servicios en un entorno público se realiza normalmente con indumentarias provocativas de forma agresiva, pudiendo provocar limitaciones a los que no desean tener relación alguna con prostitutas o menores que se encuentren en el lugar, sin mencionar el hecho de que la prostitución en estos entornos suele venir acompañada de otras actividades delictivas.

Con la clarificación anteriormente propuesta se delimita el objeto de este estudio; y comenzamos su examen de modo individualizado, destacándose desde luego la obviedad de que formas de prostitución enmarcadas en los ítems anteriores *b* y *c* se muestran evidentemente lesivas a la dignidad de la persona humana, encontrándose incluso, en el ámbito del Derecho Penal.

De hecho, como ya se ha mencionado, tanto la prostitución forzada — relacionada con el tráfico de personas— como la practicada por menores e incapaces son criminalizadas y, por lo tanto, no hay necesidad de mayores consideraciones para tener una dimensión de la gravedad de la ofensa que tales actividades son capaces de producir.

²⁶⁰ *Op. Cit.*, p.11.

²⁶¹ *ibídem*

Con relación a la prostitución tratada en el ítem *a*, la violación del deber de fidelidad conyugal sin anuencia del compañero convierte la prostitución en un acto contrario al Derecho, ilícito y, por lo tanto, inviable de ser considerado “simple y no escandaloso”, en la medida en que aquí hay flagrante daño a terceros —en el caso, al cónyuge—.

El enfoque de nuestra investigación, sin embargo, se centra en aquella forma de prostitución descrita en el ítem *d*. Sin embargo, antes de seguir adelante con el análisis que la que se ha denominado *prostitución de la calle o escandalosa*, es necesario insertar en esta conducta dos otras formas de prostitución que igualmente pueden agruparse en esta condición: 1) la prostitución realizada en prostíbulos, donde hay siempre la implicación de terceros; 2) la prostitución propuesta vía *Internet*, que igualmente es mediada por terceros, como mínimo, por el organizador del sitio en el que se produce la oferta de los servicios de la persona que se prostituye.

En esta investigación interesa, en particular, las dos facetas anteriormente delineadas, porque implican irremediabilmente la relación de la prostituta que tiene un potencial explotador y con lo que se configura la *prostitución por cuenta ajena* que es la que puede producirse, como veremos seguidamente, a los efectos válidos en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad social.

Tomás PRIETO, al tratar los aspectos secundarios acerca de la prostitución, enumera una serie de efectos nocivos que la misma produce y que inapelablemente pone de manifiesto el carácter moralmente degradante de esta práctica²⁶², opinión que compartimos plenamente. Y es particularmente

²⁶² Afirma el profesor citado que “atiéndase a los siguientes efectos nocivos tanto de la prostitución en sí como de su eventual legalización —se comprobará que en modo alguno se quedan en la esfera privada del sujeto activo de la actividad—:

“- Hay diversos vínculos —dice el Parlamento europeo en el documento citado— entre prostitución y tráfico de personas” (apartado 1). Este es uno de los grandes argumentos esgrimidos en los ámbitos jurídicos y políticos para negar reconocimiento legal a la actividad de

perjudicial la prostitución de la calle, porque representa la exposición de quien se prostituye a efectos de *venta* de su mercancía y que se configura, pues, como una exposición en un entorno de riesgo.

No se discute, por tanto, que la prostitución que no sea *simple no escandalosa* es dañina para la moralidad pública. Hay, sin embargo, algunos puntos con los cuales nos atrevemos a discordar en relación a lo sustentado por este profesor y que serán seguidamente examinados.

El primero, es la premisa central de que la prostitución implica la *venta del cuerpo* con la consecuente cosificación de la persona. De hecho, existe una degradación moral y un desgaste físico-emocional que conlleva la actividad y que, por regla general, afecta a quien se prostituye; la prostitución no es la entrega del propio cuerpo, sino la entrega de la satisfacción sexual. El profesional del sexo emplea su capacidad para satisfacer los deseos del otro. Esta sutileza, aunque no pueda, por sí sola, justificar una posición favorable a la

prostitución: el declarar legal la prostitución alimentaría las redes de tráfico de personas, en especial de mujeres y mujeres menores de edad vulnerables, “un alto porcentaje de las cuales tiene entre 13 y 25 años”, dice el Parlamento.

Es claro que la legalización implicaría ciertas ventajas para las personas prostituidas, incluso ciertos beneficios colectivos (recaudatorios para el Estado, por ejemplo, como se expresó ya), pero comportaría un daño social estimable, concretado en facilitar prácticas delictivas.

- Las consideraciones acerca de la salud en relación con la prostitución no son baladíes: como también confirman diversos estudios, el Parlamento advierte en el documento de 2014 que la prostitución “tiene efectos perjudiciales en las personas que la ejercen, que tienen más posibilidades de sufrir traumas sexuales, físicos y mentales, ser adictas al alcohol y las drogas, perder el respeto por sí mismas y presentar mayor índice de mortalidad que la población media...” (apartado 5). A lo que añade: “la prostitución forzada, la prostitución y la explotación en la industria del sexo tienen consecuencias físicas y psicológicas devastadoras y duraderas, incluso después de haber cesado la prostitución, para los individuos que se ven implicados en ella” (apartado 6).

- Dice el Parlamento que “la normalización de la prostitución afecta a la percepción de los jóvenes de la sexualidad y de la relación entre hombres y mujeres”.

Es esta una consecuencia de la condición social humana, determinante de un aspecto esencial del bien común: mucho más allá de las consecuencias personales del ejercicio de la prostitución — consecuencias que puede asumir libremente quien la práctica—, su normalización mediante el reconocimiento legal de la actividad tiene consecuencias que rebasan lo puramente individual, que afectan particularmente a los jóvenes: con facilidad considerarán la cosificación de la mujer al servicio del varón como algo normal, en cuanto “bendecido” por el poder público.

- Cabe añadir que la práctica de la prostitución impide o mediatiza enormemente derechos importantes de la mujer; en este sentido el Parlamento llama la atención sobre el hecho de que “las prostitutas tienen derecho a la maternidad y a criar y cuidar a sus hijos” (apartado 12).

legalización de la prostitución, aleja la posibilidad de la *cosificación* del ser humano y, en esta medida, no puede existir un paralelo entre la prostitución y el lanzamiento de enanos.

Se decía, sin embargo, que no se disiente del carácter degradante de la actividad de prostitución y eso, sí, es suficiente para que el Estado pueda limitar las libertades individuales, adoptando medidas objetivas para la supresión de la actividad, cuando no se practica de forma *simple y no escandalosa*.

Además, como se ha mencionado anteriormente, tanto la legislación penal brasileña como la española califican de delito la actividad de explotación de la prostitución lo que, por sí sólo, ya bastaría para eliminar la regulación de la práctica, que sólo sería posible tras la eliminación del obstáculo existente en el ámbito penal.

La divergencia que se presenta, sin embargo, es precisamente ante la forma de tratar las consecuencias del acto ilícito. Explicándolo de otra manera: tradicionalmente se propone el no reconocimiento de la prostitución como una actividad profesional reglamentada y, por ello, se niega a la actividad cualquier efecto legal, incluso en los ámbitos penal y de la seguridad social, y es exactamente esta circunstancia el punto de divergencia que debemos examinar en este epígrafe.

En primer lugar, es necesario reconocer que la prostitución es una actividad socialmente tolerada en las democracias occidentales —mucho, en efecto, por cuenta del relativismo moral que viene asolando estas sociedades— lo que, en este sentido, pone *sub judice* la afrenta a la dignidad de la persona humana por una supuesta violación de la dignidad de la persona humana, ya que no se identifica, necesariamente, con las sensibilidades morales mayoritarias. Observamos que, a diferencia de lo que se produce con la hipótesis del lanzamiento de enanos, no existen movimientos sociales por la abolición de la

prostitución, identificándose mucho más con una postura de recriminación velada asociada a una presunta aceptación.

En este escenario, lo que se pretende no es *legalizar* la actividad de prostitución, sino sólo y únicamente reconocerle algunos *efectos válidos* en el ámbito del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, a fin de evitar que concretamente el explotador, el proxeneta criminoso —que exprese que la prostituta no está cometiendo un delito— acabe siendo beneficiado por su propia vileza y llegue a pensar que tiene *carta blanca* para seguir con su actividad, puesto que además de explotar la actividad de la prostituta, no tiene que soportar consecuencias socio-económicas de esta explotación ilícita.

Por otra parte, en el otro polo de esta relación, concretamente la persona prostituida, agredida y vilipendiada en su dignidad, tendría también que conformarse, además de la explotación, con el total desamparo de las instituciones sociales, siendo doblemente vulnerada en su dignidad: una primera, por el agente explotador de su actividad y; una segunda, por el propio Estado, que le da la espalda bajo el cómodo argumento de que ejerció una actividad no reglamentada y considerada delictiva pero que este propio Estado, sabedor de estas circunstancias, poco o nada hace para evitarla.

Presentado el problema bajo estas condiciones, se entiende que la solución ideal debe contemplar un *arreglo de consenso*, una salida jurídica en términos de equilibrio que posibilite reparar mínimamente las lesiones ya sufridas por la persona prostituida que es, concretamente, víctima de sus propias elecciones —así reconocida tanto en la legislación española como en la brasileña—. Sin embargo, esta solución no descansa en la incidencia de las propias normas del Derecho civil/administrativo, cuya clásica teoría de la nulidad prohíbe que el acto nulo produzca efectos válidos, sino en la aplicación más amplia con respecto a la teoría de la nulidad en el ámbito del Derecho del

Trabajo que es sensiblemente diferente de la practicada en las Ramas del Derecho anteriormente citadas.

Como es notorio, en el universo civilista-administrativo, una vez que se verifica el vicio insanable del acto practicado, este debe ser suprimido del mundo jurídico, restituyendo a las partes el *status quo ante* mediante el reposicionamiento a la situación en la que se encontraban antes de la práctica del acto. Según Maurício GODINHO DELGADO, cuando el acto se le considera absolutamente nulo, “ningún efecto jurídico podrá permitirse, incluso eliminando, como resultado, las repercusiones fácticas (art. 158, CCB/1916; art. 182, CCB/2002). Está en vigor, pues, en el tronco jurídico general del Derecho Común la regla de la retroacción del decreto de nulidad, el criterio del efecto *ex tunc* del decreto judicial de la nulidad observada”.

Ya en el ámbito del Derecho Laboral, el mismo autor sostiene que “está en vigor (...), por regla general, el criterio de la irretroactividad de la nulidad decretada, la regla del efecto *ex nunc* del decreto judicial de la nulidad observada.” De tal modo que incluso decretándose la nulidad del acto, cuando se configura algún vicio, los efectos practicados en la constancia y como resultado de este acto viciado deberán ser reconocidos, al menos hasta el momento en que se declare la nulidad del acto porque, “según la directriz laboral, el contrato considerado como nulo propiciará todos los efectos jurídicos hasta el momento en que se declare la nulidad —que tendrá, así, la condición sólo de impedir la producción de nuevas repercusiones jurídicas, ante la anulación del acto viciado”²⁶³—.

Esta máxima ocupa una posición central en el ámbito del Derecho del Trabajo, que siempre acogió la teoría de la relativización de las nulidades, es decir, en el ámbito laboral —y se añade: de la seguridad social— el acto nulo

²⁶³ GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 519.

genera efectos válidos, dependiendo de las circunstancias del caso, por la sencilla razón de que el trabajo prestado no puede ser devuelto al trabajador y la mera declaración de nulidad sin producción de efectos, conduce a la iniquidad aún mayor que la generada por el trabajo degradante ya ejecutado.

Es en esta perspectiva de reducir la agresión ya soportada por la persona prostituida donde se pretende no la plena regularización de la actividad, sino que se le reconozcan los efectos laborales y de la seguridad social, aunque el trabajo acabe implicando enfrentarse a la moralidad pública y la relación formada con el tomador de trabajo se revista de ilegalidad.

Conviene destacar, en este pasaje, que la solución es toda una novedad para el Derecho del Trabajo Español. Como apunta Manuel ALONSO OLEA: “con las salvedades hechas, el contrato de trabajo del menor de dieciséis años es nulo, sin perjuicio de que, conforme al art. 9.2.ET, el empresario deba, por los servicios que el menor le haya prestado, como indemnización comprender además la de cualesquiera daños que la ejecución del contrato haya causado al menor. Al empresario corresponde cerciorarse de la edad”²⁶⁴.

Atentos a esta circunstancia, algunos tribunales han decidido reconocer el vínculo de empleo de los profesionales del sexo, con el fin de garantizarles el mínimo de protección legal y para sacarlos de la marginalidad de las relaciones de empleo. A este propósito, el siguiente juzgado expone:

BAILARINA DE CASA DE PROSTITUCIÓN – POSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DE VÍNCULO LABORAL). Quedando probado que la autora trabajaba en el local patronal como bailarina, siendo revelados los elementos fáctico-jurídicos de la relación de empleo, en tal función, no es posible alejar los efectos jurídicos de tal contratación laboral, según pretende el demandado, como resultado de que la demandante también había ejercido la prostitución, actividad ésta que de ninguna forma se confunde con aquella, y, de lo que ha quedado probado, es que era ejercida en momentos distintos. Una interpretación diversa implicaría el

²⁶⁴ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M.^a Emilia. *Derecho del Trabajo*, cit., p. 178.

favorecimiento del enriquecimiento ilícito del demandado, además de la violación al principio constituido en el aforismo *utile per inutile vitiari non debet*. Es preciso destacar la observación ministerial de que la explotación de la prostitución, por el demandado, se agrava por el hecho de que "ha quedado comprobado el incumplimiento de los derechos individuales indisponibles asegurados constitucionalmente (contratación de bailarinas, menores de 18 años), lo que atrae la actuación de este ministerio público del trabajo, a través de la coordinación de defensa de los intereses difusos, colectivos e individuales indisponibles – Codin".²⁶⁵

En el mismo sentido, cabe destacar la relevante decisión dictada por la 2ª Sala – 4ª Sesión del Tribunal Regional del Trabajo de Campinas (15ª Región), cuando la Corte, reformando la decisión pronunciada por el Juez de primera instancia, reconoce el vínculo laboral entre la prostituta y la casa nocturna en la cual trabajaba para procurar a sus clientes y, con ello, asegura el acceso de la hija a los programas de seguridad social.

El caso es bastante sensible y, en razón de las repercusiones sociales, merece un informe más cuidadoso, puesto que es preciso ilustrar bien la seriedad del problema por el hecho de que no se reconocen los efectos válidos del trabajo de la prostituta.

Se trata de una prostituta que residía en un club de alterne y que en una ocasión, al quedar presa en su propio cuarto, intentó tener acceso a la sala a través de la ventana del dormitorio de una compañera. Durante la operación, la mujer se desequilibra, se cae y muere.

Los abuelos, representando al hijo menor impúber, presentan una querrela a la Fiscalía solicitando el reconocimiento del vínculo laboral con el dueño del prostíbulo, además, principalmente, de los derechos laborales que pudieran derivar del beneficio de la seguridad social —pensión por muerte— como resultado de la pérdida de la madre.

²⁶⁵ Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG. Relatora Juíza Rosemary de Oliveira Pires
Data de Publicação: 18/11/2000 Referência: RO 1.125/00 – 5ª T. – DJMG 18.11.2000.

Rechazada en la instancia originaria, la pretensión del menor es acogida en un grado de apelación, afirmando el Tribunal Regional del Trabajo, en una sentencia dictada a partir de voto-relator de la Jueza Ana Cláudia Achicharres Viana, que:

En base a las informaciones prestadas al perito, sumadas a la fragilidad de la defensa, que, aunque afirme que la recurrente era sólo frecuentadora de la casa nocturna, confirma que allí pernoctaba y hacía sus comidas, concluyo que la demandante desempeñaba la actividad de bailarina en beneficio de la demandada, con frecuencia y subordinación, mediante remuneración, según se plantea inicialmente.

Ello porque no parece razonable concluir que la demandada, en una empresa que explota la actividad comercial, con el fin de lucro, cediera, de forma gratuita, habitaciones y alimentos a personas que eran meros "frecuentadoras" del lugar..

Por otra parte, desde que el mundo es mundo y el ser humano se organiza en la sociedad, se sabe que la imagen de la mujer exhibiendo su cuerpo y provocando los impulsos más primitivos del sexo opuesto es un excelente medio para vender productos. Cualquier tipo de producto. Los anunciantes actuales (y también no tan actuales) bien conocen esta forma de marketing, que lo digan los fabricantes de autos, bebidas e incluso juguetes.

La psicología social conoce los mecanismos cerebrales activados por la figura femenina. Madre, mujer, placer, posibilidad de reproducción y perpetuación de la especie.

Ante estas posibilidades, cualquier persona que desea comercializar algún producto puede plantearse de usar y asociar (o no) la imagen de la mujer a sus productos.

Lo que la mujer hace o deja de hacer con su cuerpo es derecho exclusivo de ella, conquistado en sólo unos pocos lugares del mundo actual y no sin muchas luchas.

Ahora, hacer uso de la imagen y de la presencia física de la mujer para cobrar entradas y aumentar el consumo de bebidas alcohólicas de un club alterne constituye una explotación con finalidad comercial. Se hay comercio y existen personas trabajando con frecuencia, subordinación, personalidad y onerosidad, en este lugar existe un vínculo laboral.

Comercializar bebida alcohólica no es un delito y la danza nunca fue un ilícito en Brasil.

(...)

Aunque la empleada actuara sólo como dama de compañía para los clientes del acusado, la solución no sería distinta. No comparto la tesis que considera ilícito el objeto del contrato de trabajo, considerando posible la explotación de la prostitución. En este sentido, la falta de reconocimiento de la relación laboral determinaría

un odioso enriquecimiento sin causa del empleador. Ciertamente el efecto sería el contrario: estimularía la explotación del cuerpo humano y permitiría trabajar en la condición análoga a la del esclavo. Y más. En el presente caso, con un patente perjuicio al menor, hijo de la fallecida demandante, que no contaría incluso con la protección de la seguridad social.²⁶⁶

Como bien observa la Jueza, negar el reconocimiento de los efectos laborales válidos a la prostitución implicaría un *odioso enriquecimiento sin causa* del tomador del trabajo, relegando a la persona prostituida al total desamparo, en un doble vilipendio a su dignidad: el primero, producido ya a lo largo del período en el que perduró la relación de explotación de la prostitución y, el segundo, en el momento de su cese, agravada, en el caso concreto, por los perjuicios al menor impúber que se ve alejado de la protección de la seguridad social.

Aún desde el punto de vista judicial, conviene citar la reciente sentencia 50/2015 del Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona, de 18 de febrero, proferida por el Juez Joan AGUSTÍ MARAGALL, que se pronuncia a favor de reconocer derechos laborales a las personas que ejercen la prostitución y hace publicar un artículo doctrinal en lo cual examina los fundamentos de la decisión y afirma que: “se razona en la sentencia que no parece que la mejor solución ni la jurídicamente más correcta sea el denegar el reconocimiento del trabajo en el actual contexto español por cuanto, mientras el Estado Español no asuma las recomendaciones de la indicada resolución en orden a la erradicación absoluta de todas las formas de prostitución, la actual situación de “alegalidad” y el no reconocimiento del carácter laboral de la relación no hace más que agravar enormemente la incuestionable lesión de la dignidad, la libertad y la igualdad

²⁶⁶ Decisión proferida en los autos del Proceso 0006700-15.2009.5.15.0137, publicada el 24/05/2013, disponible para consulta en portugués en: <http://portal.trt15.jus.br/decisoaes-gsa>.

que comporta toda relación de prostitución por cuenta ajena, para la inmensa mayoría de las mujeres que la ejercen.”²⁶⁷

A su vez, la Corte Constitucional de Colombia, al juzgar el caso *Lais versus Pandemo*, invocando la dualidad dignidad como autonomía²⁶⁸, reconoció no sólo la licitud de la prostitución voluntaria, como expresión de la autodeterminación individual, sino que también aseguró a los *trabajadores del sexo* los derechos laborales, por lo que aportamos la transcripción, aunque parcial, de la decisión, dada la importancia de la fuente, en la medida en que se trata de la más alta autoridad judicial de Colombia:

Habría contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando el o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por las características de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida. Una conclusión del juez constitucional que no pretende ni auspiciar la actividad, ni desconocer su carácter no ejemplificante, mas sí proteger a quienes se ganan la vida y cumplen con su deber al trabajo a través de la prostitución ejercida no de modo independiente sino al servicio de un establecimiento de comercio dedicado a ello. Más aún cuando desde el punto de vista del **juicio de igualdad** y la jurisprudencia constitucional que lo ha estructurado, no existe en la Constitución ninguna disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen la prostitución. Todo lo contrario según el artículo 13 C.P. y las demás cláusulas de diferenciación subjetiva que la Carta y la jurisprudencia constitucional han reconocido (art. 53, 13, 43, 44 CP). Esto en la medida en que la pretendida finalidad legítima con que se quisiera negar la licitud y exigibilidad de un contrato laboral entre persona prostituida y el propietario de prostíbulo o local donde se ejerce, está soportada en criterios que por sí mismos no hacen posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de derechos, obligaciones, responsabilidades; o sea porque al desconocerlo sólo se favorecen los intereses del empresario de la prostitución, con consecuencias excesivamente gravosas para quien presta

²⁶⁷ MARAGALL, Joan Agustí. “Razones para la laboralización de la —libre— prestación de servicios de prostitución por cuenta ajena”. Revista Electrónica *IUSLabor*, 1, 2015 - disponible en www.upf.edu/iuslabor.

²⁶⁸ Esta dualidad dignidad como autonomía y como heteronomía, es decir, como fundamento de derechos o como restricción a conductas individuales, se encuentra presente en diversos autores. Entre estos, cabe destacar la obra de Deryck Beyleveld y Roger Brownsword *Human dignity in bioethics and biolaw*, 2004, p. 29.

efectivamente el servicio. Pero también aparece contrario a la igualdad constitucional el desconocimiento del Derecho laboral para los y las trabajadores sexuales, porque con esta medida se restringen derechos fundamentales (al trato digno, al libre desarrollo de la personalidad y ante todo a ganarse la vida, al trabajo, a recibir una remuneración justa y equitativa) y se afecta de manera desfavorable a una minoría o grupo social tradicionalmente discriminado que se encuentra por tanto en condiciones de debilidad manifiesta. De allí el imperativo constitucional de reconocer sus mínimas garantías, de permitirles ser vinculadas no sólo a un sistema policivo de protección en salubridad y cuidado propio, sino también al sistema universal de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales así como el ahorro para la jubilación y las cesantías. De allí la importancia de empezar a visibilizar sus derechos desde el Derecho, no sólo en su perspectiva liberal e individual, sino también en la económica y social, en la que les concreta posiciones jurídicas de derecho a una remuneración justa por su trabajo y de derecho al progreso.

(...)

Bajo estos supuestos, es del caso concluir que, a falta de regulación concreta, y de la mano de la construcción normativa que ordena la prostitución en Colombia, en la medida en que se hayan desempeñado las mencionadas labores y en ese tanto el ejercicio de la prostitución se desenvuelva bajo la modalidad del “contrato realidad”, esta situación merecerá, como ocurriría con cualquier otro sujeto en condiciones similares, la más decidida protección por parte del Derecho para que sean cubiertas todas las obligaciones no pagadas por el empleador durante el tiempo en que hubiese tenido lugar la relación de trabajo. Empero, por la especificidad de la prestación, porque en muchos aspectos el trabajo sexual roza con la dignidad, así como se admite la existencia de una subordinación precaria por parte del empleador, también se reconoce precario el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido a su trabajo en caso de despido injusto. De este modo, estima la Sala, se resuelve la tensión existente entre derechos y bienes jurídicos que la prostitución conecta, de este modo se protege sin discriminaciones ex ante al trabajador sexual. Por un lado, una decisión que aunque no resulte graciosa a los criterios de moralidad preexistentes, evita dejar en el abandono ilegítimo a las y los trabajadores sexuales como sujetos en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, merecedores de especial protección. Pero por otro, una restricción de las garantías del trabajo, con lo que se procura evitar que el Estado, a partir de la administración de justicia, aliente el ejercicio de un oficio que, según los valores de la cultura constitucional, no es ni encomiable ni promovible.

(...)

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que doña LAIS desarrolló una actividad personal como trabajadora sexual y en la prestación de otros menesteres al servicio del bar PANDEMO, durante los meses de febrero de 2008 y marzo de 2009, tareas realizadas de manera continuada y sujetas a las reglas de subordinación y dependencia admisibles en cuanto a los servicios

sexuales y a las demás tareas desempeñadas para la comercialización, organización y limpieza del bar, todo ello a cambio de una retribución económica.

(...)

Esto es, que se configuró un contrato realidad cuyos términos en el tiempo no están determinados con total precisión en el proceso de tutela, salvo en lo que hace a la fecha de despido, pero cuya existencia se acredita de manera suficiente para reconocer la violación de derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital.²⁶⁹

La prostitución es una realidad incontestable, marginada, pero incontestable y, aunque se entienda, junto con Tomás PRIETO, que se trata de una actividad indigna —no por *cosificar* la persona que la ejerce, sino por las nefastas consecuencias que de ella derivan para el individuo y para la sociedad en que integra— lo que se defiende no es el pasaje del sistema *abolicionista* hacia el *regulacionista*, con plena regulación legal y aceptación por parte del Estado. Una solución intermedia de este mismo Estado implica que, al asumir una postura *abolicionista*, no ejerce una fiscalización adecuada apta para inhibir la explotación de la actividad.

Esta solución *intermedia* consiste en reconocer, a partir de una aplicación expansiva de la teoría de las nulidades en el Derecho del Trabajo, la actividad ilícita, los efectos lícitos en el ámbito laboral y de la seguridad social, puesto que sólo así se puede evitar una mayor afrenta a la dignidad de la persona prostituida, además de aquella ya perpetrada.

III. 3.3. - Las Artes Marciales Mixtas - MMA.

El mayor triunfo del MMA está concentrado en lo que él tiene de más simple. Es el deporte que más se aproxima a

²⁶⁹Sentencia T-629/10, Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>. Consultado el 02 de septiembre de 2015.

*una pelea real. Dos caras dentro de una jaula sin armas, con el mínimo de equipos. Está por encima de las barreras culturales y lingüísticas,*²⁷⁰ – Felipe Awi.

Este sencillo prólogo, recogido del libro “*Filho teu não foge à luta. Como los luchadores brasileños transformaron el MMA en un fenómeno mundial*”, sirve para ilustrar la intensidad de las pasiones que suscita la práctica del MMA, tanto en sus admiradores y practicantes, como en sus detractores, que incluso consiguen llegar a un consenso sobre su real naturaleza: si es un deporte, un simple entretenimiento o si es una *pelea humana*.

Esta investigación no está dedicada al MMA, sino a sus implicaciones jurídicas en relación con la dignidad humana; sin embargo, es importante que se partamos de una breve referencia histórica en relación a esta práctica —que será tratada como un *deporte* con el propósito de facilitar la redacción del texto seguidamente desarrollado—, con el fin de que se puedan entender las inherente consideraciones jurídicas e incluso porque en los países latinos de Europa — España, Portugal, Italia y Francia— su práctica no cuenta con tantos seguidores como en otros lugares del mundo.

Definir los orígenes históricos de las luchas marciales es una tarea prácticamente imposible, ya que luchar en duelos es una práctica tan antigua como el propio hombre. Sin embargo, es seguramente en las luchas de *Vale-Todo* protagonizadas por luchadores brasileños, principalmente —aunque no exclusivamente— de la familia Gracie, donde puede identificarse el origen del MMA tal y como hoy en día se conoce.

Fue también en la década de 1930 cuando Helio Gracie, el hermano más joven de Carlos Gracie —discípulo directo de Mitsuyo Maeda Koma²⁷¹—

²⁷⁰ Awi, Felipe. “*Filho teu não foge à luta – Como os lutadores brasileiros transformaram o MMA em um fenômeno mundial*”. Editora Intrínseca. Rio de Janeiro. 1ª ed. Abril/2012. p. 21.

²⁷¹ El *conde* Koma, como quedó conocido Mitsuyo Maeda tras diversas luchas en Europa, era uno de los discípulos directos de Jigoro Kano, el gran responsable por el desarrollo del *Judo*, arte

comenzó a desafiar a los luchadores más fuertes y más pesados, incluso japoneses, en el intento de probar que el *Gracie Jiu Jitsu*²⁷² —más tarde también conocido como *Jiu Jitsu Brasileño*— era un arte superior a la practicada por otros luchadores, incluso, por los propios japoneses.

Ya en los años noventa, Rorion Gracie, hijo más viejo de Helio que vivía en los Estados Unidos de América desde hace varios años y había de un tiempo para acá desafiando luchadores de otras modalidades para las luchas de estilo libre, decidió promover un evento de luchas destinado a probar la supremacía del arte marcial practicada por la familia Gracie ante otras modalidades de lucha.

Nacía el primer torneo occidental organizado por *Vale-Todo*, el *Ultimate Fighting Championship*, una competición de luchas en un espacio delimitado por ocho caras de rejas —el octágono— y que permitía toda especie de combinación de técnicas y golpes, a excepción de mordeduras y ataques directos a los ojos²⁷³.

Realizado por primera vez el 12 de noviembre de 1993 en una relación entre las empresas *WOW Promotions* —del propio Rorion— y *Semaphore Entertainment Group (SEG)* en el estadio McNichols Sports Arena, en Denver, Colorado, el evento era organizado en un formato de torneo, 8 luchadores se disponían a hacer 3 luchas eliminatorias en secuencia en una única noche, y eran

marcial japonés basada en el *Jiu Jitsu* tradicional y del cual aguantaba sus golpes más peligrosos, creando una actividad con énfasis en un método educativo y deportivo.

²⁷² *Jiu Jitsu* es una expresión japonesa que significa *arte suave*, siendo *Gracie Jiu Jitsu* la nomenclatura que se atribuyó a este arte tras adaptaciones técnicas introducidas por la familia *Gracie*, que la patentó posteriormente.

²⁷³ De hecho, eran admitidos incluso golpes contra los genitales y el recurso *fish hooking*, que consiste en abrir la boca del adversario con las manos para intentar quebrar la mandíbula. En la obra anteriormente citada acerca de la historia del MMA, el periodista Felipe Awi menciona la prohibición de la tirada de cabello, afirmación ésta que es errónea, como se puede constatar en la lucha entre el havaiano Kimo Leopoldo (111 kg) y el hasta entonces invicto Royce Gracie (80 kg), realizado en la tercera edición del UFC, y que culmina con la victoria del campeón Royce por finalización, después de conseguir mantener al oponente inmovilizado por la pequeña trenza de cabellos que mantenía en el tope de la cabeza, impidiéndolo de ejecutar algunos movimientos. Este tipo de lucha se puede consultar en <https://www.youtube.com/watch?v=QVov2TEYJ8k>.

libres para utilizar cualquier vestimenta —de hecho los luchadores de *judo* y *jiu jitsu* solían presentarse en sus tradicionales *kimonos*— y, preferentemente, no deberían utilizar guantes ya que estos limitaban sus movimientos²⁷⁴. Las luchas se producían en asaltos únicos sin límites de tiempo y sólo eran decididas por *nocaut*, finalización o renuncia del adversario, no existiendo una decisión por jueces.

El principal objetivo de Rorion continuaba siendo el de difundir el *Gracie Jiu Jitsu* y comprobar su supremacía sobre otras artes marciales y, así, el evento fue presentado y vendido en un sistema de pago por visión (*pay-per-view*) no sólo como un duelo de luchadores, sino como una disputa entre artes marciales, con cada luchador actuando en defensa de un estilo.

A pesar de que fue ampliamente contestado y sufrió una severa campaña difamatoria —en la época el UFC estaba prohibido en 49 estados Norteamericanos—, el evento tuvo éxito y se expandió²⁷⁵; pero fue tras su 4ª edición, cuando la lucha final entre Royce Gracie y Daniel Severn tuvo la transmisión interrumpida durante más de 15 minutos, por lo que los organizadores americanos necesitaron introducir un límite de tiempo en las luchas²⁷⁶.

La modificación provocó un desacuerdo entre Rorion y sus socios comerciales, llevando al primero y a sus familiares a retirarse del evento, que continuó siendo explotado por la empresa Lun, en manos de Robert Meyrowitz,

²⁷⁴ En la primera edición del evento, el luchador Art Jimmerson, boxeador de origen, tenía sólo una luxación de boxeo en su mano izquierda.

²⁷⁵ El primer UFC fue vendido para 85.000 compradores, el segundo para 120.000, el tercero para 180.000 y el cuarto, para 260.000.

²⁷⁶ La transmisión fue interrumpida porque la organización del evento había comprado sólo 2 horas de señal vía satélite y todo el programa duró 2 horas y 3 minutos. Con la interrupción de la señal, la organización fue obligada a reembolsar a los suscriptores de pago por visión, provocando serios perjuicios. La lucha terminó con la victoria de Royce Gracie, que consiguió encajar un triángulo – estrangulación con las piernas – en el adversario y puede verse en: http://www.metacafe.com/watch/10011026/royce_gracie_vs_daniel_severn/.

que siguió produciendo algunos cambios en las reglas: se introdujeron guantes²⁷⁷; en la 15ª edición, que se celebró en Saint Louis, en el Mississippi, fueron prohibidos oficialmente los golpes contra los genitales y los cabezazos.

Paralelamente al éxito en los Estados Unidos, en Japón, el 11 de octubre de 1997, se celebró el primer *PRIDE FC*, evento que se llevó a cabo en las mismas bases del UFC; sin embargo, en ringues con cuerdas, llevando millares de aficionados a los estadios Japoneses como *Saitama Súper Arena* y *Arena Tokyo Dome*.

Una vez más los luchadores brasileños tuvieron éxito. En Japón —cuna de las artes marciales tradicionales como el karate y el judô— los deportes de lucha ocupan un lugar destacado en la preferencia del público y los luchadores son considerados las estrella de primera grandeza, por lo que ya en la década de los años 2000 el evento japonés era transmitido en más de 40 países, entre ellos Brasil. En los Estados Unidos, todavía prohibido en la mayoría de los Estados, el *UFC* comenzaba a tener serias dificultades, pero aun así se las arregló para atraer la atención de Daña White, un empresario de luchadores que junto con los millonarios hermanos Frank y Lorenzo Fertita —propietarios de 18 casinos y de una serie de otras empresas en los Estados Unidos— crearon la empresa *Zuffa* y compraron los derechos de operación de la marca *UFC*.

En febrero de 2001, en vísperas de la 28ª edición del evento, la empresa asume oficialmente, introduciendo una serie de cambios en el *UFC* con el fin de adaptarlo a las exigencias de la Comisión Atlética del Estado del Nevada²⁷⁸ y hacerlo más *acceptable* para el público en general y los medios de comunicación televisa de América del Norte. El formato de torneo, que ya había sido abandonado, pero que todavía resistía en algunas organizaciones, es

²⁷⁷ El guante de MMA pesa sólo 113 G., bien más ligero que el de boxeo, y mantiene libres los dedos de los luchadores para permitir los propios los golpes durante el agarre.

²⁷⁸ Creada en 1941, la Comisión regula todos los concursos o presentaciones (incluso competiciones) de luchas sin armas, disponible en: <http://boxing.nv.gov/about/Mission/>

definitivamente dejado a un lado para la adopción de peleas organizadas entre luchadores divididos en categorías por peso²⁷⁹ y con sistema de ranking, en el mismo modelo de las ligas del boxeo profesional.

Las peleas comienzan a durar tres asaltos de cinco minutos cada uno, y adoptando la decisión de jueces laterales (siempre en un número de tres), con modelo de calificación de asalto similar al boxeo; es decir, el ganador del asalto recibe 10 puntos, el perdedor, 9, y al final de los tres asaltos el conteo se realiza mediante la suma de los resultados de los tres asaltos. Las *principales* peleas — inicialmente sólo las que valían el cinturón de campeón— para cada evento son programadas para cinco asaltos de 5 minutos, puntuados en el mismo sistema.

De todos los cambios propuestos, sin duda, la de mayor importancia — incluso para esta investigación— fue el establecimiento de una serie de restricciones en los golpes contra el adversario. Desde una competición en la que prácticamente *valía-todo*, el nuevo formato de atracción propuesto por la *Zuffa* contempla más de 30 prohibiciones, entre las cuales destacan: los golpes contra columna o la parte posterior de la cabeza; patadas y rodillazos contra la cabeza del adversario mientras éste se deja caer o con al menos tres soportes debajo del suelo; poner el dedo en cualquier orificio, corte o laceración; manipular pequeñas articulaciones; golpear con la punta del codo desde arriba hacia abajo; golpear los riñones con el talón; golpes en la garganta, incluyendo, sin limitación, agarrar

²⁷⁹ La división de categorías de peso ya había sido adoptada, pero al asumir el evento la *Zuffa* promovió un nuevo reparto de las categorías. Actualmente, son las siguientes: (i) Peso Mosca - 125 libras (56.7 kg) o menos; (ii) Peso Gallo - 125 la 135 libras (56.7 la 61.2 kg); (iii) Peso Pluma - 135 la 145 libras (61.2 la 65.7 kg); (iv) Peso Ligero - 145 la 155 libras (65.7 la 70.3 kg); (v) Peso Medio-Medio - 155 la 170 libras (70.3 la 77.1 kg); (vi) Peso Medio - 170 la 185 libras (77.1 la 83.9 kg); Peso Medio-Pesado - 185 la 205 libras (83.9 la 92.9 kg); (viii) Peso Pesado - 205 la 265 libras (92.9 la 120.2 kg); y (ix) Peso Superpesado - más de 265 libras (más de 120.2 kg). Clasificación disponible en el sitio de la Confederación Atlética Brasileña de MMA – CABMMA, disponible en: <http://www.cabmma.org.br/uploads/paginas/file/MMA%20Rules%20-%20port%20ing%20FINAL%2014MAR2013.pdf>

la tráquea, entre varios otros²⁸⁰ que tiene como mayor objetivo fundamental un *mantra* que comenzó a ser difundido por todos los promotores del MMA: para preservar la integridad física del atleta.

Además de estas nuevas reglas, el evento mantiene un equipo médico encargado no sólo de prestar socorro a los participantes del evento, sino, principalmente, de valorar al luchador durante la pelea y decidir si él tiene o no condiciones para seguir luchando tras algunas lesiones aparentemente más graves, siendo la decisión médica, obviamente, soberana por encima de cualquier otro interés, incluyendo el del propio luchador.

Como se ha mencionado a principios de este epígrafe, la evolución histórica del MMA²⁸¹ es importante no sólo para su presentación a los lectores de esta investigación, sino, esencialmente, para que se puedan entender las consideraciones jurídicas tejidas al respecto; y la primera de ellas es alejar una confusión relativamente común entre los no adeptos.

Fabrizio Andrade, autor de uno de los pocos textos en portugués que pueden encontrarse, propone una reflexión jurídica sobre la viabilidad del MMA como práctica deportiva y comienza sus reflexiones apuntando “sobre la legitimidad de estas peleas Vale-Todo. También llamado el 'deporte' de UFC, que significa *Ultimate Fighting Championship*. Se trata de una organización internacional de Artes Marciales Mixtas”, y concluye su razonamiento reafirmando el título de sus reflexiones: *El UFC es inconstitucional*.

²⁸⁰ Las reglas unificadas del MMA, conteniendo detalles sobre la organización del evento y las discreciones de las penalidades igualmente se encuentran disponibles en el sitio anteriormente mencionado.

²⁸¹ Han sido fuentes esenciales de investigación y referencia de la evolución histórica las obras AWI, Felipe. “*Filho teu não foge à luta – Como os lutadores brasileiros transformaram o MMA em um fenômeno mundial*”.. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2012; ALONSO, Marcelo; SUSUMO, Nagao. “*Do Vale Tudo ao MMA – 100 anos de luta*”, Rio de Janeiro: Editora PVT, 2013.

En el curso del texto, el autor apunta que “si no se permiten maltratos contra los animales, cómo pueden permitirse los de los seres humanos. Alguien puede preguntar: ¿y el boxeo? El boxeo tiene reglas suficientes y razonables, las cuales, generalmente, son seguidas y no permiten lavar el ring con sangre. Cuando el árbitro observa cualquier lesión, ya interrumpe la pelea. Es raro ver sangre en las competiciones. Y digo de nuevo. ¡Existen reglas! En el Valle-Todo, valen puñetazos, patadas, rodillazos, codazos y sangre, mucha sangre. Los competidores son cosificados, se convierten en objetos, animales. De hecho, la fisonomía de los atletas es de animales. Para decir lo menos, el individuo, cuando practica la lucha o entra en competición, renuncia a su integridad física. Los derechos fundamentales son indisponibles. No se renuncia a la dignidad humana, lo mínimo que sea. La prohibición de la práctica de la lucha puede ser extraída directamente de la Constitución y de sus principios. En los Estados con el perfil constitucional de Brasil, hay que decir: ¡la lucha Vale-Todo es inconstitucional!”

282

En primer lugar, es necesario aclarar que lo que se practica hoy en día a nivel profesional (la actividad), con difusión mundial y amplia cobertura mediática es la *Mezcla de Artes Marciales* (MMA), un deporte de luchas con reglamento y reglas muy específicas que contemplan una serie de restricciones y que, tal como en el boxeo —para atenernos al mismo ejemplo— da al árbitro la facultad de interrumpir la lucha cuando constata o sospecha alguna lesión más grave, provocando la intervención médica que decidirá —de forma soberana— sobre la posibilidad o no de la prosecución de la lucha.

Es errónea, por lo tanto, la confusión entre *vale todo* y *MMA*, dado que si bien el primero es el embrión de este último, hay una diferencia abismal entre ambos, construida a lo largo de años de evolución necesaria para presentar a la sociedad una práctica de lucha deportiva que se aproxime a una lucha real, pero

²⁸² ANDRADE, Fabrício. *O UFC é inconstitucional*. Disponible en: <http://professorfabricioandrade.blogspot.com.br/2010/02/luta-vale-tudo-e-inconstitucional.html>

que ya no podría ser vista como un espectáculo bárbaro del todo semejante a una simple pelea de la calle, que es lo que representa la primero.

En segundo lugar, conviene aclarar que *Ultimate Fighting Championship - UFC*, designa uno de los eventos/organizaciones que congrega practicantes de *MMA*, existen muchos otros torneos, ligas y competiciones profesionales de todo el mundo, incluso con variación de algunas reglas²⁸³. Tratarlos como sinónimo es como, por ejemplo, decir que fútbol y Liga Española son las mismas cosas, lo que implica un total desconocimiento. Uno designa el deporte, el otro la competición practicada en torno a este deporte.

No se puede negar que incluso con la evolución producida a lo largo de los años y con la serie de reglas prohibitivas, el *MMA* sigue siendo una práctica violenta, propicia a causar lesiones serias y algunas escenas impactantes. La investigación relevante, y que de aquí en adelante se realizará, es si estas características son, por sí solas, suficientes para justificar la intervención del Estado para prohibir el deporte, por vulnerar el ordenamiento jurídico en aquello que tiene como más importante, es decir, la dignidad de la persona humana.

Ya se asentó anteriormente que la dignidad de la persona humana constituye el núcleo de la moralidad pública en cuanto componente del orden público, que puede sufrir delimitaciones, *para el máximo*, a partir de las normas jurídicas que constituyen los derechos fundamentales específicos —derecho a la vida, a la salud a la integridad física, etc.— y también *para el mínimo*.

En términos de los *límites mínimos*, los contornos se proponen a través de un concepto *residual* de dignidad de la persona humana, que puede expresarse mediante las sensibilidades morales mayoritarias de un cierto grupo social en rango de tiempo y lugar, puesto que estas sensibilidades morales constituyen las

²⁸³ Sólo en Brasil existen al menos dos otras organizaciones de gran expresión dedicadas a la práctica de *MMA*: el *Shooto Brasil* y el *Jungle Fight*, considerados, incluso, trampolín para el *UFC*. Así también es con el *Bellator*, otro torneo internacional de gran importancia en las artes marciales mistas.

concreciones relativas de un valor absoluto que es la dignidad de la persona humana.

Igualmente ya se asentó que, incluso bajo el signo de la libertad individual, nadie puede hacer lo que considere oportuno si de sus acciones puedan derivar daños a terceros, e incluso a sí mismos, cuando estos daños puedan desafiar el componente moral del orden público, porque este componente representa un bien común que está por encima de las consideraciones individuales.

Se constata, pues, en la secuencia, si el MMA, en esta doble perspectiva de límites *máximos* y *mínimos*, puede considerarse como una práctica potencialmente capaz de provocar violaciones a la dignidad de la persona humana.

En la primera perspectiva, el argumento central para sus detractores es que el MMA constituye una actividad de tal intensidad violenta que su realización es incompatible con la integridad física, es decir, su práctica presupone la renuncia a la integridad física por parte de quienes lo practican.

La primera consideración que debe hacerse aquí es que la premisa es errónea. Al igual que la lucha Greco-Romana (el *Wrestler*, para los norteamericanos), el judo, el boxeo, el karate y el taekwondo —todas modalidades de lucha consideradas deportes olímpicos—, el MMA es un deporte de contacto, implica riesgos y su práctica puede generar —y de hecho genera— lesiones graves, siendo algunas visualmente impactantes²⁸⁴.

No obstante, a diferencia de ciertas prácticas —como las torturas físicas consentidas o el sadomasoquismo (que no es más que una modalidad de tortura, en realidad— en este deporte el daño físico no es pretendido, buscado, aunque

²⁸⁴ En la lucha entre el brasileño Rodrigo *Minotauro* Nogueira y el americano Frank Mir, este último consiguió encajar una llave *kimura* que causó fractura en el brazo del brasileño. La escena, bastante fuerte, puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=eEmIpfr7K0c>

eventualmente pudiera producirse, es decir: aunque puedan producirse lesiones, el objetivo no es lesionar, sino que esto es un daño colateral no pretendido.

Además, hay muchas luchas definidas por estrangulaciones, inmovilizaciones y claves en diversas articulaciones que simplemente no causan daños al adversario siempre que este sea suficientemente profesional para reconocer la derrota²⁸⁵, y son muchas las confrontaciones que terminan con ambos luchadores intactos sobre el octágono.

Renunciar a la integridad física no es, por lo tanto, una *condición previa* para la práctica de MMA, aunque sea evidente la posibilidad de lesiones que la misma implica, lo que se debe, en efecto, a la propia definición del deporte. En efecto, el MMA, como su propio nombre deja claro, deriva de una combinación de técnicas de ataque y defensa propias de las luchas grecorromana, Jiu Jitsu, judo, sambo, boxeo, kárate, savate, taekwondo y muhay thay (el boxeo thai). Las cuatro primeras son básicamente luchas agarradas cuyas reglas prohíben dar puñetazos y patadas a los adversarios. Las otras cuatro modalidades, al contrario, son luchas de pie que combinan golpes y patadas y prohíben agarrar al adversario, cada grupo de luchas expone sus practicantes a riesgos específicos: en las luchas agarradas predominan los riesgos de asfixia por estrangulación y fracturas por inmovilización; en las luchas de pie se destacan los riesgos de *nocauts* y las lesiones traumáticas por golpes. Ahora, si el MMA es la combinación de estas estructuras de ataque y defensa, naturalmente sus practicantes están expuestos a los riesgos que derivan de esta combinación.

En cualquier caso, el hecho es que el practicante de MMA *asume el riesgo* de ser violado en su integridad física, lo que no significa que *renuncie* a ella. Los riesgos de lesiones son inherentes a todos —se repite: todos los

²⁸⁵ La propia lucha entre Rodrigo Minotauro y Frank Mir es un ejemplo de ello, porque lo que produjo fue que el brasileño, movido por un sentido de honor particular, se resistió a admitir que había sido vencido obligando al adversario a llevar los golpes a las últimas consecuencias. Hubo, en la hipótesis, uno de los raros casos en los que el orgullo del hombre/luchador superó su conciencia profesional y su instinto de autopreservación.

deportes de contacto, incluso el fútbol, para quedar en el ámbito de la actividad deportiva más practicada en el planeta, y hay incluso un sinnúmero de historias de lesiones muy graves producidas por golpes, choques de cabeza y accidentes cerebrovasculares, sin siquiera se plantee que el futbolista esté, de alguna manera, renunciando a su integridad corporal. Simplemente porque no quiere—. Sólo asume el riesgo de sufrir lesiones y el hecho de este riesgo que se acentúa más en el MMA no implica cruzar el límite capaz de caracterizar una renuncia de derechos.

En este pasaje, es importante considerar que la renuncia es “*la abdicación que el titular hace de su derecho, sin transferirlo a cualquiera que sea. Es el abandono voluntario del derecho*”²⁸⁶.

Sobre la materia, Nelson NERY JUNIOR apunta que “(...) Renuncia. Es el acto unilateral de voluntad. Por regla general, es un acto arbitrario que no interesa a terceros. (...) Naturaleza jurídica de la renuncia. En efecto, la renuncia, propiamente dicha, que es aquella donde la persona renuncia a un derecho del que es titular, sin la indicación del beneficiario, es el acto unilateral emanado de los poderes dispositivos de quien es sujeto de un derecho legalmente reconocido. (...)”²⁸⁷

Los principales elementos de la renuncia son: manifestación de voluntad consciente, dirigida a la producción de un resultado práctico previsto por el ordenamiento jurídico; acto unilateral, en el Derecho del Trabajo, pudiendo ser bilateral, en el Derecho Civil, según la naturaleza del derecho al que se renuncia; certeza del derecho del que es objeto²⁸⁸.

²⁸⁶ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 1996, p. 301.

²⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson y ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código Civil Comentado*, 5ª ed., 2007, Editora RT, pp. 301-302.

²⁸⁸ VILLELA, João Baptista. *Sobre Renúncia e Transação no Direito do Trabalho*. Curso de Direito do Trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá. 3.ed.. 1996, São Paulo: LTr, p. 179.

Como podemos observar, la renuncia posee una naturaleza jurídica del acto unilateral extintivo de derechos, exigiéndose la inequívoca y expresa manifestación de voluntad del titular del derecho prescindido lo que, como hemos visto, no puede ser confundido con la mera asunción de los riesgos.

Por otro lado, enfocado el problema bajo la óptica de una posible violación de las reglas de derecho penal, como apunta el profesor Fernando CAPEZ “la violencia es inherente a ciertas prácticas deportivas como el boxeo y, eventualmente en otras, como el fútbol. Tanto la lesión prevista por las reglas del deporte como la practicada fuera del reglamento, pero como un desdoblamiento natural y previsible del juego, no constituyen un hecho típico. En efecto, es imposible luchar con los puños sin provocar ofensa a la integridad corporal de otros. Si el Estado permite y regula el boxeo, no puede, al mismo tiempo, considerar su práctica un hecho típico, es decir, definido en la ley como un delito”²⁸⁹.

En el mismo sentido, apunta Álvaro Melo FILHO que “cabe, aquí, saber si los golpes y las lesiones causadas derivaron, o no, del ejercicio regular de un cierto deporte y si hubo, o no, observancia de sus reglas de juego para que se pueda medir la responsabilidad jurídica. Indudablemente el riesgo es inherente a la praxis deportiva. (...). En suma, la frontera entre la impunidad y la punibilidad en la praxis deportiva deriva de la observancia de las reglas de juego que se ponen como límite para que haya, o no, la punibilidad, siendo sancionables las conductas que causen lesión con respecto al desprecio o al incumplimiento de las reglas de la respectiva modalidad deportiva”²⁹⁰.

Como es notorio, el ejercicio regular de un derecho es excluyente de ilegalidad prevista en el artículo 23, inciso III, del Código Penal Brasileño, cuyo

²⁸⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131.

²⁹⁰ FILHO, Álvaro Melo. Artigo Científico. CBJD 2010; reequilíbrio do jogo jus-desportivo. Disponível en: <http://nuke.dd-el.com/Portals/O/CBJD%202010.pdf>

contenido dispone que: “Art. 23 - No hay delito cuando el agente practica el hecho: I - en un estado de necesidad; II - en legítima defensa; III - en estricto cumplimiento del deber legal o en el ejercicio regular de derecho”. Tal figura jurídica también encuentra prevista en el Código Penal Español:

“**Artículo 20** Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Así, enfocada la cuestión bajo la óptica de los límites máximos —o *por encima*—, la conclusión que se extrae de lo anteriormente expuesto, necesariamente, es que la práctica deportiva del MMA no implica transgresiones a los derechos fundamentales, concretamente de la integridad física, y no tipifica ninguna especie de delito, no habiendo forma de comprobar, al menos en esta perspectiva, la violación de la dignidad de la persona humana, en cuanto sus concreciones específicas están estampadas en los derechos fundamentales.

Por tanto, es necesario examinar la posible afrenta a la dignidad de la persona humana en la perspectiva residual del principio, cuya concreción, como ya hemos visto, se da por las sensibilidades morales mayoritarias de un cierto grupo social, en un espacio determinado de tiempo y lugar.

En esta perspectiva, el primer análisis que debe realizarse es el que aproxima las luchas del MMA con el lanzamiento de enanos, a partir de la cosificación del hombre. En esta óptica, los luchadores serían reducidos a meros objetos o animales lanzados en peleas humanas o incluso a los antiguos gladiadores romanos.

A principios de esta epígrafe, se alertaba de que la polémica en torno al MMA era tal que incluso había consenso sobre la naturaleza de su práctica, habiendo quien le niegue la condición de práctica deportiva. Sin embargo, si es innegable la discusión en torno a la naturaleza de la lucha, la actual fase de

desarrollo del MMA profesional trae una certeza inatacable: los luchadores son atletas de alto rendimiento equivalente a los competidores olímpicos.

Resulta que cualquier luchador profesional que quiera actuar en eventos de alto nivel necesita estar preparado para luchar durante 15 minutos (3 asaltos de cada 5 minutos), es decir, 15 minutos de intenso esfuerzo físico en los cuales deberá defender y atacar, evitar y aplicar golpes que exigen el máximo de su preparación física y mental y, para soportar este desafío, el luchador está sometido a una rutina de intenso entrenamiento físico, combinado con rigurosas dietas y privaciones que conducen a la producción de súper-atletas con nivel de gordura corporal próximos a cero y condicionamiento físico difícilmente encontrado en otros deportes²⁹¹.

Conviene recordar que el luchador desempeña un deporte individual, en el cual no hay posibilidad de compensar su debilidad física momentánea con el desempeño de alguno otro compañero; muchas luchas terminan siendo decididas por el condicionamiento físico, puesto que el cansancio es determinante para que el oponente pueda encajar un golpe decisivo.

En este estado objetivo de los hechos, no se puede comprobar un proceso de *cosificación* del luchador. Por el contrario, sólo la máxima explotación de sus potencialidades humanas puede permitirle subir al campo de lucha. En la actividad de lanzamiento de enanos, el enano es reducido a un mero misil humano desprovisto de voluntad y es su condición de enano lo que hace posible que sea lanzado. Hay, en el proceso, una explotación negativa de la discapacidad física presentada por el ser humano que se arroja.

²⁹¹ Internet - que ha sido tan valioso para este capítulo - tiene videos interminables sobre los entrenamientos y las rutinas de luchadores. A modo de ejemplo, y sólo con el fin de tener una idea de las rutinas de estos profesionales, se sugiere la visión del vídeo de rutinas de entrenamiento del luchador Lyoto Machida, ex titular del cinturón de los pesos medio-pesados del UFC: https://www.youtube.com/watch?v=__ytcZzyb4M.

En el MMA, el luchador necesita buscar un condicionamiento físico por encima de lo común para permitirle practicar el deporte; hay, a diferencia de lo que se produce en el lanzamiento de enanos, un proceso de crecimiento de los potenciales humanos, puesto que sólo el atleta con pleno desarrollo de sus condiciones físicas y el perfeccionamiento de sus técnicas de lucha puede luchar en las condiciones exigidas por las competiciones de MMA. Este proceso de entrenamiento de excelencia no permite reducir al luchador a una condición pasiva de *objeto*; al contrario, hay un posicionamiento de sujeto activo en el desarrollo de los acontecimientos.

El otro análisis comparativo, que reduce al luchador a un animal de peleas o a un gladiador romano²⁹², desafía un poco la lógica de la argumentación y pasa, necesariamente, por el elemento volitivo del luchador.

En reciente decisión proferida en los autos de acción civil pública presentada por el Ministerio Público contra el Municipio de Rosário do Ivaí (proceso nº 0000725-82.2015.8.16.0085), en Paraná, Jueza Fernanda Orsomarzo concedió una medida cautelar evitando la práctica de preámbulos en esa comunidad, con el argumento central de que tal práctica provocaba maltratos a los animales.

De la decisión, destacamos los siguientes pasajes:

El peligro de daño irreparable se constata en la evidente y real posibilidad de infligir sufrimiento a seres indefensos, expuestos a lesiones irreversibles e incluso a riesgo de muerte.

(...)

²⁹² Durante largos años la apertura de las emisiones televisivas de UFC se ha realizado con el sonido de la música *FaceThe Pain* (enfrenta el dolor) de la banda de rock pesado *Stemm*, y traía la imagen de los gladiadores en la arena, dado que en diversas ocasiones los medios de comunicación trazaron intencionalmente una aproximación comparativa entre los luchadores de MMA y los famosos esclavos luchadores de la antigua Roma. En una ocasión, Galvão Bueno, conocido narrador de eventos deportivos y empresario se refirió a los luchadores como gladiadores del *tercer milenio*, jerga que todavía permanece en uso en algunos medios de comunicación deportivos especializados..

“Diversión” que explora el sufrimiento de seres que no tienen condiciones de defensa no es “diversión”. Es sadismo.

“Deporte” en el que uno de los implicados no optó por competir no es “deporte”. Es cobardía²⁹³.

A diferencia del animal sometido a las peleas, el luchador no es llevado obligatoriamente a luchar en una pelea de MMA. Al contrario, escoge luchar y, más importante, necesita entrenar y prepararse para ello, lo que, al mismo tiempo, no convierte al luchador en un sujeto indefenso frente a otro. Además, es importante repetir que una de las reglas del MMA permite al árbitro central interrumpir la lucha cuando considere que uno de los luchadores ya no presenta condiciones de defensa y eso se produce con mucha frecuencia.

De todos modos, al constituir la dignidad de la persona humana un valor absoluto, pero cuyas concreciones son relativas —de acuerdo con las sensibilidades morales mayoritarias de un cierto grupo local en un espacio determinado de tiempo y lugar—, es perfectamente posible que en algunas sociedades la práctica pueda ser considerada como indigna... y en otras no

En Francia, el MMA sigue siendo no permitido ya que, en virtud de una recomendación del Consejo de Europa sobre las *prácticas deportivas degradantes*, la legislación prohíbe que se den golpes contra el adversario en el suelo, los cuales —siempre que con los miembros superiores o en inmovilizaciones y estrangulaciones— son permitidos en el MMA.

En las audiencias que antecedieron a la prohibición del deporte en New York, los partidarios del proyecto de la ley basaron la desaprobación del deporte en dos fundamentos: 1) las luchas de MMA representan un riesgo para la salud y la seguridad; 2) tales luchas socavan la *moral pública* y ejercen una influencia

²⁹³ La decisión se encuentra disponible, en portugués, en <http://emporiododireito.com.br/juiza-proibe-prova-do-laco-e-afirma-esporte-em-que-um-dos-envolvidos-nao-optou-por-competir-nao-e-esporte-e-covardia-por-patricia-cordeiro/>

negativa sobre los jóvenes de Nueva York, debido al mensaje de violencia que transmite²⁹⁴.

En aquel momento, el entonces Gobernador George Pataki, en un documento denominado *Memorandum Ejecutivo*, explicó que:

El acto, que yo originalmente sometí como Acto de Programa del Gobernador irá efectivamente a prevenir la realización de eventos denominados Deportes de Lucha o Ultimate Fighting en el Estado de New York.

En los últimos dos años yo vengo hablando contra esta bárbara actividad en la que está permitido a los contendores luchar uno contra el otro de una manera salvaje. El acto asegura que este brutal evento de ‘entretenimiento’ no puede se puede llevar a cabo en nuestro Estado, impidiéndoles e imponiéndoles penalidades civiles y penales a cualquier persona que avance o se lucre de una actividad de lucha realizada en el Estado.

Recientemente, se mostró preocupación por un proyecto de ley que pretende evitar que en Nueva York se promueva un evento deportivo de lucha legalmente celebrado en otra jurisdicción, y por lo tanto que el proyecto de ley es inconstitucional. El proyecto de ley, sin embargo, no está destinado a aplicarse a las personas que promueven en Nueva York un evento de deporte de lucha que legalmente se produce fuera del Estado. Por otra parte, estas preocupaciones son infundadas por otra razón como las disposiciones de nuestro Código de Procedimiento Penal que previene claramente las prohibiciones penales del proyecto de ley legalmente celebrado en otro lugar.

Espero que otros Estados por el País sean el ejemplo de New York y el grupo de otros Estado prohibían esta actividad sin sentido y degradante en sus jurisdicciones²⁹⁵.

²⁹⁴ Jones v. Schneiderman, 974 F. Supp. 2d 322, 328-29 (SDNY 2013)

²⁹⁵ El texto original en inglés: “The bill, which I originally submitted as a Governor’s Program Bill last year, will effectively prevent “Combative Sports” or “Ultimate Fighting” events from being conducted within the State of New York. Over the past two years, I have been outspoken against this barbaric activity in which contestants are permitted to fight each other in a savage manner. The bill insures that these brutal “entertainment” events cannot occur in our State by barring them and by imposing strict civil and criminal penalties on any person who advances or profits from a combative sport activity conducted within the State. Recently, concerns have been raised that the bill purports to prevent persons in New York from advancing or promoting a combative sport event lawfully held in another jurisdiction, and thus that the bill is unconstitutional. The bill, however, is not intended to apply to persons promoting in New York a combative sport event lawfully occurring outside the State. Moreover, these concerns are groundless for another reason: provisions of our Criminal Procedure Law clearly prevent the criminal prohibitions of the bill from being applied to a person promoting in New York a combative sport event lawfully held elsewhere. I am hopeful that other States across the country will follow the lead of New York and the handful of other States that have banned this senseless and degrading activity in their jurisdictions. Extraído del sitio <http://mmapayout.com/2010/11/a->

Según se observa, a pesar de la aceptación y regulación en todos los demás 49 Estados, en Nueva York la prohibición sigue basándose en un supuesto riesgo a la salud y seguridad y, también, por minar *la moral pública* y difundir un mensaje de violencia a la sociedad, lo que viene siendo sucesivamente cuestionado en la Asamblea Estatal de New York y en los Tribunales.

Más recientemente (2011), la dirección de la Zuffa, alegando la inconstitucionalidad de la legislación, presentó una demanda ante la Corte de la Demarcación Sudeste de Nueva York, invocando la violación a la Primera Enmienda²⁹⁶ de la Constitución de los Estados Unidos de América, así como a las cláusulas de Debido Proceso Legal (Quinta Enmienda y Decimocuarta Enmienda), Protección Igualitaria (insertada en la Decimocuarta Enmienda²⁹⁷) y, también, la Cláusula de Comercio²⁹⁸, pero la demanda fue rechazada por la Jueza Kimba Woods que, ya en 2015, emitió decisión determinando el archivo de la demanda, argumentando que la empresa no tenía “base apropiada” para su reclamación, ya que alegaba estar bajo riesgo de proceso si se organizara un evento en el Estado, pero no poseía pruebas concretas de ello²⁹⁹.

Como resultado, la moralidad pública en cuanto componente del orden público justifica el ejercicio del poder de control del Estado para intervenir en las libertades individuales y el núcleo de esta moralidad pública es la dignidad de la persona humana, a partir de sus concreciones que, en los límites mínimos, son representadas por las sensibilidades morales mayoritarias de un grupo social determinado.

[history-lesson-or-history%E2%80%99s-lesson-on-mixed-martial-arts-in-new-york/](#). Consultado el 16 de octubre de 2015

²⁹⁶ "El congreso no hará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión, o para prohibir su libre ejercicio; la limitación de la libertad de expresión, o de la prensa; o el derecho de las personas a reunirse pacíficamente, y a hacer peticiones al gobierno para que satisfagan sus reivindicaciones".

²⁹⁷ Según la cual ninguno Estado podrá privar cualquier persona de su vida, libertad o bienes sin la observancia del debido proceso legal o negarle la igualitaria protección de las leyes.

²⁹⁸ La disposición de la Constitución de EEUU, que da competencia exclusiva al Congreso sobre las actividades comerciales entre los Estados miembros, con países extranjeros y tribus indígenas.

²⁹⁹ Jones v. Schneiderman, n° 11-CV-8215 KMW (SDNY Mar. 31, 2015)

En este caso, tanto Francia como el Estado de Nueva York todavía ven en el MMA una práctica degradante e indigna; es decir, las sensibilidades morales de las sociedades de estos Estados todavía se sienten afligidas con esta práctica y, por lo tanto, adoptan políticas públicas para cohibir su realización.

Por supuesto, estas sensibilidades morales se modifican, son *concreciones relativas* —como afirma Tomás PRIETO— de la dignidad de la persona humana y, por ello, están sujetas a las variaciones en el tiempo y en el espacio y eso no es privilegio del MMA. Basta constatar que el propio boxeo ya fue prohibido en Francia, por razones de moralidad pública³⁰⁰.

Se cree, sin embargo, que la expansión del MMA y el creciente número de admiradores que viene congregando en todos los rincones del mundo deban provocar un cambio en la forma de cómo será enfrentado en las diversas sociedades, especialmente en el suelo norteamericano, en que las presiones sociales por la total liberación de la práctica se acentúan. Barry Friedman, profesor de Derecho Constitucional de New York University School of Law, sostiene que:

(...) en eventos al vivo, los luchadores exhiben sus talentos, comunican sus convicciones, muestran respeto por sus oponentes y al arte y tradición del MMA, y comienzan la importancia de la disciplina, entrenamiento y trabajo duro (...) es irónico que Nueva York —en muchas maneras la casa de la expresión libre, de la medios de comunicación global y del mundo del arte— niegue la alguien su libertad fundamental de expresión. La prohibición es contraria a todo cuanto Nueva York representa. No hay base legal para que esta prohibición inconstitucional persista³⁰¹.

El MMA hoy en día es tan seguro o más que muchos otros deportes y actividades legales, incluso en el Estado de Nueva York, como el boxeo, por

³⁰⁰ Caso *Club independent sportif châlonnais*, en lo cual el Consejo de Estado considera legal la prohibición de una lucha de boxeo bajo el argumento de que el espectáculo es *contrario a la higiene moral* – decisión de 7 de noviembre de 1924. Ver nota a pie de página 219 de esta investigación.

³⁰¹ Disponible en: <http://sportv.globo.com/site/combate/noticia/2011/11/ufc-entra-com-processo-contra-proibicao-ao-mma-em-nova-york.html>. Consultado el 16 de octubre de 2015.

ejemplo, porque permite a los luchadores desistir de la lucha, e implica mucho menos choques. Además, todas las disciplinas que forman las artes marciales mixtas (MMA) son practicadas en eventos en Nueva York, sólo su combinación que es ilegal.

Por lo demás, afirmar que el MMA incentiva la violencia es un argumento tan científicamente sólido como afirmar que los deportes automovilísticos contribuyen a provocar *grietas en la calle*. No hay, en cualquiera de los casos, ningún fundamento científico que pueda sostener tal conexión.

CAPÍTULO IV - LA BUENA FE Y LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIOS DEL DERECHO: SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL

IV. 1. - Algunas nociones generales sobre los principios (generales) del Derecho

No constituye objeto de esta investigación la elaboración de un concepto exhaustivo y definitivo acerca de lo que debe entenderse por un “Principio de Derecho”, dado que el tema es de una gran complejidad, lo que ha dado lugar a una abundante literatura al respecto.

No obstante, antes de adentrarnos en el análisis correcto de los principios de la buena fe objetiva y de la proporcionalidad, conviene que realicemos algunas breves consideraciones acerca de lo que debe entenderse por *principio* y el preciso sentido que vamos a utilizar en esta investigación, con el fin de clarificar que objetivo nos hemos propuesto.

Cuando hablamos de principio hacemos mención al inicio, comienzo, a la causa primaria o el origen de algo o de algún campo del conocimiento. Es un fundamento o la esencia de donde o del cual procede algo.

En la acepción puramente léxica, el término principio encuentra nueve definiciones en el diccionario *on line* de la Real Academia Española, conteniendo, la gran mayoría de ellas, la misma noción general descrita anteriormente, de las cuales se destacan, por la pertinencia con el objeto examinado, las seis primeras, que transcribimos a continuación:

1. m. Primer instante del ser de algo.
2. m. Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa.
3. m. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia.
4. m. Causa, origen de algo.
5. m. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.
6. m. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta. U. m. en pl.

Resulta curioso observar que el propio Diccionario, a partir de las definiciones presentadas anteriormente, trata de mostrar —creemos que con un compromiso más lingüístico que jurídico— expresiones conjugadas del término “principio” en sus usos léxicos más conocidos en las esferas jurídico-sociales, al tratar de suministrar definiciones al público general de algunos principios generales de derecho más conocidos:

(...)

~ acusatorio.

1. m. Der. Régimen penal o sancionatorio que impone a quien acusa la carga de probar las imputaciones delictivas para destruir la presunción de inocencia.

~ de contradicción.

1. m. Fil. Enunciado lógico y metafísico que consiste en reconocer la imposibilidad de que una cosa sea y no sea al mismo tiempo.

~ de culpabilidad.

1. m. Der. principio en virtud del cual no hay responsabilidad penal sin dolo o imprudencia.

~ de derecho.

1. m. Der. Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.

~ de legalidad.

1. m. Der. principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho.

~ de subsidiariedad.

1. m. Der. Criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma.

2. m. Der. principio que se aplica al proceso de integración europea para limitar la intervención de las autoridades comunitarias a los supuestos en que los Estados por sí solos no puedan ser eficaces.³⁰²

Los principios son, por tanto, la esencia fundamental de las cosas, “las condiciones de validez de las demás afirmaciones que componen un determinado campo de conocimiento”³⁰³.

Arnaldo SÜSSEKIND apunta que los principios son “enunciados genéricos que deben iluminar tanto la elaboración de las leyes, la creación de las normas jurídicas autónomas y la estipulación de las cláusulas contractuales, como la interpretación y la aplicación del derecho”.

³⁰² Real Academia Española (*Diccionario De La Lengua Española*) 22ª ed., disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=principio. acceso en 21/01/2011.

³⁰³ GARCIA SCHWARZ, Rodrigo. *Direito do trabalho*. 2ª ed., Elsevier. Rio de Janeiro. 2009, p. 13.

Dicho eso, se puede concluir que los principios jurídicos no son más que disposiciones genéricas, que privilegian un valor o un bien jurídico que se debe alcanzar o preservar [...]. Componen el mundo jurídico como sedimento en el que se desarrollan las *reglas*, incluso las especificidades de los comportamientos. Es decir, son elementos informadores e interpretativos, cumpliendo con la finalidad de integrar y armonizar el conjunto jurídico dándoles las facciones de un sistema coherente³⁰⁴.

Los sistemas jurídicos de Brasil y España, al igual que la gran mayoría de los países que integran la Unión Europea, son de inspiración romano-canónica o romano germánica, la llamada *civil law*, en los cuales prevalecen las *normas puestas* bajo la forma de *reglas* escritas y codificadas, donde a los *principios* tradicionalmente se suelen relegar a una posición de *fuentes* subsidiaria de Derecho. Instrumentos de utilización supletoria destinados a colmar las eventuales lagunas del sistema como un todo o limar las aristas dejadas por la *norma (regla)* puesta, con el fin de determinar su alcance real y el verdadero significado.

En este sentido, por ejemplo, conviene citar el artículo 4º del Decreto-Ley 4.657, de 04/09/1942 (la llamada LINDB, Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, así llamada tras la Ley 12.376/2010 alterar su nomenclatura), cuyas disposiciones, aún vigentes, establecen expresamente que

³⁰⁴ SOUZA DE NONOHAY, Daniel. “Imperativos constitucionais e princípios aplicáveis à administração pública. Uma análise voltada ao direito do trabalho”. En *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Estudos sobre administração judiciária*. Reflexão dos Magistrados sobre a gestão do Poder Judiciário, nº. 2, 2009, p. 150. En España, pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, 1990 y “Principios constitucionales”, en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo II. *Organización general y territorial del Estado* (dir. Manuel Aragón Reyes; codir. César Aguado Renedo), Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, pp. 53 y ss; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992; RUBIO LLORENTE, Francisco. *La Forma...*, *op. cit.*, pp. 1129-1142.

el principio posee un carácter meramente subsidiario³⁰⁵, destinado a sanar las omisiones, derivando de ahí sus funciones integradora e interpretativa.

Conviene destacar, sin embargo, que tanto la doctrina como la jurisprudencia clásicas reconocen a los principios un alcance más amplio al atribuirles una función informativa, según la cual el legislador debe, en el proceso de elaboración de la ley, observar los *principios*.³⁰⁶

Este sistema incorpora la idea de que la creación, aplicación e interpretación del derecho debe tener en cuenta la armonía entre las especies de las *normas* jurídicas, conciliando *reglas* y *principios*, con el fin de mantener la unidad del sistema dentro de un único orden jurídico ya que, como bien observa Eros Grau, “un sistema u ordenamiento jurídico no será jamás integrado exclusivamente por *reglas*. En él se componen, también, los *principios jurídicos* o los *principios de derecho*”³⁰⁷.

Es en los países de tradición anglosajona —*Common law*—, sobre todo con el desarrollo de los estudios de Derecho Constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, surgen estudios que proponen la clasificación de las especies normativas, siendo principalmente en la obra de Ronald DWORKIN donde la noción de *principio*, como *norma*, gana fuerza.

En este sentido, GOMEZ CANOTILHO³⁰⁸ aborda la noción de *principio* por su confrontación con los conceptos de *norma* y *regla*, prefiriendo abandonar lo que llama *metodología jurídica tradicional*, que adopta la distinción entre *normas* y *principios*, y proponiendo la idea de que la *norma* es género —*superconcepto* en las palabras del autor— de los cuales *regla* y

³⁰⁵ Art. 4º En el caso de que haya una laguna de ley, el juez decidirá el caso conforme a la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho.

³⁰⁶ GARCIA SCHWARZ, Rodrigo, *Direito do trabalho, Op. Cit. Passim*.

³⁰⁷ ROBERTO GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª ed., Malheiros. São Paulo. 2009. p. 141.

³⁰⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 2ª Reimpresión. Almedina. Coimbra. 2000, pp. 1160-1161.

principio son especies que se distinguen según diferentes criterios que sugiere³⁰⁹ y para quién:

Los principios son normas jurídicas impositivas de una *optimización*, compatibles con diversos grados de aplicación y en conformidad con los condicionalismos fácticos y jurídicos; las *reglas* son normas que prescriben imperativamente una exigencia (imponen, permiten o prohíben) que es o no cumplida (según Dworkin: *applicable in all or nothing fashion*); la convivencia de los principios es en conflicto (Zabrebelky), la convivencia de reglas es antinómica. Los principios coexisten, las reglas antinómicas se excluyen. Por consiguiente, los principios, al constituir *exigencias de optimización*, permiten el equilibrio de valores e intereses (no obedecen, como las reglas, a la “lógica del todo o nada”), conforme a su *peso* y a la ponderación de otros principios eventualmente en conflicto; las reglas no dejan espacio para cualquier otra solución, porque si una regla *vale* (tiene validez) debe cumplirse en la exacta medida de sus prescripciones, ni más ni menos.

Robert ALEXY, tratando de establecer una distinción entre el valor y el principio, apunta que el principio tiene en cuenta un criterio intuitivo, a diferencia del valor, que utiliza un criterio de virtud. El principio considera la idea de la norma no-impuesta, pero sentida, intuida y que dicta un comportamiento a seguir por parte de quienes ya han alcanzado la percepción del valor, una directriz que lleva a observar el contenido del principio, llevando a una sanción íntima³¹⁰.

³⁰⁹ GOMES CANOTILHO propone la diferenciación entre principio y regla a partir de los siguientes criterios: a) *Grado de abstracción*: los principios son normas con un grado de abstracción relativamente elevado; de modo diverso, las reglas poseen una abstracción relativamente reducida. b) *Grado de determinabilidad* en la aplicación del caso concreto: los principios, por ser vagos e indeterminados, carecen de mediaciones concretizadoras (del legislador, del juez), mientras las reglas son susceptibles de aplicación directa. c) *Carácter de fundamentalidad* en el sistema de las fuentes de derecho: los principios son normas de naturaleza estructurante o con un papel fundamental en el ordenamiento jurídico debido a su posición jerárquica en el sistema de las fuentes (ej.: principios constitucionales) o a su importancia estructurante dentro del sistema jurídico (ej.: principio del Estado de Derecho). d) *“Proximidad” de la idea de derecho*: los principios son “standards” jurídicamente vinculantes radicados en las exigencias de “justicia” (DWORKIN) o en la “idea de derecho” (LARENZ); las reglas pueden ser normas vinculantes con contenido meramente funcional. f) Naturaleza normogénica: los principios son fundamento de reglas, es decir, son normas que están en la base. Nota: La obra contempla sólo cinco criterios, pasando del criterio del ítem d para el del ítem F.

³¹⁰ CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 3ª ed. Síntese. Porto Alegre. 2003. p. 102. Sobre la distinción entre el valor y el principio, vid también la obra de ARAGÓN REYES; Manuel, *Constitución...*, op. cit. y RUBIO LLORENTE, Francisco, "Principios y valores

Como observa Humberto ÁVILA, ALEXY parte de las ideas presentadas por DWORKIN para elaborar lo que el primero define como un *concepto aún más preciso de principio* al presentarlo como “una especie de normas jurídicas a través de la cual se establecen los deberes de optimización aplicables en varios grados, según las posibilidades normativas y fácticas”³¹¹.

Sin olvidar la importancia de los conceptos, que debemos tener presentes en el desarrollo del presente estudio, el principio no es una mera *directriz* o una simple *esencia*, sino un *valor* dotado de eficacia normativa, norma lo suficientemente fuerte y poderosa por sí misma para determinar la validez o no de los actos y los comportamientos, con la plena capacidad para regular las relaciones y definir los conflictos y que, por su naturaleza y peculiar distinción de *regla*, permite la coexistencia en el ordenamiento jurídico en virtud del carácter de ponderación que le es inmanente.

En este aspecto, es particularmente interesante la anotación de Humberto ÁVILA al criticar los diversos criterios que identifica en la doctrina³¹² cuando esta trata de distinguir entre los principios y las reglas:

Además, no es correcto afirmar que los principios, a diferencia de las reglas, no poseen ni consecuencias normativas, ni hipótesis de incidencia. Los principios poseen consecuencias normativas (...). Además, a pesar de que los principios no posean un carácter frontalmente descriptivo de comportamiento, no se puede negar que su interpretación puede, incluso a nivel abstracto, indicar las especies de comportamientos que deben adoptarse, especialmente si se trata de una reconstrucción de los casos más importantes³¹³.

constitucionales”, en *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, vol. I, Murcia, 1997.

³¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios.*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 37. En su importante obra, Ávila presenta tres criterios de distinción entre principios y reglas, entre los que destaca: el criterio del “carácter hipotético condicional” y el criterio del “modo final de aplicación”.

³¹² *Op. Cit.* Siguiendo el ejemplo de GOMEZ CANOTILHO, Humberto ÁVILA en su *Teoria dos Princípios* también presenta criterios de distinción entre principios y reglas, tales como: el criterio de carácter hipotético-condicional, el criterio del modo final de aplicación y el criterio del conflicto normativo.

³¹³ *Ibidem* p. 43.

Por lo tanto, si los principios son las normas de contenido impositivo cuya naturaleza permite la coexistencia, no hay duda de que el manejo simultáneo de más de un principio para la solución del caso concreto es una medida eficaz que el jurista debe utilizar para hallar la solución del caso concreto, tal y como pretendemos exponer a lo largo de esta investigación.

2. Principios del Derecho: clasificaciones

Cuando se habla de clasificación, se tiene la idea de agrupar por clases, de juntar en grupos cosas, ideas o incluso personas que poseen características semejantes entre sí. Consiste en dividir el género encontrando las diversas especies.

Al tratarse de principios, las clasificaciones propuestas son variadas, según los diversos criterios que puedan presentarse; sin embargo, la más utilizada, es la de clasificar según la rama del Derecho a la cual se suele encontrar vinculada su aplicación.

Así se llega a los principios del Derecho administrativo, del Derecho del trabajo, constitucional y sucesivamente. En este caso, aunque tanto la buena fe como la proporcionalidad puedan clasificarse como principios generales, pueden también encontrar amparo en distintas ramas de la ciencia del Derecho, ya que la proporcionalidad, aunque encuentra sus orígenes en el Derecho administrativo o penal, con bastante frecuencia se la reivindica en el Derecho constitucional; por su parte, la buena fe a menudo se ubica en el Derecho civil.

Esta clasificación, sin embargo, no satisface la propuesta de esta investigación, no sólo por el hecho de que el origen de un principio no es

vinculante para su incidencia³¹⁴ sino, sobre todo, porque la vinculación temática del principio de proporcionalidad con el Derecho constitucional podría conducir a una indeseada idea de que este, cuando colisiona con la buena fe en el caso concreto, debería tener siempre primacía, partiendo de una supuesta jerarquía constitucional.

Conviene destacar la sintética y eficiente clasificación expuesta por el Ministro Eros GRAU, cuando expone que:

El sistema que el derecho es se compone de:

[i] *principios explícitos*, recogidos en el texto de la Constitución o de la ley;

[ii] *principios implícitos*, inferidos como resultado del análisis de un o más preceptos constitucionales o de una ley o conjunto de textos normativos de la legislación infraconstitucional (...); y

[iii] *principios generales de derecho*, también *implícitos*, recogidos en el derecho supuesto, como el de la *veda del enriquecimiento sin causa*.³¹⁵

La oportunidad y la importancia de la referida clasificación se debe al hecho de que los dos instrumentos acerca del tema tratado en este estudio se insertan en la especie de los principios generales del derecho; es decir, ambos constituyen las normas de contenido impositivo que se recogen en lo que Eros GRAU llama derecho supuesto y que no expresa positivación en regla legal o constitucional, lo que se opone, en definitiva, a que se atribuya preponderancia a cualquiera de ellos únicamente por su rango constitucional o legal o sobre otro,

³¹⁴ Por innecesario que pueda parecer, es importante tener en cuenta que el Derecho no se compone de compartimentos estancos e incommunicables, siendo común la solución de los problemas de Derecho del trabajo mediante la aplicación de reglas de Derecho civil. Lo mismo sucede con los principios, que aunque tengan orígenes inspirados en una rama específica del derecho, terminan por comunicarse a otras esferas, regulando también las situaciones típicas de aquella otra rama. Es lo que sucede, por ejemplo, con el conocido principio laboral de la primacía de la realidad, según el cual la realidad de los hechos debe prevalecer a la que emerge de simples documentos. Tal principio, forjado para regular las cuestiones de derecho laboral, se aplica frecuentemente en el derecho civil.

³¹⁵ ROBERTO GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 155.

permitiendo su manejo con mayor libertad de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

IV. 2. - El Principio de la Buena Fe

IV.2.1. - Aproximación conceptual

Una vez que hemos presentado, en líneas generales, la noción con la que pretendemos trabajar, los principios de derecho, en la perspectiva de que constituyen más que una mera referencia interpretativa, pero una categoría de normas jurídicas capaces de regular comportamientos y conductas y solucionar conflictos, se hace necesario que aportemos ahora algunas consideraciones específicas sobre los principios concretos que vamos a analizar en esta investigación: el principio de la buena fe objetiva y el principio de proporcionalidad. Ambos son los instrumentos —normas— que deben erigirse en vectores orientadores que nos lleven a la solución del conflicto entre el poder directivo del empleador y el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador.

La buena fe, como ya anteriormente hemos mencionado, constituye un principio general de derecho; es decir, es más que un mero criterio orientador en la interpretación y aplicación de las normas. Se trata de la norma jurídica en esencia, un caso de imposición obligatoria en la observancia de cualquier relación jurídica.

Cabe destacar, al respecto, que aunque se trate de un principio general común a todas las ramas del Derecho, resulta, sin embargo, de esencial importancia en el ámbito de todas las relaciones, en especial, de las laborales.

Ello obedece a que, en esta modalidad de relación contractual, el vínculo que se establece entre las partes es —por expresa disposición legal— en

razón de la propia persona del trabajador, ya que no se puede considerar el trabajo una mera mercancía, en la medida en que la fuerza laboral no puede separarse de la persona del trabajador.

Otra característica que da especial relieve a la buena fe en el ámbito de la relación laboral es que, al contrario de algunos negocios de ejecución instantánea, que se extinguen en la entrega de las prestaciones contractuales — como la compra-venta por ejemplo—, el contrato de trabajo se renueva con el cumplimiento de las obligaciones de las partes —son de trato sucesivo— y frecuentemente perduran a lo largo del tiempo, de manera que hay contratos de trabajo que perduran durante más de 30 años y que representan, muchas veces, toda la vida del trabajador, así como la implicación que se da entre este, la actividad desarrollada como trabajador y la propia empresa.

Tales características conjugadas propician un verdadero avance del contrato de trabajo en el campo de la propia existencia del trabajador y van más allá de la mera entrega de las prestaciones obligacionales, potenciando el deber de la buena fe en el ámbito de estas relaciones especiales, de modo que se justifica, por sí solo, la importancia del principio en el manejo de las instituciones desarrolladas en este estudio.

Curiosamente, a pesar de la extrema importancia del instituto, y aunque se pueda afirmar que es una noción cuyo sentido es de conocimiento común en el medio social — en la medida en que todos pueden identificarla, este o no presente en las acciones de sus interlocutores —, no existe, desde el punto de vista dogmático-legal, una definición precisa de lo que deba entenderse por buena fe. De ahí el por qué preferimos la terminología de “aproximación conceptual” como título de este epígrafe, en lugar de *Definición o Concepto*.

António Manuel MENEZES CORDERO, jurista portugués responsable de uno de los más importantes estudios sobre la buena fe en el Derecho civil³¹⁶, rechaza cualquier intento en este sentido, teniendo presente la función pluridimensional y extremadamente abierta del instituto, apuntando que “la buena fe traduce un estadio iuscultural, manifiesta una Ciencia del Derecho y expresa un modo de decidir propio de un cierto orden jurídico”³¹⁷.

De hecho, la buena fe como elemento normativo imbuido de fuerza valorativa en las relaciones de derecho material, aunque encuentre una mención en diversas reglas de los ordenamientos jurídicos brasileño y español, no es objeto de una definición en ningún texto legal, estando su concepto abstractamente asociado a nociones de ética, lealtad, rectitud de conducta. En fin, un comportamiento que es esperado por parte de aquellos que se encuentran vinculados *por* y *en* la relación obligacional.

En esta línea de pensamiento, Alfredo MONTOYA MELGAR, invocando la doctrina italiana de PERSIANI, apunta que:

De acuerdo con la explicación acuñada por la doctrina italiana, luego acogida por la jurisprudencia, la buena fe en la ejecución del contrato de trabajo consiste en que cada contratante debe salvaguardar el interés del otro, incluso más allá de la disciplina legal y comercial, siempre que tal salvaguarda no implique un sacrificio apreciable del propio interés³¹⁸.

Hay que destacar, sin embargo, que el objetivo de esta investigación es el de buscar el sentido de la buena fe no sólo en su contexto histórico —del que nos ocuparemos brevemente— sino, especialmente, en el caso concreto, lo cual no prescinde de la operatividad de aquel principio como norma impositiva de conductas, y, por tanto, con naturaleza objetiva.

³¹⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 20

³¹⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 39.

Se trata, así, de la buena fe en un sentido objetivo, que tiene por objeto las conductas de las partes implicadas en el vínculo obligacional y que se distingue de la buena fe subjetiva, en la medida en que esta se caracteriza por el análisis de las creencias de los individuos; por ejemplo, el contenido en el Código Civil Brasileño en vigor acerca del poseedor de buena fe, el cual debe creer que su posesión es legítima (buena fe / creencia) y, exenta de vicios. En la buena fe subjetiva, lo que se analiza son, justamente, cuestiones de índole personal.

A su vez, la buena fe-objetiva toma como referente el comportamiento fácticamente exteriorizado en la relación establecida entre las partes, sin que la fe del agente presente mayor relevancia. De ahí deducimos que esta es una fuente moderna del derecho de las obligaciones que implica la responsabilidad pre y post-contractual, incluso si no existe una previsión específica en la ley, teniendo en cuenta la autonomía de aquel principio.

IV.2.2. - Origen y desarrollo histórico

El origen de la buena fe procede de la noción de “fiducia”; por ello se habla de **principio de confianza**, dado que las relaciones sociales tienen como punto de partida la confianza que las personas depositan unas en las otras y en el propio Estado³¹⁹.

Se parte de la idea de confianza del sistema romano, en el que se consideraban dos aspectos como relevantes: las relaciones internas y las externas.³²⁰

³¹⁹ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr., 1996, p. 23.

³²⁰ *Ibidem*, p. 24.

En las relaciones “internas”, se tiene la perspectiva de los *cliens* — aquellos que vivían en situación intermediaria entre libertos y esclavos—. Tales individuos se obligaban a determinadas prestaciones de modo que buscaban amparo para convivir en aquella forma de sociedad³²¹. Así lo recoge António Manuel MENEZES CORDERO, en el sentido de que de las Leyes de las XII Tablas se puede inferir un tratamiento extremadamente riguroso dispensado al deudor que incumpliera sus obligaciones³²².

Resulta evidente que no había distinción entre la obligación y la persona vinculada a la misma, resultando del incumplimiento, muchas veces, la esclavitud o incluso la muerte del incumplidor, siendo solamente con la *Lex Poetelia Papiria* (362 AC.), que tales procedimientos de cobro de deudas empezaron a ser separados³²³.

También en las relaciones llamadas “externas” se verifican determinados avances en el ámbito obligacional, necesarios para la expansión de dominio territorial. Los pueblos conquistados fueron gradualmente incluidos en la sistemática de la organización romana, lo que implicó la adaptación del conjunto de normas sobre las cuales influirían incluso determinados valores éticos griegos³²⁴.

En esta misma línea, se desarrollan las nociones de *fides bona* y *bona fides*, pasando el Derecho Romano, tradicionalmente ligado a la previsión concreta de tutelas según el derecho material, a atribuir al pretor la posibilidad de juzgar un poco más desvinculado de los formalismos que impedían la aplicación de justicia en el caso concreto —*bona fides iudicium*—, con amparo en la buena fe y fidelidad inherente a los contratos, aun cuando no se hubiera previsto expresamente una fórmula específica en el derecho material, de forma que sólo

³²¹ *Ibidem*, p. 24.

³²² *Ibidem*. En este sentido: MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984, vol. I, pp. 59-60.

³²³ *Ibidem*, p. 24. Conforme: MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *op. cit.*, pp. 62-63.

³²⁴ *Ibidem*, p. 24.

daba cobertura a los derechos de los ciudadanos, dejando desamparados, por ejemplo, a los derechos de peregrinos³²⁵.

Cabe citar, también, la noción de *aequitas* que tiene origen en los griegos y se basa en dos vertientes: una, como un modo de decidir según el sentir del juzgador y no por las normas jurídicas; y, otra, como especie de interpretación o parámetro de justicia, consecuencia del imperativo de adaptación de las leyes a las imposiciones culturales, morales o incluso sociales de un determinado grupo³²⁶.

El sentido de buena fe no es definido por el cristianismo, sino que se limita a hacer alguna alusión, aunque indirecta, en la idea de inexistencia de pecado, concepción cristiana de ética, o incluso en el sentido anteriormente citado de *aequitas* de manera que ésta, en el ámbito romano, se aproximaba al ideal de justicia – *iustitia* – y de perfeccionamiento de las normas jurídicas: En el ámbito del Derecho Canónico tiene una noción diversa, como ablandamiento de la ley en su rigidez.³²⁷ La codificación de Justiniano, por ejemplo, tenía como uno de sus objetivos la repulsa de la mala-fe.³²⁸

A su vez, en el Derecho de origen germánico, hay que destacar que la buena fe era principalmente contemplada bajo el aspecto individual, es decir, en el sentido de vinculación de la palabra ofertada, conforme a la tradición medieval tan persistente en Alemania, teniendo en cuenta la influencia romana y que se relaciona con los valores de fidelidad y “fiducia”.³²⁹

El Humanismo —que sitúa al hombre como centro de los hechos de la vida— acoge la idea romana del carácter instrumental de la buena fe en la

³²⁵ *Ibidem*, p. 24-25.

³²⁶ *Ibidem*, p. 25.

³²⁷ *Ibidem*, p. 26.

³²⁸ *Ibidem*, p. 26.

³²⁹ *Ibidem*, p. 26.

búsqueda de recursos prácticos para solucionar los casos concretos³³⁰, y así el iusnaturalismo, unido al racionalismo, fija en la buena fe una de las preocupaciones centrales del comportamiento humano.

A su vez, el Código Napoleónico (1804), indica la ascensión de la burguesía al poder y establece exigencias a la buena fe en su aspecto subjetivo y objetivo, aunque sin mucho reflejo práctico en su sesgo objetivo hasta finales del siglo XIX. Toma especialmente en consideración la tendencia de vinculación a lo dispuesto en la ley, de modo que limitaba la actuación jurisdiccional, ya que sólo al Poder Legislativo le correspondía la actividad creadora, desarrollándose más la noción de buena fe en el ámbito del derecho de posesión³³¹.

Esta sistemática, de vinculación del juez a los estrictos límites de la ley, fue duramente criticada por François GÉNY, quien sostenía que era necesario atribuir mayor libertad de interpretación al juez, de modo que se consideraba no solamente el vínculo interno —subjetivo—, sino también, el aspecto externo que influye en la propia sociedad.³³²

Con F.C. SAVIGNY la posesión de buena fe gana un aspecto objetivo, es decir, se protege no una situación de desconocimiento de vicios sino la propia posición adoptada por quien tenga la posesión³³³.

La buena fe objetiva tuvo su desarrollo más amplio en Alemania, si se compara con Francia. En este sentido, en la sistemática del Código Civil Alemán hay disposiciones expresas acerca de la buena fe³³⁴, que pueden registrarse igualmente en el Código Civil Brasileño de 2003, en el Código Civil Español³³⁵ y en el propio Estatuto de los Trabajadores, encontrándose, también, expresas

³³⁰ *Ibidem*, p. 26.

³³¹ *Ibidem*, p. 27. También, MENEZES CORDEIRO, António Manuel, *op. cit.*, p. 246 y ss.

³³² *Ibidem*, p. 28.

³³³ *Ibidem*, p. 28.

³³⁴ *Ibidem*, p. 28.

³³⁵ Artículo 7.1 del Código Civil: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.”

referencias a cláusulas generales de buena fe en los textos legales de Italia, Portugal y Suiza³³⁶.

IV.2.3. - Aplicación

La buena fe objetiva, incluso por el carácter de norma capaz de regular las conductas humanas, se caracteriza como fuente autónoma generadora de obligación, que exige de las partes implicadas en la relación de derecho material una conducta cercana a la ética, a la probidad y a la confianza; es decir, no es suficiente que la parte actúe siguiendo la regla escrita y/o pactada, sino que es necesario que lo haga según imperativos morales y éticos que van más allá de la propia regla, convirtiéndose, así, en un parámetro normativo de interpretación de las conductas a la luz de aquellos preceptos.

En este sentido, apunta Alfredo MONTOYA MELGAR que:

La apelación del Derecho a la buena fe —tanto en el ámbito del Derecho privado como del público, del interno como del internacional, del sustantivo como del procesal— tiene su razón de ser básica, histórica y actual, en el deseo de conjurar los peligros de una concepción excesivamente formalista, legalista y positivista del ordenamiento jurídico.

[...]

En suma, en la medida en que el Derecho, como escribe Ripert, “hace de los deberes Morales obligaciones jurídicas” convierte la figura ética de la buena fe en una figura estrictamente jurídica; un “criterio elástico” de decisión que viene coexistiendo con otros como la equidad, la diligencia, el orden público y las buenas costumbres. La búsqueda de lo materialmente justo, más allá por tanto de lo jurídico formal, inspira, pues, la construcción del principio de buena fe, a cuyo tenor los intereses personales no pueden prevalecer a toda costa y en todo caso frente al interés de los otros. La buena fe opera, así, corrigiendo los excesos del individualismo jurídico, procurando dar a cada cual lo suyo y prohibiendo el daño a tercero; esto es, abriéndose a un entendimiento social y no puramente egoísta de los derechos³³⁷.

³³⁶ *Ibidem*, p. 28.

³³⁷ *Ibidem*, pp. 16-17.

En general, las obligaciones están fundadas en un contrato, incluidos los de empleo³³⁸, y es en la concepción de la buena fe objetiva donde se fundan las obligaciones establecidas por las partes.

En este sentido, el Derecho de las Obligaciones sirve de fundamento no sólo para el Derecho Civil, para el cual fue inicialmente concebido, sino, también, para las demás ramas, incluso la del Derecho del Trabajo.

La CLT se refiere implícitamente a los imperativos de buena fe objetiva al tratar las causas de despido disciplinario en los artículos 482 y 483³³⁹,

³³⁸ *Ibidem*, p. 29. También: DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, vol. III, pp-5-38.

³³⁹ Art. 482 - Constituyen justa causa para la rescisión del contrato de trabajo por el empleador:

- a) acto de improbidad;
- b) incontinencia de conducta o malo procedimiento;
- c) negociación habitual por cuenta propia o ajena sin permiso del empleador, y cuando constituya acto de competencia a la empresa para la que trabaja el empleado, es decir prejudicial para el servicio;
- d) condena penal del empleado, pasada en juzgado, caso no haya habido suspensión de la ejecución de la pena;
- e) incuria en el desempeño de las respectivas funciones;
- f) embriaguez habitual o en servicio;
- g) violación del secreto de la empresa;
- h) acto de indisciplina o de insubordinación;
- i) abandono del empleo;
- j) acto lesivo del honor o de la buena fama practicado en el servicio contra quienquiera, u ofensas físicas, en las mismas condiciones, salvo en caso de legítima defensa, propia o de otros;
- k) acto lesivo del honor o de la buena fama u ofensas físicas practicadas contra el empleador y superiores jerárquicos, salvo en caso de legítima defensa, propia o de otros;
- l) práctica constante de juegos de azar.

Párrafo único - Constituye igualmente justa causa de despido del empleado la práctica, debidamente comprobada mediante expediente administrativo, de actos que violan la seguridad nacional.

Art. 483 - El empleado podrá considerar rescindido el contrato y pleitear la debida indemnización cuando:

- a) son requeridos servicios superiores a sus fuerzas, amparados por ley, contrarios a las buenos costumbres, o ajenos al contrato;
- b) sea tratado por el empleador o por sus superiores jerárquicos con excesivo rigor;
- c) correr peligro manifiesto de un mal considerable;
- d) no cumplir el empleador las obligaciones del contrato;
- e) practicar el empleador o sus subordinados, en contra de él o personas de su familia, acto lesivo del honor y buena fama;
- f) el empleador o sus subordinados ofenden físicamente, salvo en caso de legítima defensa, propia o de otros;
- g) el empleador reduzca su trabajo, siendo éste por pieza o tarea, de forma que afecte sensiblemente la importancia de los salarios.

poniendo de manifiesto, en este aspecto, la ventaja del moderno texto español, el *Estatuto de los Trabajadores*, que hace referencia expresa a la obligación de buena fe objetiva en diversas disposiciones, entre las que destacamos el artículo 5º, a, que expresamente determina que es obligación básica de los trabajadores “Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia”.

Conviene destacar, también, del texto legislativo español, el artículo 20, apartado 2º, que estipula que “En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”.³⁴⁰

Cabe destacar, además, que la multiplicidad de referencias a la buena fe en el texto del Estatuto de los Trabajadores indica claramente la importancia que el legislador atribuye al tema en el tratamiento de las relaciones de trabajo, lo que debe ser observado por los intérpretes con respecto a la solución de los conflictos que se presentan en el ámbito de las relaciones.

En este contexto, incluso, es importante observar que el análisis estructural del texto legal español, permite identificar la buena fe como un hito referencial de desarrollo y aplicación de dos de los más importantes institutos típicos de la relación laboral, que son la propia ejecución del trabajo por parte del trabajador y el ejercicio del poder directivo por parte del empleador, de modo que se revela la necesaria importancia que el principio debe tener en la solución de los conflictos laborales.

§ 1º - El empleado podrá suspender la prestación de los servicios o rescindir el contrato, cuando tenga que desempeñar obligaciones legales, incompatibles con la continuación del servicio.

§ 2º - En el caso de muerte del empleador constituido en una empresa individual, es facultado al empleado rescindir el contrato de trabajo.

§ 3º - En las hipótesis de las letras "d" y "g", podrá el empleado pleitear la rescisión de su contrato de trabajo y el pago de las respectivas indemnizaciones, permaneciendo o no en el servicio hasta final decisión del proceso.

³⁴⁰ El Estatuto de los Trabajadores contempla diversa otras referencias a la buena fe objetiva, al tratar de la movilidad funcional (artículo 40, apartado 2º, línea c), de las modificaciones substanciales del contrato (artículo 41, apartado 4º), en los despidos colectivos (artículo 51, apartado 4º), en las causa de despido disciplinario (artículo, 54, apartado 2, d) y también en las negociaciones colectivas (artículo 89, 1).

Independientemente de la rama jurídica que pretendemos investigar, lo cierto es que el derecho obligacional cumple, en concomitancia con los intereses individuales, un interés que es de cuño social, dado que se dirige a la convivencia armoniosa y al servicio de los intereses que conciernen al individuo, siendo la buena fe objetiva, al lado de otras cláusulas generales, importantes instrumentos en la concreción de los diversos valores perseguidos constitucionalmente.

La buena fe objetiva, en esa línea, actúa no sólo como cláusula general, aunque implícita, en la integración de los contratos, sino también, como principio que impone la responsabilización antes incluso del establecimiento propiamente dicho, del vínculo contractual, o incluso después de su término — responsabilidad pre y post contractual—, aunque no haya una previsión legal en este aspecto³⁴¹.

Asimismo, la obligación se puede considerar de forma más amplia, ya que engloba la relación de las partes reflejadas en la buena fe, aun cuando antes de que se establezca el vínculo propiamente dicho o incluso, después de que se agote este último, de modo que forme un proceso continuo en el tiempo³⁴².

Es preciso aclarar que todo el vínculo obligacional busca la satisfacción del derecho, el cumplimiento de la obligación principal y sus deberes secundarios o anexos³⁴³.

Así, en el ámbito de la relación de empleo, apunta Francisco ROSSAL DE ARAÚJO que:

[...] en el contrato laboral, [...] las obligaciones principales son el trabajo (empleado) y el salario (empleador). En torno a ellas, y considerando el trato sucesivo de las prestaciones, estarían las obligaciones accesorias como las informaciones y las aclaraciones sobre la función que deben de desempeñarse, la imposibilidad de competencia desleal, los deberes de cooperación y auxilio, entre

³⁴¹ *Ibidem*, p. 31.

³⁴² *Ibidem*, p. 31

³⁴³ *Ibidem*, p. 31.

otros. [...] la obligación no posee necesariamente, un momento especial [...]. El vínculo, por el contrario, puede ser construido a los pocos, con las sucesivas manifestaciones que van integrándose como un todo [...]. Habrá entonces, una obligación principal y, posiblemente, las obligaciones accesorias, gravitando en torno a la obligación principal³⁴⁴.

La buena fe tiene influencia, incluso, en el acto de constitución de los contratos que vinculan a las partes, por lo que el magistrado deberá tenerla siempre en consideración con respecto a la interpretación e integración de las disposiciones contractuales³⁴⁵.

Concretamente, se evidencia el principio denominado *honeste vivere*, acuñado en el Derecho Romano, que indica la necesaria observancia de valores como lealtad, honestidad, veracidad, coherencia y probidad en los vínculos obligacionales³⁴⁶.

No se puede negar, por lo tanto, la interferencia de la buena fe objetiva en la autonomía de la voluntad, ya que funciona como correctivo del elemento volitivo en la superación de la conducta ética, actuando no sólo en las disposiciones contractuales abiertas, sino en todas las demás³⁴⁷.

A lo largo del siglo XX, con la evolución de los padrones sociales, la función de la buena fe en los contratos gana la noción de deberes adjuntos en las relaciones obligacionales, permitiendo la posibilidad de control judicial de las conductas de los contratantes a fin de evitar abusos de poder³⁴⁸.

Se admite, así, la aplicación de la buena fe objetiva en los más diversos momentos de las relaciones obligacionales, desde el establecimiento de las

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 32.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 32.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 32. También, GOMES, Orlando. “O princípio da boa-fé no Código civil português”, en *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986, pp. 50-55.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 32.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 33.

condiciones anteriores a su nacimiento hasta los momentos subsiguientes a su conclusión (después del término).

Como clara ilustración de esta condición, se requiere de las partes involucradas en el vínculo obligacional que incluso después del desenlace se abstengan de proporcionar informaciones lesivas y no verdaderas a terceros que tengan interés en la formación de nuevas obligaciones con la parte adversa.

Este deber, además, adquiere especial importancia en el ámbito de las relaciones de trabajo, en la medida en que la experiencia pretérita del trabajador es importante en la formación de nuevos contratos, imponiendo al empleador el deber de proporcionar informaciones verdaderas y relativas al desempeño del trabajador.

Así, se defiende que el principio de la buena fe y la vinculación en negociaciones aunque sean preliminares, debe ser contrastado en casos concretos incluso porque esta es una característica considerada como esencial de ese principio, es decir, “concreción jurídica” y, por tanto, formando parte de la visión del vínculo obligacional, no como algo cerrado sino como un proceso³⁴⁹.

Además, firmados los vínculos obligacionales, estos tienen como premisa el cumplimiento según los dictámenes de la buena fe objetiva, sin perjuicio para cualquiera de las partes o para terceros³⁵⁰.

Por consiguiente, se atribuyen a la buena fe diversos papeles en los vínculos obligacionales, entre los que hay que destacar la efectiva creación de derechos y la imposición de una conducta ética en las relaciones jurídicas en sus más diversas manifestaciones³⁵¹.

³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 33-34.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 35.

³⁵¹ *Ibidem*, pp. 37-43.

El primer aspecto, el de la buena fe como creadora de deberes adjuntos o accesorios, indica el reconocimiento de que las partes deben actuar con probidad, lealtad y confianza, y ahí se incluyen los deberes de seguridad, información, lealtad y cooperación, entre otros³⁵².

El segundo aspecto de la buena fe considera la conducta ética de las partes implicadas en las relaciones obligacionales mediante la posibilidad de una negativa al cumplimiento de la obligación por medio de oponibilidad de una excepción —existencia de dolo de la otra parte (*exceptio doli*)— de la cual derivan otros principios, entre los cuales cabe citar:

a) prohibición de comportamiento contradictorio (*venire contra factum proprium*), de forma que se espera, e incluso se exige, a las partes que observen los ajustes contractuales³⁵³;

b) necesidad de observancia de lealtad por parte de quien actúe en nombre de otros —por ejemplo del gerente que, aunque empleado, actúa en la gestión de la iniciativa personificando el interés del empleador, como un mandatario de este último— (*agit Jue petit quod statim redditurus est*)³⁵⁴;

c) prohibición de adquisición de derecho fundado en la mala-fe (ilegalidad) en el que se produce la ruptura del equilibrio del contrato (*tu quoque*)³⁵⁵;

d) en los casos en que la acción, aunque aparentemente se muestre adecuada desde el punto de vista legal, incida en un abuso de derecho, con un análisis necesario entre el Derecho y la Moral —por ejemplo, del

³⁵² *Ibidem*, p. 37.

³⁵³ *Ibidem*, pp. 36-43.

³⁵⁴ *Ibidem*, pp. 36-43.

³⁵⁵ *Ibidem*, pp. 36-43.

empleador que obliga al empleado a ejercer actividades que se muestren degradantes³⁵⁶—.

La teoría que fundamenta la existencia del abuso de derecho, tratada en líneas generales más ampliamente en Francia, especialmente en la obra de Louis JOSSERAND (*De L'Esprit des Droits et de leur Relativité*), nace de la construcción de que el ejercicio de los derechos subjetivos no debe alejarse de las funciones sociales adyacentes, aunque para ese autor la figura del abuso de derecho exija fe del agente —culpabilidad—, situación ésta ya no exigida en los ordenamientos jurídicos modernos (por ejemplo, en el Código Civil Brasileño)³⁵⁷.

Hay que estar atentos a la amplia posibilidad de interpretación y aplicabilidad de cláusulas generales, como por ejemplo la de la buena fe, concretamente en el ámbito del Poder Judicial, por los conflictos que puedan plantearse en sus resoluciones. Así, Francisco ROSSAL DE ARAÚJO insiste en la importancia de este punto, al objeto de evitar abusos, argumentando el autor que:

Es bueno recordar que, siendo el Derecho una ciencia social, resulta imposible la adopción de un único paradigma, o mejor, un único valor a aplicar en un único hecho. Los hechos pueden tener connotaciones valorativas diferenciadas [...]. La situación fáctica lleva a la creación de una determinada norma o principio [...]. [...] ninguna comprensión del principio de buena fe puede resultar ajena a este contexto. [...] Por supuesto, aquí nos adentramos en el camino de la discrecionalidad judicial. Un principio flexible puede conducir a interpretaciones subjetivas. [...] es preciso tener bien claro que el juez está adscrito también a otros principios jurídicos [...].

Ante estas consideraciones, hay que recordar que la buena fe, en su vertiente objetiva, es norma necesaria para el cumplimiento de las relaciones jurídicas obligacionales, incluso y —por qué no decir— en especial en aquellas concernientes a las relaciones laborales.

³⁵⁶ *Ibidem*, pp. 36-43.

³⁵⁷ *Ibidem*, pp. 36-43.

IV. 3. - El Principio de Proporcionalidad

IV. 3.1. - Origen y Fundamentos

El principio de proporcionalidad constituye uno de los más prototípicos principios generales del Derecho y, pese a carecer de expresa plasmación constitucional, resulta de muy relevante aplicación tanto para aquilatar las actuaciones de los poderes públicos³⁵⁸, como para —y es lo que a nosotros interesa particularmente— aportar criterios para la cabal limitación de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Será en adelante tratado de manera que se puedan abordar las dos cuestiones específicas que presentan mayor relevancia en el desarrollo de nuestra investigación, como son sus fundamentos teóricos y sus supuestos de análisis para la aplicación al caso concreto, sin olvidar, obviamente, algunas consideraciones sobre su génesis.

La noción de proporcionalidad se encuentra asentada en el propio significado del sustantivo del que deriva: proporción, que suscita la idea de cantidad, peso, ponderación, relación comparativa intrínseca entre dos elementos que necesitan ser comparados entre sí para la obtención de un resultado final.

Contrariamente a la buena fe —cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano y se encuentran claramente en las relaciones civiles—, la teoría de la proporcionalidad es de origen relativamente reciente y encuentra sus raíces en el derecho administrativo Prusiano del siglo XIX, siendo que su noción, como principio, surge con el constitucionalismo estatal y se desarrolla

³⁵⁸ En concreto, sobre el principio de proporcionalidad y su importancia como medida de la actividad de las Administraciones Públicas es una referencia en la doctrina española el trabajo de LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Instituto García Oviedo-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988.

concomitantemente con las teorías de los derechos fundamentales, especialmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Alemana, a partir de la correlación entre derechos fundamentales y Estado de Derecho. Obedece, pues, a la necesidad histórica de atribuir límites a los poderes públicos, en especial en lo que se refiere al denominado poder de policía, cuya actuación, en muchos casos, implica un cercenamiento de derechos fundamentales.

En general, la proporcionalidad es concebida como principio implícito, en la medida en que no encuentra amparo positivo expresado en los textos constitucionales de España o Brasil. Ello ha llevado a que algunos autores sostengan que la misma se encuentra situada en el propio artículo 1.1 de la Constitución Española³⁵⁹, que proclama que España es un Estado Social y democrático de Derecho, que tiene como sus valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

En Brasil, se identifica una clara tendencia en la jurisprudencia del STF a reconocer la proporcionalidad como principio independiente que está concatenado al debido proceso legal en su vertiente material, conforme consagra el artículo 5º, inciso LIV³⁶⁰, de la Constitución Federal. En relación a este aspecto, Gilmar FERREIRA MENDES observa que se “apunta una comprensión del principio de la proporcionalidad como principio general de derecho” que, en cierta medida, converge hacia el sentido que se atribuye a la proporcionalidad como medida integrante de la esencia del Estado de Derecho.

Eros Roberto GRAU, por ejemplo, como ya hemos citado anteriormente, defiende la idea de que el principio de proporcionalidad es

³⁵⁹ Artículo 1.1. “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.” Sobre el principio de proporcionalidad en el ordenamiento español, *vid.*, entre otros: BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

³⁶⁰ LIV - nadie será privado de su libertad o de sus bienes sin el debido proceso de ley;

cláusula general, procede de un Derecho supuesto³⁶¹, que precede al propio Derecho estatal como un todo.

Por su parte, la profesora Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA subraya que:

Es común en la doctrina situar en el Derecho Administrativo de Policía el punto de arranque de la formulación del principio de proporcionalidad, parcela desde la cual se extenderá posteriormente a todo el Derecho Administrativo. En cualquier caso, se debe al Derecho Público alemán la elaboración de la doctrina de la proporcionalidad, posteriormente adoptada por la jurisprudencia europea [...]. Por qué se encuentra allí su origen es pregunta que se contesta descubriendo los desajustes o excesos que, con respecto a los derechos de los ciudadanos, ciertas actuaciones administrativas podrían estar ocasionando medidas, en cualquier caso, acordes con el principio de legalidad y por ello, conformes a los fines de la ley³⁶².

Independientemente del amparo que se le pretenda atribuir, lo cierto es que el principio de proporcionalidad terminó por convertirse en el criterio justificador por excelencia de que se vale el TCE para promover y justificar limitaciones en el ejercicio de derechos fundamentales, como se puede comprobar, por ejemplo, en la paradigmática STC 98/2000, en la que aquel Tribunal afirma:

Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional" (STC 6/1988, de 21 de enero). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (STC 99/1994). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, 171/1990, de 12 de noviembre, y 240/1992, de 21 de diciembre, entre otras muchas), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 170/1987, de 30 de octubre, 4/1996, de 16 de enero, 106/1996, 186/1996, de 25 de noviembre, y 1/1998, de 12 de enero, entre otras muchas).

³⁶¹ *Ibidem*, p. 247-248.

³⁶² TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, pp. 11-12.

Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y perjudiciales del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y perjudiciales. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Así, para que se pueda entender lo que al final nos proponemos en esta investigación, es importante intentar desvelar la metodología que debe aplicarse por parte del juez en el momento de incidencia de la proporcionalidad al caso concreto, como a continuación vamos a examinar.

IV. 3.2. - Aplicación

Antes de avanzar con el tema en este apartado, hay que señalarse que en el tema de aplicación de principio de proporcionalidad, se está tratando de su análisis bajo la perspectiva empírica y normativa, o sea, como se aplica y como se debe aplicar el principio en el caso concreto.³⁶³

La incidencia práctica del principio de proporcionalidad es compleja — en el sentido de que se compone de varias etapas— e implica a los más diversos actores sociales, siendo de más relevancia, sin embargo, la actuación del Poder Judicial, al ser este el responsable de materializar la incidencia de la proporcionalidad en el caso concreto.

En este contexto, apunta Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA lo siguiente: “Cuatro son, no obstante, los actores implicados en el respeto al principio de proporcionalidad, aunque con distinta intensidad [...]: el legislador,

³⁶³ DÍAZ GARCÍA. L. Iván “el examen de proporcionalidad puede ser analizado desde diversas perspectivas, tales como la conceptual, la empírica o la normativa. Es conceptual si se trata de precisar en qué consiste. Es empírica si se estudia cómo opera o se aplica. Y es normativa si se prescribe cómo debe operar o cómo se debe aplicar la proporcionalidad”. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre). P. 171.

el ordenante de la medida —normalmente coincidente con el poder ejecutivo—, los propios particulares y el juez, en este último en quien verdaderamente pesa el auténtico papel del control de la proporcionalidad de la norma y del acto [...]”³⁶⁴.

Según afirma DÍEZ PICAZO el principio de proporcionalidad constituye, en esencia, un instrumento de control para cualesquiera actos de los poderes públicos³⁶⁵ en relación a derechos fundamentales de los particulares solo reputándose validos los actos que respeten cumulativamente los siguientes requisitos “A) Que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin a que se propone. B) Que la intervención sea necesaria, en cuanto que no quepa una medida alternativa menos gravosa para el interesado. C) Que sea proporcionada en sentido estricto o, en otras palabras, que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés en juego. El principio de proporcionalidad, en suma, es una técnica tendente a que la consecución de los intereses público no se haga a costa de los derechos e intereses de los particulares, sino que se busque un punto de equilibrio entre ambos”³⁶⁶.

En este mismo sentido, afirma Humberto ÁVILA que la aplicación del principio de proporcionalidad tiene lugar solamente en situaciones en las cuales es posible establecer la correlación entre el medio y el fin desde la incidencia de los tres elementos fundamentales que componen la proporcionalidad:

adecuación – se constata el medio que debe de utilizarse y si éste se presta al fin que quiere alcanzar;

necesidad – se analiza el siguiente – si dentro de los medios aptos para la concreción del fin anhelado efectivamente no existe otro que sea menos restrictivo de derechos fundamentales en contraste y;

³⁶⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. *op. cit.*, p. 20.

³⁶⁵ Cabe aquí una observación para anotar que el principio de proporcionalidad no se destina solo al control de los actos derivados de los poderes públicos, sino, como se ha visto, también para las relaciones entre particulares, muy especialmente en el ámbito del contrato de trabajo, en lo cual el empleado se encuentra en posición de subordinación jurídica a su empleador.

³⁶⁶ DÍEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 4ª ed. Octubre 2013, p. 30. Edición electrónica.

proporcionalidad en sentido estricto - se verifica si las ventajas consecuentes de la concreción del fin equivalen a las desventajas por la utilización de un cierto medio³⁶⁷.

Asimismo, con el fin de aplicar el principio de proporcionalidad, es preciso encontrar un medio, un fin específico y la relación de causalidad entre los dos elementos mencionados, en esta parte que la doctrina denomina triple vertiente o “trifásica.

Conviene observar, sin embargo, que este complejo encadenado de actos no constituye una operación que pueda llevarse a cabo desde elementos puramente teóricos. Al contrario, es en las peculiaridades de cada caso concreto donde debe procederse al análisis de los tres elementos de la proporcionalidad, ya que de ellas —las peculiaridades— depende el resultado final que se obtendrá la incidencia práctica del principio.

Así, hay que explorar la conexión entre el medio y el fin, ya que la proporcionalidad tiene como característica la función de norma de aplicabilidad y, por supuesto, la noción de que “es **postulado normativo aplicativo, consecuente del carácter principal de las normas y de la función distributiva del Derecho**” (la negrita es nuestra), según apunta Humberto ÁVILA³⁶⁸.

Así, se habla solamente de la incidencia de proporcionalidad en las hipótesis en las que haya un vínculo entre el medio y el fin, que pueda ser perfeccionada bajo el aspecto intersubjetivo, siendo ella, por tanto, determinada en situaciones en las que exista una actuación concreta ante un fin específico.

La exigencia de un fin significa la búsqueda de un efecto concreto que no dependa necesariamente de una previsión jurídica. El fin, por tanto, es considerado en el particular como un “estado deseado de cosas”, por ejemplo de los principios, que son mandatos de optimización para determinados fines.

³⁶⁷ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. *op. cit.*, pp. 163-164.

³⁶⁸ *Op. cit.*, p. 164.

Hay que se atentar, sin embargo, que no son cualesquiera fines los que justifican la restricción del derecho fundamental, sino que la protección de otros bienes o derechos constitucionales. Es decir, entonces, que la proporcionalidad, en cuanto instrumento de restricción de derechos fundamentales, solamente tiene sentido cuando está pensada para implementar o proteger un otro bien igualmente de rango constitucional. ¿?

Así, refiere NARANJO DE LA CRUZ que “como vimos con anterioridad, debe exigirse, respecto a toda limitación, que posea justificación constitucional, siendo un requisito *sine qua non* que la disminución surja como consecuencia del conflicto objetivamente perceptible del derecho fundamental con otros bienes o derechos constitucionales. Ya tenemos, entonces, al menos uno de los términos de la relación medio-fin a la que hace referencia el principio de proporcionalidad: el fin al que se dirige la intervención en el ámbito del derecho fundamental debe ser la defensa de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Este es el presupuesto básico de la aplicación del principio de proporcionalidad. Si no se cumple, la limitación es del todo punto inconstitucional.”³⁶⁹

Desde el punto de vista académico, se suele establecer una distinción entre los fines internos y los externos.

Los primeros tienen como característica el establecimiento de un fin basado en distinciones que residen en el propio objeto o persona. En este contexto, apunta Humberto ÁVILA que “la comparación entre dos personas en razón de su capacidad económica demuestra una relación próxima entre la medida (capacidad económica) y el fin anhelado (cobranza de tributos)”³⁷⁰.

³⁶⁹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Boletín Oficial del Estado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 99.

³⁷⁰ *Ibidem*, pp. 165-166.

A su vez, los fines externos representan unas consecuencias que no derivan de los sujetos u objetos, sino que constituyen objetivos inherentes al Estado e indican una función que no se confunde con la jurídica.³⁷¹ En este caso, son distintos el medio (causa) y el fin (efecto), constituyéndose de este modo en una relación de causalidad. Son considerados como fines externos, por ejemplo, los sociales, económicos y la protección económica, entre otros³⁷².

Como sostiene Humberto ÁVILA, la proporcionalidad no puede confundirse con los principios de interpretación y aplicación. Así, por ejemplo, la “justa proporción” tiene como base la “realización proporcional de bienes” que se unen en un determinado vínculo jurídico y no pueden asociarse a la noción de restricción para el logro de un determinado fin externo, no equiparándose a la proporcionalidad que requiere el examen de los tres elementos antes citados³⁷³.

Subraya el autor que el principio de proporcionalidad no se resume en la “ponderación de bienes” ya que esta última implica la valoración de determinados bienes, sin que existan otros criterios acerca de cómo deba realizarse tal valoración, al contrario de lo que sucede con la proporcionalidad, cuya ponderación siempre es dirigida por el *iter* dictado por los tres componentes que la integran³⁷⁴.

Asimismo, se hace la distinción entre proporcionalidad y “prohibición de exceso”, porque, en este último, se prohíbe la disminución de la eficacia considerada como mínima de los principios incluso aunque pueda que no exista un determinado objetivo a ser alcanzado³⁷⁵.

Además, se diferencia el concepto de racionalidad, que tiene en consideración los aspectos de índole personal, por ejemplo las características

³⁷¹ *Ibidem*, p. 166.

³⁷² *Ibidem*, p. 166.

³⁷³ *Ibidem*, pp. 166-167.

³⁷⁴ *Ibidem*, pp. 166-167.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 167.

específicas de aquellos que se han logrado a través de la concreción del Derecho y no se razona en la proporcionalidad entre los medios y los fines³⁷⁶.

Por consiguiente, el principio de la proporcionalidad implica el análisis de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en un sentido estricto, o ponderación.

IV. 3.2.1. - La adecuación – Idoneidad.

En lo que se refiere a la adecuación, esta representa la trama basada en la experiencia entre el medio y el fin, es decir, el primero debe prestarse al cumplimiento del último³⁷⁷.

En este aspecto, conviene destacar tres investigaciones importantes: ¿Qué significa que un medio debe ser adecuado para la realización de un fin? ¿Cómo debe analizarse la realización de adecuación? ¿Cómo debe ser la intensidad de control de las decisiones adoptadas por el Poder Público?³⁷⁸.

Además, la verificación de un medio adecuado para la realización de un fin requiere que se tenga en cuenta la relación de los diversos modos disponibles destinados a la persecución del fin, bajo el prisma de la cantidad, calidad y probabilidad³⁷⁹.

Conforme afirma DÍAZ GARCÍA, “la regla de idoneidad evalúa la constitucionalidad de una medida que afecta el disfrute de derechos fundamentales en dos sentidos. Por una parte analiza si la medida o su finalidad son legítimas, lo que aquí se denominará idoneidad teleológica. Por otra parte, analiza si la medida es adecuada para promover esa finalidad, lo que aquí se

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 167.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 167.

³⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 167.

³⁷⁹ *Ibidem*, pp. 168-169.

llamará idoneidad técnica. Sólo si la medida es admisible en estos dos sentidos se podrá afirmar que ha superado el estándar exigido por esta primera regla”³⁸⁰.

Así, explica el autor que una medida restrictiva de Derechos Fundamentales será teleológicamente adecuada si la medida en sí misma y su finalidad no estén constitucionalmente prohibidas y su finalidad sea proteger o promover el disfrute de otros bienes constitucionalmente asegurados³⁸¹.

De otra parte, la medida restrictiva solo podrá ser considerada técnicamente adecuada cuando, de acuerdo a los supuestos del caso concreto pueda, de hecho, promover los fines que pretenden, desde el punto de vista teleológico, justificar la restricción del Derecho Fundamental³⁸².

Es importante atender que la doble perspectiva de análisis de la adecuación (o idoneidad) no es unánime³⁸³. Sin embargo, si se tiene presente que la gran ventaja de la aplicación de la proporcionalidad es, sobre todo, promover un control de la subjetividad exacerbada en el proceso decisorio sobre restricciones de Derechos Fundamentales, no hay que negar que su proposición es positiva para mejorar este control.

En esta perspectiva, se ve particularmente interesante los cuatro pasos sugeridos para incidencia práctica del análisis de la adecuación, consistentes en: i) identificar en concreto la medida que se quiere adoptar como restricción; ii) identificar la finalidad que se quiere obtener con dicha medida; iii) un análisis de la adecuación teleológica propiamente dicha, lo que se obtiene relacionando la medida y la finalidad identificadas en los pasos i e ii; y por fin iv) averiguar la

³⁸⁰ DÍAZ GARCÍA, L. Iván. “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVI, Valparaíso, Chile, 2011, 1ª Semestre, pp. 174-175.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 177.

³⁸² *Ibidem*, p. 178.

³⁸³ De hecho, el propio DÍAZ GARCÍA apunta en la nota al pie de página 27 de su texto que “Conviene advertir que no existe consenso en cuanto a que la idoneidad teleológica integre la regla de idoneidad.”

adecuación técnica de la medida, que es verificar si la medida puede en fines prácticos alcanzar la finalidad al que se propone.

Al Legislador y al Ejecutivo —principales destinatarios de la doctrina de la proporcionalidad en su génesis—, sin embargo, basta que en esta primera instancia, opten por un medio que se destine al objetivo determinado, aun cuando no se cumplan los requisitos de mayor cantidad, calidad y probabilidad³⁸⁴.

Bajo otro enfoque, la adecuación puede igualmente concretarse bajo tres focos: “abstracción/concreción”; “generalidad/particularidad”; “antecedencia/posteridad”.

En lo que se refiere al tipo “abstracción/concreción”, lo que se exige es que la conducta sea considerada, bajo el campo abstracto, apta para determinado fin —se analiza, por tanto, la probabilidad de realización del fin— o, se analiza bajo el ámbito concreto de si la medida escogida lleva necesariamente al fin buscado.³⁸⁵

En el segundo foco, “generalidad/particularidad”, hay que considerar que en el primer caso, la medida será adecuada bajo un ámbito general cuando cumpla su finalidad en la mayoría de las hipótesis y de un segundo modo, es contrastada individualmente como adecuada —caso por caso—³⁸⁶.

Finalmente, en el tercer aspecto, “antecedencia/posteridad”, de las medidas se tiene la distinción de los momentos en los que se requiera la adecuación —antes o después de ser adoptadas—.³⁸⁷

Según Humberto ÁVILA:

³⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, pp. 168-169.

³⁸⁵ *Ibidem*, pp. 169-170.

³⁸⁶ *Ibidem*, pp. 170-171.

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 170-171.

La adecuación del medio escogido [...] debe ser juzgada mediante la consideración de las circunstancias existentes en el momento de la elección y de acuerdo con el modo como contribuye a la promoción del fin³⁸⁸ (la negrita es nuestra).

Las decisiones adoptadas en este ínterin podrán ser objeto de control llamado “fuerte” y/o “débil”. El control será fuerte en los casos en que la actuación es considerada nula por la verificación de que el medio no promueve la realización del fin. Por otro lado, el control será débil en los casos en que se requiera la comprobación expresa de incumplimiento del objetivo³⁸⁹.

En la sistemática brasileña, según Humberto ÁVILA, el control se encuadra como débil, aunque sólo cuando incuestionablemente figure la elección como inadecuada será competencia del Poder Judicial reconocer la nulidad de la opción del legislativo o del ejecutivo³⁹⁰.

Sin embargo, las reiteradas decisiones pronunciadas por el TCE, no dejan duda de que el sistema jurídico español adopta un control fuerte, ya que siempre que este Tribunal ha tenido que enfrentarse a cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales, el Tribunal es sistemático en la declaración de nulidad de las medidas cuando el medio no promueve el fin deseado.

IV. 3.2.2. - La necesidad – Indispensabilidad

El examen de la **necesidad** requiere el contraste de la adecuación de los diversos medios disponibles con el fin de verificar si éstos promueven de forma igual el fin perseguido y, en un segundo momento, si el medio utilizado es el menos restrictivo si se compara con las soluciones alternativas así como si estas

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 171.

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 171.

últimas limitan de manera menos intensa los derechos fundamentales afectados³⁹¹.

Como advierte DÍAZ GARCÍA, “mientras la regla de idoneidad constituye un juicio relativo a la eficacia de la medida evaluada (capacidad para alcanzar la finalidad), la regla de necesidad es un juicio relativo a la eficiencia de la misma (capacidad para generar el menor costo en la consecución de la finalidad)”³⁹².

Sin embargo, antes de preguntarse si hay medios menos gravosos se tiene que investigar si estos medios son igualmente eficaces para la obtención del fin pretendido con la restricción.

Así, no se trata solamente de comparar medios adecuados para promover la restricción y alcanzar el fin pretendido, sino de asegurarse que estos medios, igualmente adecuados, sean igualmente eficaces a la obtención de los fines pretendidos, de tal manera que el análisis comparativo aquí será de medios adecuados y eficaces. En opinión de Gilmar FERREIRA MENDES, la necesidad es la indicación de que otro medio, aunque menos gravoso, no se revelaría igualmente útil para la consecución del fin³⁹³.

Esta consideración de la eficacia de la medida restrictiva es de somera importancia en la evaluación de la necesidad, pues si la medida es menos restrictiva pero no tan eficaz cuanto la medida en comparación, esta última será el medio necesaria³⁹⁴.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 172-173.

³⁹² DÍAZ GARCÍA, L. Iván. “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, cit., p. 186.

³⁹³ FERREIRA MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *op. cit.*, p. 257.

³⁹⁴ En palabras de DÍAZ GARCÍA sobre la eficacia de los medios alternativos en el examen de necesidad “se debe determinar si los medios alternativos idóneos son al menos igualmente eficaces que la medida sometida a control para promover la finalidad perseguida. Se trata de un juicio de comparación entre la oportunidad e intensidad con que permiten alcanzar la finalidad

A ejemplo de lo que ocurre en el análisis de la adecuación, DÍAZ GARCÍA propone cuatro pasos para el examen de la necesidad: i) primeramente se tiene de esclarecer si existen otros medios adecuados, se si, está encerrada el análisis y el medio es necesario, si no, hay que ir al paso siguiente; ii) determinar si los medios alternativos son igualmente eficaces, como ya se advertía arriba; iii) identificar la intensidad que los medios alternativos —igualmente adecuados y eficaces— afectan al derecho fundamental y, con esta identificación, seguir al cuarto paso.

Interesante notar que para esta sistemática de análisis escalonada propuesta por DÍAZ GARCÍA, los pasos i y ii, si reciben respuesta positiva, implican la conclusión positiva del examen de necesidad. Ya en el paso iii, la respuesta es solo una preparación para el cuarto paso que es, justamente, identificar y aplicar la medida adecuada y eficaz que menos restringe el derecho fundamental, descartándose la otra por inconstitucional.

A pesar de la claridad del texto y la lógica cartesiana de su raciocinio, que favorece aquello que, según se entiende, es el punto más importante de la *proporcionalidad* —restringir el subjetivismo arbitrario de las decisiones en un tema tan importante como derechos fundamentales— el examen de necesidad no necesariamente tendrá que enfrentar los pasos sugeridos.

Esto porque, al contrario de lo que ocurre con la adecuación, cuya sistemática de análisis solo pasará al paso siguiente cuando esté vencido el precedente y solamente al cumplirse todos los pasos se tendrá evaluada la adecuación de la medida, la necesidad sigue un sistema inverso en el que los interrogantes relativos a los pasos siguientes solo son investigados si los

tanto la medida sometida a control como los medios alternativos que se han considerado idóneos. Pues bien, si los medios alternativos permiten alcanzar la finalidad, pero en forma tardía o en menor grado que la medida evaluada, esta última es necesaria porque no hay otra que pueda reemplazarla con igual eficacia. DÍAZ GARCÍA, L. Iván. “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, cit., p. 187.

precedentes reciben respuesta negativa, esto es, la necesidad no necesariamente quedará evidenciada al final de cuatro interrogantes lógicos.

De hecho, el examen de la necesidad no pasa de un análisis comparativo de los medios restrictivos y, si solo hay un medio, lógicamente este será el medio necesario para la obtención del fin buscado. Así, el cuidado que se tiene que tener aquí es esclarecer si los medios son igualmente adecuados e igualmente eficaces. A lo demás, el análisis sigue un criterio puro de comparación, marcadamente objetivo³⁹⁵.

IV. 3.2.3. - La Proporcionalidad en sentido estricto – Ponderación

Primeramente, antes que se pueda hablar de *ponderación* de bienes y derechos fundamentales, es necesario recordar la premisa ya fijada arriba de que

³⁹⁵ A respeto del tema, la propuesta que mejor ilustra la necesidad, es la fórmula de *constelaciones*, así diseñada por ALEXY “Para demostrar cómo la máxima de la necesidad deriva del carácter principiológico de estas normas, utilizaremos, aquí, la forma más simple que un examen de la necesidad puede tener. El hecho de que la máxima de la necesidad imponga dificultades adicionales en casos más complejos podrá poner de manifiesto sus limitaciones, pero nada dice acerca de su deducibilidad del carácter principiológico de las normas de derechos fundamentales. La constelación más simple está caracterizada por la presencia de sólo dos principios y dos sujetos de derecho (Estado/ciudadano). Tiene la siguiente estructura: el Estado fundamenta la persecución del objetivo Z en base al principio P1 (o Z es simplemente idéntico a P1). Hay al menos dos medidas, M1 y M2, para realizar o fomentar Z, y ambas son igualmente adecuadas. M2 afecta menos intensamente que M1 – o simplemente no afecta – la realización de lo que una norma de derecho fundamental con estructura de principio – P2 – exige. Bajo estas condiciones, para P1 es indiferente escoger M1 ó M2. En este sentido, P1 no exige que se elija M1 en lugar de M2, ni que se elija M2 en lugar de M1. Para P2, sin embargo, la elección entre M1 y M2 no es indiferente. En la calidad de principio, P2 exige una optimización tanto con relación a las posibilidades fácticas como con relación a las posibilidades jurídicas. En lo que se refiere a las posibilidades fácticas, P2 puede ser realizado en mayor medida si escoge M2 en lugar de M1. Por eso, por el punto de vista de la optimización con relación a las posibilidades fácticas, y bajo la condición de que tanto P1 como P2 sean válidos, sólo M2 está permitida y M1 está prohibida. Este razonamiento vale para cualesquiera principios, objetivos y medidas. Por lo tanto, el examen de la necesidad, que el Tribunal Constitucional Federal defina como la exigencia de que “el objetivo no pueda ser igualmente realizado mediante otra medida, menos gravosa para el individuo”, deriva del carácter principiológico de las normas de derechos fundamentales.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Alemana publicada por Suhrkamp Verlag en 2006. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 118-119.

no hay derechos absolutos, ni siquiera los fundamentales³⁹⁶. De eso se concluye que la eventual colisión de derechos fundamentales no sigue una regla de *precedencia absoluta*, sino una regla de *precedencia condicionada (bedingte Vorrangrelation)*, siendo estas condicionantes las particularidades del caso concreto.

En efecto, son las peculiaridades del caso concreto las que, al fin y al cabo, determinan qué derecho fundamental tendrá que prevalecer en el caso enjuiciado. Cambiándose estas condicionantes, puede también cambiarse el resultado final de la ecuación³⁹⁷.

Así, la **proporcionalidad en sentido estricto**, o la ponderación, indica la real proposición entre el valor del fin a llevarse a cabo y el calibre de la limitación de los derechos fundamentales³⁹⁸.

Según afirma DÍAZ GARCÍA, “el objetivo de la ponderación es determinar si los beneficios que reporta la medida son mayores o menores que los perjuicios que genera sobre los intereses constitucionales involucrados en la colisión. En ese sentido, se puede afirmar que la medida sometida a evaluación es constitucional cuando el beneficio que aquella reporta para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se pretende proteger o promover es superior al costo que la misma significa para el derecho fundamental afectado”.

³⁹⁶ Así se ha pronunciado el TCE en la ya referida Sentencia STC 98/2000, al afirmar que “Igualmente es doctrina reiterada de este Tribunal que “el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho” (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, y 143/1994, de 9 de mayo, por todas).

³⁹⁷ Según Alexy “La solución para esa colisión consiste en el establecimiento de una relación de precedencia condicionada entre los principios, con base en las circunstancias del caso concreto. Llevando-se en consideración el caso concreto, el establecimiento de relaciones de precedencias condicionadas consiste en la fijación de condiciones bajo las cuales un principio tiene precedencia sobre otro. Bajo otras condiciones, es posible que la cuestión de la precedencia sea resuelta de forma contraria.” ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 96.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 175.

Tal cual se propone en los análisis de adecuación y necesidad, también la proporcionalidad en sentido estricto exige operaciones concretas y específicas, siempre con fines de restringir o, al menos, posibilitar algún control en el grado de subjetivismo y arbitrariedad del Juzgador.

Así, DÍAZ GARCÍA, recogiendo las ideas de ALEXY, apunta 4 operaciones o etapas para la análisis de la proporcionalidad en sentido estricto: i) determinar (atribuir) el peso del derecho fundamental a ser restringido y a los bienes o derechos constitucionales promovidos por la medida restrictiva, en esta primera operación solo se atribuyen los pesos (se valoran), los derechos e bienes afectados en abstracto; ii) determinar el peso del derecho fundamental en el caso concreto; iii) identificar cuál de los derechos y bienes afectados tienen mayor peso, bajo las circunstancias del caso concreto; iv) finalmente, en la última etapa, se explicita la relación de *precedencia condicionada*, definiéndose cuales bienes o derechos deben prevalecer en el caso concreto, de acuerdo a sus circunstancias específicas³⁹⁹.

Es cierto que el juicio de la proporcionalidad en sentido estricto tiene en sí una intensa carga de subjetividad, incluso si se utiliza de las restricciones matemáticas de la fórmula de peso de ALEXY⁴⁰⁰, en la medida en que se permite alguna dosis de subjetividad al juzgador al atribuir los *pesos*⁴⁰¹.

Sin embargo, hay que señalar que la proporcionalidad en sentido estricto solo será evaluada tras superarse las análisis de adecuación y necesidad,

³⁹⁹ *Ibíd.*, p. 196.

⁴⁰⁰ A pesar de las pesquisas, no se ha encontrado ninguna decisión del TST, STF o del TCE en la cual se tenga expresamente adoptado la fórmula del peso en los fundamentos.

⁴⁰¹ Según Díaz García los pesos no son definidos por criterios arbitrarios, si no que atendiendo a lo que él se refiere como *criterios del peso*, que serían “la probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración con la que se protegerán o promoverán esos mismos intereses, de acuerdo con las condiciones dadas en el caso.” Aunque estos criterios sean importantes como factores de control de subjetividad, en este estudio se prefirió no abordarlos en la presentación del tema, ya que, según reconoce el propio autor: “Por cierto no siempre será posible aplicar todos estos criterios, pues ello depende de las condiciones del caso concreto.” (*Op. Cit.*, p. 196).

siendo que todos estos procesos valorativos con juicios vinculados aseguran, de por sí, la racionalidad del proceso decisorio.

Además, la principal propuesta de las etapas presentadas con la proporcionalidad es promover un control del subjetivismo excesivo en una materia tan importante como la restricción de derechos fundamentales. Eso, con todo, no implica extirpar la subjetividad del proceso decisorio o incluso volverlo un resultado invariable de fórmulas aritméticas, como si los conflictos sociales fueran problemas matemáticos.

El Derecho, conviene subrayar, es una ciencia *humana* y, por tanto, afecta a las impresiones personales de los sujetos que con ella trabajan; eso significa que los procesos decisorios no pueden quedar exentos de subjetivismo, en el sentido de que constituye una actividad propiamente humana. Lo que se busca, entretanto, con el mecanismo de proporcionalidad, es asegurar criterios de racionalidad capaces de reducir estos procesos subjetivos a niveles mínimos, tolerables, para que se pueda, de hecho, garantizar los derechos fundamentales, impidiendo sean menoscabados por juicios tan impregnados de subjetivismo que conviertan el proceso decisorio en puro arbitrio, remitido al libre talante del juzgador⁴⁰².

⁴⁰² SANCHEZ GIL presenta crítica similar al afirmar que “Como LARENZ, podemos preguntarnos si la ponderación tiene algún elemento metodológico que asegure su objetividad en algún grado o bien es “una confesión de que el juez resuelve...sólo en base a tales pautas que él mismo establece para sí”. Ciertamente, indagar la proporcionalidad stricto sensu de una medida legislativa que interviene derechos fundamentales – lo cual implica que esta aprobó los exámenes de idoneidad y necesidad, si usamos un procedimiento “lineal” – puede dar cabida. Pero en actualmente existe conocimiento metodológico y experiencia jurisdiccional suficientes para señalar con claridad algún camino en la realización de la ponderación de bienes” (SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, México: Universidad Autónoma de México, 2007, pp. 49-50). En la misma línea DÍAZ GARCÍA advierte en la nota al pie de página 92 de su texto que el problema de la ponderación “es que puede dar lugar a la subjetividad del juzgador. Aunque las tareas que en este momento se revisan pretenden atenuar dicha subjetividad, no se puede negar que la ponderación implica siempre un grado de valoración teñida por las opciones valóricas del juzgador.” (DÍAZ GARCÍA, L. Iván. “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, cit., p.195).

En este sentido, el análisis de los elementos que conciernen a la proporcionalidad implica, en última instancia, la verificación de la posibilidad concreta de que se justifiquen las conductas de restricción a los derechos fundamentales en colisión.

Su idea de principio implícito fundante prevé el ordenamiento jurídico como un sistema cuyas premisas normativas comportan conflictos y luego, la comparación en cada caso concreto, con la aplicación de los tres elementos de forma orientada para preservar lo más posible los valores más importantes del sistema constitucional y su unidad y, lo más importante, con acentuado grado de control de subjetivismo en el proceso decisorio.

IV. 3.3. - La Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (TCE) como criterio general para limitar los derechos fundamentales en el ámbito laboral

Como ya se ha destacado en esta investigación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, aunque lleve a cabo una ponderación de intereses jurídicos implicados en el conflicto, sopesándolos claramente en función de los matices y particularidades del caso concreto, adopta el principio de proporcionalidad como criterio general para admitir limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.⁴⁰³

De hecho, el Tribunal Constitucional Español (TCE), siempre que ha tenido que pronunciarse sobre el tema, lo ha hecho a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad. Esto ha acabado por convertirlo, a lo largo de los años y dadas las reiteradas decisiones en este sentido, en el criterio justificador

⁴⁰³ Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ver la obra de GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

por excelencia en materia de limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación de trabajo.

En este sentido, cabe citar entre otras muchas, la emblemática STC 98/2000, de 10 de abril de 2000, en cuyos fundamentos el Tribunal Constitucional cita varias decisiones anteriores sobre el tema, destacando en todas la importancia de la proporcionalidad a la hora de abordar esta materia:

Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional" (STC 6/1988, de 21 de enero). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (STC 99/1994). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, 171/1990, de 12 de noviembre, y 240/1992, de 21 de diciembre, entre otras muchas), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 170/1987, de 30 de octubre, 4/1996, de 16 de enero, 106/1996, 186/1996, de 25 de noviembre, y 1/1998, de 12 de enero, entre otras muchas).

Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad (el subrayado es nuestro)⁴⁰⁴.

Queda claro, por tanto, que en el Derecho español la jurisprudencia del TCE contempla la elaboración de una sólida doctrina, según la cual se identifica en el principio de la proporcionalidad el criterio propicio y adecuado para solucionar los conflictos entre los derechos fundamentales y el poder directivo, independientemente de cuál sea el derecho fundamental objeto del litigio.

⁴⁰⁴ Disponible en

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7272>.

Se puede observar que el caso citado en la sentencia antes mencionada aborda la situación en la que el empleador, en un gran casino de la región de Galicia, había aplicado al sistema de cámaras de vídeo vigilancia ya instalado en sus dependencias un sistema que permitía la grabación de las conversaciones mantenidas en el ambiente de los cajeros y de la ruleta francesa. Ello dio lugar a que dos trabajadores emprendieran acciones en contra de tal medida, siendo sus pretensiones atendidas por el TCE, precisamente por entender este Tribunal que la medida, indiscutiblemente restrictiva de la intimidad personal⁴⁰⁵ del ciudadano-trabajador, vulneraba el principio de proporcionalidad. No se consideraba necesaria la adopción de tal medida dadas las actividades que llevaba a cabo el empleador. No se consiguió demostrar la necesidad de aquella restricción para la consecución de las actividades que eran propias del empleador.

También en la Sentencia 99/1994, de 11 de abril de 1994, citada en la que hemos mencionado anteriormente y de igual importancia en la delimitación del tema de los derechos fundamentales *versus* poder directivo, se aborda el despido de un trabajador por negarse a permitir la captación fotográfica y la posterior divulgación de su imagen en la exposición de los productos de la empresa, estableciendo el TCE que:

3. Debe recordarse que, como este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar, el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra Norma fundamental (arts. 38 y 33 C.E.). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de

⁴⁰⁵ Según el artículo 18.1. de la Constitución Española, se garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral (SSTC 73/1982, 120/1983, 19/1985, 170/1987, 6/1988, 129/1989 ó 126/1990, entre otras). En este marco de modulación a las exigencias organizativas, estrictamente apreciadas, cabe valorar el alcance del derecho a la propia imagen, invocado por el trabajador como justificación de su negativa a la orden del empresario [F.J. 4].⁴⁰⁶

Como se puede verificar, las decisiones que pronuncia el TCE están dirigidas a la aplicación del principio de proporcionalidad, ya sea de forma expresa – mediante su concreta referencia en los fundamentos de la decisión – ya sea implícita – mediante la referencia a la necesidad de la medida, junto con la verificación de los otros pasos del triple análisis, propio de la proporcionalidad: b) adecuación y c) inexistencia de otra medida menos gravosa-. Concretamente, esta posición va calando y asentándose progresivamente a lo largo de los años, hasta el punto de hacer la aplicación del principio de forma definitiva, como en la sentencia STC 98/2000, cuando la materia había ido madurando a lo largo de varios años, tal y como cabe apreciar en varias de las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional español, cuando tiene que ocuparse de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo.

En este sentido, la decisión de la Sala Primera del TCE, Sentencia 36/2011, del 28 de marzo de 2011, apunta que:

En relación con el derecho a la igualdad ante la ley -que es la vertiente del art. 14 CE que aparece implícitamente invocada en la presente demanda de amparo-, debemos recordar que, según reiterada doctrina de este Tribunal, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias

⁴⁰⁶ Disponible en

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1994-0099.

jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4; y 5/2007, de 15 de enero, FJ 2).⁴⁰⁷

Respecto al tema, cabe citar artículo de GARCÍA PERROTE, en el cual el autor, tras resumir la doctrina constitucional a una triple secuencia, concluye:

La triple secuencia que se acaba de exponer puede resumirse contestando así al siguiente interrogante: los trabajadores, en el seno de su relación laboral, pueden ejercer sus derechos constitucionales inespecíficos? 1º) sí; 2º) con algunos límites; 3º) pero con los estrictamente indispensables.

Como ha quedado dicho, y aunque cuenta con algún precedente, la Sentencia que consagra el criterio de la indispensabilidad o estricta necesidad es la STC 99/1994 (caso del “despiezador de jamones”).

Con carácter más general, la doctrina constitucional ha establecido que “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”⁴⁰⁸

Como se puede observar, mucho más que una mera *referencia* de conducta, la jurisprudencia del TCE ha erigido la proporcionalidad como *criterio orientador* de las conductas, tanto para los Poderes Públicos, como para los

⁴⁰⁷ Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=10096>. Acceso el 26/06/2011.

⁴⁰⁸ PERROTE ESCARTÍN, Ignacio García. “Ley, Convenio Colectivo, Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales del Trabajador”. *Revista de Derecho Social*. n.º 4, 1998, p. 49. Según observa el propio GARCÍA PERROTE en nota al pie de página – n. 119 – tras referir la aceptación en la doctrina constitucional de la proporcionalidad: “Hay que resaltar, con todo, que tanto BARNÉS como MEDINA son contrarios a la utilización del principio de proporcionalidad para enjuiciar los casos en los que la lesión de un derecho fundamental no se produce por un poder público sino por un particular.”.

particulares que muchas veces actúan siguiendo las facultades atribuidas por la ley, las cuales típicamente serían de atribución del Estado. Un ejemplo lo encontramos en lo que sucede con relación al poder directivo, reconocido al empleador en razón de la relación de trabajo; de ahí por qué este principio es tan importante en el análisis concreto de las limitaciones necesarias a los derechos fundamentales en el ámbito de esta relación.

IV. 3.4. - La Proporcionalidad en la jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal* (STF) y del *Tribunal Superior do Trabalho* (TST)

Una vez que hemos presentado el principio de proporcionalidad, así como su aplicación en el caso concreto y su relevancia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, resulta conveniente realizar un breve análisis de cómo la jurisprudencia brasileña, especialmente en el Supremo Tribunal Federal y en el Tribunal Superior del Trabajo, se posiciona sobre el tema de las restricciones a los Derechos Fundamentales.

Y en este punto, conviene nuevamente destacar lo que ya se ha tratado en el Capítulo 4 en el sentido de que la eficacia de los derechos fundamentales, en el ámbito de las relaciones laborales, aunque con algunos matices, es una posición bien aceptada en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores Brasileños.

En este sentido, se cita una importante decisión dictada por el STF al apreciar el Recurso Extraordinario 161.243-6, en el conocido *caso Air France*, en la cual el máximo órgano de jurisdicción nacional se inclina por la aplicación inmediata del derecho fundamental a la igualdad de tratamiento – isonomía – establecida en el artículo 5º, *caput*, de la Constitución Federal vigente en la relación, en sentencia unánime de la Segunda Sala del citado Juzgado, siendo relator el Ilmo. Sr. Ministro Carlos Veloso, así pronunciada:

ENMIENDA CONSTITUCIONAL. TRABAJO. PRINCIPIO DE LA IGUALDAD. TRABAJADOR BRASILEÑO EMPLEADO DE EMPRESA EXTRANJERA: ESTATUTOS DEL PERSONAL DE ESTA: APLICABILIDAD: AL TRABAJADOR EXTRANJERO Y AL TRABAJADOR BRASILEÑO. C. F., 1967, art. 153, § 1º; C. F., 1988, art. 5º, *caput*.

I. – Al solicitante, dado que no es francés, y a pesar de que trabaje para la empresa francesa, en Brasil, no le fue aplicado el Estatuto del Personal de la Empresa, que concede ventajas a los empleados, cuya aplicabilidad sería limitada al empleado de nacionalidad francesa. Vulneración del principio de igualdad: C. F., 1967, art. 153, § 1º; C. F., 1988, art. 5º, *caput*).

II. – La discriminación que se basa en un atributo, la calidad, nota intrínseca o extrínseca del individuo, como el sexo, la raza, la nacionalidad, el credo religioso, etc., es inconstitucional. Precedente del STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465

III. – Factores que autorizarían la desigualdad no se produce en el caso.

IV. – R.E. Recurso admitido a trámite.⁴⁰⁹

Asimismo, es relativamente uniforme la jurisprudencia de TST al admitir el registro visual de los trabajadores siempre que no haya contacto físico y a través de medios moderados, citándose como ejemplo de ello la decisión dictada por la 3ª Sala de dicho Tribunal en los autos del proceso AIRR y RR - 263000-09.2009.5.12.0036, del informe del Excmo. Sr. Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, así pronunciado:

7. DAÑO MORAL. REGISTRO VISUAL. AUSENCIA. El ejercicio del poder directivo no constituye abuso de derecho cuando no se manifiestan excesos practicados por el empleador o sus representantes. La tipificación del daño, en tal caso, requerirá la adopción, por parte de la empresa, de procedimientos que no conduzcan a un mayor sufrimiento del trabajador superior a la de la situación puesta en examen que podría prevenirse bajo condiciones razonables. El registro moderado, si no se acompaña de actitudes que no expongan la intimidad del empleado o que vengán a ofender públicamente su derecho a la privacidad, no induce a la

⁴⁰⁹ Disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>

caracterización de daño moral. Recurso admitido a trámite. (Decisión dictada el 11/05/2011, publicada en el DEJT 20/05/2011).

Como se recoge de las decisiones precedentes, tanto el Supremo Tribunal Federal como el Tribunal Superior del Trabajo coinciden en admitir que los derechos fundamentales poseen eficacia inmediata en el ámbito de la relación laboral, aunque puedan disentir con respecto a la amplitud de estos derechos y de las necesarias modulaciones que se requieran a fin de acomodarlas frente al legítimo ejercicio del poder directivo empresarial.

Sin embargo, contrariamente a lo que sucede con las decisiones proferidas por el TCE, en el ámbito español, las decisiones dictadas por el STF y por el TST, aunque puedan sostener lo contrario, no siguen el principio de la proporcionalidad en materia de restricciones a los derechos fundamentales.

Para ilustrar el problema, cabe destacar la sentencia dictada por la 4ª sala del C. TST en el análisis del Recurso a trámite RR - 3668/2007-022-09-00, del informe del Excmo. Sr. Ministro Barros Levenhagen, que versa sobre la intimidad y la vida privada ante el principio de la transparencia de la Administración pública, con la siguiente enmienda:

RECURSO. DIVULGACIÓN DE SALARIO POR EMPRESA PÚBLICA EN SU SITIO DEL INTERNET. DAÑO MORAL. AUSENCIA. I - El daño moral, en la definición de ANTÔNIO LLAVES, "es el dolor derivado de la violación de un bien jurídicamente tutelado sin repercusión patrimonial. Ya sea el dolor físico -dolor-sensación como la denominaba Carpenter -, nacida de una lesión material; ya sea el dolor moral - dolor-sentimiento - de causa material". Ya IHERING apuntaba que "la persona tanto puede ser lesionada en lo que tiene, como en lo que es. Y que se tenga un derecho a la libertad nadie lo puede contestar, como contestar no se puede, aunque se tenga un derecho a sentimientos afectivos, a nadie se le niega el derecho a la vida, al honor, a la dignidad, a todo eso en fin, que, sin poseer valor de cambio de la economía política, no por eso deja de constituir un bien valioso para toda la humanidad. Son

derechos que derivan de la propia personalidad humana. Son emanaciones directas del yo de cada uno, verdaderos imperativos categóricos de la existencia humana". II - De las máximas de la experiencia derivadas de la observación de lo que ordinariamente sucede (art. 335 del CPC), se extrae que la divulgación en un sitio de Internet de autarquía estatal del valor del salario de sus empleados, aunque llevadas al efecto de manera individualizada, no revelan una suficiencia para, por sí sola, lesionar la persona en aquello que ella es, provocándole perturbaciones en sus relaciones psíquicas y sociales. Especialmente cuando se constata que el acto deriva de una imposición legal, vertida en la Constitución del Estado de Paraná. III Recurso denegado. (Sentencia dictada en sesión de 07/10/2009, publicada en el DEJT de 16/10/2009.)

Si se examina el recurso TST-RR-109400-25.2008.5.09.0411, en el cual se debate exactamente la misma materia, se puede observar que la 5ª Sala del Tribunal decide exactamente lo contrario, en una sentencia pronunciada así:

RECURSO. APPA. RELACIÓN NOMINAL DE CARGOS Y REMUNERACIONES. DIVULGACIÓN. DAÑOS MORALES.

La empresa, al divulgar en internet la nómina de sus empleados con las respectivas remuneraciones, extrapoló los límites impuestos en los artículos 33, 6º, de la Constitución Estatal y 39, § 6º, de la Constitución Federal, invadiendo la intimidad del reclamante, circunstancia autorizadora del diferimiento de indemnización a título de daños morales, en los términos del artículo 5º, X, de la Carta Magna.

Recurso admitido a trámite. (Decisión proferida en la Sesión de 04 de mayo de 2011, publicado el 13/05/2011.)⁴¹⁰⁻⁴¹¹

⁴¹⁰ Siguiendo con el problema, al decidir el recurso de revisión TST-RR-371700-39.2008.5.09.0411 en una sentencia dictada por la Excm. Sra. Ministra Dora María da Costa, la 8ª Sala del C. TST pronuncia una decisión en un sentido contrario a la ahora expuesta, posicionándose en la misma orientación de la sentencia RR - 3668/2007-022-09-00 – sentencia publicada el 27/05/2011, disponible para su consulta en el sitio del TST en Internet.

⁴¹¹ Todas las decisiones mencionadas fueron pronunciadas antes de entrar en vigor en Brasil la Ley 12.527/2011, que regula el Principio de la Transparencia en el sector público, establecido en el inciso XXXIII del art. 5º, en el inciso II del § 3º del art. 37 y en el § 2º del art. 216 de la Constitución Federal de Brasil, cabiendo mencionar aquí que tras la promulgación de esta Ley se instituyó la divulgación detallada de las nóminas de todos los servidores públicos en los Portales de Transparencia en Internet – , con el consentimiento del STF, cuyas reiteradas decisiones apuntaron a la legalidad y constitucionalidad de tales medidas.

Se observa que a pesar de ser diametralmente opuestas, ninguna de las decisiones menciona expresamente la adopción de una doctrina o de un criterio racional para justificar la conclusión adoptada en la decisión, puesto que no aparece en ninguna de las sentencias la referencia a una metodología para realizar la delimitación del derecho fundamental, si bien se reconoce su eficacia en el ámbito de la relación laboral.

Véase, por otro lado, la decisión proferida por la 1ª Sala del TST en los autos del Recurso a trámite TST-AIRR-1494640-96.2006.5.09.0010, juzgado el 12 de agosto de 2015, en la que se trata el registro corporal al que quedó sometido un trabajador que ejerce la función de Agente de Disciplina y Control:

Se ciñe la controversia en establecer si tiene derecho a la indemnización por daños morales el empleado del establecimiento penitenciario sometido una única vez al registro corporal, en el día inmediatamente posterior a la rebelión ocurrida.

Del contexto fáctico delineado por el Tribunal Regional se desprende que todos los empleados del turno de noche fueron sometidos al registro corporal, efectuado individualmente, detrás de una pantalla y sin ningún contacto físico, realizado excepcionalmente en virtud de la rebelión ocurrida.

Cabe señalar que no estamos ante un registro corporal efectuado en grandes almacenes, en donde el objetivo de la empresa es proteger su patrimonio. En el evento, el registro corporal fue el procedimiento adoptado, cuyo objetivo era mantener la seguridad de los propios trabajadores y de la sociedad, dada la gravedad de lo que había sucedido el día anterior (la rebelión de los presos). En este contexto, considerando el principio de proporcionalidad y de unidad de la Constitución, se deduce que el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador, pese a que sea de índole constitucional, no es absoluto, pudiendo ser mitigado ante la superioridad del interés colectivo, en este caso, la seguridad pública, por el bien de los propios empleados y de toda la colectividad, teniendo en cuenta el hecho de que la Prisión Estatal de Piraquara había sufrido una rebelión en el día anterior al registro corporal. En tales circunstancias, no apreciamos que se vulnere el artículo 5º, incisos V y X, de la Constitución de la República.

Como se puede apreciar en el contenido de la sentencia reproducida anteriormente, el Tribunal invoca expresamente los Principios de Proporcionalidad y de Unidad de la Constitución para decidir que el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador, pese a que sean de índole constitucional,

no es absoluto, invocando, incluso, el tribunal donde se mencionan los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Sin embargo, considerando las peculiaridades del caso concreto no existe, en efecto, un análisis individualizado de estos elementos, sino una mera referencia general como refuerzo de argumentación sin mucha preocupación por el contenido normativo de racionalidad que el desarrollo del principio impone. En otras palabras, no hay confrontación sobre la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para definir si la medida del registro corporal, en las peculiaridades del caso concreto, puede considerarse o no como violadora del derecho fundamental de intimidad, simplemente se invocó el principio de forma genérica para *avaluar* la decisión del juez.

En el mismo sentido, merece atención la decisión del mismo Tribunal, en su 2ª Sala, en los autos del Recurso a trámite TST-RR-471-73.2011.5.01.0035, proceso juzgado el 17 de diciembre de 2014, cuando afirma que:

El juez debe preocuparse por la justicia de las decisiones, aplicando, siempre que sea posible, el Principio de Proporcionalidad.

El Supremo Tribunal Federal ha afirmado, en sus pronunciamientos más recientes, que el Principio de Proporcionalidad tiene su sede en el Principio del Debido Proceso Legal, que, en un régimen democrático no se limita a asegurar la observancia del proceso en la forma que se describe en la ley, sino que afecta también a las situaciones en que carece la razonabilidad de la ley.

No sería razonable recompensar al empleador que no cumplió con su obligación, es decir, no cumplió el contrato de trabajo a su debido tiempo, exonerándole del pago de la multa en cuestión. El propio orden y la unidad del sistema estarían dañados, en la medida en que se crearía un incentivo económico ante el incumplimiento de la ley.

Conviene destacar, también, que el Principio de Proporcionalidad no permite que se trate con rigor a quien cumplió con la ley laboral, en todos sus elementos, o la mayor parte de ellos, sólo porque atrasó el pago de las integraciones salariales resolutorias y, al mismo tiempo, hizo frente a quien la vulneró totalmente.

En esta óptica, es necesario que las decisiones judiciales penalicen de alguna forma el incumplimiento de la ley, con el fin de incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones.

Por último, la decisión judicial, en la medida de lo posible, debe restituir a las partes el *status quo* ante la resistencia a la pretensión. Solo tendría adecuación excluir la multa en cuestión si la decisión constituyera el vínculo en lugar de limitarse a declararlo.

Por lo tanto, ya sea cuando se niega el vínculo, ya sea cuando no lo niega pero se establece la controversia artificial acerca de las parcelas resolutorias (hipótesis de los autos), el juez debe condenar al empleador, que determinó y retrasó, es decir el pago de las integraciones salariales resolutorias en la multa que establece el artículo 477, § 8º, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, como ocurrió en la hipótesis de los autos.

Como se puede ver en su contenido, la decisión establece el Principio de Proporcionalidad y destaca su importancia en la formación de la toma de decisiones, concretamente ante el STF.

Curiosamente, sin embargo, ni siquiera establece las premisas de comparación para que pueda verificarse la aplicación del principio en el caso concreto y mucho menos aclara cómo la incidencia del principio de proporcionalidad puede contribuir a formar la *Justicia de las decisiones*.

Esta decisión, además, es particularmente interesante para destacar la forma en que se trata el principio de proporcionalidad por parte de los tribunales superiores, en la medida en que el tema que le es inherente es el de la incidencia de la multa, prevista en el artículo 477, §8º, de la CLT⁴¹², que no implica los derechos fundamentales y que, por lo tanto, ni siquiera justificaría el recurso al principio en cuestión como fundamentos de la decisión la cual, así, es errónea en dos aspectos: el primer, porque lo invoca en materia no pertinente y, el segundo, porque no explicita el proceso racional por el cual se justifica la incidencia del principio en orden a amparar la decisión en uno u otro sentido, dadas las peculiaridades del caso concreto.

⁴¹² La legislación brasileña establece plazos para el pago de la indemnización debida al trabajador por fuerza de la extinción del contrato de trabajo y el artículo 477, §8º, de la CLT, establece una multa por el incumplimiento de estos plazos: “§ 8º - La inobservancia de lo dispuesto en el § 6º de este artículo someterá al infractor a la multa de 160 BTN, por trabajador, así como al pago de la multa a favor del empleado, en un valor equivalente a su salario, debidamente corregido por el índice de variación del BTN, salvo cuando, comprobadamente, el trabajador demuestre su atraso.”

La situación no es distinta en el ámbito del STF, en que la adopción de la proporcionalidad sigue, por regla, una fórmula de argumento genérico, sin que el juez se preocupe de legitimar su decisión por el pleno cumplimiento de las distintas etapas que el principio requiere para su aplicación al caso concreto.

Como ejemplo, se cita en primer lugar la decisión proferida en los autos de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC MC-9/DF), juzgada en junio de 2001, propuesta por el ex presidente de la República Fernando Henrique Cardoso, para impedir que se dictara cualquier decisión que impidiera, alejara o suspendiera la decisión que implicara restar eficacia de los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Medida Provisional n° 2152-2. El Ministro Néri da Silveira, en su voto, además de invocar el *Principio de Razonabilidad*, enumera los elementos que deben ser utilizados por el Juez para la correcta aplicación del principio en cuestión:

De hecho, se ha admitido que, al considerar sobre restricciones a los derechos, es preciso comprobar no sólo la admisibilidad constitucional de la restricción eventualmente establecida, sino también su compatibilidad con el principio de proporcionalidad. Escribió, en este sentido, Gilmar Ferreira Mendes: “Esta nueva orientación que permitió convertir el principio de la reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) en el principio de la reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), presupone no solo la legitimidad de los medios utilizados y de los fines perseguidos por el legislador, sino también la adecuación de estos medios para la consecución de los objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) y la necesidad de su utilización (*Notwendigkeit odas Enforderlichkeit*). Un juicio definitivo sobre la proporcionalidad o razonabilidad de la medida debe derivar de la rigurosa ponderación entre el significado de la intervención para lo logrado y los objetivos perseguidos por el legislador (proporcionalidad o razonabilidad en sentido estricto).

El presupuesto de adecuación (*Geeignetheit*) exige que las medidas intervencionistas abstractas se muestren capaces de alcanzar los objetivos pretendidos. El requisito de necesidad o de exigibilidad significa que ningún medio menos gravoso para el individuo se revelará igualmente eficaz en la consecución de los objetivos pretendidos. Así, sólo lo que es adecuado puede ser necesario, pero lo que es necesario no puede ser inadecuado”. (Repertorio IOB de Jurisprudencia n° 23/94 – pág. 475). (...).

Ahora en la hipótesis parece clara la desproporción, la irracionalidad de imponerse una sanción pecuniaria que puede llegar al 200% del valor de la tarifa, a quien, por razones que no se comprueban, en un

momento determinado, supera el límite establecido del consumo de energía eléctrica. El orden constitucional, en base al art. 5º, LIV y LV, del Texto mayor, no admite tal tratamiento por parte del legislador o de la Administración hacia el particular, (...) en base a lo expuesto, la denegación de la medida cautelar.⁴¹³

Resulta que, a pesar de que se invoque la aplicación de la proporcionalidad, dividida en adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en la decisión dictada no hay ningún análisis específico de cómo hacerlo, observando las peculiaridades del caso concreto y, mucho menos, ninguna preocupación en aclarar cómo los tres pasos de la proporcionalidad habrían sido observados por el juez en la construcción de su razonamiento y en los fundamentos de su decisión.

Esta forma de decidir es la característica más llamativa en los diversos pronunciamientos del STF a lo largo de los años, pudiéndose citar como paradigma de esta orientación que no se altera a lo largo de los años, la decisión proferida por el Tribunal Pleno del STF, en el caso clamoroso de las biografías no autorizadas, que implicaba una clara tensión entre principios constitucionales consagrados de los derechos fundamentales: por un lado, la libertad de expresión y el derecho a la información; por otro los derechos de la personalidad como privacidad, imagen y honor, contemplados en los artículos 20 y 21 del Código Civil.

De la decisión – que cuenta con más de 100 páginas sólo con relación al voto-relator – se destaca el siguiente paso, en el cual, la jueza reconoce la tensión de los principios constitucionales:

76. La coexistencia de las normas constitucionales de los incs.VI y IX del art. 5º requiere, para la superación del aparente conflicto de lo que en ellas se contiene, se considera si la persona puede asegurarse inviolable en su intimidad, privacidad, honor y en su imagen si no es libre para pensar y configurar su intimidad, establecer su espacio de privacidad, formar el concepto moral y social que le confiere la honradez y acuñar la imagen que le garantice el atributo reconocido que busca.

⁴¹³ Disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372908>

Para perfecto deslinde del caso en examen, hay que acogerse a la ponderación de los derechos, conjugándose el derecho a las libertades con la inviolabilidad de la intimidad, de la privacidad, del honor y de la imagen de la persona sobre la que pretende escribir la biografía y de aquéllos que pretenden elaborar las biografías.

Según Robert Alexy,

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede a otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene 115 En elaboración ADI 4815 / DF lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso. Ejemplos de la solución de colisiones de principios los ofrecen las numerosas ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal. Aquí, a modo de ejemplo, puede recurrirse a dos decisiones, a la del fallo sobre incapacidad procesal y la del fallo Lebach. El análisis de la primera decisión conduce a intelecciones acerca de la estructura de las soluciones de colisiones que pueden ser resumidas en una ley de colisión; la segunda profundiza estas intelecciones y conduce a la concepción del resultado de la ponderación como norma de derecho fundamental adscrita” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 89-90).

La adopción del criterio de la ponderación para la interpretación de las normas y la solución de los casos en los cuales se aplican no es inédita en este Supremo Tribunal Federal:

“Acción directa de inconstitucionalidad. §1º del art. 28 de la Ley N. 12.663/2012 (“Ley General de la Copa”). Violación de la libertad de expresión. Inexistencia. Aplicación del principio de proporcionalidad. Juicio de ponderación del legislador para limitar las manifestaciones que tienden a generar mayores conflictos y amenazan la seguridad de los participantes de evento de gran relevancia. Medida cautelar denegada. Acción juzgada improcedente” (ADI 5.136-MC/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Plenario, DJ 30.10.2014).

“Habeas corpus. Acto obsceno (art. 233 del Código Penal). 2. Simulación de masturbación y exhibición de las nalgas, después del final de la actuación teatral, en respuesta a los abucheos del público. 3. Discusión sobre la caracterización del agravio al pudor público. No hay que olvidar el contexto en se verificó el acto inculcado. El examen objeto del caso demuestra que la discusión está integralmente insertada en el contexto de la libertad de expresión,

aunque inadecuada y deseducada. 4. La sociedad moderna dispone de mecanismos propios y adecuados, como la propia crítica, para este tipo de situación, dispensándose el marco penal. 5. Igualdad en la decisión. 116 En elaboración ADI 4815 / Df Diferimento del orden para bloquear la acción penal. Se destacan los votos de los Ministros Carlos Velloso y Ellen Gracie, que defendían que la cuestión no se puede resolver en el camino estrecho del habeas corpus” (HC N. 83.996/RJ, Relator el Ministro Carlos Velloso, Redactor para la sentencia el Ministro Gilmar Mendes, Segunda Sala, DJ 26.8.2005.⁴¹⁴

En la misma línea con las decisiones ya analizadas, no existe en el voto-relator – de innegable erudición – ninguna mención a las etapas de la proporcionalidad, aunque inequívocamente la materia se prestara perfectamente a tal tema, puesto que había una norma – artículos 20 y 21 del Código Civil – restringiendo el derecho fundamental de libertad de expresión, en defensa de los derechos fundamentales de personalidad.

Es particularmente curioso observar que hace referencia expresa al problema de colisión de los principios y a la regla de ALEXY, la cual, sin embargo, aunque se invoque, no se sigue adecuadamente.

Conviene señalar, en este paso, que no se pretende cuestionar cualquier órgano jurisdiccional por el hecho de que adopte ésta o aquella decisión, o incluso por adoptar decisiones contradictorias exactamente sobre el mismo tema, tal como sucede en el ejemplo citado. No existe un obstáculo legal o doctrinal a la disidencia dentro de un mismo Tribunal y la divergencia a menudo sirve como un estímulo para una mejor reflexión sobre el tema, permitiendo el enriquecimiento del debate y la formación de la corriente jurisprudencial jurídicamente más adecuada.

Lo que se cuestiona, sin embargo es la ausencia de un vector doctrinal, con decisiones que se dicten de acuerdo con el sentir de cada órgano juez y

⁴¹⁴ Voto-relator pronunciado por la Excma. Sra. Ministra Carmen Lúcia, en la decisión dictada por el Tribunal pleno del STF en los autos de la Acción Directa de Inconstitucionalidad ADIn 4.815/DF, juzgado el 10 de junio de 2015 y disponible para su consulta en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>

únicamente mediante una justificación casuística y subjetiva – si no es arbitraria – de los derechos en conflicto.

De hecho, lo que se observa en las decisiones de los Tribunales Superiores brasileños es una invocación genérica a la *proporcionalidad* como si fuera un juicio valorativo identificado con juicios de *Ponderación* y *Razonabilidad*, a menudo en una errónea relación de sinonimia, e invariablemente, invocados sin ningún análisis al carácter trifásico que compone el principio y que, como hemos visto en el presente estudio, deberían ser siempre considerados para su correcta aplicación.

En este sentido, como bien observa Virgílio Afonso Da Silva, las diversas decisiones del Supremo Tribunal Federal sobre el tema de las restricciones a los derechos fundamentales, aunque hagan referencia al principio de proporcionalidad, extrañan por completo su estructura trifásica de argumentación, limitándose sólo a citarlo como argumento retórico desnudado de racionalidad ⁴¹⁵.

Como ya se ha mencionado, es innegable que incluso la aplicación estructurada de la proporcionalidad implica algún grado de subjetividad, en la medida en que se relaciona con una elección que no es decidida mediante una simple subsunción, sino con una comparación crítica de medios y fines, siendo justamente esta estructura trifásica y la rígida metodología de *prueba progresiva*

⁴¹⁵ En las palabras del autor citado: “La invocación de la proporcionalidad es a menudo un mero recurso a un *nivel* más alto, con carácter meramente retórico y no sistemático. En numerosas decisiones, siempre que se quiera alejar alguna conducta considerada abusiva, se recurre a la fórmula ‘*a la luz del principio de la proporcionalidad o de la razonabilidad*, el acto debe considerarse inconstitucional’. (...) A pesar de destacar la importancia de la proporcionalidad “para el deslinde constitucional de la colisión de los derechos fundamentales”, el Tribunal no parece dispuesto a aplicarla de forma estructurada, limitándose a citarla. (...) No hay ninguna referencia con ningún proceso racional y estructurado de control de la proporcionalidad del acto cuestionado, ni tampoco a una real comparación entre los fines deseados y los medios utilizados. El razonamiento aplicado suele ser mucho más simple y mecánico. En resumen: – la constitución consagra la regla de la proporcionalidad. – el acto cuestionado no respeta esta exigencia. – el acto cuestionado es inconstitucional. (Afonso da Silva, Virgílio. “O Proporcional e o Razoável”. *Revista dos Tribunais* 798, 2002. p. 31).

del principio de proporcionalidad las que permiten superar el discurso retórico-arbitrario y obtener una fundamentación jurídica basada en un proceso racional de argumentación capaz de asegurar las *decisiones judiciales correctas*⁴¹⁶, así entendidas las que efectivamente preserven el centro de la estructura Jurídica Constitucional que son los derechos fundamentales como expresión del principio de dignidad de la persona humana.

En otras palabras, no debe importar si el Tribunal Superior del Trabajo, cuando trata la temática de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, no permita un espacio de vida privada en el correo electrónico funcional⁴¹⁷ o no permita que el empleador tenga restricciones en el uso de los baños durante la hora de trabajo.

Lo que debe – o debería importar, es que para llegar a todas estas decisiones el órgano juzgador estuviera atento a un mismo y único criterio, aunque de este mismo criterio pudieran derivar decisiones aparentemente contrarias dados los matices del caso concreto, a ejemplo de lo que se puede constatar en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional Español que se vale del mismo principio de proporcionalidad tanto para garantizar el derecho a la propia imagen (espectro más amplio), como para modelar con mayor tolerancia el derecho a la igualdad de tratamiento (más restricto).

⁴¹⁶ Para DÍAZ GARCÍA “el examen de proporcionalidad permite alcanzar decisiones judiciales correctas, esto es, decisiones judiciales que permiten el mayor disfrute posible de los derechos fundamentales, dentro de las posibilidades conferidas por las justificaciones en que se funda la medida que pretende limitarlos” *Op. Cit.*, p. 202.

⁴¹⁷ La histórica decisión pronunciada por la 1ª Sala del C. TST. en el recurso de revisión RR-613/2000-013-10-00.7, del informe del Excmo. Sr. Min. JOÃO ORESTE DALAZEN, publicado en el DJ. de 10/6/2005, mediante el cual se establece una orientación jurisprudencial que irá progresivamente sedimentándose al punto de que casi aniquila cualquier reflexión jurisprudencial en un sentido distinto, aunque existan en la doctrina voces discordantes. Por su importancia, esta decisión será oportunamente examinada en esta investigación.

IV. 4. - Los principios de proporcionalidad y de buena fe objetiva como marcos definidores de los derechos fundamentales en contrato de trabajo.

Ya se dice a lo largo de esta investigación que el Tribunal Constitucional Español, desde hace muchos años, adopta el principio de proporcionalidad como criterio general en términos de establecer límites a los derechos fundamentales, incluso en la relaciones entre particulares, en especial, en el ámbito laboral.

No obstante, la aplicación de la proporcionalidad como criterio definidor de limitaciones de derechos fundamentales en el marco de la relación de trabajo soluciona el problema únicamente desde la restricción al poder directivo, es decir, el límite se impone sólo y tan sólo en la perspectiva del ejercicio del poder directivo, sin abordar el problema bajo el ángulo de la delimitación de los derechos fundamentales propiamente dichos, es decir, sin definir cuál es el criterio que deba de adoptar el jurista a la hora de proponer una delimitación de los actos ejercidos por el empleado en el marco del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales frente a aquel poder.

En esta sistemática, se opera una restricción al derecho fundamental desde la perspectiva del otro *derecho* que se le opone —en el caso concreto—, el poder directivo, dando a la medida un carácter claramente *reactivo*.

Lo que pretendemos proponer en esta investigación, sin embargo, es que se haga esta operación de forma *activa*, es decir, desde un análisis primario de la propia conducta del trabajador cuando este ejerce sus derechos fundamentales en el ámbito de la relación de empleo.

En esta perspectiva, aunque la proporcionalidad pueda marcar con precisión los límites a las restricciones de los derechos fundamentales, hay ocasiones en las que su aplicación puede que no parezca suficiente para un resultado justo a los ojos de la sociedad, imponiéndose así la adopción de un

contrapeso que permita aquilatar las actitudes del trabajador y su comportamiento como sujeto activo en la relación de trabajo.

Intentando complementar tal solución, la sencilla respuesta que se propone al tema es la aplicación del principio de buena fe objetiva como elemento agregador adecuado para valorar el comportamiento del trabajador y, así, propiciar una solución al problema sin generar ninguna afrenta con respecto al principio de equidad.

Ello porque, como se ha observado, la teoría de la proporcionalidad requiere una rígida secuencia de respuestas a las investigaciones previamente ajustadas, cuyo punto de partida y principal objetivo es la máxima preservación de los derechos fundamentales, de modo que su incidencia práctica de forma pura y simple puede presentar soluciones, por lo menos, inusitadas, al caso concreto.

Este es el caso de la solución adoptada por la *Sección 1ª de La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia nº 6390/2004*, de 21 de septiembre de 2004, que aborda la situación de un empleado de alto nivel que constituye otra empresa actuando en la misma rama de su empleadora y, valiéndose de la estructura telemática de esta última —concretamente, del ordenador y de la cuenta de correo electrónico— empieza a desarrollar productos y a ofertarlos a los clientes de su empleador como si fuesen de su propia empresa.

Preguntado acerca de su proceder, el empleado termina por involucrarse en una discusión con uno de los directores de la empresa, y acaba llamándole “hijo de puta”, por lo que se le despide bajo la acusación de falta grave.

Objetivamente planteado el problema, dos fueron las faltas que motivaron el despido del trabajador por razones disciplinarias: 1) utilización de la estructura telemática de la empresa empleadora para promover actividad de

tercera empresa —de la cual el trabajador era socio— a clientes de aquella; 2) la agresión verbal al director de la empleadora, consustanciada en la utilización de una expresión injuriosa en una discusión animada en el lugar de trabajo.

El Tribunal de Justicia de Cataluña, apreciando la cuestión en sede de recurso, aunque confirme el despido disciplinario por el segundo fundamento —ofensa verbal al director de la empresa— entiende inconsistente el despido con relación al primer motivo invocado por la empleadora. Argumenta que esta, al investigar el contenido existente en el ordenador propiedad de la empresa que era utilizado por el trabajador, sin la presencia de este último o dirigente sindical u otro colega que lo pudiese representar, había atentado contra el principio de proporcionalidad, en la medida en que la empresa disponía de medios menos invasivos para promover tal control.

De los fundamentos de la decisión, se destaca el siguiente extracto:

[...]

El Alto Tribunal ha terminado por concluir afirmando que los controles que pueda establecer el empresario en uso de su derecho a controlar la actividad de los trabajadores serán lícitos mientras no produzca resultados inconstitucionales y que para poder afirmar si ese aspecto se entiende producido o no habrá que establecer en cada caso si la medida empresarial adoptada se acomodó a la exigencia de proporcionalidad entre el fin pretendido con ella y la posible restricción de aquel derecho fundamental de los trabajadores para lo cual es necesario constatar si dicha medida cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios, sobre otras bases o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

[...]

En definitiva se impone la necesidad que el control del correo electrónico de que ha hecho uso el trabajador, se realice con las mínimas garantías establecidas en el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores, en presencia del afectado por aquél, un representante de los trabajadores o en ausencia de éste del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa. Esta misma exigencia se recoge en la sentencia de esta Sala de 11.6.2003 (AS 2003, 2516) en que se

destacan las condiciones necesarias para que el resultado de tal control pueda aportarse como medio de prueba y surtir plenos efectos de validez: a) necesidad de un propósito específico, explícito y legítimo (elemento de causalidad), b) que la supervisión sea una respuesta proporcionada sobre un patrón de riesgo elemento de indispensabilidad, c) mínima referencia sobre los derechos a la intimidad del trabajador o trabajadores afectados/elemento de proporcionalidad) y d) presunción del trabajador y de su representante en el momento de apertura del correo (elemento garantista). Como quiera que en el caso de autos tales exigencias no se cumplieron, fue correcta la solución adoptada por el Juzgador de instancia rechazando su eficacia probatoria.

La decisión proferida, como vemos, equipara el ordenador de uso personal del empleado en la empresa con los armarios que se ponen a su disposición para guardar las pertenencias personales y, a partir de ahí, desarrolla la solución del problema por la aplicación del principio de proporcionalidad con el objetivo de preservar el derecho fundamental de intimidad personal y familiar, que está establecido en el artículo 18 de la Constitución Española⁴¹⁸.

Conviene observar, aquí, que el juzgado el Tribunal, lejos de pronunciar una decisión separada, refleja una corriente jurisprudencial, que se asienta en la máxima potenciación de la teoría de la proporcionalidad como instrumento de protección y garantía del derecho fundamental, residiendo justamente en esta operación la necesidad de contrapunto con el otro valor propuesto que también debe ser objeto de examen en la problemática del conflicto entre derechos fundamentales, como es el del principio de buena fe en su vertiente objetiva.

En este contexto, lo que proponemos es que previamente a cualquier análisis del conflicto *derechos fundamentales versus poder directivo* se investigue la buena fe de los agentes implicados en la relación de empleo para que, solamente entonces, se aplique el principio de proporcionalidad —ahí sí de forma estricta— como elemento susceptible de evaluar la validez del recorte promovido en el derecho fundamental.

⁴¹⁸ La Constitución española, a diferencia de lo que sucede en la brasileña, no desarrolla el concepto de vida privada (*privacy*), y opta por emplear el término “Intimidad personal y familiar” en la redacción del artículo 18.1.

En el caso expuesto, es inequívoco que la conducta adoptada previamente por el trabajador y que provoca el ejercicio —reactivo— del poder directivo del empleador, no obedece a los imperativos de buena fe.

Al contrario, es manifiestamente malicioso que, en el intento de provocar daño al otro integrante de la relación de derecho material, produciéndose una evidente distorsión de los valores implicados en la cuestión de hecho, el hecho de que el empleado, después de la práctica de actos ilícitos, cómodamente invoque la protección de los derechos fundamentales como simple defensa de sus intereses cuestionables.

Sin embargo, si según se entiende, solamente hay ejercicio regular de un derecho a partir de un contexto previo y anterior de buena fe, ello significa que hay que *evaluar el ejercicio del derecho en los límites de la finalidad que el ordenamiento jurídico quiso otorgarle*. Es decir, no hay derecho fundamental que deba ser protegido, sino mero abuso —un acto ilícito en su acepción pura y simple— y que no puede tolerarse o consentirse ante el Poder Judicial, especialmente si se trata de la relación de empleo, la cual tiene como uno de sus principales elementos la confianza por parte del empleador con relación a su empleado.

Conviene subrayar que la construcción ahora propuesta, en efecto, no tiene nada de innovadora, siendo ya aplicada, incluso, por el propio Tribunal Constitucional español, precisamente en el contexto de la temática propuesta, al dictar la Sentencia 20/2002, de 28 de enero de 2002, cuando destaca que toda manifestación de derecho en el ámbito de la relación de trabajo solamente se dará de forma legítima cuando resulte conforme a las exigencias de la buena fe.

En este sentido, se destaca de los fundamentos de la decisión aludida el siguiente pasaje:

[...] Es cierto que tanto el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), como el derecho a la información (art. 20.1.d CE), revisten matices específicos cuando su ejercicio se realiza en el ámbito de la relación laboral, pues la buena fe o la especial confianza recíproca entre el trabajador y el empresario inherente al vínculo contractual que les une actúa como límite adicional a ese ejercicio. Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la relación contractual laboral genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (SSTC 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4). Sin embargo, esto no significa que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 2; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4). Por este motivo, es preciso que en casos como el presente, los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de éstos en el Ordenamiento jurídico, en cuanto "proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona" (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (SSTC 6/1982, de 21 de enero, FJ 8; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 7; y 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3, entre otras)⁴¹⁹.

De hecho, parece claro que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede servir de escudo para la práctica de actos ilícitos, y los actos practicados en contra de la buena fe no pueden ser considerados actos lícitos, aunque aparentemente resulten coherentes con el orden jurídico material.

En esta perspectiva, la buena fe, mucho más que un principio de Derecho, se presenta también como un componente necesario a la licitud del acto jurídico en sí mismo, noción que paso a desarrollar dada su importancia en relación con la ideas y propuestas finales expuestas en esta investigación.

⁴¹⁹ Disponible en

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7747>.

IV. 4.1. - La buena fe como requisito para la licitud de los actos civiles

En relación al tema, resultan necesarias algunas breves digresiones sobre lo que se deba entender por ilegalidad y sus consecuencias para los actos de la vida civil. El análisis del tema se puede hacer bajo dos perspectivas.

La primera de ellas deriva de la noción clásica de lo que se debe considerar por ilícito civil y que resulta directamente de la incidencia de la regla contenida en el artículo 186 del Código Civil Brasileño, cuyo contenido establece que el individuo practica un acto ilícito cuando, por su acción u omisión, actúa con culpa (en su sentido amplio, que implica el dolo, es decir, la intención de causar el daño y la culpa, cuando el agente actúe de forma negligente, imprudente o con impericia), causando perjuicios a terceros. Es la llamada cláusula general de responsabilidad civil⁴²⁰.

Así, constituye un elemento esencial del acto ilícito —es decir, aquel sin el cual la conducta no configurará un ilícito civil— única y exclusivamente la anti-juridicidad de la conducta. Los demás, culpabilidad, daño y nexo causal entre la culpabilidad y el daño, son considerados elementos no esenciales del ilícito, aunque sean requisitos para la caracterización del ilícito generador de responsabilidad civil.

Hay que tomar en consideración, sin embargo que, faltando cualquiera de estos elementos no esenciales, habrá un acto ilícito en la esfera civil; lo que no habrá será responsabilidad, a menos que la Ley expresamente diga lo contrario.

Hay casos, sin embargo, en que realmente no se configurará el acto ilícito. Son los casos en los que se excluye la ilegalidad por razones de equidad.

⁴²⁰ Así dispone el artículo 186 del Código Civil Brasileño: “*Aquél que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viole el derecho y cause daño a otros, aunque exclusivamente de tipo moral, comete un acto ilícito*”.

Así, no constituyen actos ilícitos aquellos practicados por legítima defensa, por un estado de necesidad, en el ejercicio regular de derecho y en el estricto cumplimiento de un deber legal. Tampoco constituyen actos ilícitos aquellos producidos en virtud del caso fortuito o por fuerza mayor.

A propósito, conviene observar que, aunque no exista una distinción práctica entre fuerza mayor y caso fortuito, en la medida en que ambas excluyentes son tratadas como equivalentes en la legislación, hay diferencia ontológica entre los mismos.

El caso fortuito es, en el sentido exacto de su derivación (casualidad, imprevisión, accidente), el caso que no se podría prever y se muestra superior a las fuerzas o voluntad del hombre, cuando surge, para que sea evitado.

A su vez, fuerza mayor es el hecho que se prevé o es previsible, pero que no se puede, igualmente, evitar, visto que es más fuerte que la voluntad o acción del hombre.

Así, ambos se caracterizan por la irresistibilidad y se distinguen por la previsibilidad o imprevisibilidad.

Adentrándonos en el análisis pormenorizado de los elementos de los actos caracterizadores del ilícito civil, conviene destacar que la anti-juridicidad implica una contrariedad al Derecho. No a la norma jurídica en sí, sino a los objetivos mayores del Derecho, como el orden, la seguridad, la paz, la Justicia, etc.: siempre que alguna acción u omisión humana se oponen a estos objetivos habrá un acto anti-jurídico.

En cuanto a la culpabilidad, implica los conceptos de culpa y de dolo. No obstante, la doctrina civilística se refiere, en la mayoría de las veces, sólo a la culpa, sobrentendiéndose el dolo. No son, sin embargo, la misma cosa para el Derecho Civil, a pesar de que las consecuencias sean, en principio, las mismas;

es decir, responsabilidad por las consecuencias. Sólo cuando se trate de ilícito contractual es cuando se produce una leve variación, puesto que en los contratos unilaterales, responde, por culpa o dolo, el que utiliza el contrato, como el donatario, por ejemplo; y sólo por dolo, el que utiliza el contrato, como es el caso del donante⁴²¹.

A su vez, daño es disminución o substracción de un bien jurídico, lesión de interés. Debe producirse en contra de la voluntad del lesionado. El daño puede ser positivo o negativo. Será positivo o emergente, *damnum emergens*, cuando se caracteriza, objetivamente, una lesión, substracción o disminución patrimonial, ya materializada. Será negativo, cuando conlleva un lucro cesante, *lucrum cessans*, o cuando la disminución o lesión patrimonial sea futura.

Por último, el nexo causal representa la relación de causa y efecto entre la conducta culpable del agente y el daño por ella provocado. El daño debe ser fruto de la conducta reprochable del agente. No habiendo esta relación, no se puede hablar de acto ilícito.

La segunda perspectiva —de mayor interés para esta investigación— es la que resulta del artículo 187 del Código Civil Brasileño, que trae implícita la noción de abuso de derecho y que se produce cuando la persona, al ejercer un derecho, excede los límites permitidos en razón de las finalidades del derecho, su fin económico y social, la buena fe y las buenas costumbres⁴²².

Como podemos observar, en los términos de la articulación legal anteriormente propuesta, incurre en la práctica de acto ilícito no sólo aquél que incurre en las conductas de anti-juridicidad descritas en la cláusula general de responsabilidad civil, sino también, en los precisos términos de la regla, también

⁴²¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 328.

⁴²² El artículo 187 del mismo Código Civil Brasileño dispone: “*Também comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres*”

aquel que, al ejercer sus derechos, olvida sus finalidades de su fin económico y social, de la buena fe y de las buenas costumbres.

En esta medida, Carlos Roberto GONÇALVES apunta que: “Acto ilícito es el practicado con una infracción al *deber legal* de no violar el derecho y no lesionar a otros. Tal deber es impuesto a todos en base al artículo 186 del Código Civil, que prescribe: “Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viole derecho y cause un daño a otros, aunque exclusivamente moral, comete un acto ilícito. También lo comete quien abuse de su derecho (art. 187)”⁴²³.

Hay, pues, dos especies de actos ilícitos: los que derivan de la conducta activa o pasiva de anti-juridicidad contemplada en la cláusula general de ilegalidad, considerado como un *acto ilícito puro* (contemplado en el artículo 186 del CCB); y los que derivan de la condición de equiparación, establecida por el incumplimiento del fin social del derecho, de la buena fe y las buenas costumbres, llamado *acto ilícito equiparado* (artículo 187 del CCB).

A diferencia del *ilícito puro*, donde la conducta adoptada ya nace ilícita, en el acto ilícito equiparado el causante del daño sería el sujeto de derecho y, por regla general, podría haber practicado el acto sin que eso caracterice cualquier ilegalidad, ya que la conducta se encuentra amparada por las normas jurídicas. Lo que genera la ilegalidad del acto —inicialmente conforme al derecho— es el exceso en su práctica, el *abuso de derecho*, puesto que según la regla contenida en el artículo 187 del Código Civil Brasileño, el ejercicio regular de un derecho presupone límites, los cuales, no observados, perjudican la práctica del acto, convirtiéndolo en un ilícito por equiparación⁴²⁴.

⁴²³ GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 32-33 y 44)

⁴²⁴ La redacción del artículo 187 del Código Civil Brasileño, lejos de constituir un modelo propio de un sistema cerrado, encuentra paralelos en otros sistemas jurídicos, tal como por ejemplo, se produce con el artículo 334º del Código Civil de Portugal, cuyo contenido prevé que “Es

Conviene observar que ambos actos son ilícitos y son susceptibles de generar responsabilidad, pero mientras la responsabilidad del artículo 186 del CCB se da por un acto completamente ilícito, la versión equiparada de la ilegalidad, contemplada en el artículo 187 del mismo texto legal, surge de un acto lícito que tiene su salud comprometida por el *modus operandi* adoptado por el agente que, al exceder los límites de la probidad y de la buena fe, convierte la conducta que antes era legal en un acto ilícito.

Mientras en el acto ilícito puro hay un vicio en su estructura formal, que desde el inicio se presenta contraria al derecho, la ilegalidad por equiparación no prescinde del examen de las circunstancias en las que se practica el acto, cuya estructura formal permanece íntegra, el vicio se encuentra en su esencia, en la conducta exteriorizada por el agente. Los dos institutos se asemejan, pero sin embargo no se confunden.

El ilícito puro, dado que deriva de la violación de los límites formales, presupone la existencia de concretas prohibiciones normativas; es decir, la propia norma fija unos límites para el ejercicio del derecho. En el *abuso* no hay límites definidos y fijados previamente, puesto que estos serán dados por los principios que rigen el ordenamiento, los cuales contienen sus valores fundamentales⁴²⁵.

La caracterización del acto ilícito puro es directa y más evidente, puesto que existe una norma jurídica que tipifica la conducta, mientras en el ilícito por equiparación —el abuso— sólo podrá constatarse a partir del momento en que haya una disconformidad entre la conducta y el fin que la ley impone.

El instituto del abuso de derecho trae la premisa de la relativización de los derechos, con el fin de evitar el ejercicio abusivo de los mismos por sus

ilegítimo el ejercicio de un derecho, cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por el fin social o económico de este derecho”

⁴²⁵ CARPENA, Helena. “Abuso de direito à luz do novo Código Civil”. En: TEPEDINO, Gustavo. Coord. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, 2º, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 382.

titulares y con objetivo de garantizar el bienestar de las relaciones jurídicas en la sociedad. Por lo tanto, todo aquel que excede los parámetros de la buena fe, de las buenas costumbres y la finalidad social o económica de los derechos o prerrogativa debe considerar su conducta como rechazada por el Derecho, ya que el ejercicio absoluto de un derecho causa un desequilibrio en los valores ético-sociales, que fundamentan la vida en sociedad.

En este sentido, afirma Caio Mário DA SILVA PEREIRA que “no se puede, en la actualidad, admitir que el individuo conduzca la utilización de su derecho hasta el punto de transformarlo en causa de un perjuicio ajeno. No es que el ejercicio del derecho, hecho con toda regularidad, no sea razón de un mal a otros. A veces se produce, e incluso con frecuencia. No será inocua la acción de cobrar una deuda, la protesta de un título cambial, el interdicto posesorio, *retinendae possessionis*, que desaloja de la gleba un ocupante. En todos estos casos, el ejercicio del derecho, regular, normal, es generador de un daño, pero no por eso deja de ser lícito el comportamiento del titular, además de ser moralmente defendible. No puede, por lo tanto caracterizar el abuso de derecho por el hecho de que su ejercicio cause eventualmente un daño o motivarlo normalmente, porque el daño puede ser el resultado inevitable del ejercicio, a tal punto que éste se vaciaría de contenido si su utilización se hiciera dentro del criterio de la inocuidad”⁴²⁶.

Según ya se ha mencionado, la configuración de los ilícitos por equiparación tiene como requisito indispensable el ejercicio inicial de un derecho, cuyo exceso irá a desviarlo de la licitud de la cuenta prevista en la regla. La conducta es, en este escenario, anormal y excesiva, de manera que se configura un abuso (y no *uso*) del derecho, ya sea por no atender a su finalidad económica y social, ya sea por no destacar para la buena fe o las buenas costumbres, causando un daño a otros.

⁴²⁶ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. vol. 1. *Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 673.

Por lo tanto, conviene examinar en qué situaciones se configura el acto ilícito por equiparación —o el abuso de derecho—. En este sentido, Paulo NADER afirma que los requisitos del abuso de derecho, son los siguientes: “a) Titularidad del Derecho. El agente responsable civilmente debe estar investido de la titularidad de un derecho subjetivo, al ejercitarlo, por sí solo o a través de sus subordinados. b) Ejercicio irregular del Derecho. El titular del derecho va más allá de lo necesario con respecto a la utilización de su derecho. c) Ruptura de los límites impuestos. El titular del derecho subjetivo supera los límites dictados por fines económicos o sociales. d) Violación del derecho ajeno. Es necesaria la violación del derecho ajeno para que el lesionado pueda valerse de las medidas judiciales. e) Elemento subjetivo de la conducta. Entre los elementos del acto ilícito la culpa representa el requisito de la conducta. Sin embargo, en el caso de un acto de abuso de derecho, el legislador no puso expresamente la idea de culpa, la cual podría resultar implícita. Sin embargo, es dispensable tal elemento como requisito necesario para caracterizar el abuso de derecho. f) Nexos de Causalidad: Es la conexión entre la lesión causada y la conducta del agente”⁴²⁷.

Como podemos observar, el objetivo principal del sistema jurídico es asegurar el interés colectivo en las relaciones interpersonales, pautando el interés individual en los presupuestos ético-sociales, entre los cuales recibe una especial atención, porque se establecen en la ley, la buena fe, las buenas costumbres y la función social-económica que cada derecho protege.

Y este actuar de buena fe, exige de las partes un mutuo respeto y que presten informaciones claras y verdaderas, no admitiéndose reservas mentales intencionales con el fin de obtener un efecto desconocido para ambos.

⁴²⁷ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 554-556.

A diferencia de lo que se produce en el Derecho brasileño, el ordenamiento jurídico español no contempla una definición legal de un acto ilícito; sin embargo, se deduce de este sistema legal que los actos practicados en contrariedad a la buena fe contemplan un carácter de ilegalidad.

De hecho, además de las disposiciones ya mencionadas con respecto a la buena fe en el Estatuto de los Trabajadores, principalmente la contenida en el artículo 20º del citado texto legal, el artículo 7º del Código Civil Español prevé expresamente que:

“Artículo 7.

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

No hay duda, pues, que, aunque con diferentes nomenclaturas o clasificaciones especiales e incluso sin disposiciones expresas al respecto, el ejercicio regular de un derecho ante el sistema jurídico español presupone el actuar de buena fe y el acto cometido fuera de estas condiciones revestidas, incluso de ilicitud.

En esta misma línea de razonamiento cabe citar la decisión del STF, según el juicio del Habeas Corpus HC 103/236/ES, en las palabras del Excmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes, según el cual:

[...]

En el caso que nos ocupa, la Ley 9.296/96 no hizo más de lo que establecen las directrices para la resolución de conflictos entre la privacidad y el deber del estado de aplicar las leyes penales. A pesar del carácter excepcional de la medida, el inciso XII posibilita, expresamente, una vez cumplidos los requisitos constitucionales, la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Y tal permiso existe, por el simple hecho de que los derechos y garantías

constitucionales no pueden servir de manto protector para las prácticas ilícitas.⁴²⁸

No se puede ignorar que la decisión ahora citada aborda el proceso penal y afecta a la delimitación del derecho fundamental por la vía legislativa infraconstitucional. Con todo, ello no nos aleja de la premisa mayor que se pretende fijar en este trabajo de investigación y que consiste en situar a la buena fe objetiva como el primer elemento hábil para delimitar el comportamiento de las partes en la relación de trabajo.

Como bien observa Bengoechea, en un estudio sobre la temática de los derechos fundamentales, en el ámbito del contrato de trabajo:

...la invocación de los derechos fundamentales del trabajador no puede justificar la imposición de modificaciones de la relación laboral, la ruptura del marco normativo de la misma o el incumplimiento de los derechos laborales que incumben al trabajador: el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador no puede implicar una modificación unilateral de las obligaciones asumidas en el contrato, porque los derechos fundamentales no son ilimitados y el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos se establezcan⁴²⁹

De todo lo que se ha expuesto, puede-se concluir que reside en la buena fe objetiva el primer límite susceptible de oposición al ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral, ya que tales derechos, como reiteradamente se ha aseverado, no se prestan a justificar la práctica de actos ilícitos por el empleado y tampoco se muestran suficientes para justificar, por sí mismo, la quiebra de valores jurídicos tales como la libertad empresarial, la confianza y los propios marcos normativos del contrato de trabajo. Todos ellos, aunque inferiores a los derechos fundamentales en la perspectiva de la valoración constitucional, anteceden a los mismos en la propia formación de la relación de trabajo, en la medida en que sin ellos ni siquiera existiría tal relación, cuyo origen, conviene destacar, resulta ser la actividad empresarial.

⁴²⁸ Decisión proferida el 14/06/2010, publicada en el DJE de 03/09/2010. Disponible para su consulta en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613901>.

⁴²⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, pp. 39-40.

Conviene recordar, además, que aunque la relación de trabajo constituya un elemento vital para el desarrollo de la actividad económica, esa solamente subsiste mientras sea impulsada por esta y, aunque los dos factores se encuentren íntimamente imbricados de manera que uno no subsiste sin el otro, es en la actividad de la empresa donde se justifica la necesidad de reglamentación de las relaciones de trabajo. Por ello, el equilibrio de estos valores con los derechos fundamentales resulta esencial para el adecuado estudio del tema, incluso porque el empleador es igualmente titular de derechos fundamentales.

No hay que olvidar, tampoco, que aunque el Derecho del Trabajo haya nacido de la necesidad de proteger al trabajador de los abusos del poder económico, si observamos la realidad socio-económica generada a partir de la revolución industrial, no podemos olvidar que en la economía contemporánea una buena parte de las relaciones de empleo —sino la mayoría— son establecidas en el ámbito de pequeños oficios⁴³⁰ y, en este escenario, la valoración desmedida de los derechos fundamentales del trabajador puede conducir a un desequilibrio inadecuado y no deseado en el precario eje sobre el cual actualmente vienen equilibrándose las relaciones de trabajo frente a la actividad económica.

Así, se bien se puede decir, como advierte el TCE en reiteradas decisiones, que el contrato de trabajo no se puede convertir en un título legitimador de recortes a los derechos fundamentales de los trabajadores, tampoco se puede aceptar que el ejercicio de estos derechos constituyan una excusa para el incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, en las cuales se destaca el deber de actuar de conformidad a las reglas de la buena fe y

⁴³⁰ Como advierte Juan Antonio SAGARDOY BENGOCHEA: “Pero no deja de llamar la atención el menosprecio u olvido de prácticamente toda la doctrina iuslaboralista, de los derechos fundamentales del empresario, que atañen a su persona, y que vale, aunque con distinta amplitud, para el supuesto que sea física o jurídica. Vuelvo a recordar que un número millonario de empresarios lo son de plantillas no superiores a cinco trabajadores, con lo que su poder socio-económico sobre ellos resulta muy suavizado, mientras que su vulnerabilidad ante ataques a su honor, intimidad, información etc. es importante.” (*Op.cit.*, p. 38).

diligencia, según dispone el ya citado artículo 5.a del Estatuto de los Trabajadores.

En este particular, subraya Luz PACHECO ZERGA que:

Sin embargo, aunque es evidente que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra modificaciones de la relación contractual que considere oportunas.

Más aún, no sólo no tienen la virtualidad de imponer por sí mismas modificaciones a las relaciones jurídico-laborales, sino tampoco añaden “contenido determinado alguno”. Por tanto, más que hablar del “disfrute de nuevos derechos”, sería procedente referirse a un disfrute más amplio de los derechos laborales, en virtud del reconocimiento de mayor margen de autodeterminación del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones, cuando afecten a su dignidad y a los derechos fundamentales y libertades públicas, pero siempre dentro de los márgenes de la buena fe laboral⁴³¹.

Volviendo a la cuestión en el ejemplo originalmente propuesto al inicio de este epígrafe, parece no haber duda acerca de que la conducta del trabajador, al valerse de la estructura de la empresa empleadora para hacerle la competencia a la misma, desemboca en una flagrante violación del deber de proceder según imperativo de la buena fe. No cabe pues, como pretende el empleado, invocar la defensa de supuestos derechos fundamentales para justificar una conducta que se encuentra viciada ya en el origen y que, por lo tanto, no puede ser objeto de todas las cautelas y preocupaciones demandadas en la compleja aplicación del principio de proporcionalidad.

Suponemos, sin embargo, que si en lugar de utilizar la estructura telemática del empleador para hacerle la competencia, el empleado hubiese utilizado esta misma estructura para discutir con los compañeros sobre dónde irían a comer o incluso para convocar a la instauración de un movimiento de

⁴³¹ PACHECO ZERGA, Luz. *Op. Cit.* p.109.

queja por insatisfacción con las condiciones de trabajo⁴³², habría que haber visto las consecuencias que podría acarrear.

En cualquiera de las dos hipótesis, la buena fe del trabajador se revela plena y de forma objetiva en su comportamiento e, incluso identificándose unos claros intereses económicos contrarios a los de la empresa en la segunda hipótesis, no se observa en ningún caso, acto contrario al derecho, de tal manera que, una vez demostrada la buena fe objetiva del trabajador en la práctica de sus actos, no se puede justificar un recorte mayor con respecto al estrictamente idóneo, necesario y menos gravoso dentro de un abanico de opciones posibles con el fin de que el derecho fundamental en cuestión quede lo más garantizado posible, ya que estos derechos se erigen en valor supremo de la Constitución.

Se cuida, así, una vez caracterizada la buena fe del trabajador en su conducta, de la rigurosa aplicación del principio de proporcionalidad, tal como doctrinalmente sostiene el Tribunal Constitucional Español, mediante su jurisprudencia.

Y en las modificaciones apuntadas, la eventual violación del correo electrónico o del ordenador del empleado con el firme propósito de desvelar el contenido de los mensajes intercambiados por el trabajador con sus

⁴³² Sobre el uso del correo corporativo para el tratamiento de las cuestiones sindicales, ya decidió el TCE, en la STC 281/2005, del 7 de noviembre de 2005, enfocando el problema bajo la óptica del derecho fundamental de libertad sindical que “estando en cuestión el derecho de uso del medio telemático y no las vicisitudes que ocasionó en un momento dado su empleo, resulta coherente con el contenido del derecho fundamental supeditar esa facultad sindical a que no se cause perjuicio al grupo bancario, a su actividad productiva y al regular funcionamiento de la herramienta empresarial objeto de controversia, lo que queda asegurado en el fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional en los términos en los que se emite, a saber: el reconocimiento del derecho solicitado por el sindicato "con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes [el] 13-2-2000, que colapsó el servidor interno de la empresa". Frente a ello la Sentencia recurrida en amparo realiza una aproximación limitada a las obligaciones positivas de promoción del empresario, prescindiendo de la consideración de que el hecho de que aquéllas no existan en relación con la creación de un sistema de correo electrónico para uso sindical, no supone una genérica habilitación al empresario para llevar a cabo un acto de resistencia meramente entorpecedor del derecho, incluso en su ejercicio normal e inocuo, a falta de una justificación objetiva y razonable de su decisión.”

interlocutores parece que sí representa una agresión a los derechos fundamentales del empleado, en la medida en que hay una innecesaria exposición de la intimidad personal de este último.

La medida restrictiva, aunque resulte adecuada al fin propuesto, no se muestra necesaria para la salvaguardia del patrimonio empresarial, en la medida en que la violación del contenido de la correspondencia no es necesaria para contrastar si el uso de la herramienta empresarial está observando las reglas para las cuales fue creada, dada la sencilla circunstancia de que el simple análisis de las direcciones electrónicas o de la propia productividad son suficientes para llevar a cabo tal comprobación⁴³³.

Evidentemente se trata de un análisis de resultado, es decir, este examen de adecuación y legitimidad de los comportamientos en el caso concreto solamente puede hacerse en retrospectiva.

Esto, sin embargo, en nada compromete el sistema propuesto, ya que todo litigio es judicialmente examinado en esta misma perspectiva, es decir, los actos son juzgados después de su práctica.

A efectos de la dinámica de la relación de trabajo, sin embargo, se indica al grupo social y a los agentes interesados que el tratamiento de los derechos fundamentales, en el ámbito de aquella relación, obedece a una sistemática en que las prácticas de parte a parte deben respetar los principios de buena fe objetiva y de proporcionalidad, en esta secuencia, para que se muestren

⁴³³ En cuanto al tema, es curioso observar que la jurisprudencia en el ámbito del Tribunal Superior del Trabajo —la más alta Corte brasileña para el tratamiento de las cuestiones pertinentes al Derecho del Trabajo de foro no constitucional— consolidó el entendimiento puro y simple de que el correo electrónico corporativo, por integrar el conjunto de bienes y utilidades propiedad del empleador y que se facilitaban al trabajador para fines de concreción del contrato de trabajo, podía ser libremente utilizado por el empleador sin ningún tipo de restricción en que pese la semejanza de la estructura constitucional brasileña con la española. (Decisión TST- RR- 613/2000-013-10-00.7, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ de 10/6/2005).

conformes al orden jurídico y, por tanto, puedan ser tutelados por el poder público.

No se trata, importa advertir, de añadir al principio de proporcionalidad una etapa más, sino simplemente que se investigue si el derecho fundamental en cuestión y supuestamente violado, fue o no ejercitado según los presupuestos de la buena fe.

Y así es porque solamente en los límites del ejercicio regular de derecho habrá un derecho fundamental que deba ser tutelado. Fuera de este parámetro esencial, lo que queda es abuso de derecho, mera ilicitud que no conlleva ni merece protección jurídica.

IV. 4.2. - La propuesta en relación con algunos derechos fundamentales

Una vez que se ha presentado la fórmula, consideramos importante someterla a un análisis de prueba en algunas situaciones concretas a fin de que se pueda averiguar su viabilidad en el plano de los hechos.

Con tal objetivo, se examinarán algunas decisiones dictadas en torno a casos que implican la tensión de los derechos fundamentales *versus* el poder directivo, para después aplicar las premisas defendidas a lo largo de nuestra investigación, fijando el análisis en los derechos fundamentales relativos a la intimidad personal y familiar —que en el derecho brasileño es tratada como intimidad y vida privada—, libertad religiosa y derecho a la imagen.

IV. 4.2.1. - La intimidad personal y familiar. La vida privada

Cuestión siempre tormentosa, la discusión relativa al registro visual de los trabajadores ya fue objeto de los más diversos posicionamientos, prevaleciendo, en líneas generales, la orientación jurisprudencial de que es lícito el registro, consideradas las peculiaridades de algunas actividades empresariales, siempre que se lleve a efecto sin exponer al trabajador a situaciones vejatorias⁴³⁴.

En este sentido, al examinar el Recurso de Registro 1069/2006-071-09-00.2, el Tribunal Superior del Trabajo, analizando la cuestión relativa al registro corporal en el entorno de trabajo, pronuncia la siguiente decisión:

TST - RR 1069/2006-071-09-00.2 - Publicada en 14-8-2009. DAÑO MORAL - REGISTRO CORPORAL - EMPRESA DE CONFECCIÓN. Como expresión del poder directivo reconocido al empleador y también con el fin de compatibilizar los textos constitucionales de protección a la propiedad y al honor y a la dignidad del trabajador, la jurisprudencia mayoritaria ha admitido la posibilidad de que el empleador promueva, considerando las características y las peculiaridades de la actividad comercial explotada, el registro corporal de objetos personales de sus empleados, al final del recurso, siempre que no se produzcan excesos y exposiciones vejatorias que comprometen el honor y la imagen de estos trabajadores. En este escenario, al realizar estas registros corporales que consisten en determinar la exposición del sujetador, de la braga y de medias de sus empleadas, para comprobar la eventual ocurrencia de robos de estas piezas dentro de la empresa, actúa el empleador al margen de los parámetros razonables, invadiendo esta esfera impenetrable de intimidad y cometiendo un abuso que debe ser reparado – Código Civil, artículos 186 927.

La decisión pronunciada, como podemos observar, sigue la línea general perfilada en el Tribunal Superior del Trabajo, según lo anteriormente expuesto, pero en sus fundamentos reside el aspecto más rico y de mayor importancia en este estudio.

En efecto, se observa que el juzgador expresamente invoca entre sus razones para decidir que la actuación del empleador, al proceder con el llamado

⁴³⁴ En España, en BILBAO UBILLOS, J. M^a, *La eficacia...*, op. cit. p. 736 y ss. se encuentran algunos casos y un tratamiento doctrinal de la cuestión.

registro corporal, debe juzgarse a la luz del principio de proporcionalidad. A saber:

La cuestión que implica la autorización y los límites del registro corporal es extremadamente tormentosa. Eso porque, si por un lado el art. 2º de la CLT asegura al empleador el poder jerárquico y fiscalizador acerca de la prestación de los servicios por parte del empleado, por otro existen límites al ejercicio de este poder.

El primer límite es inherente al propio ejercicio del derecho, que no puede desbordar los parámetros impuestos por su fin económico o social, por la buena fe y por las buenas costumbres, tal como establece el art. 187 del CC.

El segundo límite deriva de la noción relacional de los derechos fundamentales, en que el ejercicio de un derecho no puede implicar la violación de otros. En esta perspectiva, delega al intérprete-aplicador para que intente, según el principio hermenéutico-constitucional de la concordancia práctica, armonizar los bienes jurídicos en tensión con el objetivo de evitar que la satisfacción de uno perjudique a la del otro.

El hecho es que, en la práctica, estos dos límites terminan fundiéndose, ya que el ejercicio abusivo de un derecho a veces invade la esfera jurídica de otro sujeto, lo que, en último análisis, se vacía en el concepto relacional de derechos.

En el presente caso, se comprueba que la conducta de la Demandada consistió en realizar registros corporales en la Demandante por los cuales tenía ella que mostrar el sujetador, la braga y las medias, habiendo incluso casos de burlas en virtud de tal hecho - todo según lo afirmado o admitido por el Tribunal Regional.

Se podría incluso plantear un conflicto entre los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, en que por un lado se tiene el derecho a la propiedad y por otro a la intimidad.

Pienso, sin embargo, que la primera cuestión que debe observarse aquí es con relación al límite intrínseco que el derecho de propiedad y de fiscalización sufren, tal como establece el art. 187 del CC. Este análisis - el de la verificación del ejercicio abusivo de un derecho - se permea por el juicio de razonabilidad o proporcionalidad.

Según la doctrina, el principio de proporcionalidad integra otros tres subprincipios, a saber: a) el de adecuación; b) el de necesidad; y c) el de proporcionalidad en un sentido estricto.

Por el primero, el acto practicado tiene que ser útil para alcanzar el fin deseado.

En el presente caso, es fácil observar que de hecho comprobar el sujetador, la braga y las medias de la empleada es un medio suficiente para alcanzar el objetivo pretendido por la Demandada, es decir, ejercer su poder de fiscalización con el objetivo de proteger el patrimonio.

Pero para determinar si efectivamente el acto es razonable o proporcional, debe ser todavía someterse al subprincipio de necesidad.

Y es aquí concretamente donde el registro corporal practicado por la Demandada encuentra su primer obstáculo. Eso porque establece este subprincipio que para que el acto pueda considerarse proporcional no basta que sea adecuado para alcanzar su fin, debe ser también necesario, es decir, no puede haber otro que sea menos gravoso para la esfera jurídica del afectado.

Ahora, el registro corporal, especialmente por la forma en cómo se realizaba, no parece la manera más idónea para que el empleador ejerza su poder de fiscalización con el objetivo de proteger su patrimonio. Eso porque el uso, por ejemplo, de un monitoreo electrónico en la empresa sí que nos parece un medio menos gravoso y apto para alcanzar el objetivo pretendido. Tanto es así que, según lo establecido por el Tribunal Regional, este medio comenzó a utilizarse posteriormente por la Demandada como única forma de protección del patrimonio.

Así, se observa, que los registros corporales cometidos por la Demandada no son incólumes por la proporcionalidad, lo que, por sí sólo, determina una conducta abusiva. (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, la decisión no contempla nada en relación a si está implícita en su contenido la buena fe de la trabajadora, ya que cuestionaba el procedimiento humillante, sin que no se comunicara nada sobre la legalidad de su comportamiento.

De hecho, no hay ninguna referencia —y no es objeto del proceso— un eventual hurto de la trabajadora y, en este escenario, en que no se cuestiona la conducta de la trabajadora en su entorno laboral, la defensa de su derecho a la intimidad personal y familiar necesariamente comienza por el análisis del procedimiento adoptado por el empleador, a la luz de la proporcionalidad, evidenciando que los principios en cuestión aparecen como un criterio racional y como marcos rectores de los derechos fundamentales de los trabajadores.

A fin de que se ejercite el criterio ahora propuesto, podemos imaginar que, en la misma situación anteriormente tratada la trabajadora hubiese sido cogida *in fraganti* en el intento de robar mercancías de la empresa.

En esta hipótesis, no se podría sostener el derecho a cualquier reparación, puesto que la mala fe de la empleada evitaría la invocación de sus derechos fundamentales, puesto que estos jamás podrían servir de justificación para la práctica de un acto ilícito. No es, se observa, que la mala fe de la trabajadora pueda reparar el exceso cometido por el empleador. Por el contrario, la conducta de este último permanece siendo ilícita y susceptible de reprimenda por parte de las autoridades competentes en fiscalizar las relaciones de trabajo o a otros trabajadores que puedan haber sido alcanzados por la misma conducta. Lo que no se admite, sin embargo, es que el empleado, sorprendido en la práctica de un acto ilícito y, por lo tanto, actuando de mala fe, pueda invocar la defensa del derecho fundamental de intimidad para ocultar su conducta o incluso obtener alguna reparación civil por la violación de este derecho.

El derecho fundamental a la intimidad en el entorno laboral plantea problemas aún más complejos cuando implica problemas ligados a la posibilidad de control del correo electrónico corporativo del trabajador.

Con respecto a este tema, la jurisprudencia ampliamente dominante — sino unánime— en el ámbito del TST se posicionó en torno a la posición defendida por la Corte al analizar el recurso 613/2000-013-10-00.7 (Agravo de Instrumento en Recurso de Registro), en el que fue relator el Ministro João Oreste Dalazen, cuando decidió que el empleador puede ejercer, “*de forma moderada, generalizada e impersonal*”, con la finalidad de evitar abusos, el control sobre los mensajes enviados y recibidos mediante correo electrónico corporativo.

En la citada decisión, el Tribunal refirió que el correo electrónico corporativo, aunque cedido al empleado, es de propiedad de la empresa y tiene naturaleza jurídica equivalente a una herramienta de trabajo para la consecución del servicio, destinándose a mensajes de carácter estrictamente profesional. Observamos el resumen de la decisión dictada:

PRUEBA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGACIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Los sacrosantos derechos del ciudadano a la privacidad y al sigilo de la correspondencia, constitucionalmente asegurados, conciernen a la comunicación estrictamente personal, aunque virtual ("e-mail" particular). Así, sólo el e-mail personal o particular del empleado, con el soporte de un proveedor propio, disfruta la protección constitucional y legal de la inviolabilidad.

2. Solución diversa se impone si se trata del llamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicación virtual mediante el cual el empleado se sirve de una computadora y de un proveedor de la empresa, así como de la propia dirección electrónica que le es facilitado igualmente por la empresa. Se destina éste a que en él transiten mensajes de carácter estrictamente profesional. En principio, es de uso corporativo, salvo consentimiento del empleador. Se ostenta, pues, la naturaleza jurídica equivalente a la de una herramienta de trabajo proporcionada por el empleador al empleado para la consecución del servicio.

3. La estrecha y cada vez más intensa vinculación que comenzó a existir, de unos tiempos a esta parte, entre Internet y/o la correspondencia electrónica y la justa causa y/o delito, exige mucha parsimonia de los órganos judiciales en la calificación de la ilegalidad de la prueba relativa a la desviación de su finalidad en la utilización de esta tecnología, tomando en cuenta, incluso, el principio de proporcionalidad y, pues, los diversos valores jurídicos tutelados por la ley y por la Constitución Federal. La experiencia suministrada al magistrado por la observación que ordinariamente se produce revela que, concretamente el "e-mail" corporativo, a menudo sufre una acentuada desviación de finalidad, mediante la utilización abusiva o ilegal, de que es ejemplo el envío de fotos pornográficas. Constituye, así, en último análisis, un expediente por el cual el empleado puede provocar un expresivo perjuicio al empleador.

4. Si se utiliza el "e-mail" corporativo, declaradamente destinado sólo para temas y materias diferentes al servicio, lo que está en juego, ante todo, es el ejercicio del derecho de propiedad del empleador sobre el ordenador con acceso a INTERNET y al propio proveedor. Se insta también a tener presente la responsabilidad del empleador, ante terceros, por los actos de sus empleados en servicio (Código Civil, art. 932, Inc. III), así como que está en jaque el derecho a la imagen del empleador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Especialmente, imperativo es considerar que el empleado, al recibir una herramienta como el "e-mail" por su empleador para un uso corporativo, mediante ciencia previa de que en él sólo pueden transitar mensajes profesionales, no tiene razonable expectativa de privacidad como a ésta, como se viene entendiendo en el Derecho Comparado (EEUU y Reino Unido).

5. Puede el empleador monitorear y rastrear la actividad del empleado en el entorno de trabajo, en el "e-mail" corporativo, es decir, chequear sus mensajes, tanto desde el punto de vista formal como bajo el ángulo material o de contenido. No es ilícita la prueba así obtenida, con el fin de demostrar una justa causa para el

despedido consecuente del envío de material pornográfico a un compañero de trabajo. Inexistencia de transgresión en el art. 5º, incisos X, XII y LVI, de la Constitución Federal.

6. Agravo de Instrumento del Demandante no admitido a trámite.

El caso concreto debatía la posibilidad de monitoreo del correo corporativo al objeto de despido disciplinar en razón del uso de la herramienta para la transmisión de imágenes pornográficas a un compañero de trabajo, considerando el juez que:

La aplicación del principio de la proporcionalidad tiene el objetivo de impedir que a través del dogma con respecto a unas garantías determinadas, sean violados otros derechos, mayores o de igual importancia, o que, igualmente, precisen ser preservados, en el caso de los presentes autos, la propia reputación de la demandada, que podría tener su imagen comprometida.

La mencionada teoría, por lo tanto, tiene como objetivo sopesar los intereses y los valores en cuestión, con relación a la consideración de la prueba obtenida a través de un medio ilícito, de forma que sea posible la verificación de la relación coste-beneficio de la medida, a través de la ponderación entre los daños causados y los resultados a ser obtenidos.

La protección de la individualidad, de la libertad, de la personalidad o de la privacidad, a pesar de que resulta esencial en el respeto del Estado de Derecho, no puede ser absoluta, de forma que conlleve el incumplimiento de otras garantías de igual relevancia. Tal hecho deriva de la necesidad de que exista la ponderación que generará un mayor perjuicio al ciudadano, si es la admisibilidad o no de la prueba ilícitamente obtenida.

(...)

Aunque fuera absolutamente silente el contrato o los sistemas llevados a cabo, es evidente que los postulados de la lealtad y de la buena fe, informativos de la teoría general de los contratos, inhibirían cualquier razonamiento favorable a la utilización de los equipos del empleador para fines moralmente censurables.

(...)

No coge el argumento del Demandante de que la Empresa Agravada supuestamente reconoció la inviolabilidad del e-mail corporativo, al suministrar para el Agravante una contraseña personal de acceso al buzón electrónico.

Insisto en señalar que la contraseña personal no genera ninguna expectativa de privacidad con relación al e-mail corporativo, teniendo en cuenta que dicha contraseña representa una herramienta de protección del Empleador, es decir, tiene el objetivo de evitar que terceros ajenos a su confianza tengan acceso al contenido de los mensajes.

Objetivamente, no identifico ofensa al principio de **inviolabilidad del sigilo de las correspondencias** (art. 5º, XII, CF/88) puesto que el e-mail corporativo era concedido al Demandante para el ejercicio de las actividades laborales y, así, para el envío de mensajes de carácter eminentemente profesional. No hay como equipararlo, a los efectos de protección a la interceptación, a las correspondencias postales y telefónicas.

Igualmente, no detecto una violación al principio de inviolabilidad a la intimidad y a la privacidad (art. 5º, X, CF/88), en la medida en que **no hay intimidad o privacidad** del Empleado a ser resguardada en lo que se refiere al uso de e-mail corporativo facilitado por la Empresa. Aparte de eso, en el caso, el empleado no tenía razonable expectativa de privacidad, lo que se extrae de la declaración de que el e-mail corporativo se destinaba "**sólo a temas y materias inherentes al servicio**" (FL. 636).

Por último, no hay vulneración al principio que asegura la **inadmisibilidad, en el proceso, de las pruebas obtenidas por medio ilícito** (art. 5º, LVI), por eso que, siendo el e-mail corporativo propiedad de la Empresa, meramente cedido al Empleado para fines corporativos, el Empleador podrá ejercer un control tanto formal como material (contenido) de los mensajes que transitan por su sistema operacional.⁴³⁵

Considerando la decisión analizada en las premisas de razonamiento expuestas en esta investigación, el primer procedimiento es identificar los valores implicados en el conflicto y, en este aspecto, se observa que la controversia efectivamente encierra un conflicto entre el derecho fundamental — intimidad, representado en el uso particular del correo corporativo— y poder directivo —posibilidad de pleno monitoreo de este mismo correo por parte del empleador—.

Identificado el conflicto, cabe examinar si el empleado, al utilizar el e-mail corporativo para fines ajenos a las actividades laborales, lo hizo de buena fe, puesto que, según lo expuesto a lo largo de toda esta investigación, sólo hay ejercicio regular de un derecho en su uso conforme a la buena fe.

⁴³⁵ Las negritas son de la redacción original del juzgado, cuyo contenido puede consultarse directamente en la página del TST en Internet: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=61300&digitoTst=23&anoTst=2000&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0013&submit=Consultar>

En el caso, se desprende de los fundamentos del juicio que el despido se produjo porque el empleado se sirvió de su e-mail corporativo para enviar imágenes pornográficas a otro compañero de trabajo. Ahora, aunque se pueda ser tolerante con algunos procedimientos del empleado en servicio, no puede haber dudas de que la utilización de imágenes pornográficas asociadas al nombre de la empresa compromete la imagen de esta última y no puede configurar el ejercicio de un derecho conforme a la buena fe y, claramente, lo que pretendía el empleado era invocar su derecho a la intimidad para ocultar su desviación de conducta en servicio y con herramientas del empleador, lo que configura un abuso de derecho.

El caso, por lo tanto, sirve como ejemplo de que la invocación del derecho fundamental a la intimidad, en el entorno laboral, puede ser mitigado, no pudiendo, el trabajador, invocarlo con el objetivo de encubrir el mal uso del correo electrónico facilitado por la empresa.

Conviene destacar, también, que poco importa la motivación del empleado al remitir el mensaje —es decir, poco importa si actuaba o no con la intención de comprometer la imagen del empleador con la difusión de las imágenes pornográficas—, puesto que es la buena fe la que debe ser investigada en su vertiente objetiva, lo que dispensa de indagar en la intención anímica del empleado. En esta medida, no puede haber dudas de que la divulgación de pornografía con herramientas de trabajo ofende moralmente la imagen del empleador y compromete la conducta del empleado, que no puede, por lo tanto, pretender escudarse en el ejercicio regular del derecho a la intimidad.

Así, en el análisis pretendido no habría incluso la necesidad de buscar la regularidad de las medidas restrictivas del derecho fundamental por la conducta del empleado puesto que no se puede concebir el uso de herramientas de trabajo para la difusión de imágenes pornográficas.

No obstante, se constata claramente en la fundamentación del juicio que no hubo ningún compromiso efectivo del juzgador siguiendo un método apropiado para ponderar los valores en conflicto. Actuando así, la decisión deriva de criterios de subjetividad que terminan por sentar las bases de un precedente peligroso de restricción indebida a los derechos fundamentales.

El primer análisis que se puede efectuar es que hay una errónea aplicación del principio de proporcionalidad. Como se puede observar, el juez, siguiendo una tendencia identificada en aquella Corte Superior —identificada en el capítulo 4.3 anterior—, invoca el principio de proporcionalidad y por lo tanto pasa a una ponderación de los principios en conflicto implicados en el caso concreto —proporcionalidad en sentido estricto—, sin atenerse al previo —y esencial— examen de la adecuación y necesidad de la medida restrictiva del derecho fundamental que era el pleno monitoreo del e-mail corporativo.

Como ya hemos mencionado anteriormente, la decisión en cuestión es emblemática porque marca definitivamente la posición del TST en el sentido de que no hay espacio para la intimidad y la vida privada con respecto al e-mail corporativo, prácticamente sepultando la defensa judicial de decisiones en contrario —tanto que después de reiteradas investigaciones no se consiguió encontrar una única decisión en un sentido distinto—.

Se produce, sin embargo, que al efectuar un análisis de ponderación privilegiando el derecho a la propiedad y la imagen del empleador en detrimento del derecho del empleado a la intimidad personal y familiar, sin examinar las etapas previas de adecuación y necesidad, el juez acabó por consagrar un importante precedente cuyas bases teóricas son extremadamente peligrosas, en la medida en que simplemente conducen a la anulación del derecho a la intimidad frente a la propiedad del empleador.

Esta receta jurídica, sin embargo, debe de ser vista con alguna reserva y no puede aplicarse de la forma como se sugería por ignorar, esencialmente, que

los derechos fundamentales no pueden ser relativizados simplemente porque están siendo manejados en *ambientes virtuales*, puesto que estos son igualmente espacios de tratamiento de la ciudadanía y son tan reales como los llamados *ambientes físicos*.

El ejemplo más útil que ilustra el tratamiento genérico propuesto en la decisión reside en la *casa do casero*. En efecto, es común que el empleador ceda para el trabajo en sitios y haciendas una casa que sirva de vivienda para los trabajadores que, a menudo, se desplazan a este lugar en compañía de sus familiares. Pues bien, como ejemplo del correo electrónico corporativo, la casa es una herramienta de propiedad del empleador cedida al empleado para que este pueda ejecutar su función y parece relativamente claro que, ni por eso, se puede admitir que el empleador pueda tener acceso a la residencia del trabajador durante la noche y sin licencia para fiscalizar lo que el trabajador esté haciendo en aquel lugar.

El mismo ejemplo lo trae en un excelente texto de autoría del Juez del Trabajo José Eduardo de Rezende Chaves Junior, que sostiene que:

“La jurisprudencia predominante en el Tribunal Superior del Trabajo ha evolucionado en el sentido de privilegiar los intereses empresariales, en detrimento de la intimidad y privacidad del trabajo. El fundamento principal de la jurisprudencia en esta materia se basa en el argumento de que el e-mail corporativo es una herramienta de trabajo.

Tal fundamento, sin embargo, no nos convence, puesto que el hecho de que constituya una herramienta de trabajo no elude el estatus de la protección constitucional que es destinada a la privacidad e intimidad del trabajador, de la misma forma que la *casa do casero* es también considerada herramienta de trabajo, por la misma jurisprudencia, y no por eso puede ser violada por el empleador, cualquiera que sea el pretexto que argumente.

De toda forma, no es preciso decir que ‘instrumentalizar’ la intimidad y la privacidad del ciudadano, ya sea él trabajador o no, es siempre peligroso. El Poder Judicial debe ser siempre el garante y no el verdugo de estos derechos constitucionales.⁴³⁶

⁴³⁶ REZENDE CHAVES JUNIOR, José Eduardo de. *Vigiar e Punir*. Disponible en: <http://pepe-ponto-rede.blogspot.com.br/2009/12/vigiar-e-punir.html>

En el mismo nivel de tratamiento pueden ser enumerados otros beneficios suministrados por el empleador al empleado, como por ejemplo, la mesa con llave, la oficina del gerente, el vehículo del vendedor viajante, el *notebook* del ejecutivo e incluso los armarios de vestuario de los operarios.

Todos estos bienes son de propiedad del empleador y son suministrados al empleado en razón del contrato de trabajo para que este pueda ejecutar sus actividades funcionales; es decir, el soporte fáctico es exactamente el mismo que ampara la decisión bajo examen, no pudiendo perfilarse la interpretación de que, sólo por eso, tenga el empleador ejercicio de poder directivo extenso hasta tal punto de fiscalizar todo en el momento que él decida, puesto que estos bienes, por su naturaleza, comportan una área propia de actuación particular del trabajador que le asegura una mínima esfera de intimidad susceptible de ser tutelada.

En relación a esto, no podemos dejar de destacar la evidente ventaja comparativa de la legislación española, cuyo artículo 18 reconoce un área propia de intimidad susceptible de protección en el entorno laboral, al limitar la actuación del empleador sobre *taquillas y efectos particulares* del trabajador⁴³⁷.

IV. 4.2.2. - La libertad religiosa

Partiendo de la premisa de que la libertad de confesión religiosa constituye un derecho fundamental, conviene indagar si el poder directivo del empleador puede, en alguna medida, crear obstáculos a tal derecho. Como es

⁴³⁷ *Artículo 18 del ET. Inviolabilidad de la persona del trabajador.* Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

evidente, la respuesta no comporta una receta definitiva y sólo puede ser obtenida a partir de las peculiaridades del caso concreto, mediante la adecuada conjugación de los principios de la buena fe objetiva y proporcionalidad, según un guión propuesto en este estudio, comenzándose a examinar dos situaciones que implican el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en diferentes circunstancias e intensidades, analizando diferentes soluciones⁴³⁸.

En primer lugar, se examina la sentencia dictada por la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el tema *Eweida y Otros contra el Reino Unido*. El caso se produce en el Reino Unido e involucra a la Sra. Nadia Eweida, egipcia practicante de cristianismo y a la empresa British Airways Plc, que siempre exigió de sus empleados el uso de uniforme y, en 2004, después de modificar el uniforme, editó un reglamento con reglas detalladas sobre este uniforme, que contenía la siguiente regla: “Cualquier accesorio o prenda de vestir que el empleado, por motivos religiosos, esté obligado a llevar, debe en todo momento estar cubierto por el uniforme. Si, no obstante, esto es imposible dada la naturaleza del objeto y la forma en que debe ser usado, entonces se requerirá la aprobación a través de la jefatura local en cuanto a la idoneidad del diseño para garantizar el cumplimiento de las normas del uniforme, a menos que dicha aprobación ya figure en la guía del uniforme *Nota: no se aceptan otros objetos para ser usados con el uniforme. Se requerirá la retirada de cualquier objeto de joyería que no se ajuste a la normativa anterior.*”

Con respecto a la rigidez del reglamento, que preveía la necesidad de previa autorización de los mandos para eventuales excepciones, la Compañía británica autorizaba el uso externo de algunas partes de ropa consideradas obligatorias por la religión, como turbante blanco o azul para los hombres, el *sij*, y el *hijab* (velo) para las mujeres musulmanas, en colores aprobados por la empresa.

⁴³⁸ Conforme, en general, BILBAO UBILLOS, J. M^a, *La eficacia...*, op. cit. p. 685 y ss.

El 20 de mayo de 2006 la Sra. Eweida, que siempre aceptaba pasivamente el reglamento empresarial, decidió presentarse para el trabajo llevando un crucifijo sobre el uniforme, siéndole determinado que ocultara el símbolo religioso bajo el uniforme o lo retirara.

A pesar de rechazarlo inicialmente, la señora Eweida termina aceptando las órdenes de la administración y el 7 de agosto de 2006, nuevamente se presenta para trabajar llevando la cruz, provocando un nuevo incidente, negándose la misma a retirar el símbolo hasta que se le advirtió de que sería enviada para casa con el perjuicio de su salario, si no aceptaba la restricción.

El incidente vuelve a repetirse el 20 de septiembre de 2006 y, en esta ocasión, la Sra. Eweida se negó a cumplir las órdenes de retirar u ocultar el crucifijo, por lo que se la mandó a casa con perjuicio del salario.

La materia gana repercusión pública en la prensa a mediados de octubre de 2006, con una serie de artículos criticando la conducta de la empresa British Airways que, presionada, anuncia una revisión de sus políticas con respecto a los uniformes y partir de 1 de febrero de 2007, autoriza la exhibición de símbolos religiosos y de caridad, entre ellos la cruz cristiana y la estrella de David.

La señora Eweida, suspendida de sus actividades desde setiembre/2006, regresa al trabajo el 3 de febrero de 2007, con el permiso del uso del crucifijo de conformidad con las nuevas políticas de la empresa; sin embargo, la Compañía se niega a indemnizarle los perjuicios sufridos y no ganados, perdidos durante el período en el que esta decidiera no regresar al trabajo.

No conforme, la Sra. Eweida presenta una reclamación ante el Tribunal Laboral, postulando, *inter alia*, daños por discriminación indirecta contraria a la regla 3 de la igualdad en el empleo (religión y creencias) Reglamento 2003 (“el Reglamento de 2003”: véase el apartado 41 *infra*) y denunciando también una

violación de su derecho a manifestar su religión contraria al artículo 9 del Convenio.

El Tribunal Laboral desestima la reclamación alegando básicamente que “el uso visible de una cruz no era un requisito obligatorio de la fe cristiana, sino una elección personal. No había pruebas de que ningún otro empleado, de 30.000 personas obligadas a llevar uniforme, hubiera hecho tal solicitud o reclamación, y mucho menos que hubiera decidido no acudir al trabajo si no se lo permitían.” Afirma también el Tribunal, que “la demandante no pudo probar que la política de uniformes planteara una desventaja para los cristianos, algo necesario para establecer una reclamación sobre discriminación indirecta”.

No resignada, la Sra. Eweida apela al Tribunal de Apelación Laboral, que aunque declara que no era necesario demostrar que otros cristianos habían presentado reclamaciones con respecto a la política empresarial, niega amparo al recurso, por entender que el concepto de discriminación indirecta implica discriminación contra un grupo definido y que la demandante no había establecido la evidencia de la desventaja del grupo, argumento que será acogido ante el Tribunal de Apelación, que también afirmará que “para establecer la discriminación indirecta, debe ser posible realizar algunas afirmaciones generales que serían ciertas sobre un grupo religioso, como que un empleado pueda apreciar razonablemente que alguna disposición en concreto pueda tener un efecto adverso sobre el grupo”

Después de haber sido denegada la apelación al Tribunal Supremo, la Sra. Eweida presenta su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando violados los artículos 9º y 14º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyas disposiciones establecen:

Artículo 9

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su

religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

Artículo 14:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

El caso es juzgado en conjunto con otras reclamaciones sobre la misma temática, presentadas por la Sra. ShirLey Chaplin, Lillian Ladele y Señor Gary McFarlane, decidiendo el Tribunal, con relación a la Sra. Eweida, que: la negativa de British Airways entre septiembre de 2006 y febrero de 2007 a permitir que la demandante permaneciera en su puesto mientras llevara una cruz a la vista constituía una injerencia en su derecho de manifestar su religión”.

De los fundamentos de la sentencia conviene señalar, por su especial relevancia en las apreciaciones, el siguiente pasaje:

91. (...) Dado que la injerencia no era directamente atribuible al Estado, el Tribunal debe examinar si en todas las circunstancias, las autoridades del Estado cumplieron con su obligación positiva de conformidad con el artículo 9; en otras palabras, si el derecho de la señora Eweida a manifestar libremente su religión estaba suficientemente garantizado dentro del ordenamiento jurídico interno y si se mantuvo un justo equilibrio entre sus derechos y los de los demás.

92. Al igual que un gran número de Estados contratantes (véase el apartado 47 *supra*), el Reino Unido no tiene disposiciones legales específicas que regulen el uso de vestimenta y símbolos religiosos en el lugar de trabajo. La señora Eweida presentó demanda interna por daños y perjuicios por discriminación directa e indirecta en violación del artículo 3 del Reglamento de 2003 (véase el ap. 41 *supra*). El Tribunal Laboral aceptó que no tenía jurisdicción para considerar ninguna reclamación separada o independiente en virtud del artículo 9 del Convenio. La demandante pudo invocar el artículo 9 ante el Tribunal de Apelación, aunque ese Tribunal sostuvo que no había ninguna injerencia con sus derechos en virtud del artículo 9. Sin

embargo, a pesar de los tribunales nacionales y la corte en el examen del caso de La señora Eweida, se centraron principalmente en la denuncia sobre el trato discriminatorio, es evidente que la legitimidad del código del uniforme y la proporcionalidad de las medidas adoptadas por British Airways en relación con la señora Eweida fueron examinadas en detalle. El Tribunal no considera, por tanto, que la falta de una protección específica en la legislación interna signifique en sí misma que el derecho de la demandante a manifestar su religión mediante el uso de un símbolo religioso en el trabajo estuviera insuficientemente protegido.

93. Al examinar la proporcionalidad de las medidas adoptadas por British Airways para imponer su código de uniforme, los jueces nacionales en cada nivel de jurisdicción coincidieron en que el objetivo del código es legítimo, es decir, comunicar una cierta imagen de la empresa y promover el reconocimiento de su marca y su personal. El Tribunal Laboral consideró que la obligación de cumplir con el código era desproporcionada, ya que no distinguía un objeto utilizado como un símbolo religioso de una pieza de joyería utilizada exclusivamente por motivos decorativos. Esta conclusión fue revocada en apelación ante el Tribunal de Apelación, que declaró que British Airways había actuado de forma proporcionada. Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal de Apelación se refirió a los hechos del caso según lo establecido por el Tribunal Laboral y, en particular, a que el código de uniforme había estado en vigor durante algunos años y no había causado ningún problema conocido a la demandante ni a cualquier otro miembro del personal; que la señora Eweida interpuso una reclamación formal, pero luego decidió acudir al trabajo, mostrando su cruz, sin esperar los resultados de la reclamación; que el tema fue examinado en profundidad por British Airways, una vez que hubo presentado la queja, incluyendo un proceso de consulta y dando lugar a una relajación del código de vestimenta para permitir el uso de símbolos religiosos visibles; y que se ofreció a la señora Eweida un puesto administrativo con idéntica remuneración durante este proceso y que en febrero de 2007 fue restituida en su antiguo trabajo.

94. Está claro, en opinión del Tribunal, que estos factores se combinaron para mitigar la magnitud de la injerencia sufrida por la demandante y deben tenerse en consideración. Por otra parte, al medir la proporcionalidad de las medidas adoptadas por una empresa privada respecto de sus empleados, las autoridades nacionales, en particular de los tribunales, actuaron dentro de un margen de apreciación. Sin embargo, en este caso, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que no se alcanzó un justo equilibrio. Por un lado, estaba el deseo de la señora Eweida de manifestar sus creencias religiosas. Como se ha señalado anteriormente, este es un derecho fundamental: porque una sociedad democrática sana debe tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad; pero también debido al valor que tiene para un individuo que ha hecho de la religión un principio fundamental de su vida, el poder comunicar esa creencia a otros. En el otro lado estaba el deseo de la empresa de proyectar una cierta imagen corporativa. El Tribunal considera que, aunque este objetivo era sin duda alguna legítimo, los tribunales nacionales le concedieron demasiado peso. La cruz de la señora Eweida era discreta y no se

deterioraba su aspecto profesional. No había pruebas de que el uso de otras prendas de vestir religiosas, previamente autorizadas, como turbantes y *hijabs*, por parte de otros empleados, tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways. Además, el hecho de que la compañía fuera capaz de modificar el código de uniforme para permitir la utilización visible de joyería simbólica religiosa demuestra que la prohibición anterior no era de importancia crucial.

95. El Tribunal, por tanto, concluye que, en estas circunstancias donde no hay ninguna prueba de invasión real de los intereses de terceros, las autoridades nacionales no protegieron de manera suficiente el derecho de la primera demandante a manifestar su religión, vulnerando la obligación positiva de conformidad con el artículo 9.⁴³⁹

La decisión, según se entiende, es irrevocable desde el punto de vista de su contenido. Sin embargo, como a esta investigación interesa más el método decisorio que propiamente su resultado, merecen realizarse algunas consideraciones, a la luz del método propuesto.

En este sentido, se observa por supuesto que es indudable la buena fe de la trabajadora en el ejercicio de su derecho de libertad de manifestación religiosa, incluso alegando en algún momento que el uso del crucifijo resultara de una tendencia oportunista de la trabajadora o que esta se haya servido de alguna reserva mental u objetivo secundario para la obtención de la indemnización. Por el contrario, el interés genuino de la Sra. Eweida se evidencia en los diversos intentos anteriores —todos fracasados— de manifestar su fe en el entorno laboral, exponiéndose, incluso, a una medida disciplinar o a un despido al rechazar una acomodación de intereses que le fue propuesta por el empleador.

Evidenciada la buena fe de la trabajadora, que marca el ejercicio regular de un derecho, comenzamos con el análisis de la proporcionalidad de la medida restrictiva de este derecho propuesta por el empleador. Y en este desde luego conviene considerar que a pesar de hacer diversas referencias a la proporcionalidad a lo largo de la decisión, el juez no observa rigurosamente la

⁴³⁹ La decisión puede ser consultada en su totalidad en lengua española en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139370#{\"itemid\":\[\"001-139370\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139370#{\)

metodología de la proporcionalidad tal como concibe el principio, puesto que no hay, al menos de forma explícita, mención a los juicios de adecuación, necesidad y ponderación —proporcionalidad en sentido estricto— de la restricción que se pretendía llevar a cabo.

En lo que se refiere a la adecuación, se identifican en tensión en el problema el derecho fundamental a la libertad religiosa y el derecho a la libre iniciativa del empleador; este último, constituido en el legítimo interés de la empresa en “comunicar una cierta imagen de la empresa y promover el reconocimiento de su marca y su personal”, como bien aprehendido en los fundamentos de la decisión.

En esta primera prueba, no parece haber margen de discordancia con respecto al hecho de que no se admiten llevar en el uniforme otros símbolos —incluso religiosos— y representa una medida suficientemente adecuada para promover el interés empresarial, puesto que promueve en el tejido social el esfuerzo de identificación de la marca de la compañía.

Adecuada la medida, hay que investigar su necesidad. Y ya en este aspecto el procedimiento de prueba parece no prosperar, puesto que no se puede identificar en qué medida habría de prohibirse el uso de símbolos religiosos para implementar la imagen de la empresa y el reconocimiento de su marca. Y eso es tan verdadero que desde el inicio, ya en las primeras regulaciones, la compañía permitía el uso de turbante para los hombres el *sij* y el velo para las mujeres musulmanas.

Este análisis parece haber fallado para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Conviene observar, sin embargo, que incluso aunque se pudiera superar el juicio de necesidad, la medida restrictiva impuesta por la Compañía aérea a sus empleados jamás podría superar el juicio de ponderación, puesto que, como bien apreció el TEDH, hubo una excesiva valoración del principio de

libertad empresarial —que se constituía, repetimos, en el deseo de comunicar la marca corporativa— en detrimento del derecho a la libertad religiosa.

Como podemos constatar, aunque no se haya realizado la prueba de proporcionalidad en todo su rigor, la decisión dictada por el TEDH es conforme a lo que resultaría de este procedimiento y, por eso, considerada una decisión judicial correcta, en las palabras de DÍAZ GARCÍA, en la medida en que efectivamente *permite el mayor disfrute posible de los derechos fundamentales, dentro de las posibilidades conferidas por las justificaciones en que se funda la medida que pretende limitarlos*⁴⁴⁰.

Se observa, en base a la decisión proferida por la C. 10ª Sala del TRT de la 2ª Región al apreciar el Recurso Ordinario 0021320074202001, de la labor de la Excma. Sra. Jueza Rilma Aparecida Hemetério⁴⁴¹.

El caso aborda la situación de una trabajadora que se había convertido a una religión, cuya liturgia le impedía de trabajar el sábado, lo que acabó derivando en que se adoptara una medida disciplinar, en razón de las reiteradas faltas al servicio en tales días.

El Tribunal, al decidir la cuestión ya en grado recursal, decide que como la empleada ya había sido contratada y ya trabajaba habitualmente los sábados, no podría eximirse de dar cumplimiento a la obligación contractual libremente pactada invocando sus convicciones religiosas, puesto que el mantenimiento del trabajo en tales días, según originalmente contratado, no implicaba ninguna violación al derecho de libertad religiosa.

Afirma la magistrada de apelación que:

⁴⁴⁰ Véase la nota a pie de página nº 324 de esta investigación.

⁴⁴¹ El mismo ejemplo se encuentra recogido por Alexandre Agra Belmonte en la obra: *A tutela das liberdades nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 65.

Es decir, el contrato habido entre las partes contenía una cláusula tácita concerniente a la jornada laboral, abarcando los sábados como día útil de trabajo, produciendo del empleador, dentro de los límites y prerrogativas del *jus variandi*, permitir eventualmente el aumento de la jornada durante la semana para la concesión de los descansos los sábados. De cualquier modo, por regla general, el sábado era el día útil de trabajo, condición con la cual la demandante fue cómplice hasta su conversión religiosa.

Se trata, por lo tanto, en la especie, de una imposición de alteración contractual unilateral, por parte de la empleada, circunstancia que no encuentra amparo en el Derecho del Trabajo, sobre todo ante el elemento de subordinación jurídica que permea la relación laboral, y por otra parte, de los poderes directivo y reglamentar, inherentes a la figura del empleador.

En lo que se refiere a los cambios que reducen la duración del trabajo, el ilustre jurista Mauricio Godinho Delgado, enumera tres posibilidades: consecuentes de un acto unilateral del empleador, autorización mediante acuerdo bilateral o propiciado por título de convenio colectivo. Conviene observar que la doctrina incluso prevé la voluntad del empleado como factor determinante para la modificación del contrato, exactamente en función de la distribución del poder laboral en las relaciones de trabajo, como anteriormente se ha mencionado.

Asimismo, en la misma obra citada, encuentra mención la hipótesis de alteración de la jornada de trabajo a petición del empleado, con consecuente reducción salarial, así descrita:

"(...) podrá considerarse como lícita la reducción laboral, incluso con la respectiva disminución proporcional del salario, si su causa inherente al cambio haya sido el atendimento específico a interés extracontractual del empleado. Es evidente que, en este caso, el título jurídico que autoriza la reducción será el acuerdo bilateral."

(La cursiva es nuestra)

Bajo esta óptica, no hay otro deslinde posible en el caso en cuestión, sino la improcedencia, en la medida en que la demandada no aceptó liberar a la demandante los sábados del trabajo, por no atender a sus intereses, impidiendo, así, la única hipótesis posible de acogida de la solicitud de la autora, el acuerdo bilateral, caracterizando un acto de insubordinación la no obediencia a la determinación de trabajar los sábados, así como tipifica el artículo 482, 'h' de la CLT.

No se puede decir que el motivo religioso alegado por la demandante para interrumpir la prestación de servicios los sábados sería suficiente para alejar la justa causa, en la medida en que la excusa de objeción de conciencia no es necesaria en la facultad de hurtar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, libremente pactadas.

Emanando el contrato de la manifestación de voluntad de las partes, mediante la cual la demandante asumió la obligación de trabajar los sábados, a partir del momento en que ya no hay el interés por parte de la empleada en mantener la prestación de servicios en aquellos moldes, le cumple rescindir el contrato a favor de los preceptos religiosos adoptados. No se identifica aquí una privación de derechos

a causa de una creencia religiosa, sino más bien de un reflejo derivado del cambio de vida escogida por la trabajadora.

En síntesis, el derecho fundamental a la libertad de creencia se presta a eximir al ciudadano de sus obligaciones legales contrarias a sus convicciones religiosas, pero no para exonerarlo del cumplimiento de obligaciones por él mismo contraídas.

En efecto, en este sentido es precioso destacar lo que sustenta el profesor Pedro Lenza:

"Nadie será privado de sus derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo se las invoque para eximirse de su obligación legal a todos impuesta (como el servicio militar obligatorio, en los términos del artículo 143, §§ 1º y 2º) y deniegue a cumplir la prestación alternativa fijada en la ley."

(La cursiva es nuestra)

En el caso en cuestión, como ya anteriormente apuntado, el trabajar los sábados no configura ninguna obligación legal a todos impuesta, hipótesis en la que cabría la excusa de objeción de conciencia, sino más bien la obligación libremente asumida por la trabajadora que, para atender a los dictámenes de su nueva religión, puede perfectamente cerrar el contrato que le confiere el trabajo en estos días.

Se comprueba, así, que la demandante no fue privada de su derecho, ni la demandada maniobró para impedir la conversión religiosa o discriminó la trabajadora por esta razón. En efecto, pretendió la autora modificar unilateralmente el contrato de trabajo, sirviéndose de un pretexto de interpretación errónea de preceptos constitucionales, lo que no se puede admitir.

La primera peculiaridad que salta a la vista en el análisis de la decisión es el enfoque de la materia —errónea, según se interpreta— por parte del juzgador. De hecho, se observa que la decisión enfoca el problema en una óptica central de Derecho del Trabajo, a partir del examen de los requisitos necesarios para la validez de la alteración contractual, relegando el importante problema del derecho fundamental de libertad religiosa a una cuestión residual.

Este enfoque conduce a un error de valoración en las premisas que basan la *ratio decidiendo*, en la medida en que el juzgador acaba por establecer una distinción de clases en el derecho fundamental en juego, atribuyendo un valor mayor al trabajador que ya profesa cierta fe en un momento preexistente al contrato de trabajo, en detrimento de aquel que se convierte a una creencia en el curso de la relación de trabajo, creando una curiosa —e indebida— relación de

precedencia normativa entre las obligaciones contractuales y la libertad religiosa. No es que se discuta de inmediato la procedencia o no de esta valoración, puesto que según los criterios de análisis que se viene defendiendo a lo largo de este estudio, ella hasta puede resultar apropiada, siempre que derive de los pasos establecidos por la incidencia conjugada de los principios de buena fe objetiva y proporcionalidad. El problema es que la valoración se plantea como premisa inicial de la decisión que debe adoptarse a partir de una clasificación artificial de los derechos de libertad religiosa.

El segundo problema que conviene destacar es que no se identifica en los fundamentos de la solución presentada al caso concreto ninguna mención a la buena fe de la trabajadora y, mucho menos, al principio de proporcionalidad como forma de restricción del derecho fundamental que aquella alegaba que había sido violado. El juez, en efecto, reduce el enfrentamiento de la controversia a un problema estrictamente laboral y aleja cualquier posibilidad de ofensa al derecho fundamental a partir de un análisis obligacional, atribuyéndole peso según criterios puramente subjetivos, y descuidando por completo atribuir al derecho fundamental en conflicto la importancia que de hecho ocupa en el ordenamiento jurídico.

Expuestas las razones de crítica, cabe rescatar la controversia al análisis según los criterios metodológicos defendidos en esta investigación.

En este sentido, la buena fe de la trabajadora es incuestionable puesto que, al menos en base a lo relatado en la decisión, nada hay que permita concluir que la trabajadora estuviera invocando el derecho fundamental a la libertad religiosa con la finalidad precipua de esquivar el cumplimiento de obligación contractual anteriormente asumida. Había, por el contrario, una tensión entre tal deber y los mandatos de su fe, sin que exista noticias de que esta tensión escondiera algún objetivo oscuro o una excusa de la trabajadora que no la defensa de este último valor.

Evidenciada la buena fe del titular del derecho fundamental a ser restringido, esta operación sólo puede efectuarse por la incidencia del principio de proporcionalidad, lo que demanda el análisis de sus tres pasos de prueba, como ya se ha visto anteriormente.

En relación a la adecuación de la medida, una vez identificados en conflicto el derecho a la libertad religiosa y a la libre iniciativa empresarial — ésta representada en la legítima expectativa del empleador en establecer la hora de trabajo de sus empleados de acuerdo con su organización productiva— conviene indagar si se exige de la trabajadora la prestación laboral en un sábado y si existe la posibilidad de satisfacer y fomentar la libre iniciativa empresarial.

La respuesta es positiva, cabiendo destacar que tanto en Brasil como en España, a pesar de la determinación constitucional de laicidad estatal —en el sentido de que el Estado no puede asumir ningún culto o confesión religiosa—, poseen formación cultural y religiosa, en el sentido de conocer que predomina el catolicismo romano-apostólico, cuya indicación de descanso siempre se dio en los domingos. En Brasil, incluso, esta tendencia es aún más acentuada, ya que el artículo 7º, inciso XVI, de la Constitución Federal, establece que un derecho de los trabajadores urbanos y rurales la fruición de reposo semanal remunerado, *preferentemente los domingos*⁴⁴².

En el examen de la necesidad, la cuestión presenta mayor dificultad, en base a la legislación infraconstitucional brasileña, que será la que sirve de base para este estudio, de aquí en adelante, por el hecho de ser la decisión examinada derivada de un Tribunal Brasileño.

Una solución posible para el problema creado sería la compensación de la hora de trabajo de los sábados en los demás días de la semana —la adopción

⁴⁴² Art. 7º, CF: Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que se destinen a la mejoría de su condición social: Inc. XV, descanso semanal remunerado, preferentemente los domingos.

de la llamada *semana inglesa* de trabajo—. Podemos observar que no hay mención al hecho de que sea la actividad empresarial de ejecución obligatoria en un sábado —como sería el caso una discoteca o una casa nocturna, por ejemplo, cuyos eventos festivos son preferentemente realizados un sábado por la noche— y esta peculiaridad, por sí sola, alejaría la necesidad de la medida por la circunstancia de que sea posible la compensación horaria, convirtiendo la medida restrictiva en excesiva y, por lo tanto, en desacuerdo con el texto constitucional, de manera que comprometa la medida disciplinar.

Está claro que esta conclusión presupone la posibilidad de que la autora pudiera continuar prestando su trabajo en una hora de compensación a lo largo de la semana, no pudiendo exigir que toda la hora de una planta industrial o de una oficina fuera adecuada a las restricciones de la trabajadora. Gran esfuerzo de acomodación conduce ineludiblemente a la conclusión de que el trabajo en un sábado sería necesario y, por tanto, sería necesaria la medida restrictiva al derecho fundamental.

Por otro lado, según dispone el artículo 60 de la CLT⁴⁴³, al tratarse de una actividad insalubre, la compensación del horario sólo sería posible mediante previa autorización de las autoridades administrativas en materia de higiene, salud y seguridad del trabajo, las cuales raramente conceden tal autorización⁴⁴⁴.

Así, la superación del examen de necesidad por la ausencia de una posibilidad compensatoria del horario requiere comprobar no sólo la viabilidad del horario de la iniciativa económica, según hemos visto anteriormente, sino

⁴⁴³ Dispone el artículo 60 de la CLT: “En las actividades insalubres, así consideradas las constantes de los cuadros mencionados en el capítulo ‘De la Seguridad y de la Medicina del Trabajo’, o que en ellos vengan a ser incluidas por acto del Ministro del Trabajo, Industria y Comercio, cualesquiera prórrogas sólo podrán ser acordadas mediante autorización previa de las autoridades competentes en materia de higiene del trabajo, las cuales, para este efecto, procederán a los necesarios exámenes de los lugares y a la verificación de los métodos y procesos de trabajo, ya sea directamente, ya sea a través de autoridades sanitarias federales, estatales y municipales, con quien entrarán en entendimiento para tal fin.”

⁴⁴⁴ Actuando como Juez del Trabajo desde enero de 1999 el autor de esta investigación jamás se encontró con una licencia autorizando la compensación de horario en actividad insalubre.

también, la inexistencia de una condición insalubre en las actividades de la empleada puesto que, una vez comprobadas cualesquiera de estas condiciones la compensación se hace inviable y, por consiguiente, sería necesaria la medida restrictiva.

Asumiéndose como necesaria la restricción, por cualquiera de las hipótesis anteriores, se comienza el examen de la proporcionalidad en sentido estricto, la cual implica averiguar si el beneficio de la medida restrictiva es preciso para el valor constitucional a ser por ella protegido en una ventaja superior a la restricción que al derecho fundamental a ser restringido, siendo conveniente recordar, también, que la colisión de derechos sigue una regla de precedencia condicionada a las peculiaridades del caso concreto.

En este particular, el análisis pretendido encuentra una dificultad representada por la ausencia de las minucias pertinentes al caso concreto. Sin embargo, en general, se entiende que exigir la prestación laboral un sábado, en una empresa que no presenta ninguna tendencia religiosa específica, contribuye al valor constitucional de la libertad de empresa y a la libre iniciativa suficientes beneficios que puedan justificar la restricción al derecho fundamental de libertad religiosa.

De hecho, el objetivo de la iniciativa comercial es la razón primera de la relación de trabajo y su restricción en el ámbito de la ponderación debe realizarse con particular cuidado. Además, de las pocas peculiaridades posibles de conocer el caso concreto, la trabajadora, al ser contratada profesaba una religión diversa de la que vendría a generar el conflicto.

En este contexto, respetar su convicción religiosa en el ámbito empresarial implicaría torcer la estructura de la iniciativa las motivaciones individuales supervenientes. A diferencia del caso Eweida, en que el uso de la cruz no interfería en el objetivo empresarial de promoción de la marca —recuérdese que el símbolo cristiano era discreto—, la concesión de descanso un

sábado implicaría una alteración de la estructura empresarial como un todo. Habría, aquí, una excesiva protección a la libertad religiosa.

Como podemos observar, el resultado final obtenido al final de la proporcionalidad fue el de considerar la medida restrictiva del derecho fundamental conforme a la Constitución, con la consecuencia de considerar correcta la medida disciplinar de la trabajadora que se negaba a trabajar los sábados.

Sin embargo, no se puede olvidar que este resultado sólo es posible en un universo hipotético en que la exigencia del trabajo en sábado comienza por el previo filtro de la necesidad. En otras palabras, para llegar a tal decisión, no podría existir la posibilidad de acomodación de los derechos fundamentales de la trabajadora en el ámbito de la actividad económica de la empresa —por un cambio de horario o compensación, por ejemplo—, lo que significa un margen de subjetividad mucho más limitada que la defendida en la decisión bajo examen, siendo esta la gran virtud de la metodología propuesta.

IV. 4.2.3. - El derecho a la propia imagen.

A ejemplo de lo que se produce con la libertad religiosa y el derecho de intimidad, tanto la Constitución Española, en su 18, apartado 1^o⁴⁴⁵, como la Constitución Federal Brasileña, en su artículo 5^o, inciso X⁴⁴⁶, aseguran el derecho a la propia imagen.

⁴⁴⁵ *Artículo 18. 1. CE*: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En BILBAO UBILLOS, J. M^a, *La eficacia...*, op. cit. p. 767 y ss, presenta algunos casos y un tratamiento doctrinal de la cuestión.

⁴⁴⁶ *Art. 5^o, CF*: Art. 5^o Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: Inc. X: son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las

Y fue con motivo de la alegación de haberse violado el derecho de imagen como el TCE fue llamado a pronunciarse, en el conocido caso del *mestre jamonero*, a través de la Sentencia STC 99/1994⁴⁴⁷.

El caso ocurre cuando el empleado, especializado en hacer cortes de jamón, rechaza la determinación de su empleador de realizar su actividad en una muestra de jamón ibérico a los medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota, fabricado por la empresa.

Alegaba el trabajador que “bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente”, por lo que terminó por ser despedido.

Inconformado el trabajador presenta demanda por despido que es desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz y, también, en recurso de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

En la decisión, de 12 de febrero de 1990, el Tribunal considera que “la presentación ante los medios de comunicación y las autoridades autonómicas del producto de la demandada constituía un acaecimiento público en el que el recurrente era parte accesoria del mismo y, por consiguiente, su conducta, libre de toda exculpación, caía de lleno en la indisciplina o desobediencia, tipificada en el art. 54.2 b)⁴⁴⁸ del Estatuto de los Trabajadores”.

El trabajador entonces interpone demanda de amparo, sustentándola en la vulneración de los artículos 18.1 y 24.1 de la CE. El Tribunal Constitucional, apreciando la cuestión, decide que, en efecto, ha existido vulneración de esos

personas, asegurado el derecho la indemnización por el daño material o moral derivado de su violación.

⁴⁴⁷ Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1994/05/17/pdfs/T00007-00011.pdf>

⁴⁴⁸ *Artículo 54. Despido disciplinario. 2. Se considerarán incumplimientos contractuales: b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*

derechos.

En esencia, razona el Tribunal que:

La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él. Un marco, además, que también ha contribuido a crear la voluntad del propio trabajador, en cuanto que encuentra su origen en un contrato, por especial que éste pueda ser. A tal efecto, resulta de interés esencial la toma en consideración del propio objeto del contrato, y la medida en que éste exigía, o podía entenderse que exigía conforme a las exigencias de la buena fe, la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar. Todo ello porque es claro que existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de éstas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) o de la intimidad de ésta. La cuestión, ahora, es si, por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador -expresada al celebrar el contrato- la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro, dentro de los márgenes que se acaban de exponer.

No es este el caso. No consta que el trabajador, oficial de 2. deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que éstas fueran componentes imprescindibles -o aun habituales- de las funciones que debía desarrollar. Con este condicionante básico, el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí sólo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada.

Descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo

perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra.

En este contexto, la posición de la empresa no podría legitimarse por la sola orden dada al trabajador; era preciso, además, que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador -y no otro, o de otra manera- cumpliera la orden dada, en los términos en que se le dio, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta. La materia a probar, indebidamente alegada por el demandante en el solo marco del art. 24.1 C.E., adquiere una especial complejidad en relación con la legitimidad de la orden empresarial restrictiva de un derecho fundamental del trabajador (art. 18.1 C.E.), especialmente vinculado con la tutela de la esfera íntima de éste. Una complejidad especial en cuanto que no basta con que la orden sea, prima facie, legítima; es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial.

No habiendo procedido a esa valoración, y deteniendo el análisis en la legitimidad formal de la orden dada, los Tribunales de instancia han desconocido el derecho a la propia imagen del trabajador en su proyección sobre la relación del trabajo, debiendo estimarse, por este motivo, la demanda de amparo.

Aunque la Sala no se haya detenido a examinar paulatinamente los pasos preconizados en esta investigación, queda claro en la decisión que su contenido resulta plenamente adecuada a cuanto aquí se propone.

Por primero, importa observar que ni siquiera se discuten las razones del trabajador para no realizar su actividad en público o para cederla para captación fotográfica; lo que importa es que exigía preservar su imagen, no procediendo, en este caso, cuestionar la buena fe del trabajador.

Una vez que se haya identificado un ejercicio legítimo de un derecho fundamental en el seno de la relación de trabajo, queda por definir los límites posibles a este derecho que puede imponer el empleador en el ejercicio del poder directivo empresarial; lo que demanda, según lo exhaustivamente dicho hasta aquí, una aplicación del principio de proporcionalidad.

En cuanto a esto, no parece existir grandes dificultades en identificar que exigir del trabajador su presentación en público es adecuada para promover

la libre iniciativa de la empresa, especialmente cuando se considera que esta actividad tenía por objetivo promocionar los productos de la empresa, como denominación de origen, por la Comunidad Autónoma convocante del acto.

Sin embargo, como bien resalta la sentencia del TCE, la cuestión era definir si, “por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho”; lo que no era el caso, pues, tal cual concluye el Tribunal, “la posición de la empresa no podría legitimarse por la sola orden dada al trabajador; era preciso, además, que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador —y no otro, o de otra manera— cumpliera la orden dada”.

De hecho, nada hay que pueda evidenciar la necesidad de la restricción impuesta al trabajador, la cual, por lo tanto, es excesiva y queda señalada de inconstitucionalidad. Es cierto que el Tribunal, como ya se ha dicho, no se enfrenta al tema con la misma perspectiva de las sucesivas etapas presentada en esta investigación. No obstante, hay una evidente preocupación del juzgador en preservar los derechos fundamentales, como cumbre del sistema jurídico, que de hecho lo son, e incluso sin hacerlo expresamente, la sentencia termina por observar los principios de buena fe y proporcionalidad, porque la medida restrictiva del derecho es considerada ilegítima por no pasar la exigencia de necesidad.

CONCLUSIONES

Las grandes innovaciones tecnológicas experimentadas por la humanidad en las últimas décadas, especialmente en el campo de las *TIC* (tecnologías de la información y comunicación) son una conquista y su adecuado manejo se ha convertido en una herramienta de aproximación de los pueblos capaz de propiciar la evolución del hombre.

No obstante, las mismas tecnologías que liberan y aproximan, pueden servir como instrumentos de dominación y sectarismo social, repitiéndose las antiguas fórmulas de control con nuevos —y más eficaces— métodos.

El mundo del trabajo, que tanto ha evolucionado en occidente desde la primera revolución industrial, no resulta inmune a la influencia —buena o mala— de estas nuevas tecnologías. Al contrario, por las peculiaridades de su naturaleza, la relación laboral constituye un campo fértil para la creación de estos conflictos, desafiando al jurista en la creación de soluciones satisfactorias a estos nuevos retos que se presentan en el Derecho del trabajo.

La evolución tecnológica que impacta en los medios de comunicación y de transporte, promueve la aproximación de los pueblos y la integración de culturas en una *gran aldea*, exigiendo la convivencia armónica de importantes

diferencias existenciales. Estos fenómenos sociales atribuyen nuevas dimensiones a la dignidad de la persona humana, que constituye un principio fundamental en los ordenamientos jurídicos occidentales que no solo tiene sus concreciones en los derechos fundamentales como, amén de esto, conforma el núcleo de la moralidad pública en cuanto componente del orden público, autorizando, incluso, la intervención del Estado en las libertades individuales.

En el ámbito de las relaciones laborales, la convivencia emerge como un factor *necesario*. De hecho, en la familia, el nacimiento del individuo prosigue en su desarrollo natural con su integración en el grupo. En los círculos de amistad y clubes sociales la integración se produce por su manifestación volitiva, por lo que, necesariamente, requiere una elección personal. En el trabajo, sin embargo, cuya inserción se da por la propia necesidad de subsistencia, la integración es *necesaria*. Deriva de la participación del individuo en la actividad socio-económica de la empresa, independientemente de sus miedos y credos, de manera que obliga a la convivencia y al encuentro de diferencias que deberán ser solventadas a fin de obtener un fin más elevado, plasmado en la propia realización de la actividad productiva preservando la dignidad personal —y los derechos fundamentales que de ella derivan— de los trabajadores.

Es esa actividad productiva la que explica y justifica la existencia de la empresa como institución necesaria para el desarrollo de las sociedades occidentales, cuyas economías son principalmente capitalistas, articuladas en premisas esenciales de producción y consumo.

En este escenario, se observa que el poder directivo del empleador como derivación legítima de la subordinación jurídica del trabajador frente a la actividad económica desarrollada por la empresa, radica, en el ámbito de la Constitución de la República de Brasil, en el derecho fundamental de propiedad (artículo, 5º, Inc. CF) e, incluso en el ámbito del ordenamiento jurídico español, encuentra apoyo constitucional en el artículo 38 de la Constitución Espa

ñola, lo que pone de manifiesto la relevancia de la institución en el conjunto social.

Sin embargo, a pesar de que pueda haber divergencia acerca de la eficacia inmediata —*directa*— de estos derechos entre particulares, con relevancia de la posición doctrinal que pregona la neutralidad empresarial al respecto, en la doctrina y en la jurisprudencia —tanto brasileña como española— tales derechos comportan eficacia en el ámbito de la relación de trabajo, especialmente en virtud de la desigualdad de las partes involucradas en esa relación.

Por otro lado, ningún derecho es ilimitado, ni siquiera los de naturaleza fundamental, y en esta premisa se focaliza el desarrollo de esta investigación.

En un primer momento, intentamos demostrar la conectividad intrínseca entre dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales, puesto que tales derechos son vectores de concreción de aquél principio, que, a su vez, actúa como elemento conformador de estos derechos.

Se identifican así, en la dignidad de la persona humana, los límites internos y externos al ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que la misma dignidad que constituye su núcleo rígido y marca los límites mínimos acerca de los cuales no se puede transigir —*inmanentes*— es el límite externo —en *puridad*— que delimita su ejercicio por su titular.

En esta condición, la dignidad personal integra el núcleo de la moralidad pública, que se identifica como un bien jurídico – el bien común— susceptible de protección y se erige, concretamente, en uno de los componentes del orden público, como tal, legitimando la acción del Estado mediante el poder de policía administrativa en la restricción de las libertades públicas.

En esta segunda perspectiva, la dignidad personal puede identificarse con las sensibilidades morales mayoritarias. Conviene destacar, que no se trata de relativizar la dignidad de la persona humana y, menos aún de intentar instituir un orden jurídico moral, sino de admitir que incluso este bien jurídico absoluto posee concreciones relativas que son dictadas por estas sensibilidades morales, las cuales se muestran variables en el tiempo y en el espacio de acuerdo con las estructuras de formación de cada grupo social.

Como se ha dicho a lo largo de este estudio, aunque no se admitan transacciones sobre la dignidad de la persona humana, ésta última posee contornos mínimos y máximos que permiten su identificación según criterios diversos.

En los límites máximos, la dignidad se concreta en bienes específicos – la integridad física y la vida, por ejemplo -. En los límites mínimos, la dignidad de la persona humana es lesionada cuando las sensibilidades morales mayoritarias de un grupo social determinado son, en alguna medida, alcanzadas por alguna acción humana.

En esta medida, el ejercicio de un derecho fundamental no es suficiente para justificar que determinadas prácticas humanas, incluso no prohibiéndose expresamente, puedan ejercerse como profesión, porque ofenden a estas sensibilidades públicas y, en consecuencia, vulneran la dignidad de la persona humana.

Así, se puede entender que en Australia se admita que enanos sean considerados como juegos de diversión en clubes nocturnos y, sin embargo, no sea así en Francia. Que se acepte la práctica de MMA en 49 Estados americanos, pero no en Nueva York. Que se admita y se regule la prostitución en Estados como Alemania y que en Suecia eso sea, incluso, penalizado, o también que se prohíba la práctica de juegos de guerra en una pequeña ciudad alemana.

No se trata, conviene reiterar, de tejer valoraciones subjetivas a partir de concepciones morales individuales – poco importa la posición personal de cada uno -, sino que se trata de examinar hasta qué punto la moralidad pública en cuanto bien jurídico se ve o no afectada por cierta práctica y eso, necesariamente, comienza por el análisis de las sensibilidades morales mayoritarias de cada grupo social.

En este sentido, la dignidad de la persona humana proyectada más allá del individuo constituye el primer límite para el ejercicio de los derechos fundamentales, en el sentido de que las libertades individuales no justifican causar daño a otro, aunque este daño pueda ser a un bien jurídico inmaterial, constituido en la moralidad pública, cuyo núcleo es la dignidad de la persona humana.

En cuanto al ámbito de las relaciones de trabajo por cuenta ajena, donde existe trabajo subordinado, la eficacia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo es relativizada según algunos matices, a fin de acomodar estas limitaciones a los derechos fundamentales al legítimo ejercicio del poder directivo del empleador.

En esta aparente contradicción, hemos intentado encontrar una solución que compusiera armónicamente estos dos vectores que, incluso aunque apunten en sentidos distintos, necesitan encontrar un punto de equilibrio capaz de permitir la existencia sana de la relación laboral.

Con este *desideratum*, hay que considerar que las normas jurídicas están compuestas de *reglas y principios*; y precisamente estos últimos, mucho más que meros referenciales interpretativos, constituyen unos imperativos de conducta capaces de regir y obligar los comportamientos; asimismo, por su naturaleza de *normas abiertas*, implican una incidencia simultánea en un mismo caso concreto, de modo que posibilitan la construcción de una solución adecuada a las peculiaridades del problema sin ofender al ordenamiento jurídico como un todo.

Como tuvimos oportunidad de destacar al comienzo de este estudio, el ciudadano económicamente activo dedica una importante parte de su vida al trabajo y, por tanto, como ya advirtió SOUTO MAYOR, en cuanto trabaja, vive y no deja de vivir en cuanto trabaja. El ser humano es *multi medios de comunicación* por excelencia y es natural que de ahí deriven nuevos y diferentes conflictos en la relación de trabajo.

La utilización de los medios telemáticos de la empresa para fines personales, manifestaciones religiosas en el lugar de trabajo y la exposición de la imagen del trabajador son sólo algunos de los numerosos problemas que pueden surgir del aparente conflicto entre el poder directivo y los derechos fundamentales y que demandan de los Tribunales del Trabajo una respuesta adecuada.

En este sentido, cabe observar que los Tribunales brasileños, sobretodo, aunque no solo, el Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Superior del Trabajo, no siguen una metodología o criterio que indique una posición uniforme en la solución del problema, decidiendo las cuestiones mediante ponderación de valores en conflicto, sopesando individualmente el derecho fundamental en relación al poder directivo, según criterios subjetivos del juzgador.

En cuanto al ámbito del Derecho laboral español, identifica la construcción de una doctrina sólidamente construida a lo largo de varias décadas a partir de reiteradas decisiones del Tribunal Constitucional, mediante la cual aquella Corte determina la observación del principio de proporcionalidad en la realización de recortes al ejercicio de los derechos fundamentales.

A pesar de que la ventaja comparativa que la existencia de un criterio presenta para la seguridad de las relaciones jurídicas, el principio de proporcionalidad requiere un rígido análisis de sus tres momentos de incidencia, demandando la necesidad de encontrar ante un medio, un fin específico y la relación de causalidad entre los dos, con el fin de preservar al máximo el derecho

fundamental, lo que puede resultar insuficiente para una solución jurídicamente adecuada del problema cuando se sopesan los elementos del caso concreto.

Con el objetivo de suplir esta deficiencia y presentar un criterio investido de mayor equidad, lo que se propone en esta investigación es que, previamente al análisis de la proporcionalidad, se examine la conducta del trabajador bajo el prisma del principio de buena fe objetiva, ya que solamente se puede hablar de regular y legítimo ejercicio de un derecho en los límites de la buena fe.

Una vez evidenciada la buena fe del trabajador en el ejercicio de sus derechos fundamentales en el ámbito laboral, sólo se pueden justificar unos recortes a estos derechos en los estrictos límites del principio de proporcionalidad, mediante un riguroso análisis de la adecuación —idoneidad— y necesidad de la medida restrictiva y, aun así, siempre con el fin de posibilitar mayores beneficios al interés general que perjuicios a otros bienes.

Lo que proponemos, insistimos, es sólo un criterio general capaz de orientar la jurisprudencia y, por consiguiente, la sociedad como un todo, en la solución del conflicto permanente entre poder directivo y los derechos fundamentales, puesto que solamente en la convivencia armónica de los dos institutos podrá existir una sana relación de empleo.

No existen soluciones herméticas, e incluso la propuesta de una secuencia principiología, se somete a la labor interpretativa del juez en la solución del caso concreto, permitiendo la identificación de este o de aquel comportamiento coherente o no con los imperativos de la buena fe, adecuado o no al principio de proporcionalidad. No hay panacea para todos los males y la subjetividad propia del derecho no se puede extirpar bajo pena de subvertir la propia esencia de la ciencia social.

No obstante, cuanto más y mejor se canalicen las conductas humanas, más estables serán las relaciones sociales y esta etapa es el primer paso a favor del movimiento de pacificación de los conflictos sociales. De ahí la importancia de adoptar los criterios, evitando situaciones extrañas que no sirven más que para desestabilizar los tejidos de la sociedad y manchar la propia credibilidad del Poder judicial.

A pesar de que puedan parecer indeseables, resultan inevitables algunas frases hechas y lugares comunes, bajo pena de dar a esta investigación un carácter señorial que no pretendemos poseer.

Así, es necesario decir que la cuestión no está cerrada, e incluso cuesta creer que este estudio pueda ser ni siquiera capaz de abrir una nueva discusión. Al contrario, la espontaneidad de esta investigación es fruto de la inquietud de quien se ve en la contingencia de tener que afrontar continuamente nuevos conflictos derivados de la relación laboral —así como otros no tan nuevos, pero que se repiten a las puertas del Poder Judicial con nuevos ropajes— con decisiones de la más variada naturaleza sobre un mismo tema —derechos fundamentales—, generando perplejidades hasta entonces desconocidas.

Hemos intentado pensar, reflexionar y, con alguna dosis de pretensión, crear una idea expuesta en una secuencia de interrogantes que se deben de responder a partir de la incidencia de normas principiológicas en el caso concreto, permitiendo pacificar en alguna medida la constante fricción entre los derechos fundamentales y el poder directivo, propio del conflicto contemporáneo del capital y del trabajo que, incluso después de más de cinco siglos, sigue siendo una característica común de las sociedades capitalistas occidentales.

BIBLIOGRAFÍA

AGRA BELMONTE, Alexandre. *A tutela das liberdades nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; ALFONSO MELLADO, Carlos; BLASCO PELLICER, Ánge; GOERLICH PESET, José Maria, *Estatuto de los trabajadores: concordando con la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5ª ed. alemana publicada por la Suhrkamp Verlag en 2006. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALONSO, Marcelo; NAGAO, Susumo. *Do Vale Tudo ao MMA – 100 anos de luta*, Rio de Janeiro: Editora PVT, 2013.

ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, M.^a Emilia, *Derecho del Trabajo*. 25ª ed., Madrid: Thompson Civitas, 2008.

AQUINO, Tomás de. *Escritos Políticos de São Tomás de Aquino*. Traducción de Francisco Benjamim de Souza Neto. 1ª Ed. Petrópolis. RJ: Vozes. 1997.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, 1990 y “Principios constitucionales”, em *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo II. *Organización general y territorial del Estado* (dir. Manuel Aragón Reyes; codir. César Aguado Renedo), Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011,

ARCE FLORES-VALDÉS, J., *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

ARENDR, Hanna. *La condición humana*. 1ª ed. 5ª reimpresión., Buenos Aires: Ed. Paidós, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*., 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

AWI, Fellipe. “*Filho teu não foge à luta – Como os lutadores brasileiros transformaram o MMA em um fenômeno mundial*”. Rio de Janeiro: Editora Intrínsec, Abril/2012.

BALERA, Wagner. “A dignidade da pessoa e o mínimo existencial”. En: MIRANDA, Jorge; SILVA, M. A. Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BELINATI MARTINS, Flademir Jerônimo. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2003.

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

BILBAO UBILLO, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: CEPC, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BON, P., *La Police municipale*. Tesis original mecanografiada. Burdeos, 1975.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CALVO ÁLVAREZ, J. *Orden público y factor religioso en la Constitución española de 1978*. Pamplona: Eunsa, 1983.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*, 4ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume II. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel Moreira. “O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas”. En: BARROS, Sérgio Resende de e ZILUETI, Fernando Aurélio (coord.). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

CARRILLO, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid: CEPC, 1995.

CARPENA, Helena. “Abuso de direito à luz do novo Código Civil”. En: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, 2º, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. 18ªed., Madrid: Tecnos, 2009.

CARPENA, Helena. “Abuso de direito à luz do novo Código Civil”. En: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, 2º ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASARIL, Agenor. “A pessoa humana como centro e fim do direito”. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 62, p. 93-112, nov. 2008 – abr. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONTRERAS, Sérgio Gamonal. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. Trad. Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

COURTIS, Christian; ABRAMOVIC, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. vol. III. 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 1996. Ed. Forense. Rio de Janeiro.

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. vol.1. *Introdução ao Direito civil; Teoria Geral do Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. “El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica”, *Estudios de Deusto*, 43, Julio-Diciembre, 2013, pp.43-68.
- DÍAZ GARCÍA, L. Iván. “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVI, Valparaíso, Chile, 1º semestre, 2011.
- DÍEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 4ª ed., octubre 2013. Edición electrónica.
- DORN GARRIDO, Carlos. “La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual”, *Revista de Derecho*, nº 26, 2011.
- DURAND, P.; JAUSSAUD, R. *Traité de Droit du Travail*, Vol. I, París, Dalloz, 1947.
- QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. “Derecho Público, Derecho Privado y Derechos Fundamentales”. *Revista General de Derecho Administrativo*. 34, 2013.
- FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito constitucional*. 6ª ed. rev. y actual., São Paulo: Saraiva, 2011.
- FILHO, Álvaro Melo. Artigo Científico. CBJD 2010; *Reequilíbrio do jogo jus-desportivo*. Disponible en: <http://nuke.dd-el.com/Portals/O/CBJD%202010.pdf>.
- GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.
- GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. “Ley, Convenio Colectivo, Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales del Trabajador”. *Revista de Derecho Social*. N. 4/1998. pp. 9-51.
- GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo. *Direito do trabalho*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, Alicante, 1988.
- GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

GODINHO DELGADO, Maurício. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1991.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª. ed., Coimbra, Portugal: Almedina, 2002.

GOMES, Orlando. “O princípio da boa-fé no Código civil português”, em *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à Privacidade e Poder Diretivo do Empregador*. São Paulo: Atlas, 2009.

HERRERA-FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales – Crítica Del humanismo abstracto*. Madrid: Los Libros de Catarata, 2005.

HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales” em Benda y otros, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LEBRETON, Gilles. “Un problème de Frontière. Conclu. Sur CE” 20/12/1957, *Ordre Publique et dignité de la personne humaine*, 3, 73, Soc. nac. d’ed. Cinématographiques, S. 1958.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Instituto García Oviedo-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988.

MARAGALL, Joan Agustí. “Razones para la laboralización de la —libre— prestación de servicios de prostitución por cuenta ajena”, *Revista Electrónica IUSLabor*, nº1, 2015.

MARANHÃO. Délio y otros. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol I., 15ª ed., São Paulo: Ltr, 1995.

MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El Poder de Control Empresarial sobre el uso del Correo Electrónico en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre*. Madrid: Biblioteca Palabra, 2001.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y CARCÍA MURCIA, Joaquin, *Derecho del Trabajo*. 18ª ed., Madrid: Tecnos, 2009.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, José Luis. “La moralidade pública como límite de las libertades públicas”, em vol. col. *Los derechos fundamentales y libertades públicas I*, XII Jornadas de Estudio de DGSJE, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1992.

MARTINI, Agostino, *Il diritto nella realtà umana. Il diritto nel mistero della Chiesa*. Pontificium Institutum Utriusque Juris – Roma: Pontificia Università Lateranense, 1986.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1996.

MENEGOTTO SIRONI, Fernanda. “O paternalismo do Estados e os crimes relativos à prostituição”. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2968. 17 de agosto de 2001.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Boa fé no Direito Civil*. vol. I. Coimbra: Almedina, 1984.

MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid: Lex Nova, 2002.

MILLÁN-PUELLES, Antonio, “El bien común”, en *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid: Rialp, 1976.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed., São Paulo: Ltr. 2010.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2009.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código Civil Comentado*, 5ª ed., Editora RT, 2007.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *La dignidad de la persona. Evolución histórica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson SL, 2010.

PACHECO ZERGA, Luz. *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*. Navarra: Thomson Civitas, 2007.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del trabajo*. 17ª ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las generaciones de derechos fundamentales” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º. 10, Madrid, 1991, pp. 203-217.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución*. 9ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Derechos humanos” en BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. “A Construção de um Direito à Vida Digna”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Departamento de Direito da PUC-Rio. n.º 13, agosto-dezembro 1998.

- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Madrid: Ed. Civitas, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992
- RASHID COUTINHO, Aldacy. *Poder Punitivo Trabalhista*. Tesis Doctoral.
- RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al estudio del Derecho*, 7ª ed., México: Porrúa, 1985.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. "La prostitución ante el Derecho: problemas y perspectivas", en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, 2006.
- ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid: CEPC, 2012, pp. 1085-1125.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Principios y valores constitucionales", em *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, vol. I, Murcia, 1997.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, Universidad Autónoma de México, 2007.
- SÉRGIO GAMONAL, Carlos. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. trad. Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr., 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. *Revista dos Tribunais* 798, 2002.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. “Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais”. *Revista Latina-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 5, jan/jun, 2005, pp. 249-285.

SOUZA DE NONOHAY, Daniel. “Imperativos constitucionais e princípios aplicáveis à administração pública. Uma análise voltada ao direito do trabalho”. En *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Estudos sobre Administração judiciária*. Reflexão dos magistrados sobre a gestão do Poder Judiciário, n.º. 02, Porto Alegre: HS Editora, 2009.

STUART MILL, John. *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza Editorial, 2001.

TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

TERRADILOS ORMAETXEA, Edurne. *El Poder Disciplinario Empresarial – Principios y Garantías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VIEIRA ANDRADE, José Carlos de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

VILLELA, João Baptista. *Sobre Renúncia e Transação no Direito do Trabalho*. Curso de Direito do Trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá. 3ª. ed., São Paulo: LTr, 1996.

WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WOLFGANG SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WOLFGANG SARLET, Ingo, “Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis”. En Miguel Ángel Presno Linera (coord.): *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012, pp. 5-6: (http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro_digital_procura.php), pp. 18-21.

LEGISLACIÓN, DOCUMENTOS Y ENLACES ELECTRÓNICOS

ANDRADE, Fabrício. *O UFC é inconstitucional*. Disponible en: <<http://professorfabricioandrade.blogspot.com.br/2010/02/luta-vale-tudo-e-inconstitucional.html>>

ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad*. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_fundamentales_ponderacion_y_racionalidad_Rober_Alexy.pdf . Consultado el 03/08/2015. 19:50.

DE RENDEZE CHAVES JUNIOR, José Eduardo. *Vigiar e Punir*. Disponible en: <<http://pepe-ponto-rede.blogspot.com.br/2009/12/vigiar-e-punir.html>>

Constitución Federal Brasileña. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Statuto dei Diritti dei Lavoratori, de 1970. Disponible en: <www.unipd.org.it/rls/StatutoLavoratori.pdf>

Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2015/10/24/pdfs/BOE-A-2015-11430.pdf>.

MELO FILHO, Álvaro. CBJD 2010; Disponible en: <<http://nuke.dd-el.com/Portals/O/CBJD%202010.pdf>>

Real Academia Española - *Diccionario De La Lengua Española*, 22^a ed., disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=principio - acceso el 21/01/2011.

Reglamento del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea: DOUE L 174, de 26 de junio de 2013.

O Grito das Prisões?. Disponible en: <<http://www.youtube.com/watch?v=uKD0s0Qhxd4&feature=youtu.be>>

Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 13^a édition. Paris: Dalloz, 2001.

Disponible

en:

<<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-7-novembre-1924-club-independant-sportif-chalonnais-requete-numero-78468-rec-p-863/>
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637342>>

Decisiones del Consejo de Estado francés: <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=9&fond=DCE&texte=Commune+de+Morsang-sur-Orge&Page=3&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True>

Decisiones del Consejo de Estado francés: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1994/94-343/344-dc/decision-n-94-343-344-dc-du-27-juillet-1994.10566.html>

Tribunal de Versailles. Dictamen de 25 de febrero de 1992.

Tribunal de *Marseille*. Dictamen de 8 de octubre de 1992.

Communication N° 854/1999: France. 26/07/2002. CCPR/C/75/D/854/1999. Disponible en : <<https://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/854-1999.html>>

Web oficial del Parlamento Europeo: www.europarl.europa.eu.

<<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/downloads.jsf>> Consultado el 31/08/2015.

<<https://www.youtube.com/watch?v=QVov2TEYJ8k>>

<http://www.metacafe.com/watch/10011026/royce_gracie_vs_daniel_severn/
http://www.metacafe.com/watch/10011026/royce_gracie_vs_daniel_severn/>

< <http://boxing.nv.gov/about/Mission/>>

<<http://www.cabmma.org.br/uploads/paginas/file/MMA%20Rules%20-%20port%20ing%20FINAL%2014MAR2013.pdf>>

<<https://www.youtube.com/watch?v=eEmIpfr7K0c> >

<https://www.youtube.com/watch?v=__ytcZzyb4M>

<<http://emporiododireito.com.br/juiza-proibe-prova-do-laco-e-afirma-esporte-em-que-um-dos-envolvidos-nao-optou-por-competir-nao-e-esporte-e-covardia-por-patricia-cordeiro/>>

<<http://mmapayout.com/2010/11/a-history-lesson-or-history%E2%80%99s-lesson-on-mixed-martial-arts-in-new-york/>> Consultado el 16/10/ 2015.

<<http://sportv.globo.com/site/combate/noticia/2011/11/ufc-entra-com-processo-contra-proibicao-ao-mma-em-nova-york.html>> Consultado el 16/10/2015.

JURISPRUDENCIA

BRASIL

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n. 69.912, Relator Ministro Celso de Mello. Publicado en el “Diário de Justiça” de 26/11/1993.

Recurso Extraordinario 161.243-6, Relator Ministro: Carlos Veloso. Fecha de Juicio: 20/10/1996, Fecha de Publicación: 19/12/1997.

Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC MC-9/DF, Relator Ministro Neri da Silveira. Fecha de Juicio 28/06/2001.

Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIn 4.815/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia. Fecha de Juicio: 10/6/2015.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 765/2002-382-02-00. Relator: Ives Gandra Martins. Publicado no Diário de Justiça de 11/04/2006.

RR - 1214156-36.2004.5.04.0900, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa. Fecha de Juicio: 15/12/2010, 1ª Instancia, Fecha de Publicación: 04/02/2011.

RR-613/2000-013-10-00.7, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ de 10/6/2005.

RR-3668/2007-022-09-00, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ de 16/10/2009.

RR-109400-25.2008.5.09.0411, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ de 13/5/2011.

RR-371700-39.2008.5.09.0411, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 27/5/2011.

RR-471-73.2011.5.01.0035, 2ª Turma, Rel. Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes, DEJT de 13/3/2015.

AIRR y RR - 263000-09.2009.5.12.0036, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT de 20/05/2011.

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG. Relatora Juíza Rosemary de Oliveira Pires Fecha de publicación: 18/11/2000 Referência: RO 1.125/00 – 5ª T. – DJMG 18.11.2000.

STF, RE 248.869, voto do Min. Maurício Corrêa, j. 07/mar/2003.

STF, STA 223-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/abr/2008.

STF, RHC 94.358, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/abr/2008.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372908>

Acción Directa de Inconstitucionalidad ADIn 4.815/DF, 10/06/2015. Disponible en:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=61300&digitoTst=23&anoTst=2000&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0013&submit=Consultar>>

ESPAÑA

STC 53/1985, del 11 de abril de 1985.

STC 88/1985, del 19 de julio de 1985.

SSTC 57/1994, del 28 de febrero, y 143/1994, de 9 de mayo.

STC 99/1994, del 11 de abril de 1994.

STC 143/1994, del 9 de mayo de 1994.

STC 98/2000, del 10 de abril de 2000.

STC 20/2002, del 28 de enero de 2002.

STC 281/2005, del 7 de noviembre de 2005.

STC 36/2011, del 28 de marzo de 2011.

Sentencia 835/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español.

Sentencia 50/2015 del Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona, de 18 de febrero.

Sentencia nº 6390/2004, de 21 de septiembre de 2004. Sección 1ª de La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 12 de febrero de 1990. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1994/05/17/pdfs/T00007-00011.pdf>

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1994-0099.

Decisión proferida el 14/06/2010, publicada en el DJE de 03/09/2010. Disponible para su consulta en

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613901>. Acceso el 26/06/2011.

Las sentencias del Tribunal Constitucional español que se citan en la Tesis doctoral han sido consultadas en la página web de esta institución, cuya dirección es la siguiente:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7272>.

COLOMBIA

Sentencia T-629/10, Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>.> Consultado el 02 de septiembre de 2015.

ESTADOS UNIDOS

Jones v. Schneiderman, nº 11-CV-8215 KMW (SDNY Mar. 31, 2015)

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Eweida y Otros contra el Reino Unido. <