

FRANCISCO JOSÉ SALMONA MAUREIRA

**LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LA RELACIÓN LABORAL: UNA NUEVA LECTURA
DEL ARTÍCULO 485 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO**

THE INJURY TO FUNDAMENTAL RIGHTS
IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP: A NEW READING
OF ARTICLE 485 OF THE LABOR CODE

ARTÍCULO INÉDITO DE INVESTIGACIÓN

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO)

Salmona Maureira, Francisco José. «La lesión de derechos fundamentales en la relación laboral: Una nueva lectura del artículo 485 del Código del Trabajo». *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 9 (2022).
<https://doi.org/10.7761/rda.o.g.19925>

REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC

Número 9
Julio 2022
ISSN: 2452-4344

Recepción: 21 de abril, 2022

Aceptación: 21 de julio, 2022

Resumen

El presente trabajo corresponde a un análisis de la forma en que los derechos constitucionales tienen vigencia al interior de las relaciones laborales, conforme al procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Se argumenta que la colisión de los derechos constitucionales, y su solución a partir del principio de proporcionalidad, no son la única o adecuada manera de estimar que se produce una lesión de los derechos fundamentales del trabajador.

Palabras clave: Procedimiento de tutela de derechos fundamentales, colisión de derechos fundamentales, principio de proporcionalidad.

Abstract

This work is an analysis of how constitutional rights are valid in the workplace, in accordance with the procedure for the protection of fundamental rights provided by Employment Law. It is argued that the collision of constitutional rights, and their solution based on the principle of proportionality, are not the only or adequate way to estimate that an injury to the workers' fundamental rights is produced.

Keywords: Procedure for the protection of fundamental rights, collision of constitutional rights, proportionality principle.

Francisco José Salmona Maureira

Universidad de O'Higgins
Rancagua, Chile
francisco.salmona@uoh.cl

Francisco José Salmona Maureira es abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales con distinción máxima por la Pontificia Universidad Católica de Chile, magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional por la misma universidad, y magíster en Derecho (LLM) por la Universidad de Nueva York. Socio en Aylwin Estudio. Profesor del magíster en Derecho LLM UC de la Pontificia Universidad Católica de Chile y profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de O'Higgins. Es autor de *Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales*, Cuadernos del Tribunal Constitucional 40 (Santiago: Tribunal Constitucional de Chile, 2008) y «Evaluación de impacto vial: Una mirada a jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la relación Ley-Reglamento», *Revista Chilena de Derecho* 32, n.º 3 (2005).

Universidad de O'Higgins
Rancagua, Chile
francisco.salmona@uoh.cl

Francisco José Salmona Maureira is a lawyer. Graduated in Law with maximum distinction from the Pontificia Universidad Católica de Chile. Master in Constitutional Law from the same university. Master in Laws (LLM) from the University of New York (NYU). Professor of the Master in Law Program LLM UC of Pontificia Universidad Católica de Chile and professor of Employment and Labor law at Universidad de O'Higgins, Chile. Partner in Aylwin Estudio. He is the author of *Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales*, Cuadernos del Tribunal Constitucional 40 (Santiago: Tribunal Constitucional de Chile, 2008), and "Evaluación de impacto vial: Una mirada a jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la relación Ley-Reglamento", *Revista Chilena de Derecho* 32, n.º 3 (2005).

I. INTRODUCCIÓN: EL INGRESO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR A LA FÁBRICA

Los derechos fundamentales han ingresado a la fábrica.¹ Lo anterior significa afirmar que, en el ámbito de las relaciones laborales, el trabajador goza no solo de las clásicas prerrogativas que le son reconocidas por la Constitución y la ley laboral bajo la fórmula de derechos específicos, sino que, además, de derechos que le corresponden por ser sujeto de las garantías que la carta fundamental prevé para toda persona.

Es el fenómeno que se ha identificado en la doctrina con el nombre de «ciudadanía en la empresa».² En síntesis, refiere al estudio de la validez de los derechos fundamentales en la relación jurídico laboral, en cuanto estos derechos conforman verdaderos límites a los poderes reconocidos tradicionalmente a favor del empleador (mando, reglamentación y sanción), a los cuales se sujeta el trabajador en virtud del contrato de trabajo. Es lo que se conoce también como los derechos inespecíficos del trabajador.³

¹ Lo cual representa una redefinición de la protección del trabajador y ha sido calificado como una verdadera revolución. Como nos dice Francisco Tapia en su prólogo a la obra de Christian Melis, el derecho del trabajo se encuentra en una profunda transformación a partir de las últimas décadas, al ser parte importante el reconocimiento de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. Véase Christian Melis, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (Santiago: Legal Publishing, 2009), v y ss.

² Sergio Gamonal nos dice a este respecto que «cuando nos referimos a la ciudadanía en la empresa no hablamos de estos derechos fundamentales laborales propiamente tales, sino aquellos derechos que tiene el trabajador como ciudadano, derechos civiles y políticos que, en cierta forma, quedaban disminuidos en la relación de trabajo, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador (reconocida expresamente en la legislación por medio del binomio “poder de dirección/subordinación”)». Sergio Gamonal, *El procedimiento de tutela de derechos laborales* (Santiago: Legal Publishing, 2008), 7. Para Thayer y Novoa, la ciudadanía laboral puede definirse como «una condición socialmente construida: la de ser sujeto de ciertos derechos y deberes dentro de la comunidad en que se aplican». William Thayer y Patricio Novoa, *Tercer manual de derecho del trabajo* (Santiago: Jurídica de Chile, 2008), 19. Antonio Baylos, *Derecho del trabajo, un modelo para armar* (Madrid: Trotta, 1991), 95.

³ Entendemos por *derechos fundamentales inespecíficos* —según la terminología ya clásica acuñada por el profesor español Palomeque— aquellos distintos a los específicamente laborales, como son, vía de ejemplo, el derecho a la vida y la integridad física y psíquica o el derecho a la honra y a la vida privada del trabajador, entre otros.

El asunto se ha estudiado hace ya tiempo con bastante detención, tanto por la doctrina extranjera⁴ como por la chilena, según nos referiremos más adelante. Además, ha llegado a ser derecho positivo en el ámbito nacional, encontrando en el procedimiento de tutela de derechos laborales, introducido por la reforma procesal laboral, una vía procesal efectiva para la protección de los derechos constitucionales al interior de la relación laboral.

Con todo, sostener el ingreso de los derechos constitucionales a la fábrica posee algunas dificultades técnico-jurídicas cuyo estudio no debe ser dejado de lado. El tema consiste en determinar cómo estos derechos fundamentales tienen validez en las relaciones jurídicas privadas y, en particular, en las relaciones empleador-trabajador.

Lo anterior nos ha llevado a estudiar el asunto desde una perspectiva de la teoría general de los derechos fundamentales. Nuestra postura es que, si bien los derechos asegurados por la Constitución a las personas por necesidad deben incorporarse en el ámbito de las relaciones laborales, es conveniente profundizar en la manera en que se produce la validez de los derechos fundamentales en las relaciones del trabajo, de una forma coherente con una teoría general de los derechos fundamentales. En definitiva, nuestro propósito es esbozar una lectura alternativa a la planteada por la doctrina laboral que estimamos como mayoritaria, respecto de las normas del actual procedimiento de tutela laboral —a partir del artículo 485 del Código del Trabajo—, en particular, respecto de la amplia aplicación del principio de proporcionalidad.

Desde ya anunciamos que las formas de afectación de los derechos fundamentales enunciadas en la referida norma procesal (carencia de justificación suficiente, la arbitrariedad, desproporción, o la falta de respeto al contenido esencial de un derecho) deben poseer una función normativa propia y que pueden distinguirse en algunos supuestos del principio de proporcionalidad.

Este artículo se estructurará en dos partes, a saber: una breve explicación de la construcción de una tesis mayoritaria para entender la aplicación de los derechos fundamentales en la fábrica y, en particular, las doctrinas amparadas en la nueva reglamentación del procedimiento de tutela laboral; y un análisis de los capítulos que estimamos esenciales en dichas tesis, terminando esa sección con una lectura alternativa. Culminaremos con algunas conclusiones.

⁴ Véase, aparte de los autores citados más arriba, el estudio comparado de Fernando Valdés Dal-Ré, «La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: Una aproximación de derecho comparado», *Derecho Privado y Constitución* 17, (enero-diciembre 2003): 499 y ss. Útiles también son los trabajos de Palomeque respecto del derecho español: Manuel Carlos Palomeque López, *Los derechos laborales en la Constitución española* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA FÁBRICA: EL CASO CHILENO

2.1. La reforma procesal laboral chilena y la incorporación del procedimiento de tutela laboral

Como es sabido, la reforma procesal laboral⁵ introdujo el procedimiento de tutela laboral. Este procedimiento constituye la medida procesal para dar eficacia a los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa.⁶

Ahora, el bien jurídico protegido por parte del procedimiento de tutela no corresponde a todos los derechos constitucionales enumerados en el artículo 19 de la Constitución. Por el contrario, el artículo 485 del Código del Trabajo establece una lista de carácter taxativo que, además de derechos constitucionales, incluye el derecho a no ser discriminado en los términos previstos por el artículo 2 del Código del Trabajo y la garantía de indemnidad frente a la represalia empresarial. La misma norma determina cuándo se está frente a una lesión de un derecho constitucional de un trabajador. La disposición señala, en la parte pertinente, lo que sigue:

El procedimiento contenido en este párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores [...].

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

⁵ Ley 20.022, Ley 20.023, Ley 20.087, Ley 20.260 y Ley 20.287.

⁶ Así se refiere la Dirección del Trabajo a este procedimiento especial, en su dictamen Ordinario 2210/035, de 2009. Por su parte, la Corte Suprema señalará respecto de los objetivos del nuevo procedimiento de tutela laboral: «1. Que uno de los pilares centrales de las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por las leyes números 20.022, 20.023, 20.087, 20.260 y 20.287, se dirigieron entre otros aspectos, a remarcar la plena vigencia de los derechos que el trabajador detenta no solo en tal calidad, sino también en su condición de persona, estableciendo aquello como eje fundamental de las relaciones laborales, creando nuevos procedimientos, más democráticos como se dijo en el proyecto, generándose al efecto el de tutela laboral». Corte Suprema, recurso de amparo 3.776, 15 de junio de 2009, citado en Melis, *Los derechos...*, 65.

Previo a la incorporación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el Código del Trabajo ya preveía en su artículo 5 una limitación del ejercicio de las potestades del empleador, pero enfocada a la intimidad, vida privada o la honra de los trabajadores. La norma dio lugar a abundante jurisprudencia administrativa y tratamiento doctrinario. No los trataremos en este lugar por las características y extensión de este trabajo.

A partir de la incorporación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales se ha multiplicado la jurisprudencia administrativa y judicial que se refiere a la aplicación de los derechos constitucionales al interior de la relación laboral. Inaugurando una serie de pronunciamientos administrativos, el dictamen Ordinario 2210/035, de 2009 —al igual que los anteriores dictámenes Ordinarios 2856/162 y 2328/130, ambos de 2002— contempla una acabada doctrina de la Dirección del Trabajo que representa su entendimiento respecto de la ciudadanía en la empresa. En este pronunciamiento hace énfasis en la existencia de una colisión entre los derechos fundamentales reconocidos al trabajador y los propios del empleador. Esta colisión debe ser superada a través del uso del principio de proporcionalidad.

En resumen, los derechos fundamentales del trabajador tienen el carácter de límites respecto de las potestades que la ley reconoce al empleador (mando, reglamentación y sanción), en particular, como ya lo señala el inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo, en relación «al derecho a la dignidad del trabajador,⁷ a su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente».

Con todo, se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales del trabajador no son absolutos y que reconocen como eventuales limitaciones a su ejercicio las potestades que la ley otorga al empleador. Dichas potestades se basan en los derechos fundamentales de libertad de empresa (artículo 19 numeral 21 de la Constitución) y propiedad (artículo 19 numeral 24 de la Constitución). De esta forma, se genera una colisión de derechos fundamentales que el operador jurídico debe resolver.

Para resolver esta colisión de derechos debe utilizarse el principio de proporcionalidad. Este principio es entendido como un procedimiento argumentativo que debe utilizar el empleador para limitar el derecho fundamental del trabajador, de manera que el empleador

tendrá que cumplir con el «principio de la adecuación», que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuado, en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto. Asimismo, deberá cumplir con el «principio de necesidad», según el cual la medida limitativa sea la

⁷ Desde ya podemos decir que la dignidad del trabajador no corresponde a un derecho subjetivo. Más bien, el concepto contribuye a la construcción de la idea de derechos fundamentales, como un fundamento de aquellos. Véase, en este sentido, José Luis Cea Egaña, *Derecho constitucional chileno* (Santiago: Ediciones UC, 2004), 38. Sobre los orígenes del concepto, el cual tiene una connotación cristiana, véase Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo: Bases fundamentales* (Santiago: Jurídica de Chile, 1996), 50 y ss.

única capaz de obtener el fin perseguido, de manera tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa. En fin, también lo propio deberá ocurrir con el «principio de proporcionalidad en sentido estricto», a partir del cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.⁸

Esta ligazón de ideas (colisión de derechos fundamentales y su solución a través del principio de proporcionalidad) será usada expresamente por la Dirección del Trabajo para el tratamiento de una serie de casos concretos. Así, por ejemplo, al momento de pronunciarse sobre el control de la actividad laboral por medios computacionales,⁹ control del consumo de drogas,¹⁰ la procedencia de cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo,¹¹ las medidas de revisión corporal¹² o, recientemente, los sistemas de prevención de la fatiga, somnolencia o distracción.¹³

Lo anterior es consistente con las propuestas que ha hecho por gran parte de la doctrina científica laboral.¹⁴ Así —refiere uno de los autores— que, en los casos en que se trate de

⁸ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 2210/035, de 2009.

⁹ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 3441/072, de 2008.

¹⁰ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 3031/046, de 2010 y dictamen Ordinario 3032/047, de 2010.

¹¹ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 4731/081, de 2010.

¹² Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 4936/092, de 2010.

¹³ Dirección del Trabajo, Ordinario 005, de 2021.

¹⁴ José Luis Ugarte Cataldo, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago: Legal Publishing, 2009), 62 y ss.

Melis, *Los derechos...*, 104 y ss. Este autor señalará que el principio de proporcionalidad en las relaciones del trabajo se encuentra expresamente contemplado en el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo. A su vez, señala que el «principio de proporcionalidad, así considerado, se constituye en un *canon interpretativo necesario*, en la medida que conforma una “estructura argumentativa” que ha de tener en cuenta el juez a la hora de analizar colisiones de derechos fundamentales o, dicho de otra forma, opera como requisito indispensable de toda imposición de restricciones a que se quiera someter un derecho fundamental». Melis, *Los derechos...*, 106.

Gamonal, *El procedimiento...*, 45 y ss. Para Gamonal, los parámetros de lesión de derechos fundamentales contemplados en el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo corresponden a una «opción» del legislador, y que puede ser entendido bajo el siguiente paralelo: i) justificación suficiente y necesidad; ii) medida no arbitraria y adecuación; iii) medida no desproporcionada y proporcionalidad en sentido estricto: racionalidad respecto del objeto; iv) no debe afectarse el contenido esencial del derecho y proporcionalidad en sentido estricto: racionalidad en cuanto a los efectos; y v) no debe tratarse de una represalia y proporcionalidad en sentido estricto: racionalidad respecto del objeto. Gamonal, *El procedimiento...*, 49.

una facultad del empleador que pueda ser adscrita¹⁵ a un derecho fundamental, se generaría una colisión de derechos fundamentales que debe ser resuelta por medio de la «ponderación gobernada por el principio de proporcionalidad».¹⁶ También existe coincidencia en lo relativo a la fundamentación teórica del uso del principio de proporcionalidad, que viene dada por la asimilación de las tesis de Alexy respecto de la distinción entre reglas y principios; el entendimiento de los principios como «mandatos de optimización» y la afirmación de que las normas de derechos fundamentales actúan como principios.¹⁷

2.2. Una tesis (mayoritaria) para entender la aplicación de los derechos fundamentales en la relación laboral

La tesis puede construirse sobre la base de una serie de afirmaciones teóricas. En primer término, los derechos constitucionales tienen una eficacia directa o inmediata en las relaciones laborales, de conformidad a la doctrina alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte*. En este ámbito, actúan como un límite a las facultades empresariales.

Los derechos fundamentales, además, poseen el carácter de principios —no de reglas—.¹⁸ Estos principios operarían como mandatos de optimización. Entonces, tales derechos gozarían de una protección *prima facie* y una protección definitiva. La determinación de la protección definitiva vendría dada por la aplicación del principio de proporcionalidad. Este principio constituiría un verdadero método argumentativo que permite determinar si en un caso particular el empleador ha producido una lesión en los derechos fundamentales de un trabajador. En su base positiva, se encontraría recogido en el artículo 485 del Código del Trabajo,¹⁹ de manera que, para la doctrina científica laboral, las hipótesis de falta de justificación suficiente, arbitrariedad, desproporción o la falta de respeto al contenido esencial serían expresiones que llamarían a una misma forma de control a través de este principio.

¹⁵ La terminología respecto a una norma adscrita a un derecho fundamental es de Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Nueva York: Oxford University Press, 2010), 33 y ss.

¹⁶ Ugarte Cataldo, *Tutela...*, 63 y 73.

¹⁷ En esto desde ya hacemos una prevención, que desarrollaremos más abajo. Lo que Alexy propone es un modelo mixto de reglas y principios, no solo un modelo de principios, como creemos que se ha entendido. Un modelo de solo principios implicaría que los derechos fundamentales no serían «tomados en serio».

¹⁸ Véase, en este sentido, Ugarte Cataldo, *Tutela...*, 67 y ss., y Melis, *Los derechos...*, 83 y ss.

¹⁹ Algunos autores también señalan que el principio estaría recogido en el artículo 493 del Código del Trabajo. Sin embargo, recoge más bien una técnica procesal de alivio probatorio mediante la exigencia de indicios y no plena prueba de la conducta infractora. Véase en este sentido Anderson Weldt Umaña, «Comentarios sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos laborales», *Ars Boni et Aequi* 5 (2009): 24.

Ahora bien, podemos observar que la aplicación del principio de proporcionalidad viene también justificada por el hecho de que este juez estaría tratando en la mayoría de los casos de tutela²⁰ acerca de un verdadero conflicto o colisión de derechos fundamentales. De esta forma, ante la concurrencia de una colisión de derechos fundamentales en el proceso de tutela, el juez deberá ponderar dichos derechos a través del principio de proporcionalidad.

Alguna de la jurisprudencia más famosa emanada del procedimiento de tutela laboral ha hecho amplio uso de estas ideas. Así ocurrió, a modo de ejemplo, en el caso *Kronos*, el cual trata sobre la afectación del derecho constitucional a la privacidad de las comunicaciones privadas de una trabajadora.²¹ En síntesis, en el caso el juez identificó que una conversación ejecutada por el instrumento de mensajería instantánea Messenger se trataba de una comunicación de carácter privado, amparada por la libertad reconocida por el artículo 19 numeral 5 de la Constitución. El razonamiento de la sentencia se identifica también un conflicto con el derecho fundamental del empleador a la libertad de empresa y propiedad, de manera que se buscó solucionar el conflicto de derechos fundamentales a través de la «ponderación, guía por el principio de proporcionalidad». Tras aplicar los tres pasos del principio de proporcionalidad, se reconoció la conducta como desproporcionada y, en consecuencia, declaró que lesiona el derecho fundamental de la trabajadora a la inviolabilidad de la comunicación privada en cuestión.

Conviene resaltar algunos de los argumentos de la sentencia, que nos ayudarán más tarde a explicar algunos postulados. El juzgador partirá sus análisis señalando que los derechos fundamentales de la actora no son absolutos, de manera que «reconocen como límite el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales; [...] en el ejercicio de uno de estos derechos puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos».²²

²⁰ Recordemos que, para esta doctrina, una colisión de derechos fundamentales se daría únicamente en los casos en que se tratara de una facultad del empleador que sí puede ser adscrita a un derecho fundamental de este, quedando excluidos los casos en que es la ley la que resuelve el conflicto, como también los casos en que, si bien existe una limitación de derechos fundamentales por parte del empleador, su conducta no puede ser «adscrita» a un derecho fundamental suyo, conducta que, entonces, deviene como ilícita por carecer del rango suficiente como para limitar derechos fundamentales. Véase en este sentido Ugarte Cataldo, *Tutela...*, 62 y ss.

²¹ Caso *Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos*, Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, causa RIT-R-2008, 15 de septiembre de 2008.

²² Caso *Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos*, considerando octavo.

Luego, respecto de los derechos fundamentales del empleador, se señaló que los «poderes [dirección y disciplina] reconocen su fundamento en el derecho constitucional de propiedad y en la libertad para desarrollar cualquier actividad económica»,²³ para luego identificar la existencia de un conflicto entre normas constitucionales, toda vez que

es en virtud de los poderes empresariales antes referidos [dirección y disciplinario], que se pierde el equilibrio en la relación entre particulares [...], por lo que esta tensión es la que pasa a constituir el punto de partida para la colisión de los poderes empresariales y de los derechos fundamentales del trabajador [...] Ante esta colisión de derechos, debe primero consultarse en la legislación nacional, si es que existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por la vía de la subsunción.

Ante la constatación de la ausencia de tal norma, se decidió solucionar el conflicto de normas constitucionales a través del principio de proporcionalidad, toda vez que en distintos ordenamientos jurídicos —como también el nuestro— «se ha impuesto el método de la ponderación guiado por el principio de proporcionalidad en sentido amplio».²⁴

De esta forma, se pasó a ejecutar un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, explicando en qué consisten cada uno de ellos, para concluir en el último de dichos pasos que

resulta desproporcionado que se haya decidido pasar por alto que dicha información estaba contenida en un respaldo accidental de una conversación electrónica privada, para luego leerla completamente e invocarla como causa del despido, toda vez que la gravedad invocada en el supuesto actuar de la trabajadora y la necesidad de protección de la empresa frente a ello, no se condice de ningún modo con la protección esperable hacia la garantía de la inviolabilidad de comunicaciones privadas.²⁵

Cabe también destacar que la Corte de Apelaciones de Copiapó confirmó la sentencia del grado, rechazando el respectivo recurso de nulidad.²⁶ Para ello, señaló la Corte lo que sigue:

²³ Caso *Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos*, considerando octavo.

²⁴ Caso *Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos*, considerando octavo.

²⁵ Caso *Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos*, considerando octavo.

²⁶ Sentencia del recurso de nulidad interpuesto por Sociedad de Profesionales Kronos Ltda., Corte de Apelaciones de Copiapó, causa rol 52-2009, 21 de noviembre de 2008.

En este caso, además, ha de asentarse claramente que la garantía de que trata este asunto, conforme a lo prevenido por el artículo 485 del Código del Trabajo, dice relación con la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, contemplada en el artículo 19 numeral 5 de la Constitución Política del Estado, destacando aquí que el constituyente ha relevado, por razones históricas, el carácter intocable de este derecho, que constituye parte esencial de los contenidos republicanos de la tradición jurídica chilena. La referida indemnidad de cualquier forma de comunicación privada, en los términos indicados en la constitución, solo admite su vulneración en los casos y formas determinados por la ley. Esta precisa disposición impide cualquier intento de afectarla por vía contractual o reglamentaria y con la mayor razón, por la vía del reglamento interno de la empresa. Lo anterior por cuanto la referida inviolabilidad de las comunicaciones privadas acompaña a la persona a donde quiera que ella se encuentre, incluso al interior de la empresa.²⁷

Ahora bien, como se puede apreciar, el razonamiento de la Corte es diferente al del juez del grado. Si bien se rechaza el recurso de nulidad interpuesto, se aprovecha de dejar en claro que el texto del artículo 19 numeral 5 de la Constitución impide cualquier intento de afectar una comunicación privada por la vía contractual o reglamentaria interna de la empresa. Si bien no se dice expresamente, se desprende que no es necesario —a criterio de la Corte— el tratamiento del asunto a partir del principio de proporcionalidad.

La sentencia también ha sido objeto de algunos comentarios críticos.²⁸ Al comentar la sentencia, Ferrada argumenta que se habría olvidado de que el punto de partida de la controversia debe ser la propia norma constitucional que establece el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. De esta manera, el conflicto en cuestión debía resolverse a través de la constatación del carácter de comunicación privada de la conversación electrónica y de la existencia de una ley que habilite la «interceptación, apertura o registro» de tal comunicación. Como no existen dudas respecto de lo primero, ni tampoco existe una ley que habilite al empleador a interceptar y leer la comunicación, el caso se trataba de una lesión (intervención indebida) del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.²⁹

²⁷ Sentencia del recurso de nulidad interpuesto por Sociedad de Profesionales Kronos Ltda., considerando cuarto.

²⁸ Juan Carlos Ferrada Bórquez, «Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en la relación laboral: Buenas intenciones, malos instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó)», *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) 21, n.º 2 (2008): 299.

²⁹ Ferrada Bórquez, «Abriendo...», 268 y ss.

Ambas consideraciones invitan a reflexionar acerca de la forma que la doctrina y jurisprudencia administrativa y judicial se han acercado a tema de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

3. UN ENTENDIMIENTO ALTERNATIVO DESDE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados

Como ya hemos visto en la sección anterior, la doctrina laboral moderna ha adoptado la teoría alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte* para explicar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Así, en las obras de Melis y Saez,³⁰ Caamaño,³¹ nuevamente Melis,³² Gamonal³³ y Ugarte,³⁴ es común encontrar una referencia a la doctrina germana. Es más, según estos autores, en el ámbito laboral la eficacia de los derechos fundamentales adoptaría la vertiente inmediata o directa, sin perjuicio de las matizaciones que estos hacen a esta tesis.³⁵

³⁰ Christian Melis y Felipe Saez Carlier, *Derecho del trabajo* (Santiago: Conosur, 2000), 87.

³¹ Eduardo Caamaño Rojo, *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), 7 y ss.

³² Melis, *Los derechos...*, 11 y ss.

³³ Gamonal, *El procedimiento...*, 12 y ss. Sergio Gamonal, *Trabajo y derecho* (Santiago: Legal Publishing, 2010), 60 y ss.

³⁴ Ugarte Cataldo, *Derechos, trabajo y privacidad*, 11 y ss. También en José Luis Ugarte Cataldo, *Derechos fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago: Thomson Reuters, 2018), 25 y ss.

³⁵ Así, por ejemplo, Gamonal habla primero de entender como eficacia mediata o inmediata ciertas operaciones de interpretación o aplicación. De esta forma, la interpretación de las leyes laborales debe hacerse a la luz de los derechos fundamentales (eficacia mediata); en el caso de existir vacíos legales, el juez, guiado por la necesidad de resolver el conflicto en virtud del principio de inexcusabilidad, podría aplicar directamente los derechos fundamentales (eficacia inmediata); en el caso de que un precepto laboral vulnere derechos fundamentales, el juez podría iniciar ante el Tribunal Constitucional el proceso de inaplicabilidad (eficacia mediata) y, por último, en materia laboral, la vinculación directa de los derechos fundamentales significará que operarán como límites a las potestades del empleador. Véase, en este sentido, Gamonal, *El procedimiento...*, 13. A su vez, en una obra posterior, hablará ya de una eficacia «diagonal» de los derechos fundamentales en la relación laboral, puesto que el trabajador no se encuentra en una posición de igualdad respecto del empleador, sino que, más bien, de subordinación, pudiendo este último ejercer sobre el primero poderes jurídicos intensos. Véase Gamonal, *Trabajo y derecho*, 60. Por su parte, Ugarte Cataldo, a partir de los argumentos que esgrime, entiende el debate entre la eficacia directa e indirecta como inoficiosa, puesto que, en Chile, «la eficacia horizontal ha sido plenamente recepcionada en su versión más radical: la eficacia directa o inmediata». Ugarte Cataldo, *Tutela...*, 14.

Sobre este punto nos detendremos, aunque desde ya anunciamos que nuestro interés aquí es señalar la irrelevancia de importar de la doctrina germana al medio nacional.

Comencemos por decir que tanto la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, como la adopción de la teoría germana de la eficacia en terceros, no es algo nuevo para la doctrina constitucional chilena. La importación del modelo de la *Drittwirkung* alemana no es algo propio de los *iustlaboralistas*.

Ahora bien, en un principio, la doctrina constitucional chilena entendió que la Constitución recogía el efecto horizontal de los derechos fundamentales y, de esta forma, otorgó plena eficacia a dichos derechos en las relaciones entre privados. Así, Soto Kloss no tiene reparo alguno en señalar que los particulares constituyen sujetos activos del recurso de protección,³⁶ lo que en estudios posteriores fue confirmado por autores como Nogueira Alcalá, quien nos señala que «el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no solo a las relaciones particulares con el Estado, sino también entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra Constitución a través de la acción constitucional de protección».³⁷

Fue a partir de finales de la década de los noventa que la doctrina alemana de la *Drittwirkung* comienza a ser citada, especialmente, en el momento en que se empieza a estudiar el fenómeno de la constitucionalización del derecho y las relaciones entre derecho constitucional y derecho privado.³⁸ Así desde el punto de vista del derecho constitucional,

³⁶ Eduardo Soto Kloss, *El recurso de protección: Orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago: Jurídica de Chile, 1982), 311 y ss. Es más, así también lo entendió en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Véase, en este sentido, las intervenciones de los comisionados Ortúzar y Silva Bascañán en las sesiones 211 y 215, citados por Soto Kloss, *El recurso...*, 311.

³⁷ Humberto Nogueira Alcalá, *Dogmática constitucional* (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 145. Véase en ese mismo sentido a Manuel Núñez Poblete, «Los instrumentos procesales para la protección de los derechos fundamentales», en *Lecciones de derechos humanos*, ed. por Joaquín García-Huidobro (Valparaíso: Edeval, 1997), 315 y ss.

³⁸ Sobre el fenómeno, véanse los clásicos trabajos de Favoreau y de Cea, que marcan quizá el inicio del concepto dentro de nuestro medio. Joseph Louis Favoreau, «La constitucionalización del derecho», *Revista de Derecho* 12, n.º 1 (2001): 31-43; y José Luis Cea Egaña, «La constitucionalización del derecho», *Revista de Derecho Público* 59 (1996): 11-22. Pero es un concepto que también ha tenido sus detractores, como es el caso de Aldunate. Véase, entre otros textos, Eduardo Aldunate Lizana, «El efecto de irradiación de los derechos fundamentales», en *La constitucionalización del derecho chileno* (Santiago: Jurídica de Chile, 2003), 13 y ss. Más tarde y en el mismo sentido, su *Derechos fundamentales* (Santiago: Legal Publishing, 2009), 211 y ss., y también, «Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo», *Revista de Derecho* 23, n.º 1 (2010). Para una aproximación al fenómeno desde el derecho del trabajo, véase Ugarte Cataldo, *Derechos fundamentales...*, y Melis, *Los derechos...*

Martínez Estay,³⁹ como también desde la perspectiva del derecho civil, autores como Guzmán Brito traen a colación esta teoría para explicar las relaciones entre derechos constitucionales y derecho privado. Este último afirma además que la «figura que los alemanes llaman *Drittwirkung* es derecho positivo»⁴⁰ en nuestro país y, por tanto, los derechos fundamentales tendrían un efecto directo en las relaciones entre particulares.

Alguna doctrina constitucional, no obstante, se ha opuesto a lo que se considera como una recepción acrítica del efecto en terceros de los derechos fundamentales. Aldunate⁴¹ argumenta, en primer lugar, que, en Alemania, lo que se conoce como la doctrina de la *Drittwirkung* se ha consolidado en su vertiente indirecta o mediata, mas no en su faz directa o inmediata.⁴² Por otro lado, Aldunate también ataca el fondo del asunto, al cuestionar que, por la aplicación de dicha doctrina, se vea fuertemente disminuida la autonomía privada.

Todo lo anterior lleva al autor a proponer una alternativa dogmática, aceptando la *Drittwirkung* en solo dos ámbitos: i) en su versión como eficacia mediata, la cual podría incorporarse en las relaciones entre privados a partir de los preceptos de nulidad de los actos civiles, o bien, a partir de las disposiciones sobre delito o cuasidelito civil; y ii) en su versión como eficacia inmediata, dentro de las relaciones laborales, puesto que, en su concepto, el legislador laboral ha entendido, según lo preceptuado en el artículo 5 del Código del Trabajo, que puede existir una lesión directa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral.

Pero ¿es realmente necesario lo anterior? Ya en la propia Alemania algunos han planteado la equivalencia de la doctrina directa e indirecta en la resolución de los casos jurídicos.⁴³ ¿Es necesario a su vez en Chile importar la doctrina de la *Drittwirkung* para entender que los derechos particulares también valen, según la Constitución chilena, en las relaciones entre particulares?

³⁹ José Ignacio Martínez Estay, «Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La doctrina del efecto horizontal de los derechos», *Revista Chilena de Derecho*, número especial (1998): 59-64.

⁴⁰ Alejandro Guzmán Brito, *El derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001), 47.

⁴¹ Aldunate, «El efecto...», 13; y *Derechos fundamentales*, 211 y ss.

⁴² Afirmando este aserto, Gorning nos señala que la eficacia en terceros en Alemania se entiende en su vertiente mediata, pero salvo en la jurisdicción laboral, donde primaría la vertiente inmediata de la doctrina. Gilbert Gorning, «Los derechos fundamentales: Alcance, origen, funciones y aplicación», en *La ley fundamental alemana y la Constitución Política chilena: Estudio constitucional comparado* (Santiago: Jurídica de Chile, 2010), 76.

⁴³ Véase, en este sentido, Mattias Kumm, «Who is afraid of the total Constitution? Constitutional rights as principles and the constitutionalization of private law», *German Law Journal* 7, n.º 4 (2006): 341 y ss.

Si seguimos en el punto a Peces-Barba, la doctrina alemana del efecto de los derechos fundamentales en terceros parte de la consideración —diríamos esencial— de que los derechos fundamentales existen solo frente al Estado, lo cual explica el por qué la doctrina alemana debió precisar cómo se producía la intervención de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, puesto que estos derechos tenían como único destinatario al Estado y no los particulares. De allí que naciera y se consolidara en el ambiente alemán la doctrina de la eficacia mediata, puesto que, en este caso, no se afecta estructuralmente la relación jurídica Estado y persona. De esta forma se respeta la tradición de entender que los derechos fundamentales nacen como una protección del individuo frente al Estado.

Con todo, es casi un mito que los derechos fundamentales tradicionalmente han tenido como destinatario solo al Estado. En efecto, según el profesor español, en un principio los «derechos naturales son siempre derechos en relaciones entre privados, puesto que en el Estado de naturaleza no existe poder».⁴⁴ En virtud de ello, rechaza la doctrina de la *Drittwirkung* para el caso de la Constitución española y aboga por una doctrina que pueda extraerse de la propia Constitución y la práctica constitucional española.

Pareciere razonable el mismo ejercicio para entender si en Chile existe eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En consecuencia, es en la misma Constitución en donde debe comenzar el análisis. Esta norma, si bien no de una manera expresa, parece admitir la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Así, su artículo 6 inciso segundo impone la obligatoriedad directa de su normativa a toda persona, institución o grupo, es decir, también para relaciones entre particulares.⁴⁵

Pero esta disposición, además, se ve acompañada por una serie de normas de derecho fundamental que aceptan tal validez. En efecto, de una revisión de los enunciados de derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución, se revela que habitualmente estos derechos poseen validez tanto en las relaciones persona y Estado, como también en las relaciones persona y persona.

Por otro lado, desde un principio la práctica jurisdiccional ha admitido la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Es así como Soto Kloss nos recordará que, si bien en un comienzo la jurisprudencia estableció como restricción a la procedencia del recurso el que este protegía solo posiciones frente al Estado y no frente a otros particulares, dicha jurisprudencia pronto fue abandonada «pasando a tener pleno acogimiento también ente sujetos de derecho privado».⁴⁶

⁴⁴ Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales: Teoría general* (Madrid: Universidad Carlos III, 1999), 619.

⁴⁵ Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional* (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 135 y ss.

⁴⁶ Eduardo Soto Kloss, «Recurso de protección», *Revista Chilena de Derecho* 11 (1981): 368. Para ahondar en estos argumentos, véase Francisco Salmons Maureira, *Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales*, Cuadernos del Tribunal Constitucional 10 (Santiago: Tribunal Constitucional de Chile, 2008).

¿Qué sucede específicamente en el ámbito de las relaciones laborales? Estimamos que tampoco era necesaria la explicación del efecto horizontal a través de la importación de la doctrina alemana. De hecho, el mismo legislador laboral parte por reconocerlo así expresamente en los artículos 5 y 485 del Código del Trabajo.

En consideración a todo lo anterior, parece quedar claro que, por lo menos en las relaciones laborales, los derechos fundamentales poseen validez directa, por lo que es innecesaria la importación de la doctrina de la *Drittwirkung* para justificar la incursión de los derechos fundamentales en la fábrica.

3.2. ¿Cómo están construidas las normas de derechos fundamentales?

Despejado el problema de que —a lo menos en las relaciones laborales— los derechos fundamentales tienen una validez directa, podemos abordar un segundo tema, cual es el identificar cómo se construyen las normas de derechos fundamentales.

Este ha sido un punto de relevancia en el análisis de la doctrina científica laboral para explicar la forma en que estos derechos se incorporan en la relación del trabajo. En resumen, podemos desprender que también es generalizado el hablar de que los derechos fundamentales constituyen normas de principio y que estos, a su vez, corresponden a mandatos de optimización. En consecuencia, al ser los derechos fundamentales principios y no reglas, estos determinarían una protección iusfundamental *prima facie*, entendiéndose que la protección definitiva otorgada por el derecho fundamental solo podría obtenerse tras haber ponderado la colisión que se produciría con los derechos fundamentales del empleador, tras haber hecho aplicación del principio de proporcionalidad.⁴⁷

Quedémonos en esta sección con el primero de los asertos anteriores, esto es, que los derechos fundamentales son normas de principios y que, por tanto, constituyen mandatos de optimización. Como podemos apreciar fácilmente, se trata de la terminología hecha famosa por Alexy.

⁴⁷ Véase, en este sentido, Melis, *Los derechos...*, 83 y ss.; Gamonal, *El procedimiento...*, 42 y Ugarte Cataldo, *Tutela...*, 67 y ss. Incluso, Ugarte Cataldo ha incursionado junto con Domingo Lovera en aspectos de teoría del derecho, afirmando la distinción entre reglas y principios y sus implicancias en la justicia constitucional. Véase, en este sentido, Domingo Lovera Parmo y José Luis Ugarte Cataldo, «Reglas, principios y (ahora) justicia constitucional: Cuestiones conceptuales», en *Estudios constitucionales* (Santiago: Librotecnia, 2010), 395 y ss.

Es sabido que el autor germano, en su *Teoría de los derechos fundamentales*, desarrolla la tesis consistente en que la distinción entre principios y reglas⁴⁸ es una de tipo cualitativo.⁴⁹ Lo anterior quiere decir que, en términos generales, los principios se distinguen de las reglas por la razón de que los primeros constituyen mandatos de optimización, esto es, pueden ser satisfechos en distintos grados, dependiendo de lo fáctico y legalmente posible. En consecuencia, los principios serían normas que ordenarían que una conducta —ya sea un mandato o prohibición— sea realizada de la mayor forma posible, de manera que para su cumplimiento la norma de principio ordena que lo mandado o prohibido se busque la máxima expresión de dichas posibilidades.

Las reglas, por el contrario, solo pueden ser cumplidas o no. No hay aquí diferencias en cuanto a su «grado» de cumplimiento. Una vez determinada su aplicación al caso, deben ser cumplidas en plenitud.⁵⁰

Si ahondamos en el punto, podemos ver que es común decir que el carácter de principio determinaría, además, que una norma: i) contiene solo un tipo de deber *prima facie*, a diferencia de las reglas, que determinan una posición definitiva; ii) que su forma de aplicación es la ponderación, mientras que las reglas se aplicarían a través de la subsunción; iii) que los conflictos entre principios se decidirían en la dimensión del peso, mientras que los conflictos de reglas en la dimensión de la validez; y iv) que entre los principios y el principio de proporcionalidad en sentido amplio existiría una relación recíproca, en el sentido de que el carácter de principio de una norma implicaría la aplicación del principio de proporcionalidad y viceversa.⁵¹

En resumen, los principios y las reglas son dos tipos de normas que se estructuran y aplican de un modo diverso. Si seguimos en este punto los avances de la teoría del derecho, podremos apreciar que las diferentes formas de aplicar los enunciados normativos obedecen al tipo de norma que se trate: las reglas se aplican mediante el método de la subsunción, mientras que los principios se aplican a través de la ponderación.⁵²

⁴⁸ La distinción entre principios y reglas no es algo nuevo. Estos ya son tratados con bastante anticipación en la célebre obra de Joseph Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (Barcelona: Bosch, 1961). A su vez, es bastante conocida también la obra de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984).

⁴⁹ Alexy, *A Theory...*, 47.

⁵⁰ Alexy, *A Theory...*, 48.

⁵¹ Distinciones anotadas en Borowsky, quien a su vez cita una variedad de fuentes en las cuales pueden encontrarse estas características distintivas. Martin Borowski, «La restricción de derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional* 20, n.º 59 (mayo-agosto 2000).

⁵² Robert Alexy, «La fórmula del peso», en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 13 y ss.

Como decíamos, la distinción entre principios y reglas en Alexy es de tipo cualitativo, diferenciándose ambos tipos de normas por el carácter definitivo de las reglas, por una parte, y el carácter de mandatos de optimización de los principios, por otra. Así, si una regla es aplicable a un caso, debe hacerse lo que ella exige, mientras que el principio manda a ser satisfecho en la mayor medida posible, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas del mismo caso.⁵³

Algo menos conocido es que también los principios y reglas pueden distinguirse estructuralmente. Al respecto, Atienza y Ruiz nos señalan que las reglas se caracterizan por poseer una estructura condicional basada en la configuración de una correlación caso y solución cerrada. De esta forma, dándose determinadas condiciones de aplicación (caso genérico), debe seguirse una consecuencia: una permisón, prohibición o mandato o el alcance de un estado de cosas determinado.⁵⁴ De otra parte, siguiendo a los mismos autores españoles, los principios se diferencian de las reglas —y aquí hay una divergencia con Alexy— por su mayor indeterminación.⁵⁵

⁵³ Alexy, «La fórmula del peso», 14.

⁵⁴ Aún entre las reglas, según los autores españoles, puede distinguirse entre las reglas de *acción*, a las cuales sería completamente aplicable lo dicho anteriormente, y las reglas de *fin*, que, más que ordenar una determinada conducta, suponen la obtención de un cierto estado de cosas. Esto último dispone a que el destinatario de la norma seleccione medios causalmente idóneos para alcanzar el fin ordenado por esta, dejándose, de esta manera, una cierta discrecionalidad en su actuar. Así, a modo de ejemplo, la regla de la necesidad de escriturar el contrato conforme al artículo 9 del Código del Trabajo difiere de una regla de fin, como es la norma contenida en el artículo 181 del mismo cuerpo legal, toda vez que «adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores» ordena al empleador a disponer no de una medida específica, sino que de aquellas causalmente idóneas para obtener el fin supuesto por la norma. Véase, en este sentido, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), 7 y ss.

⁵⁵ Las dos clases de normas que pueden calificarse como principios se pueden subdistinguir también en *principios en sentido estricto y directrices*. Las primeras se caracterizan por la apertura de sus condiciones de aplicación; las segundas, tanto por la apertura de sus condiciones de aplicación, como por la apertura del modelo de conducta prescrito, como es el caso de las directrices. Atienza y Ruiz, *Las piezas...*, 9 y ss. En este punto Atienza y Ruiz se distancian de Alexy. Para estos, que los principios constituyan mandatos de optimización solo es cierto respecto de las directrices, mientras que los principios en sentido estricto, al igual que las reglas, una vez determinados en su condición definitiva, se caracterizan por poseer condiciones de aplicación cerradas.

Pero, así como pueden distinguirse estructuralmente, las reglas y principios pueden distinguirse además por la forma en cómo reciben aplicación. En otras palabras, el modo de argumentar dependerá del tipo de norma que debe aplicarse. En este sentido, para Alexy las normas que tienen el carácter de reglas se aplican mediante subsunción, mientras que los principios a través de la ponderación.⁵⁶

Tratando de simplificar lo más posible estas cosas, nos quedaremos en lo sucesivo solo con la distinción básica entre reglas y principios, y subsunción y ponderación, entendiendo la base de la diferencia entre ambos tipos de normas en el carácter cerrado o abierto de sus condiciones de procedencia o de sus consecuencias jurídicas.

Ahora bien, la distinción entre reglas y principios no es nueva en nuestro derecho. En efecto, tiene reconocimiento dentro de la doctrina constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Dentro de la doctrina, ya en 2002 Ruiz-Tagle aceptaba que algunas de las categorías de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy puedan utilizarse para objeto de una mejor comprensión de los derechos fundamentales en la Constitución.⁵⁷ Por otra parte, también el Tribunal Constitucional ha acogido —hace bastante tiempo— la distinción entre reglas y principios, citando expresamente la teoría de los derechos fundamentales de Alexy.⁵⁸

⁵⁶ Alexy, «La fórmula del peso», 13. En el sistema más complejo de Atienza, las reglas de acción se aplican a través de la subsunción; las reglas de fin a través de la idea de *adecuación*, y los principios mediante la *ponderación*. Manuel Atienza, *El derecho como argumentación* (Barcelona: Ariel, 2006), 164 y ss.

⁵⁷ Para Ruiz-Tagle, el artículo 19 de la Constitución chilena podría clasificarse de la siguiente forma: «Son principios en la clasificación de Alexy los números 1 incisos 1 y 2; número 2 inciso 1; números 3 inciso 1 y 2 segunda frase; números 4 inciso 1; números 5 parte del inciso 1; números 6 inciso 6; números 7 inciso 1; números 8 inciso 1; números 9 inciso 1 y 5; números 10 incisos 1, 2, 3, 4, 6 y 7; números 11 incisos 1, 2 y 4; números 12 incisos 1, 4 y 5; números 13 inciso 1; números 14 es totalmente un principio; números 15 incisos 1, 5 y 6; números 16 incisos 1 y 2; números 17 es totalmente un principio constitucional; números 18 incisos 1 y 3; números 19 inciso 1 primera frase; números 20 inciso 1 y 2; números 21 inciso 1; números 22 inciso 1; números 23 inciso 1; números 24 incisos 1 y 2 en parte e inciso 9; números 25 incisos 1, 2 y 3 y finalmente el número 26 es una regla en cuanto regula, limita o complementa derechos fundamentales pero es un principio en cuanto se funda en el principio de la proporcionalidad de la afectación». Pablo Ruiz-Tagle Vial, «Una dogmática para los derechos fundamentales en Chile», *Revista de Derecho Público* 63 (2002): 197-198.

⁵⁸ Por ejemplo, en la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, rol 1710-2010, 6 de agosto de 2010, considerando 91.º.

Considerando esto último, como también la extensa influencia del autor germano en el campo de la teoría general de los derechos fundamentales, no es extraño que tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa y judicial que ha tratado el asunto del ingreso de los derechos laborales a la fábrica también haya hecho uso de la distinción entre principios y reglas, según las teorías expuestas por parte del mismo Alexy.

Lo problemático, creemos, es considerar que todo el sistema de derechos fundamentales funciona como si estuviese construido a la forma de principios, olvidando que el mismo Alexy nos dice que el modelo que propone para el sistema de derechos fundamentales corresponde a uno de tipo mixto, que comprende normas conformadas por principios, pero también reglas.⁵⁹

Para ilustrar el punto, tomemos lo resuelto en el caso *Kronos*. Como veíamos más arriba, el juez, tras señalar que la extrabajadora se encontraba —en principio o *prima facie*— en el legítimo ejercicio de su derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, toma en cuenta que los derechos fundamentales no son absolutos, sino limitados por los derechos fundamentales del empleador, por lo que, en consecuencia, es necesario dirimir el conflicto de derechos a través de la aplicación de la «ponderación», guiada por el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Sin embargo, el juez no tomó en cuenta la norma de derecho fundamental que debía aplicar. Si analizamos el derecho fundamental recogido en el artículo 19 numeral 5 de la Constitución, este solo admite su afectación a través de formas precisas: interceptación, apertura o registro, y únicamente «en los casos y formas determinados por la ley». Así, las formas que el referido derecho puede llegar a ser intervenido necesariamente deberán ser contempladas por el legislador,⁶⁰ toda vez que caen dentro de una reserva legal expresa.

Pareciere ser, entonces, que estamos en presencia de una regla, puesto que las condiciones de aplicación (presencia de una comunicación privada) y su consecuencia jurídica (afectación ilegítima a través de una interceptación, apertura o registro no contemplado en la ley) son cerradas, por lo que la norma debía ser aplicada a través del método de la subsunción y no de la ponderación. De esta manera, al no existir una ley que posibilitara el registro de los documentos que contenían una comunicación de carácter privado, el empleador lesionó el derecho fundamental de la actora.

⁵⁹ Alexy, *A Theory...*, 69 y ss.

⁶⁰ Así, por ejemplo, la persecución criminal ha sido aceptada como una cláusula de excepción a este derecho, habilitándose en el Código Procesal Penal los casos y formas en que es procedente.

El problema se replica a nivel de doctrina, toda vez que, como se lee de las principales obras que tratan el tema, se concibe el sistema de derechos fundamentales de la Constitución como uno conformado por principios.

Reiteramos la idea: un análisis de la afectación de los derechos fundamentales en la relación laboral deberá comenzar necesariamente por el análisis del derecho fundamental en cuestión, especialmente, el tipo de norma y cuál es su fórmula de aplicación.

3.3. El problema metodológico: Colisión de derechos fundamentales, ponderación y proporcionalidad

Como hemos señalado, la forma en cómo se ha venido entendiendo el sentido de las normas del procedimiento de tutela laboral que definen la «lesión» de los derechos fundamentales en la relación laboral es a través de la aplicación del binomio colisión de derechos fundamentales y «ponderación», guiada por el principio de proporcionalidad.

Esta forma de entender las cosas determina que el juez frecuentemente estará frente a una colisión de derechos fundamentales, que deberá resolver en virtud de la técnica de la ponderación, guiada por el principio de proporcionalidad.

Consideramos que lo anterior es errado. Como primera cuestión, tengamos presente lo visto en el número anterior: hay tipos de normas —incluidas las que contienen derechos fundamentales— que, al ser reglas, su forma de aplicación es a través del método de la subsunción y, por ello, están libres de ponderación.

Aquí nos haremos la pregunta respecto a si es útil configurar el problema como una colisión de derechos fundamentales y si, efectivamente, el principio de proporcionalidad en sentido amplio es una de sus formas de solución.

Para analizar esto de una forma práctica, tomemos otra vez la sentencia del juez laboral en el caso *Kronos*. El punto de partida de la argumentación del juez es la identificación de un conflicto de derechos fundamentales entre, por una parte, el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada de la actora, y los derechos de libre iniciativa económica y propiedad del empleador.

Ahora bien, para que nos encontremos frente a un conflicto de derechos fundamentales es necesario que se dé lo que Prieto Sanchís llama una antinomia contingente, externa o en concreto entre dos normas constitucionales que, en un caso práctico, ordenan observar simultáneamente distintas conductas incompatibles.⁶¹

⁶¹ Luis Prieto Sanchís, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), 140.

Pero quizá lo anterior no se dio en *Kronos*. En efecto, el derecho a la libre iniciativa económica constituye jurídicamente una libertad, la cual actúa como exclusión de conductas que excluyan o limiten desproporcionadamente la posibilidad de desarrollar actividades económicas lícitas. Vivanco, siguiendo a la Corte de Apelaciones de Santiago, dice que comprende «la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio».⁶² Por otra parte, existe derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, sean estos corporales o incorporales, según señala la disposición constitucional.

Ciertamente, la conducta perpetrada por la empresa consistente en el ejercicio de una revisión de las comunicaciones de la actora —que el juez califica como privada— de difícil manera puede ser considerada como una conducta amparada por el ejercicio legítimo del derecho a la libre iniciativa económica. Algo más discutible es si el derecho de propiedad del empleador sobre el medio que contenía dichas conversaciones electrónicas puede fundamentar la acción de revisión que practicó. Pero aquí la actora gozaba de un derecho formulado como una regla, que debía ser aplicado en forma definitiva. Así, enfocar el tema como un conflicto o colisión de derechos fundamentales solo complicaba más el análisis.

Sin embargo, nuestro punto también es otro: ¿constituye la «ponderación» guiada por el principio de proporcionalidad una forma de solucionar conflictos de derechos fundamentales? Creemos que no es esa su función principal.⁶³ Según las tesis expuestas por Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, al ser los principios mandatos de optimización, ordenan la máxima satisfacción, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Aquí es donde entra la máxima de la proporcionalidad con sus tres subprincipios, y de este modo la tesis de Alexy de los mandatos de optimización deriva en la necesidad del uso de aquella máxima.

⁶² Ángela Vivanco Martínez, *Curso de derecho constitucional* (Santiago: Ediciones UC, 2006), 111.

⁶³ Ugarte identifica el principio de proporcionalidad como «el modo de solución de las colisiones entre los derechos fundamentales que primera en la jurisprudencia europea y particularmente la española». Cita para ello a Carlos Bernal Pulido, quien señalaría esto en su influyente obra, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*; José Luis Ugarte Cataldo, «Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español», *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 36 (2011): 117. Con todo, no es esto a lo que se refiere Bernal Pulido en las páginas citadas por Ugarte, sino que, más bien, a los antecedentes del principio de proporcionalidad, a través de los cuales llega a ser una técnica para la evaluación de la legitimidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 37 y ss. El análisis de Bernal respecto a la aplicación del principio ante las colisiones de derechos fundamentales solo puede apreciarse bastantes páginas más adelante y en carácter de preliminar. Véase Bernal Pulido, *El principio...*, 565 y ss.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio está compuesto por tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Estos definen lo que debe entenderse por «optimización». Además, son tres escalones de aplicación sucesiva, a saber: i) el juicio de idoneidad o adecuación: es decir, si existe adecuación (relación causal lógica) entre medios y fines, que se traduce en un juicio negativo que descarta aquellos medios no idóneos al fin; ii) el juicio de necesidad: es decir, que la medida adoptada sea la menos lesiva posible para alcanzar el fin determinado, que también se traduce en un juicio negativo de descarte de entre todas aquellas medidas «idóneas»; y iii) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que determina un examen de ponderación, y que consiste en un juicio estrictamente jurídico, donde se ven las posibilidades concretas de constitucionalidad de la actuación a partir de los principios en pugna.

La ponderación consiste en un método para adoptar decisiones, a través de sopesar razones que juegan a favor y en contra de una determinada solución,⁶⁴ el cual tiene estructura propia⁶⁵ y que determinará, en definitiva, cuál de los principios en juego posee «más peso» en el caso concreto (de ahí que su estructura se denomine como la «fórmula del peso»). Esta fórmula se incorpora en la última etapa del análisis de proporcionalidad, puesto que, por aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, deben determinarse las posibilidades jurídicas para la aplicación del principio en el caso concreto.

Tampoco es la función principal de la máxima de proporcionalidad ser —exclusivamente— un método para solucionar conflictos o colisiones entre derechos fundamentales. Como se sabe, el principio de proporcionalidad fue desarrollado por la doctrina iuspublicista alemana para ejercitar un control de racionalidad de medidas de autoridad, el cual funciona como un control de medios y fines.⁶⁶ De allí es tomado por Alexy para la explicación de su teoría, en cuanto, a través de la aplicación de la máxima, puede llegarse a determinar las posibilidades jurídicas y fácticas de un principio.

Así, dentro de uno de los escalones del principio de proporcionalidad debe hacerse uso del método de la ponderación para determinar las posibilidades jurídicas del principio en cuestión, sopesándolo con los principios y reglas que vienen de contrario. Pero esto es muy distinto que afirmar que los conflictos o colisiones de derechos fundamentales se

⁶⁴ Bernal Pulido, *El principio...*, 565.

⁶⁵ Véase, para el tratamiento de la estructura de la ponderación, a Alexy, *A theory...*, 48 y ss.; Alexy, «La fórmula del peso», 13 y ss., y Robert Alexy, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional* 66 (2002), y a Carlos Bernal Pulido, «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa* 26 (2003): 225 y ss.

⁶⁶ Véase, en este sentido, Aldunate, *Derechos...*, 264 y ss.

resuelven a través de la aplicación de esta máxima. Estos conflictos tienen una especificidad propia y, aunque es discutido, los autores se inclinan a afirmar que su tratamiento debe hacerse a través de las reglas de la ponderación.⁶⁷

Punto aparte —y que no analizaremos debido a la naturaleza de este trabajo— es el hecho de que parte de la doctrina nacional y extranjera niega que exista una colisión entre derechos fundamentales.⁶⁸

3.4. Hacia una relectura de las formas de afectación de derechos fundamentales en la relación laboral

A partir de lo ya referido, podemos intentar dar una explicación alternativa a la norma del artículo 485 del Código del Trabajo.

Esa disposición señala que los derechos fundamentales susceptibles de protección en virtud del procedimiento de tutela se entienden lesionados cuando, en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, se limita el pleno ejercicio de los derechos constitucionales cuando el empleador actúa sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada o sin respeto a su contenido esencial.

⁶⁷ Esto es sin perjuicio de que existen otras formas aportadas por la doctrina como formas de solucionar colisiones de derechos fundamentales, como es, por ejemplo, estimar que ciertos derechos fundamentales tienen, en abstracto, un mayor peso que otros y, en consecuencia, deben aplicarse de forma preferente. Ni tampoco tomamos en cuenta aquí, por lo acotado de esta investigación, de que existe toda una corriente que niega la existencia de las colisiones entre derechos fundamentales. Estas doctrinas, plantean, en términos generales, que los derechos fundamentales deben ser correctamente delimitados por medio de una interpretación correcta, con lo que desaparecen los conflictos entre ellos. Véase, para una introducción en el análisis de estos temas, especialmente en el medio chileno, Salmona, *Decisión...*, y a Soledad Bertelsen Simonetti, *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*, Cuadernos del Tribunal Constitucional 12 (Santiago: Tribunal Constitucional de Chile, 2010).

⁶⁸ Véase, sobre esta temática, entre otros, Bertelsen Simonetti, *Métodos...*; Salmona, *Decisión...*; Cecilia Rosales Rigol, «Aplicación de la tesis no conflictivista de derechos en la jurisprudencia constitucional», en *Estudios constitucionales* (Santiago: Librotecnia, 2010); Aldunate, *Derechos...*, 269 y ss.; Juan Cinciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales* (Pamplona: Eunsa, 2000); Pedro Serna Bermúdez, «Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre unidad e información», *Jura* 1 (1994); Pedro Serna y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa al conflicto de derecho* (Buenos Aires: La Ley, 2000); Luis Castillo Córdova, «¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?», *Cuestiones Constitucionales* 12 (2005).

De esta forma, podemos entender que un derecho fundamental es lesionado en la relación laboral cuando es posible aplicar alguno de los parámetros antes señalados. La cuestión es entender qué se refiere por cada uno de ellos.

Como se sabe, la redacción actual del artículo 485 del Código del Trabajo no es igual la redacción original del proyecto de ley. En efecto, con una técnica bastante más simple, el artículo 502 del proyecto señalaba que «este procedimiento tendrá por objeto tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando aquellos resulten lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales en conformidad al artículo 5». Esta redacción original fue objeto de variadas modificaciones hasta que se llegó al actual artículo 485 del Código del Trabajo. De la historia fidedigna de la ley, con todo, no podemos desprender cuál fue la intención del legislador al incluir los parámetros ya referidos.⁶⁹

Nos parece que el punto de partida debe construirse a partir del concepto de afectación de un derecho fundamental. En efecto, el artículo 485 del Código del Trabajo y, en realidad, todo el procedimiento de tutela tiene como supuesto la interdicción de las afectaciones ilegítimas del ámbito subjetivo de los derechos fundamentales de los trabajadores, que pueden darse a raíz de la relación laboral.⁷⁰

Ahora bien, las hipótesis de afectación de los derechos fundamentales en la relación laboral pueden ser variadas. Así, si tomamos algunos ejemplos prácticos, una conducta ilícita del empleador puede consistir en hechos que revistan el carácter de acoso moral de la persona del trabajador (*mobbing*), o bien, como le ha tocado a la jurisprudencia de los tribunales, el registro por parte del empleador de comunicaciones de carácter privado pertenecientes al trabajador.

Por otro lado, la conducta del empleador también puede ser fruto del intento de regular algunas situaciones dentro del ámbito del trabajo. Ejemplos hay muchos y solo es cuestión de ver la gran cantidad de dictámenes de la Dirección del Trabajo en los cuales se ha efectuado un análisis de licitud o ilicitud de una variedad de conductas, como son el control de los trabajadores y de su actividad laboral por medio del polígrafo o detector de mentiras;⁷¹ la revisión corporal y de sus efectos personales en casilleros;⁷² el control del

⁶⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, historia de la Ley 20.087, Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo.

⁷⁰ Véase, en este sentido, Luis Iván Díaz García, «Aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el suministro de trabajadores», *Ius et Praxis* 16, n.º 2 (2010): 360 y ss.

⁷¹ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 681/50, 1997.

⁷² Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 8.273/337, 1995 y dictamen Ordinario 4.936/092, 2010.

peso de los trabajadores;⁷³ el control laboral a partir de medios audiovisuales⁷⁴ o medios computacionales remotos;⁷⁵ la reglamentación del uso del correo electrónico;⁷⁶ el control del consumo de alcohol y drogas;⁷⁷ o la procedencia de cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo,⁷⁸ entre otros casos.

En este sentido, coincidimos con Ugarte en que la conducta lesionadora del empleador es, realmente, «polimórfica».⁷⁹ Es aquí donde debemos encontrarnos con el concepto de afectación y de intervención de un derecho fundamental. Como ya lo ha señalado Aldunate, la afectación, como noción genérica, «alude a una situación jurídica o material de detrimento de la posición jurídica o fáctica amparada por el contenido protectivo del derecho», debiendo distinguirse dentro de esta noción, a su vez, la intervención y la limitación de los derechos fundamentales, siendo el contenido del primero de aquellos conceptos, las situaciones que involucran «la afectación concreta del contenido protegido por un derecho, respecto de una persona determinada».⁸⁰

De esta forma, bajo el concepto de intervención podemos englobar aquellos hechos o actos que, en forma concreta, afectan el contenido subjetivo de una posición amparada por un derecho fundamental. Si tomamos para explicar el punto el caso *Kronos*, la conducta del empleador constituye una especie de afectación específica (intervención), en el derecho fundamental de la denunciante a la inviolabilidad de sus comunicaciones privadas.

Ahora bien, como ya es posible advertir del concepto entregado por Aldunate, la intervención puede admitir algunas clasificaciones útiles para su operatividad. Por de pronto, en cuanto a la licitud de la actividad interventora en el derecho fundamental, la intervención puede ser calificada como legítima (jurídica) o ilegítima (antijurídica), en cuyo caso hablamos de lesión de la posición subjetiva amparada por el derecho fundamental.⁸¹ Es en la calificación de la juridicidad de la conducta interventora desplegada por parte

⁷³ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 3.347/132, 1996.

⁷⁴ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 2.328/130, 2002, dictamen Ordinario 2.852/0158 y dictamen Ordinario 2875/72, 2003.

⁷⁵ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 3.441/072, 2008.

⁷⁶ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 260/19, 2002.

⁷⁷ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 3.031/046, 2010 y dictamen Ordinario 3.032/047, 2010.

⁷⁸ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 4.731/081, 2010.

⁷⁹ Ugarte Cataldo, *Tutela...*, 62.

⁸⁰ Aldunate, *Derechos...*, 226.

⁸¹ Ya el mismo Aldunate nos advierte que la doctrina, hoy, admite las actividades materiales dentro del ámbito de la intervención. Aldunate, *Derechos...*, 226.

del empleador donde las hipótesis previstas por el artículo 485 del Código del Trabajo tienen su función. Constituyen —como veremos—, verdaderos *tests* para enjuiciar la licitud de la referida conducta empresarial que interviene en la esfera subjetiva de un derecho fundamental.

Dicho de otra manera, la labor del operador jurídico, entonces, es determinar si una concreta conducta empresarial constituye o no una intervención en el ámbito del derecho fundamental de un trabajador, comenzando el análisis desde el derecho fundamental relevante. Si lo es, deberá enjuiciarse, en seguida, si dicha intervención es lícita o ilícita. Será ilícita cuando la conducta pueda ser calificada como carente de justificación suficiente, arbitraria, desproporcionada o, en fin, como una conducta que constituye una afectación del contenido esencial de un derecho fundamental. En cualquiera de estos últimos casos, podrá decirse que un derecho fundamental del trabajador ha sido lesionado por la conducta del empleador.

¿Qué ocurre con el concepto de limitación? Entendemos al respecto que el empleador no puede pretender regular, complementar o limitar los derechos fundamentales, puesto que tal conducta, según lo prescribe de forma expresa el artículo 19 numeral 26 de la Constitución Política, se encuentra reservada al legislador. El empleador, ni aun haciendo uso de su poder de reglamentación a través del Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad de la empresa, regula, complementa o limita los derechos fundamentales o, en otras palabras, no afecta el derecho objetivo, sino que solo interviene en la esfera subjetiva de aquellos derechos, ya sea de una manera lícita o ilícita.

Con todo, también hay que tener en cuenta que, como las posibilidades de intervenciones ilegítimas son variadas, también es disímil la complejidad de los casos en que un operador jurídico pueda verse enfrentado.

Tomemos un grupo de ejemplos para ilustrar el punto. Hace ya algún tiempo, la Dirección del Trabajo tuvo que pronunciarse respecto de la legalidad de una medida de control de trabajadores que se basaba en el registro de su peso corporal, tanto a la hora de entrada como a la salida de la empresa, lo que se materializaba en el registro de asistencia que operaba en la empresa.⁸² Si bien el argumento que justificaría la implementación de la medida no queda del todo clara del texto del pronunciamiento administrativo, la Dirección del Trabajo argumentó que, para resolver el caso, se debía necesariamente armonizar los bienes jurídicos en juego, «manteniendo la debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laboral dentro de la empresa, con el respecto de los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución»; pero, tras señalar que las medidas

⁸² Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 3347/132, 1996.

de control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y seguridad de la empresa y sus trabajadores, como también la circunstancia de que estas medidas no pueden tener un carácter prepolicial, investigatorio o represivo frente a supuestos ilícitos perpetrados en la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, arriba rápidamente a la conclusión que la medida que pretendía aplicar el empleador respecto de sus trabajadores no constituye un medio idóneo de revisión.

Una argumentación similar podemos observar en un caso en que la Dirección del Trabajo tuvo que resolver la licitud del uso del polígrafo para la prevención de delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes,⁸³ señalando dicha repartición pública que, «además de tener un claro carácter prepolicial, investigatorio o represivo de frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, no asegura, en su implementación, la universalidad y la despersonalización».

Algo distinta, sin embargo, es la argumentación desplegada por el organismo para calificar la procedencia de exámenes de detección de alcohol y drogas. En efecto, una vez en vigencia la reforma procesal laboral, la Dirección del Trabajo hubo de pronunciarse acerca de la licitud de la implementación del programa de alcohol y drogas de una empresa.⁸⁴ En el caso, la Dirección utilizó el principio de proporcionalidad para su análisis y, tras evaluar en forma positiva la idoneidad y necesidad de la medida, pasó a examinar su proporcionalidad en sentido estricto, analizando los derechos constitucionales en conflicto, concluyendo, al respecto, la necesidad de que se regulen una serie de supuestos para la aplicación del examen, como son, entre otros, que se explicita qué se entiende por droga; «bajo la influencia» de alcohol o droga; que se determine quién estará a cargo del control, como también el procedimiento que se deberá seguir.

Como se aprecia, existe bastante diferencia en la forma de argumentar en uno y otro caso. Esta diferencia en la argumentación —creemos— no es producto de la entrada en vigor de la reforma procesal laboral, sino que se debe al diferente nivel de complejidad que puede advertirse en los casos concretos.

Puede decirse, entonces, que pesar a los trabajadores a la entrada y salida de su trabajo para detectar si estos han ingerido alimentos que deben producir en la empresa, o bien, usar el polígrafo para investigar si la persona se encuentra envuelta en el tráfico de estupefacientes constituye una intervención ilegítima en derechos fundamentales del trabajador.

⁸³ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 684/50, 1997.

⁸⁴ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario 3031/016, 2010.

Por el contrario, el razonamiento se hace más difícil cuando debe calificarse si, por requerirlo así la seguridad de los mismos trabajadores, debe o no implementarse un examen de alcohol y drogas en obras o faenas en que estos se ven altamente expuestos a riesgos laborales. En estos casos, al existir una justificación de carácter laboral para implementarlo, como también, fuertes razones de seguridad para aconsejar su uso, el razonamiento no versará pura y simplemente acerca de la idoneidad de la medida respecto de una finalidad laboral determinada —que sin duda puede tenerla—, sino que, también, respecto de la intensidad en que esta medida es aplicada.

Creemos que es debido a la diferente forma de argumentación que debe desplegar un operador jurídico para determinar si la intervención del empleador configura una lesión de un derecho fundamental en el ámbito laboral, que el artículo 485 del Código del Trabajo reconoce diferentes tipos de *tests* para apreciar la licitud de la conducta.⁸⁵ Y es que la existencia de la variedad de parámetros de control en la norma evidencia una distinción —ya clásica para los casos de derecho constitucional— entre casos fáciles y difíciles.

Como se sabe, la distinción proviene de Hart, la cual es tomada en un posterior desarrollo —para explicar la existencia de casos difíciles en derecho constitucional— por parte de Dworkin.⁸⁶ En suma, para Hart, un caso puede denominarse como *fácil* «cuando es posible reconocer a primera vista, si el evento que se presenta es uno de los ejemplos previstos por la norma que debe aplicarse».⁸⁷ Si tomamos uno de los casos que se ha tomado como ejemplo en el presente trabajo, *Kronos*, el juez se enfrentaba con un caso fácil de resolver. Al no existir una ley que posibilitara el registro de los documentos que contenían una comunicación de carácter privado, la cual justificara o habilitara al empleador a proceder como lo hizo, y al no existir, tampoco, un principio constitucional relevante que determinara la licitud de la conducta del mismo empleador, era evidente que la conducta enjuiciada caía en una contradicción flagrante con la norma de derecho fundamental que protegía a la actora, de tal manera que se exigía constitucionalmente su protección.

⁸⁵ Algo similar, aunque con otro objetivo, es lo que hace la Constitución, la que, en su artículo 20, utiliza como parámetros de control para que las Cortes puedan determinar la intervención ilegítima de derechos fundamentales en casos de protección —ya sea en grado de privación, perturbación o amenaza—, a la ilegalidad y arbitrariedad.

⁸⁶ Véase, sobre este punto, Herbert Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963), 155 y ss., y las posteriores tesis sobre el desarrollo de un razonamiento jurídico de Fernando Atria Lemaître, «Del derecho y el razonamiento jurídico», *Doxa* 22 (1999): 79 y ss. Para la tesis de los casos *difíciles*, véase Dworkin, *Los derechos en serio*.

⁸⁷ Bernal Pulido, *El principio...*, 136.

Si seguimos a Bernal en este punto,⁸⁸ la utilización del principio de proporcionalidad, como herramienta para determinar si en un caso estamos en presencia de una la lesión de derechos fundamentales, solo se justifica en los casos que podemos calificar como difíciles.

Con ayuda del autor, podemos, además, ensayar una tipología de casos fáciles, en los cuales no sería necesario realizar un examen a través del principio de proporcionalidad. Estos serían, por un lado: i) cuando es evidente que la conducta empresarial que se controla está excluida del supuesto de hecho de una norma de derecho fundamental —a favor del trabajador—, directamente estatuida;⁸⁹ ii) cuando, si bien la conducta empresarial que se controla cabe dentro del supuesto de hecho de una norma constitucional directamente estatuida, existe dentro de dicho supuesto de hecho una cláusula restrictiva que la excluye. En ambos casos, por supuesto, simplemente no existe una afectación del derecho fundamental; por otro lado, las afectaciones serían evidentes, como son, iii) cuando la conducta empresarial enjuiciada contiene una contradicción flagrante con una norma de derecho fundamental directamente estatuida y, por último, iv) cuando la conducta empresarial contiene una contradicción con una norma de derecho fundamental directamente estatuida y, además, no existe ninguna cláusula restrictiva, ni ningún derecho fundamental de principio que establezca una razón para estimar la conducta empresarial como lícita.

Es en este momento cuando podemos encontrarnos con los parámetros que nos ofrece el artículo 485 del Código del Trabajo para enjuiciar si una determinada acción empresarial reviste el carácter de lícita o ilícita, comprendiendo casos que pueden calificarse como fáciles.

Entendemos que el primero de estos parámetros (la carencia de justificación) tiene una estrecha relación con el ámbito de las facultades del empleador.⁹⁰ Recordemos que el poder de mando, de reglamentación y disciplinario constituyen potestades que la

⁸⁸ Bernal Pulido, *El principio...*, 131 y ss., quien, para explicar el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las leyes, utiliza esta distinción. Creemos que, con algunas adecuaciones, la tesis de Bernal es plenamente aplicable en el derecho chileno para la explicación de la aplicación del principio de proporcionalidad como parámetro de control de las lesiones de derechos fundamentales en las relaciones laborales.

⁸⁹ Para la distinción entre normas directamente estatuidas y normas adscritas de derecho fundamental, véase Alexy, *A Theory...*, 33 y ss.

⁹⁰ Si bien no existe una norma específica que reconozca estas potestades, como nos señalan Thayer y Novoa, tras identificar el artículo 306 del Código del Trabajo como una norma positiva que indirectamente se refiere a ellas, señalan que «innumerables disposiciones no tendrían sentido ni explicación, sino suponiendo la existencia de tal facultad, entre otras, la propia exigencia de la subordinación, que es requisito esencial del contrato de trabajo, la referencia al *ius variandi*, etcétera». Thayer y Novoa, *Manual...*, 113-114.

misma ley reconoce al empleador, pero que, si bien estas potestades poseen un contenido indeterminado y abierto, no puede entenderse que el empleador es libre para regular, de cualquier forma, la prestación de los servicios, ni mucho menos la vida del trabajador. Es por lo mismo que la doctrina identifica límites a dicho contenido potestativo, los que se explicarían por el hecho de que solo permitirían dar cumplimiento al contrato de trabajo y, en consecuencia, la vida privada o extralaboral del trabajador quedaría fuera de su alcance (límites internos); como también, se reconocen los límites impuestos por la normativa estatal, que interviene el contenido del contrato de trabajo, y por la vía colectiva (límites externos).⁹¹

Siguiendo el concepto anterior, hechos materiales indebidos —como el *mobbing* o acoso sexual— o bien actos del empleador que tengan por objeto regular la actividad extralaboral del trabajador, sin que exista ninguna relación con el ámbito propio de las relaciones laborales, claramente caerán fuera del margen de las facultades que la ley reconoce al empleador y deben, en consecuencia, ser consideradas como intervenciones ilegítimas por carecer de justificación suficiente. Aquí no es necesario un análisis por medio del principio de proporcionalidad, toda vez que no existe uno de los presupuestos para su uso, como es el estar en presencia de una finalidad laboral lícita, esto es, una actividad laboralmente justificada.⁹²

Por otro lado, el principio de proporcionalidad constituye una herramienta adecuada para determinar la arbitrariedad o desproporción de los medios utilizados por parte del empleador para lograr alcanzar una finalidad de índole laboral lícita. Nacido en el ámbito del derecho penal,⁹³ el principio de proporcionalidad ha pasado a constituir un *test* o he-

⁹¹ Véase, en este sentido, Sergio Gamonal, *Manual del contrato de trabajo* (Santiago: Legal Publishing, 2010).

⁹² Es interesante cómo la Dirección del Trabajo, en varios casos, ha argumentado sobre la base de entender que ciertas conductas son lícitas o ilícitas, por el hecho de que comprender o no una finalidad laboral. Tómese, por ejemplo, el dictamen Ordinario 344/072, de 2008, el cual, si bien hace uso del principio de proporcionalidad para resolver si el uso de un sistema computacional para el control a distancia de la actividad laboral de los trabajadores de una empresa, reconoce que es una intervención ilícita el hecho de que a través de dicho programa se realice un control permanente del empleador, que se concrete en la exclusiva vigilancia y fiscalización de la actividad de los trabajadores. Una finalidad lícita, por otra parte, es que el programa computacional de control tenga razones técnico-productivas o de seguridad que lo avalen.

⁹³ Andrés Bordalí Salamaca, *Temas de derecho procesal constitucional* (Santiago: Fallos del Mes, 2002), 61 y ss.

herramienta fundamental para determinar la racionalidad de los medios utilizados, respecto de un fin,⁹⁴ en los ámbitos del control de las decisiones legislativas y administrativas, sin perjuicio de que no vemos problema en que pueda ser también usado para determinar la racionalidad de las decisiones del empleador, en el ejercicio de los poderes que la ley le otorga.

Ahora bien, esta herramienta constituye una forma de control de los medios respecto de un fin, de manera que puedan identificarse —y desecharse— los medios desproporcionados para alcanzar una determinada finalidad lícita. Presupone, entonces, la existencia de una finalidad lícita, esto es, una finalidad a lo menos justificada, tal como la explicamos más arriba. Es, de esta manera, en la determinación de la racionalidad o proporción de los medios utilizados donde efectivamente pueden presentarse conflictos entre derechos fundamentales o bien que sea necesario el análisis con principios o incluso reglas concurrentes.

Por último, nos queda dilucidar el caso de las lesiones de derechos fundamentales de los trabajadores por afectación del núcleo o contenido esencial del derecho fundamentales. Este es —quizá— el que presenta una mayor dificultad para identificar su operatividad práctica en las relaciones laborales al interior de la empresa.

Una forma de tenderlo, si seguimos a Melis, es que el contenido esencial operaría como protección de una esfera irreductible, donde no podría operar el principio de proporcionalidad, reduciéndose entonces las restricciones permitidas por dicho principio a la zona de denomina como esfera «limitada» del derecho fundamental.⁹⁵ Gamonal, por su parte, lo identifica como la mantención de la racionalidad en cuanto a los efectos de la medida.⁹⁶

⁹⁴ Véase, sobre este punto, a Yanira Zúñiga Añazco, «El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad: Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno», *Ius et Praxis* 16, n.º 2 (2010): 249 y ss. El Tribunal Constitucional chileno, por su parte, también ha hecho uso, en algunas ocasiones, del principio de proporcionalidad, aunque debemos reconocer, junto con Zúñiga, que dicho uso ha sido más bien errático. Véase, entre otras, las sentencias rol 755-07, rol 790-07, rol 824-07, rol 1133-08 y rol 1141-08.

⁹⁵ Melis, *Los derechos...*, 104.

⁹⁶ Gamonal, *El procedimiento de tutela...*, 46 y ss. En derecho constitucional chileno, lo escrito respecto de la garantía del contenido esencial es abundante. Véase, entre otros, José Luis Cea Egaña, *Tratado de la constitución de 1980* (Santiago: Jurídica de Chile, 1988), 296; Aldunate, *Derechos...*, 261 y ss., y Enrique Evans de la Cuadra, *Los derechos constitucionales* (Santiago: Jurídica de Chile, 2004), 294 y ss.

Pensamos que determinar cuál es la forma en que opera la protección del contenido esencial del derecho fundamental en la relación laboral pasa por diferenciar esta técnica, tanto del principio de proporcionalidad, como de la falta de justificación, de manera que la garantía del contenido esencial no sea concebida como un límite adicional a dicho principio —que protegería un núcleo irreductible de difícil determinación práctica— o confundirse con aquellas situaciones que escapan del ámbito de las facultades del empleador.

Si seguimos nuevamente a Bernal, puede alcanzarse este objetivo a través de lo que él denomina una «tesis de implicación»,⁹⁷ en virtud de la cual la garantía del contenido esencial sería la prohibición de contradecir las normas y posiciones definitivas que se adscriben a las normas de derecho fundamental.

Así, esta garantía se opondrá a los actos del empleador que, si bien pueden pretender alguna justificación, afectan sin embargo el contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador por intervenir en las posiciones definitivas amparadas por un derecho fundamental.

Un ejemplo de lo señalado puede encontrarse en los casos en que el empleador pretende registrar los correos electrónicos de sus empleados, con la finalidad de resguardar información de la empresa o bien de regular el uso laboral de sus sistemas computacionales. El empleador, en estos casos, no deberá afectar aquellos correos electrónicos que merezcan el carácter de comunicaciones privadas, puesto que existe una posición definitiva de derecho fundamental que protege la comunicación privada del trabajador, la cual ordena la no apertura, interceptación o registro de dicha comunicación.⁹⁸ De no proceder así, se violaría el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

4. CONCLUSIONES

A partir de este trabajo hemos intentado una nueva lectura de la forma de ingreso a la fábrica de los derechos constitucionales de los trabajadores. Ahora bien, lo que se ha intentado es una lectura alternativa del artículo 485 del Código del Trabajo que sea más consistente con una teoría general de los derechos fundamentales.

⁹⁷ Bernal Pulido, *El principio...*, 563.

⁹⁸ Véanse las soluciones que da a este tipo de casos la Dirección del Trabajo, en su dictamen Ordinario 260/19, 2002, en el cual se concluye que «podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna gerencia o unidad de la empresa, envío que de esta forma perderá —en el instante— su condición de comunicación privada». Como puede apreciarse, en el dictamen se tiene en cuenta la posición definitiva protegida por el derecho fundamental.

En este sentido, estimamos innecesario el punto de partida del entendimiento más aceptado de la vigencia de los derechos constitucionales en la relación laboral, se plantea la amplia horizontalidad de los derechos fundamentales a partir de la doctrina alemana del efecto sobre terceros o la *Drittwirkung*. Tales disquisiciones parecen sobreabundantes desde que se ha entendido que las disposiciones acerca de los derechos subjetivos tienen una eficacia horizontal. Tal lectura es razonable a partir de las fuentes constitucionales, es consistente con las decisiones de los tribunales de justicia y, quizá más importantes, constituye el mandato expreso del legislador a partir de la creación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

En segundo término, el extendido uso de la categoría de los principios jurídicos puede no facilitar el entendimiento del asunto. Los principios jurídicos son importantes y han posibilitado la aplicación de normas de «textura» abierta, aportando a quienes deben aplicarlos las técnicas para tratar de alcanzar una decisión lo más correcta posible. Ahora, no todo puede ser argumentación sobre la base de principios jurídicos. Ya lo decía Alexy en su *Teoría de derechos fundamentales*: entender que el sistema de derechos fundamentales es un sistema basado puramente en principios es no tomarse los derechos en serio, puesto que, más que la norma constitucional, valdrá más el argumento que en el proceso pueda desplegarse.

Creemos, en tercer lugar, problemático el juego recíproco de los derechos fundamentales en la relación laboral. El extremo conflictivismo y el uso para todos los supuestos de un análisis de proporcionalidad podrá llevar a extender derechos fundamentales a posiciones que pueden no necesariamente amparar. El principio es importante —no hay duda de ello—, pero debiera ser aplicado en su justa medida, para aquellos casos que hemos calificado como difíciles.

En esa línea, consideramos que es necesario dotar de eficacia a los parámetros que ha utilizado el legislador procesal laboral para el ejercicio de la acción de tutela, por cuanto son una verdadera guía en cuanto a las formas de intervención —lesión, si esta es ilegítima— en los derechos fundamentales del trabajador. Así, el operador jurídico deberá determinar si se encuentra ante una intervención en un derecho fundamental del trabajador y, a partir de este último, determinar si aquella es legítima o ilegítima, según los criterios de justificación suficiente, desproporción o arbitrariedad y, por último, por afectación del contenido esencial del derecho. ■

BIBLIOGRAFÍA

- Aldunate, Eduardo. «El efecto de irradiación de los derechos fundamentales». En *La constitucionalización del derecho chileno*. Santiago: Jurídica de Chile, 2003.
- — *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2009.
- — «Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo». *Revista de derecho* 23, n.º 1 (2010): 79-102.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- — *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- — «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional* 66 (2002): 13-64.
- — «La fórmula del peso». En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell (pp. 13-42). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Atria Lemaître, Fernando. «Del derecho y el razonamiento jurídico». *Doxa* 22, (1999): 79-119.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Barnés Vásquez, Javier. «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario». *Revista Española de Derecho Constitucional* (enero 1994): 495-522.
- Baylos, Antonio. *Derecho del trabajo, un modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.
- Bernal Pulido, Calos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

- — «Estructura y límites de la ponderación». *Doxa* 26 (2003): 225-238.
- Bertelsen Simonetti, Soledad. *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*. Cuadernos del Tribunal Constitucional 42. Santiago: Tribunal Constitucional de Chile, 2010.
- Bordalí Salamaca, Andrés. *Temas de derecho procesal constitucional*. Valdivia: Fallos del Mes, 2002.
- Borowsky, Martin. «La restricción de derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional* 20, n.º 59 (mayo-agosto 2000): 29-56.
- Caamaño Rojo, Eduardo. *El derecho a la no discriminación en el empleo*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.
- Castillo Córdova, Luis. «¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?». *Cuestiones Constitucionales* 12 (2005): 99-129.
- Cea Egaña, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones UC, 2002.
- — *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones UC, 2003.
- — *Tratado de la constitución de 1980*. Santiago: Jurídica de Chile, 1988.
- — «La constitucionalización del derecho». *Revista de Derecho Público* 59 (1996): 11-22.
- Cinciardo, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Eunsa, 2000.
- Cruz Parceró, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos*. Madrid: Trotta, 2007.
- Cruz Villalón, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- Díaz García, Iván. «Aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el suministro de trabajadores». *Ius et Praxis* 16, n.º 2 (2010): 353-382.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- — *El imperio del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1988.
- Esser, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traducción de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

- Evans de la Cuadra, Enrique. *Los derechos constitucionales*. Santiago: Jurídica de Chile, 2002.
- Favoreau, Louis Joseph. «La constitucionalización del derecho». *Revista de Derecho* 12, n.º 1 (2001): 31-43.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. «Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en la relación laboral: Buenas intenciones, malos instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó)». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) 21, n.º 2 (2008): 251-271.
- Gamonal, Sergio. *Trabajo y derecho*. Santiago: Legal Publishing, 2010.
- — *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. Santiago: Legal Publishing, 2008.
- — *Manual del contrato de trabajo*. Santiago: Legal Publishing, 2010.
- Gornig, Gilbert. «Los derechos fundamentales: Alcance, origen, funciones y aplicación». En *La ley fundamental alemana y la Constitución Política chilena: Estudio constitucional comparado* (pp. 41-82). Santiago: Jurídica de Chile, 2010.
- Guzmán Brito, Alejandro. *El derecho privado constitucional de Chile*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.
- Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- Kumm, Mattias. «Who is afraid of the total Constitution? Constitutional rights as principles and the constitutionalization of private law». *German Law Journal* 7, n.º 4 (2006): 341-369.
- Lovera Parmo, Domingo y José Luis Ugarte Cataldo. «Reglas, principios y (ahora) justicia constitucional: Cuestiones conceptuales». En *Estudios constitucionales*. Santiago: Librotecnia, 2010.
- Martínez Estay, José Ignacio. «Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La doctrina del efecto horizontal de los derechos». *Revista Chilena de Derecho*, número especial de las Actas de las XXIX Jornadas de Derecho Público (1998): 59-64.
- Melis, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Santiago: Legal Publishing, 2009.
- Melis, Christian y Felipe Saez Carlier. *Derecho del trabajo*. Santiago: Conosur, 2000.

- — *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*. Santiago: Legal Publishing, 2009.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Dogmática constitucional*. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.
- — *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago: Librotecnia, 2010.
- Núñez Poblete, Manuel. «Los instrumentos procesales para la protección de los derechos fundamentales». En *Lecciones de derechos humanos*, editado por Joaquín Gacía Huidobro. Valparaíso: Edeval, 1997.
- Palomeque, Manuel Carlos. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- Rivers, Julian. «A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution». En Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Rodríguez Mancini, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- Rosales Rigol, Cecilia. «Aplicación de la tesis no conflictivista de derechos en la jurisprudencia constitucional». *Estudios constitucionales*. Santiago: Librotecnia, 2010.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo. «Una dogmática para los derechos fundamentales en Chile». *Revista de Derecho Público* 63 (2002): 197-198.
- Salmona Maureira, Francisco. *Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales*. Cuadernos del Tribunal Constitucional 40, Santiago: Tribunal Constitucional de Chile 2008.
- Serna Bermúdez, Pedro. «Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre unidad e información». *Iura* 4 (1994): 197-234.
- Serna, Pedro y Fernando Toller. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa al conflicto de derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

- Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional*. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.
- Silva Irarrázabal, Alejandro. «Supremacía constitucional y tutela laboral». *Revista de Derecho* 24, n.º 1 (2011): 31-48.
- Soto Kloss, Eduardo. *Derecho administrativo: Bases fundamentales*. Santiago: Jurídica de Chile, 1996.
- — *El recurso de protección: Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Jurídica de Chile, 1982.
- — «Recurso de protección». *Revista Chilena de Derecho* 11 (1984): 368.
- — *Derecho administrativo*. Santiago: Legal Publishing, 2009.
- Thayer Arteaga, William y Patricio Novoa Fuenzalida. *Manual de derecho del trabajo*. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.
- Ugarte Cataldo, José Luis. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Santiago: Legal Publishing, 2009.
- — *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago: Lexis Nexis, 2007.
- — *Derechos, trabajo y privacidad*. Santiago: Abeledo Perrot, 2011.
- —. «Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 36 (2011): 141-164. doi: <https://doi.org/10.4067/S0718-68512011000100004>
- — *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. «La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: Una aproximación de derecho comparado». *Derecho Privado y Constitución* 17 (enero-diciembre 2003): 499-528.
- Vivanco Martínez, Ángela. *Curso de derecho constitucional*. Santiago: Ediciones UC, 2006.
- Weldt Umaña, Anderson. «Comentarios sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos laborales». *Ars Boni et Aequi* 5 (2009): 239-250.
- Zapata Larraín, Patricio. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Parte eneral*. Santiago: Biblioteca Americana, 2002.

- — *Justicia constitucional: Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.
- Zúñiga Añazco, Yanira. «Herramienta de racionalidad: Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno». *Ius et Praxis* 16, n.º 2 (2010): 249-272.