



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de

Valparaíso

Chile

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio

El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere

Revista de Derecho (Valparaíso), vol. XLV, julio-diciembre, 2015, pp. 261-287

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173643816010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD QUE SE PROMUEVE EN
LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LAS PREMISAS A LAS QUE SE ADHIERE

[The Proportionality Test that is Promoted in the Protection of the
Fundamental Rights and the Premises on which it is based]

Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS *
Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile

RESUMEN

Buena parte de los que promueven el test de proporcionalidad en la tutela de derechos del trabajador no sustentan del todo la modalidad del test que dicen promover. En ocasiones las alteraciones introducidas por algunos autores nacionales son tan medulares que no sólo alejan su propuesta de aquella a la que adhieren sino que la acercan a una versión que en el derecho comparado es conocida como la alternativa

PALABRAS CLAVE

Test de proporcionalidad – Versiones alternativas del test – Versiones contrapuestas del test.

ABSTRACT

A large part of those who promote the proportionality test in the protection of the workers' rights do not uphold at all the modality of the test they are promoting. Modifications made by some national authors are sometimes so significant that not only they differ from the one they are using as a basis, but also relate it to a version known in comparative law as the alternative version.

KEYWORDS

Proportionality Test – Alternative versions of the test – Opposite versions of the test.

RECIBIDO el 29 de julio y ACEPTADO el 7 de diciembre de 2015

* Doctor en derecho, por la Universidad de los Andes, profesor de derecho e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: icovarrubias@udd.cl Agradezco la colaboración a mi ayudante Fairús Docmac.

I. OBJETO Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Este artículo evalúa críticamente la recepción de los autores nacionales que promueven el test de proporcionalidad (= “test” o “TP”) en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador (= “procedimiento de tutela” o “tutela de derechos fundamentales”). Diremos que las premisas del TP a las que la mayoría adhiere –formuladas por Alexy– son problemáticas tanto respecto del test que en concreto se promueve como a la luz de una perspectiva doctrinal comparada. No se critica la ponderación de Alexy sino que la compatibilidad entre *i*) las bases axiales a las que adhieren quienes promueven este procedimiento; y *ii*) ciertas alteraciones a dichas premisas, por lo que la referencia al autor alemán estará circunscrita a mostrar los ejes que cimientan el test. Por ello, no abordaremos las obras que tratan el TP desde un prisma amplio sino que aquellas que se refieren al test aplicable en el procedimiento de tutela.

Exhibiremos cómo se afirma la vinculación del test en el contexto de la tutela de derechos para luego continuar con la recepción de los autores que se han pronunciado sobre el tema en Chile. Luego, exhibiremos algunas versiones comparadas del TP. Finalizaremos, efectuando una valoración crítica sobre la coherencia entre la modalidad del test que promueven y sus premisas optimizadoras con la adhesión a la idea del contenido esencial o inviolable de los derechos fundamentales del trabajador.

II. VINCULACIÓN DEL TEST CON LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

La Ley N° 20.087, del año 2006, estableció un procedimiento destinado a tutelar específicamente el respeto y garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores durante la vigencia de la relación de trabajo, el cual supone concretar la eficacia horizontal, inmediata o directa, de los derechos fundamentales al interior de la empresa, ya que la acción procesal prevista se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado en la relación laboral, esto, es, el empleador¹. Se incorporó el artículo 485 CT., cuyo primer inciso dispone que tal procedimiento “se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los

¹ CONTRERAS ROJAS, Cristian - AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile*, en *Ius et Praxis*, 13 (2007), pp. 205-243, y GAMONAL, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales* (Segunda Edición, Santiago, LegalPublishing, 2008), pp. 11-40.

trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19” –entre los cuales señala varios derechos fundamentales- “cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”². Luego extiende este procedimiento a los actos discriminatorios referidos en el artículo segundo.

El inciso 3º prescribe que “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 aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”³. A su vez, el artículo 493 señala que cuando en una denuncia operada bajo este procedimiento “resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”⁴.

Si el Código no alude al test ¿cómo se vinculó éste con las expresiones contenidas en los artículos 485 y 493 de dicho texto legal? Parecen confluir algunos esfuerzos combinados. Primero, algunos dictámenes de la Dirección del Trabajo, previos a la modificación legal que introdujo este procedimiento, empleó algunas exigencias típicas del TP para concluir que si bien una medida de registro de control de tiempo de los trabajadores, adoptada por el empleador, buscaba un fin legítimo y también era idónea (al permitir lograr tal objetivo), no era necesaria por cuanto había otros medios menos invasivos de la intimidad de los trabajadores para controlar su tiempo de trabajo⁵.

Otro factor reside en el influjo que emanó de algunos de los primeros casos resueltos bajo el nuevo procedimiento. Se resolvió, por ejemplo, que el despido, fundado en el conocimiento derivado de acceder a las conversaciones de “Messenger” que habían quedado registradas accidentalmente en el disco duro del computador de la empresa, era lesivo al derecho a la intimidad de la trabajadora. Se llegó a esta conclusión luego de aplicar el TP y se sostuvo que admitida la tensión entre el derecho a la intimidad del trabajador y las potestades del empleador (queemanan de su derecho de propiedad) había que acudir al principio de proporcionalidad, empleado “en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro” y

² Artículo 485, inciso 1º CT.

³ Artículo 485, inciso 3º CT.

⁴ Artículo 493, inciso único CT.

⁵ Dirección del Trabajo, dictamen N°4541/319, 22 de septiembre de 1998 y N° 2875/72, 22 julio de 2003.

“creado por la jurisprudencia alemana, principalmente a partir de los escritos de Robert Alexy, el cual consiste básicamente en pesar los derechos y bienes en juego, persiguiendo que cada derecho se sacrifique por el otro en la menor medida posible y sólo en la medida que ese sacrificio sea racional y no afecte el ya mencionado núcleo esencial de los derechos fundamentales”. Luego, el fallo señala que el TP “*opera a través de tres subjuicios: el de la adecuación, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto*”⁶, los cuales pasa a explicar. Sentencias posteriores siguen, en lo básico, el mismo modelo⁷.

El tercer factor ha sido el esfuerzo doctrinario de algunos autores en impulsar la aplicación del TP, especialmente su versión alexiana, en el procedimiento de tutela de derechos. Sobre esta recepción nos referiremos, observando que buena parte de los autores asumen como incontestable la pertinencia del TP, sin perjuicio de la opinión contraria de algunos autores⁸. Las afirmaciones de Mella y Domínguez son ilustrativas en aseverar la estrecha vinculación que muchos atribuyen entre la proporcionalidad como test de ponderación y el artículo 485, inciso 3º CT⁹.

III. LA RECEPCIÓN POR LA DOCTRINA LABORAL NACIONAL SOBRE EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

1. *La temprana vinculación con Alexy: la distinción entre principios y reglas como premisa axial del test.*

En un contexto que proclama la eficacia directa y horizontal de la Constitución¹⁰, se adhiere a la ponderación, gobernada por el TP, como solución del conflicto que se produciría entre derechos fundamentales o entre éstos

⁶ Juzgado del Trabajo de Copiapó, RIT T-1-2008, 15 de septiembre de 2008, c. 8º, confirmada por la Corte Suprema en sentencia, rol N° 52-2009.

⁷ Juzgado del Trabajo de Chillán, RIT T-3-2010, 28 de agosto de 2010. También: Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T-71-2009, 1 de febrero de 2010, c. 5º párr. 6; Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT S-32-2011, 17 de agosto de 2011, c. 1º, párr. 1º, y RIT T-60-2009, 30 de enero de 2010.

⁸ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos - WALTER DÍAZ, Rodolfo, *La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral*, *Revista de Derecho*, 24 (Valdivia, 2011) 2, pp. 91-111, han dicho que el Código no prevé modo alguno de ponderación sino que admite tres formas de lesión a los derechos de los trabajadores. También, SIERRA, Alfredo, *La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo*, en *Ius et Praxis*, 20 (2014) 2, pp. 134-156.

⁹ MELLA CABRERA, Patricio - DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, *Conflictos de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: estado doctrinal, legal y jurisprudencial*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2012), pp. 194-195.

¹⁰ UGARTE CATALDO, José Luis, *La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro*, *Revista de Derecho*, 20 (2007) 2, pp. 49-67; MELIS VALENCIA,

y otros bienes constitucionales. El fundamento axial del TP arranca de la conocida distinción, formulada por Alexy, entre principios y reglas¹¹. Una de las primeras vinculaciones entre esta distinción y el artículo 485, inciso 3º CT., sostuvo que este precepto debía ser analizado “desde la óptica de la ponderación de derechos y del principio de proporcionalidad”. Luego afirmó que la ponderación de derechos es una “colisión de principios, caso en el cual [...] debe analizarse cuál de los principios en juego debe ceder frente a otro”, y que “para estos efectos adherimos a la distinción de Alexy entre reglas y principios”¹².

Prosigue el autor señalando que las reglas “pueden ser cumplidas o no” mientras que los principios “son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado, en la medida de lo posible”¹³. Concluye que “las condiciones puestas por el legislador en el artículo 485 CT. plasman en plenitud el TP, con sus tres subprincipios”¹⁴. En esta línea se adscribe Melis, quien, luego de explicar la diferencia entre principios y reglas, según Alexy y sus seguidores¹⁵, y de enunciar el TP como “mecanismo de resolución de colisiones de derechos fundamentales”, afirma que el nuevo procedimiento “contempla, expresamente, en el inciso tercero del nuevo artículo 485, del Código del Trabajo, el principio de proporcionalidad como mecanismo interpretativo para dilucidar si un derecho fundamental del trabajador es o no lesionado por el ejercicio de las facultades empresariales”¹⁶.

Ugarte señala que “tal como lo explica Alexy, la aplicación del principio de proporcionalidad deriva de exigencias conceptuales” según las cuales “el carácter de principio implica aquél”¹⁷. Luego de adherir a la distinción

Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (Santiago, LegalPublishing, 2011).

¹¹ Algunas obras canónicas son ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford, Oxford U. Press, 2002); ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, en BERNAL PULIDO, Carlos, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (2002) 66, pp. 13-64; ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (traducción de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003).

¹² GAMONAL, Sergio, cit. (n. 1), p. 42.

¹³ Ibíd.

¹⁴ Ibíd., p. 45.

¹⁵ MELIS VALENCIA, Christian cit. (n. 10) acude, entre otros, a BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007).

¹⁶ MELIS VALENCIA, Christian, cit. (n. 10), p. 104.

¹⁷ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 75.

entre principios y reglas, del mismo modo expuesto, afirma que los derechos fundamentales poseen un contenido amplio e indeterminado “conformado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la *Constitución*”, contenido “*prima facie*” que “se lleva a cabo con criterios muy laxos y se fundamenta en el principio *in dubio pro libertate*”¹⁸. Esta idea se opone a la visión “dominante en nuestra cultura jurídica de un ámbito protegido estrecho de los derechos fundamentales”, según la cual, éstos “tienen un contenido definitivo fijado de antemano, o preformado, que cuenta desde el inicio con unas determinadas limitaciones”¹⁹.

Añade que si los derechos fundamentales y los bienes constitucionales son principios, pueden ser satisfechos gradualmente o “en la mayor medida posible”, de donde se sigue que los derechos pueden ser satisfechos en varios grados, por lo que sostiene que “la naturaleza de los principios implican el principio de proporcionalidad”²⁰. De allí afirma Ugarte que “en caso de colisión entre principios, las posibilidades de cuánto se desarrolle cada derecho fundamental dependerá de cuánto se esté en condiciones de restringir el otro derecho en conflicto”²¹. Esta operación de optimización emana de la “ley de la ponderación”, según la cual “cuanto mayor es el grado de afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”²².

Ya que los derechos fundamentales son “mandatos de optimización”²³, el ejercicio de optimización de principios (que pueden consistir en derechos fundamentales como en bienes públicos) deviene inevitable y opera sopesando los intereses conforme a la aludida ley de ponderación en el que “el nivel permisible de no satisfacción o de detrimento de un principio depende de la importancia de satisfacer el otro” principio. Esto se traduce en ponderar el grado de intensidad con que un principio es afectado (libertad económica) por la medida estatal sujeta al TP (disminución del tráfico aéreo) con el grado de importancia del principio que se quiere lograr (disminución de la contaminación acústica). La interferencia

¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, cit. (n. 15), p. 310, citado por UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela*, cit. (n. 17), pp. 52-53. La idea de un contenido indeterminado y *prima facie* de los derechos fundamentales también es recogida por GAMONAL, Sergio, cit. (n. 1); y MELIS cit. (n. 10).

¹⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela*, cit. (n. 17), p. 61.

²⁰ ALEXY, Robert, *A Theory*, cit. (n. 11), pp. 47-48, pp. 57 y p. 66.

²¹ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela*, cit. (n. 10), p. 75.

²² ALEXY, Robert, *Tres escritos*, cit. (n. 11), p. 66, citado por UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela*, cit. (n. 17), p. 74.

²³ ALEXY, Robert, *A Theory*, cit. (n. 11), p. 388.

puede ser leve, moderada o seria y lo mismo ocurre con la satisfacción del principio que puede ser indiferente, importante o muy importante. De este modo, si la interferencia en el derecho cuya intervención se busca es “moderada” y la satisfacción del otro principio es “muy importante”, la medida será conforme al test²⁴.

En, fin, el TP procura determinar de qué lado de la balanza se obtiene el mayor beneficio neto para la sociedad. Lo que se dice de la libertad económica también aplica a otros derechos, como la vida, libertad religiosa, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, intimidad o derecho de propiedad, entre otros. Esta operación desconoce la idea de que puedan haber derechos absolutos o contenidos inviolables en los derechos.

Además de los citados, otros prosiguen en la línea de adscribir a las categorías que arrancan de la distinción entre principios y reglas²⁵. Si bien el profesor Caamaño no alude a Alexy ni asume tal distinción, adopta una noción de la proporcionalidad en sentido estricto que es la misma adoptada por el autor alemán²⁶. Esta exigencia, veremos, es crucial pues permite distinguir la noción optimizadora de otras modulaciones alternativas.

2. El test como medio de ponderación entre derechos fundamentales con resguardo al contenido esencial.

Buena parte de los que proclaman la aplicación del test en la tutela de derechos fundamentales lo conciben como un criterio que sirve para afrontar las colisiones producidas entre los derechos fundamentales de los trabajadores y las potestades del empleador emanadas de su derecho de propiedad y de libertad empresarial, a condición que no se afecte el contenido esencial de los derechos en juego, en concordancia con el artículo 485 CT. Se observa el TP como un medio de ponderar derechos concebidos como principios o entre derechos y bienes públicos²⁷, reconociendo el contenido esencial como un límite que supone la “existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador”²⁸. Con todo, Ugarte

²⁴ ALEXY, Robert, *A Theory*, cit. (n. 11), pp. 102, 106 y 410 ss. (los ejemplos son nuestros).

²⁵ MELLA CABRERA, Patricio - DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, cit. (n. 9), p. 184. Asimismo: MELIS VALENCIA, Christian cit. (n. 10), pp. 89 ss.

²⁶ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 27 (2006), p. 41.

²⁷ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, cit. (n. 26), no obstante no adherir derechamente a la distinción entre principios y reglas, afirma, más adelante, en p. 37, la pertinencia del test.

²⁸ MELLA CABRERA, Patricio - DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, cit. (n. 9), p. 209 y la jurisprudencia citada. Asimismo, GAMONAL, Sergio, *El procedimiento de tutela de*

ha dicho que el contenido esencial de los derechos “nunca es definitivo o inderrotable”²⁹, con lo que desecha la idea de los derechos fundamentales como cotos vedados o fronteras absolutas a la incursión del test, aunque últimamente ha admitido ciertas coberturas inviolables en los derechos³⁰.

La dicotomía entre adherir a los derechos fundamentales como mandatos optimizables y a la idea de fronteras irreductibles en su contenido puede explicarse por lo dispuesto en el artículo 485 del Código, además del artículo 19 Nº 26 CPol., que “asegura a todas las personas” –trabajadores y empleadores– la garantía de que las regulaciones legislativas “no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Sobre esto volveremos.

Casi todos los que han pronunciado sobre el tema asumen los derechos como principios optimizables, por lo que inevitablemente colisionan, debiendo afrontarse la resolución del conflicto mediante el TP, de cuyo resultado depende que un derecho ceda en pos de otro derecho, o bien, que se estimó que gozó de mayor peso o valor en concreto.

Estructura del test y alcance de la proporcionalidad en sentido estricto.

En concordancia con la formulación efectuada por Alexy, hay coincidencia en que el TP consta de una aplicación escalonada, compuesta al menos de tres exigencias o sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto³¹. Para decidir sobre la justificación de una restricción de un derecho fundamental (del trabajador), que viene impuesto por el ejercicio de otro derecho fundamental (del empleador), es necesario preguntarse si dicha restricción satisface cada una de estas tres exigencias³². Del incumplimiento de cualquiera de estos sub-principios deviene la no proporcionalidad del medio empleado que es objeto de control³³. La idoneidad examina la aptitud racional del medio

derechos fundamentales (Santiago, LegalPublishing, 2007), pp. 46-47; y MELIS VALENCIA, Christian, cit. (n. 10), pp. 102-104.

²⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad* (Tesis para obtener el grado de Doctor, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011) Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=26589>, p. 279.

³⁰ UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión*, cit. (n. 29), p. 256.

³¹ ALEXY, Robert, *Teoría general de los derechos fundamentales* (traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007), p. 91, citado por UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela*, cit. (n. 17), p. 75.

³² UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela*, cit. (n. 17), pp. 75-76; MELIS VALENCIA, Christian cit. (n. 10), pp. 108-109.

³³ ALEXY, Robert, *Epílogo*, cit. (n. 11), pp. 27 ss., citado por MELIS VALENCIA, Christian cit. (n. 10), p. 109.

escogido (cámaras de seguridad) para obtener el fin legítimo pretendido (seguridad de los trabajadores y del proceso productivo) por la medida restrictiva del derecho. A su vez, la necesidad busca controlar que la afectación del derecho sea mínima, esto es, que se acuda al medio menos lesivo para alcanzar el fin pretendido de entre todas las posibilidades que sean idóneas.

En la proporcionalidad en sentido estricto se advierten diferencias. Ugarte dice que debe aplicarse siempre que “para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental se requiere indispensablemente la restricción de otro derecho fundamental, de modo tal que la satisfacción de uno sólo puede realizarse a costa del otro”, señalando que esta operación se entiende dentro de la ya aludida ley de ponderación de Alexy³⁴. Concluye que el “núcleo de la ponderación en sentido estricto es la comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental, en nuestro caso del trabajador, con el grado de importancia del derecho fundamental en que se sostiene la conducta que genera la colisión, en nuestro caso del empresario”³⁵. Esta operación comparativa se traduce en que la proporcionalidad en sentido estricto consiste en procurar “que haya un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen por la protección del derecho, valor o fin que motiva la limitación del derecho fundamental y los perjuicios que derivan para el derecho que se ha visto limitado”³⁶.

Una fórmula similar exhibe Caamaño al concluir, luego de semejantes referencias a Alexy, que en esta fase debe “evaluarse si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto”³⁷. Melis, Mella y Domínguez se pronuncian en la misma dirección al señalar que esta exigencia busca que “exista proporcionalidad entre los sacrificios y beneficios que se obtienen con la medida”³⁸ y “en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor”³⁹.

³⁴ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela*, cit. (n. 17), p. 79.

³⁵ Ibíd., p. 81.

³⁶ CARRIZOSA PRIETO, Esther, *El principio de proporcionalidad en el derecho del trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 123 (2004), p. 503, citado por UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión*, cit. (n. 29), pp. 198 y 292.

³⁷ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, cit. (n. 26), p. 41.

³⁸ MELIS VALENCIA, Christian, cit. (n. 10), p. 107.

³⁹ MELLA CABRERA, Patricio - DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, cit. (n. 9), pp. 207-208.

Todas las aproximaciones exhibidas no sólo son representativas de la ya referida ley de ponderación de Alexy, sino que apuntan una noción de la proporcionalidad en sentido estricto que busca un equilibrio entre los beneficios que la medida adoptada irroga versus el daño padecido por el derecho afectado, a fin de concluir en qué lado de la balanza se produce el mayor bien, comparativamente hablando. En tal sentido es representativa la definición que Bernal –un indiscutido promotor de Alexy bastante citado por los laboralistas expuestos– entrega sobre esta exigencia: evaluar si “las ventajas que obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”⁴⁰.

Esta concepción de la proporcionalidad en sentido estricto devela que no hay derechos fundamentales inviolables o aspectos medulares de su contenido que sean indisponibles, pues para saber si un derecho ha sido vulnerado habrá que esperar el resultado de la ponderación. Podrá llegarse a uno que sería formalmente proporcional aunque *materialmente* no deje nada del derecho puesto en la balanza, en cuyo caso los derechos fundamentales han dejado de constituir respuestas categóricas en el ámbito jurídico. Esto es coherente con la idea de Alexy según la cual el contenido esencial de los derechos (al menos su versión absoluta) resulta incompatible con su versión del test. Para el autor alemán los derechos fundamentales al identificarse con *principios* no son sino un elemento disponible dentro de todos aquellos que debe tomarse en consideración para una optimización racional del bien común. Lo dice el mismo Alexy al reconocer que “la convicción de que debe haber derechos que en las más extremas circunstancias no sean sobrepasados [...] no puede ser sostenido en el derecho constitucional”⁴¹.

El único autor que –no obstante adherir a las premisas de Alexy– adscribe a una fórmula de la proporcionalidad en sentido estricto que se sitúa fuera de las coordenadas optimizadoras del TP es el profesor Gamonal, quien dice que tal sub-principio exige que el “límite a los derechos debe ser racional tanto respecto del objeto de la medida como en cuanto a sus efectos”. Mientras la racionalidad del objeto consiste en que el fin del contrato “no puede alterar derechos fundamentales de una de las partes”⁴², la racionalidad en los efectos de la medida “alude a que no *se afecte la esencia*

⁴⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, cit. (n. 15), p. 36.

⁴¹ ALEXY, Robert, *A Theory*, cit. (n. 11), p. 196.

⁴² GAMONAL, Sergio cit. (n. 1), p. 46.

del derecho fundamental del trabajador”⁴³, de acuerdo a la garantía del artículo 19 Nº 26 CPol.⁴⁴.

Aunque algunos acuden a una proporcionalidad en sentido estricto similar a la de Alexy, concluyen, en cita a Gamonal, que el respeto al contenido esencial de los derechos que exige el artículo 485 CT. “es parte de la proporcionalidad en sentido estricto, ligando tal criterio a la racionalidad de la medida adoptada, teniendo consonancia en la función de clausura del sistema de derechos fundamentales [...] suponiendo por tanto la existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador”⁴⁵. Luego veremos la contraposición que hay entre adherir a una idea optimizadora del test y sustentar el contenido inviolable de los derechos fundamentales. Por último, cabe consignar que algunos se han referido a la tutela de derechos fundamentales sin aludir a Alexy, por lo que no es extraño que ni siquiera aborden el TP u otros lo hagan desde un prisma que no sólo no devela su raíz optimizadora sino que la critica, atendido la forma en que el Código prevé proporcionalidad y contenido esencial⁴⁶.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE ALGUNOS ASPECTOS RECIBIDOS POR LOS AUTORES

1. Existencia de diversas aproximaciones sobre el TP más allá de las receptionadas por los autores nacionales.

Las formulaciones recogidas por aquellos que se han pronunciado sobre la tutela de derechos fundamentales giran en torno a la versión optimizadora del TP, sin considerar siquiera remotamente la existencia de matrices alternativas del test en el derecho comparado, ni tampoco aludir a la variedad de propuestas doctrinarias observadas en este ámbito. La diversidad que observaremos contribuirá a desafiar la identidad y coherencia interna de aspectos de las propuestas promovidas en nuestro país. Este escaso abordaje comparado sobre el TP ya ha sido puesto de manifiesto por algunos constitucionalistas,⁴⁷ mientras otros que se han referido a la

⁴³ GAMONAL, Sergio cit. (n. 1), p. 46.

⁴⁴ GAMONAL, Sergio cit. (n. 1), p. 47.

⁴⁵ MELLA CABRERA, Patricio - DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, cit. (n. 9), p. 209.

⁴⁶ IRURETA URIARTE, Pedro, *El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa*, en *Estudios Constitucionales*, 11 (2013) 2, pp. 369-424; y FUENTES OLMO, Jessica, *La defensa de las partes en el procedimiento de tutela laboral fundado en el derecho a la honra del trabajador*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2012) 2, pp. 141-160.

⁴⁷ ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *La migración del análisis de proporcionalidad en Chile en la dogmática de los derechos fundamentales*, en NOGUEIRA, Humberto (coordinador),

noción alemana admiten la existencia de “*diversas fórmulas a lo largo del mundo*” sobre este método⁴⁸.

Mostraremos dos grandes matrices sobre las que se articulan las ideas más extendidas del TP: la optimizadora y la garantista (state-limiting). Ésta lo concibe como un modo de determinar los límites de la acción estatal, mientras que la optimizadora se focaliza en definir el contenido del derecho a partir de su ponderación con otros derechos o bienes públicos⁴⁹. Para la garantista, los jueces deben identificar los aspectos medulares del derecho, pues toda intervención que altere su contenido esencial será desproporcionada⁵⁰ aunque la medida restrictiva haya sido motivada en el bien común. Para la optimizadora, en cambio, debe emplearse para ponderar el “peso” del interés público con el del derecho para discernir si el beneficio social buscado compensa la pérdida en el derecho⁵¹.

2. La noción optimizadora.

Seguida por parte de la doctrina continental, ve el TP como un criterio por el cual las leyes y/o actos administrativos o de particulares, que interfieren en los derechos fundamentales, deben sortear un examen de tres o cuatro exigencias a fin de conciliar los intereses buscados con el respeto al ejercicio de los derechos. Lo crucial es comprender que la tensión ha de afrontarse mediante un balanceo que busca que la medida estimada legítima represente un beneficio neto una vez ponderada la reducción en el disfrute del derecho con el nivel de satisfacción del fin⁵². Las limitaciones a los derechos deben justificarse con vistas al beneficio buscado en la realización de otros intereses o valores⁵³.

Aunque algunos seguidores del Alexy han querido moderar la idea optimizadora, sugiriendo que los derechos deben gozar de una primacía

Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad (Santiago, Librotecnia, 2013), p. 269.

⁴⁸ PICA, Rodrigo, *Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 20 (2013) 1, pp. 193-228, p. 220.

⁴⁹ RIVERS, Julian, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, en *Cambridge Law Journal*, 65 (2006) 1, pp. 177-182.

⁵⁰ MCHARG, Aileen, *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, en *The Modern Law Review*, 62 (1999), pp. 671-696; pp. 680-681, se refiere a que hay aspectos no esenciales que podrían ser limitados.

⁵¹ RIVERS, Julian, cit. (n. 49), p. 181; y MCHARG, Aileen, cit. (n. 50), p. 678.

⁵² RIVERS, Julian, cit. (n. 49), p. 181.

⁵³ WEBBER, Gregoire, *The Negotiable Constitution* (Cambridge, Cambridge U. Press, 2009), p. 56.

en el balanceo, admiten que esta preferencia no es absoluta frente a razones para limitarlos⁵⁴. Así, la noción de derecho permanece inalterada como mandato optimizable, por lo que la primacía pretendida parece relativa, pues esta propuesta admite que sus contornos medulares no pueden conocerse de antemano y su contenido habrá de fijarse sólo una vez que el derecho haya sido ponderado con otros derechos o intereses, resultado del que puede quedar nada o muy poco del derecho proclamado *in abstracto*.

3. La noción “state-limiting” o garantista.

Refiere a la fórmula adoptada por la doctrina inglesa desde que el Parlamento inglés aprobó en 1998 la ley por la que el Reino Unido asumió la obligación de ajustar su Derecho al de la Unión Europea⁵⁵. Aunque la estructura del test es similar, hay una diferencia clave que ha dado pie para afirmar la existencia de “dos concepciones de la proporcionalidad”. Así, mientras la noción optimizadora ve el test como una herramienta destinada a equilibrar los derechos fundamentales con otros derechos e intereses del modo más eficiente posible, la garantista lo concibe “como un conjunto de exigencias que justifican la intervención judicial para proteger los derechos”⁵⁶.

Cuando los ingleses aluden lo que ven como el último sub-principio del TP dicen que exige una “*intervención mínima o el medio menos lesivo*” para evitar que la regulación imponga “cargas excesivas en el individuo”⁵⁷ o que impide la “*desproporción*” para evitar que del acto estatal se sigan “cargas o daños excesivos”⁵⁸ al regulado. Agregan que aquí el TP “*exige a la corte juzgar si la medida adoptada era necesaria como asimismo si se encontraba dentro del rango de cursos de acción que podían razonablemente ser seguidos*”⁵⁹. Algunos señalan que esta regla es análoga a la exigencia de

⁵⁴ KUMM Mattias, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004), pp. 574-596.

⁵⁵ CLAYTON, Richard - TOMLINSON, Hugh, *The Law of Human Rights* (New York, Oxford U. Press, 2000); WADE, William - FORSYTH, Christopher, *Administrative Law* (Oxford, Oxford U. Press, 2004), pp.161-209.

⁵⁶ RIVERS, Julian, cit. (n. 49), pp. 176 y 177. En el mismo sentido, COHN, Margit, *Legal Transplant Chronicles: the Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, en *The American Journal of Comparative Law*, 58 (2010), pp. 605 y 616.

⁵⁷ CRAIG, Paul P., *Administrative Law* (London, Sweet & Maxwell, 2003), p. 662.

⁵⁸ CLAYTON, Richard - TOMLINSON, Hugh, cit. (n. 55), p. 298.

⁵⁹ WADE, William - FORSYTH, Christopher, cit. (n. 55), p. 366.

“*justo equilibrio*”⁶⁰ al identificarse con lo que es proporcionado. Más allá de que esta regla sea semejante a la necesidad (Craig) o a ésta y la idoneidad (Wade y Forsyth), los autores concuerdan en suprimir del TP el factor optimizador⁶¹. La renuencia en adoptar el factor optimizador del test en el Reino Unido ha tenido eco en la máxima instancia judicial⁶².

4. Propuesta que busca erradicar el factor optimizador asumiendo la idea de Alexy.

Se ha dicho que el TP puede mostrar una faceta no optimizadora que consistiría en una ponderación de razones entre los derechos y los intereses sociales. Möller distingue “balancear intereses”, que opera según un análisis de costo-beneficio en que los derechos o intereses “son ‘medidos’, puestos en la balanza y sus respectivos pesos comparados” y el “balanceo de razones”, que comprende “todos los factores relevantes a considerar”, pues en el derecho constitucional el balanceo no es de intereses⁶³ sino de razones entre valores en juego. Como ejemplo muestra el TP empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (= TEDH) que discierne el derecho y el interés público “en la perspectiva del razonamiento práctico”. Lo ilustra con un caso en que se ponderó “cuánta contaminación acústica pueden legítimamente tolerar los residentes en pos de un específico interés económico” (permitir vuelos nocturnos en un aeropuerto urbano), sin incurrir en un ejercicio de costo-beneficio. Esto es posible, cuando “balancear dice relación con el sacrificio que puede legítimamente exigirse a una persona para el beneficio de otra persona o del interés público”⁶⁴.

Parece indudable que esta propuesta desecha la lógica de que las incursiones padecidas por los derechos deban justificarse en vista de los beneficios buscados por la regulación estatal. El interés no estriba sólo en lo que rechaza sino en el alcance de lo que propone, que al ser tan indeterminado parece alejarse a tal punto de las dos matrices más conocidas del TP que difícilmente puede decirse que se trata de alguna de sus modulaciones; de hecho ya no puede hablarse de un test escalonado sino más bien de

⁶⁰ LESTER, Anthony - PANNICK, David, *Human Rights: Law and Practice* (London, LexisNexis - Butterworths Law, 2004), p. 89.

⁶¹ RIVERS, Julian, cit. (n. 49), p. 179.

⁶² COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (*128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*), en *Estudios Constitucionales*, 12 (2014) 1, pp. 184-194.

⁶³ MÖLLER, Kai, *Proportionality: Challenging the Critics*, en *International Journal Constitucional Law*, 10 (2012) 3, p. 715.

⁶⁴ MÖLLER, Kai, cit. (n. 63), pp. 721 y 716. El caso es “*Hatton and others v. The United Kingdom*” (2003).

un “amplio razonamiento práctico” sobre la mejor justificación entre dos valores en juego⁶⁵.

5. Proporcionalidad como exigencia de “justo equilibrio” conforme al TEDH.

Algunos han constatado la exclusión del TP de cuño optimizador por el TEDH⁶⁶, explicitando que esta modalidad no se condice con la versión alemana⁶⁷. A esto contribuye que el texto de la Convención disponga que toda medida restrictiva a los derechos ha de satisfacer las exigencias de “legalidad” y “necesidad” para la consecución de ciertos objetivos de interés general o público⁶⁸, a partir de lo cual se ha entendido que las medidas adoptadas deben ser proporcionadas a los fines legítimos (orden público, seguridad nacional, salud pública, etc.) buscados por la autoridad. Así se ha sostenido desde “Handyside”⁶⁹. Esto ha llevado a señalar el TP observado por el TEDH es una exigencia de “justo equilibrio” entre los intereses sociales y los del afectado⁷⁰.

6. Propuestas que incorporan el respeto al contenido esencial de los derechos sin excluir la regla optimizadora.

Algunos pretenden morigerar el impacto del factor optimizador sin excluirlo sino que mediante la incorporación de la idea de que adicionalmente, las restricciones a los derechos deben respetar su contenido esencial. Bajo la denominada teoría mixta del contenido esencial, dicen que las limitaciones de la autoridad pueden darse en la periferia de los derechos, no en su núcleo esencial, donde nunca son admisibles, estén justificadas o no en el test⁷¹. Uno de sus exponentes trata de conciliar el

⁶⁵ Ibíd., p. 721.

⁶⁶ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad* (Madrid, Dykinson, 2009), pp. 213 ss.

⁶⁷ CHRISTOFFERSEN, Jonas, *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights* (Leide - Boston, Martinus Nijhoff, 2009), p. 32, al citar a alemanes ha dicho que la “proporcionalidad admitida bajo el TEDH no se corresponde con el del Derecho alemán”.

⁶⁸ Los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 de la Convención europea admiten un límite fundado en el bien común o interés general, vinculado a los fines permitidos en cada uno de tales derechos.

⁶⁹ FASSBENDER, Bardo, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Cuadernos de Derecho Público*, 5 (1998), p. 55.

⁷⁰ EMILIOU, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law: a Comparative Study* (Londres, Kluwer Law International, 1996), p. 8.

⁷¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en*

contenido esencial con el test, señalando que las injerencias en los derechos fundamentales deben superar las tres exigencias del TP “y finalmente, aun cuando la restricción sea, en efecto, proporcionada, debería resolverse si la misma ha de declararse inconstitucional por afectar, no a una facultad o posibilidad de actuación integrante del contenido normal del derecho, sino constitutiva del absolutamente intangible contenido esencial”⁷².

Otro apuntan a moderar los efectos de lo que observan como posición dominante, que ven la proporcionalidad en sentido estricto como un balanceo entre las ventajas y desventajas de la medida, lo que supone un coste proporcionado con los beneficios, de donde se sigue que “a mayores beneficios, tanto mayor es el grado de restrictividad de la norma iusfundamental afectada”. Como ello no impide que el Estado amague los derechos, propone dos vías para salvar al test de dicho peligro. Una, que el contenido esencial opere como control de constitucionalidad de las medidas que ya han superado el test. La segunda, que una medida sólo pueda estimarse proporcionada si no afecta el contenido esencial del derecho, en la fase de la proporcionalidad s t r i c t o s e n s u⁷³.

Otro autor es más radical al moderar el TP de Alexy. Propone seis pasos, bajo el nombre de test de razonabilidad. Uno consiste en que la primera regla persiga examinar “la existencia y contenido de la finalidad”, y la última, “del respeto del contenido esencial del derecho”, cuyo añadido evitaría injusticias al amparo de que los beneficios a obtener son mayores que los costos, lo que concreta la idea de que el fin no justifica los medios⁷⁴.

7. Rechazan balancear el bien común con los derechos o lo reducen al mínimo.

Hay autores que, por razones diversas, coinciden en rechazar el TP o en reducirlo al mínimo. Luteran, lo ve como un medio que persigue buscar la proporción entre el medio escogido por la regulación y el fin buscado por ella. Esta idea lo reduce al cumplimiento de la regla de adecuación, con lo que rechaza el uso de la ley de ponderación. Lo confirma al afirmar que el test optimizador no es el único modo de concebir el TP y propone circunscribirlo a la exigencia de proporcionalidad entre medio y fin. Añade

la jurisprudencia constitucional a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, en Revista Española de Derecho Constitucional, 3 (1981), p. 184.

⁷² MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Madrid, McGraw-Hill, 1996), p. 170.

⁷³ CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos* (Buenos Aires, Had-Hoc, 2007), pp. 284-287.

⁷⁴ TOLLER, Fernando, *Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal*, en *Persona y Derecho*, 66 (2012), pp. 118-119.

que ésta es la versión que debería ser adoptada por los que comparten una noción de derecho fundamental⁷⁵. Cita casos en que el TEDH usa el test como una exigencia de medio/fin sin acudir al balanceo⁷⁶.

Otro grupo rechaza el TP como un todo, sin pretender sustituirlo por alguna versión jibarizada. Unos estiman que el factor optimizador es una amenaza a los derechos fundamentales. Otros creen que tal noción del test fracasa al identificar las razones moralmente relevantes en casos de derechos fundamentales, al punto de incorporar en la optimización a los derechos considerados inviolables (incommensurabilidad). Dentro del primer grupo, se rechaza la idea alexiana por cuanto asume dos premisas controversiales: uno, que el interés público, como principio, “siempre puede ser balanceado con los derechos fundamentales; y, segundo, que las medidas buscadas para promover el interés público puede prevalecer a menos que impongan una restricción excesiva en comparación con el beneficio que pretenden asegurar”, con lo cual “la violación [del derecho] parece depender de la intensidad de la restricción antes que en su compatibilidad con el derecho en juego”. Concluyen que el TP no se aviene con la idea de que los derechos poseen un contenido nuclear, el cual “no puede ser comprometido bajo ninguna circunstancia” por nociones de interés público⁷⁷.

Se critican fórmulas adoptadas por el TEDH al contravenir la idea dworkiniana de los derechos como “triunfos”. Emanan de la convicción de que tratándose de derechos humanos debe existir una respuesta moralmente uniforme y universal, con independencia de las particularidades geográficas. La deferencia (margen de apreciación) y el TP arriesgarían tal coherencia⁷⁸. Para Letsas es un error que las cláusulas de limitación del Convenio Europeo de DD.HH. “dejan abierta la puerta a un balanceo entre los intereses involucrados. El objeto de las cláusulas de limitación es que el Tribunal identifique el principio que justifica el derecho en juego y examine si dicho principio aplica al caso”⁷⁹. Rechaza cualquier versión que no mire los derechos como un conjunto de razones morales a ser tratado con

⁷⁵ LUTERAN, Martin, *Some Issues Relating to Proportionality in Law and Ethics, with Special Reference to European Human Rights Law* (Oxford, Oxford U. Press, 2009), pp. 260 y 305.

⁷⁶ LEGG, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* (Oxford, Oxford U. Press, 2012), p. 186.

⁷⁷ TSAKIRAKIS, Stavros, *Proportionality: An Assault on Human Rights?* en *International Journal Constitutional Law*, 7 (2009) 3, pp. 476 y 492. Asimismo, WEBBER, Gregoire, cit. (n. 53).

⁷⁸ LEGG, Andrew, cit. (n. 76), pp. 50-53.

⁷⁹ LETSAS, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford U. Press, 2007), p. 14.

igual consideración y respeto por el Estado, por lo que no pueden quedar sujetos a un cálculo costo-beneficio ni a la racionalidad medios-fines⁸⁰.

Greer favorece la idea de “los ‘derechos como triunfos’ por la vía de adherir a lo que denomina ‘principio de prioridad de los derechos’ aunque también incorpora algunos aspectos del balanceo”⁸¹ circunscrito a la aplicación de una estricta exigencia de necesidad. Concluye que entre “balancear” derechos según el TP y “definirlos”, en el contexto de la Convención europea, debe optarse por esta última, pues de este modo los derechos quedarían firmes frente a la eventual discrecionalidad de las autoridades nacionales que no sean judiciales⁸². Leggs señala que una dificultad de este argumento es que no da explicación alguna acerca de los criterios con los cuales pueden los jueces “identificar” los derechos en juego⁸³. Urbina estima que el TP optimizador falla en identificar lo que es moralmente relevante cuando los derechos fundamentales y el interés público se ven confrontados⁸⁴ pues el balanceo no es el criterio relevante para dirimir entre derechos y aspectos del bien común cuando hay bienes incommensurables.

Unos prefieren no acudir a un balanceo, pues ello deja expuesta la prioridad de los derechos a consideraciones ulteriores, o porque es incompatible con el contenido inviolable. Otros –sin referirse explícitamente al TP– afirman su rechazo a cualquier criterio de adjudicación balanceadora. Se funda en la idea de la incommensurabilidad de todos los derechos o de ciertos derechos o aspectos intrínsecamente contenidos en ellos⁸⁵.

⁸⁰ LETSAS, George, *Rescuing Proportionality*, en ROWAN, Cruft - MASSIMO, Renzo (editors), *Philosophical Foundations of Human Rights* (Oxford, Oxford U. Press, 2013), p. 31.

⁸¹ GREER, Steven, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge, Cambridge U. Press, 2006), p. 210 citado por LEGG, Andrew, cit. (n. 76), p. 190.

⁸² GREER, Steven, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?* en *UCL Human Rights Review*, 3 (2010), disponible en: <https://www.ucl.ac.uk/human-rights/research/ucl-hrr/docs/hrreviewissue3/greer>, p. 12.

⁸³ LEGG, Andrew, cit. (n. 76), p. 190.

⁸⁴ URBINA, Francisco, *A Critique of Proportionality*, en *American Journal of Jurisprudence*, 57 (2012), p. 80.

⁸⁵ SCHAUER, Frederick, *Comment on the Structure of Rights*, en *Georgia Law Review*, 27 (1993), pp. 415 ss.; y FINNIS, John, *Commensuration and Public Reason*, en CHANG, R. (editor) *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason* (Cambridge, Harvard U. Press, 1997), pp. 219-220.

V. SUGERENCIAS DE CAMBIOS QUE NO SE CONDICEN CON EL TEST QUE PROMUEVEN

1. *La incompatibilidad entre la versión optimizadora del test y el contenido esencial.*

Algunos promueven en abstracto un TP que no se aviene con el que proponen en concreto, en este ámbito. Esto puede explicarse porque su adhesión es respecto de una determinada versión del test como si no existieran otras y, también, debido a que pareciera que se ven forzados a aplicar sus propuestas a un contexto jurídico concreto cuyos elementos definitorios –artículo 485 CT. en relación con el 19 Nº 26 CPol.– no se condicen con el test al que adhieren. No debería extrañar, por tanto, que en tal proceso de adecuación entre una versión del TP y la realidad jurídica se verifiquen cambios que alteren algunos ejes estructurales de la versión proclamada del test. Esto contribuye a que algunas de las propuestas modificatorias del test parezcan contradictorias con las premisas a las que se adhiere, al punto que en ocasiones puede afirmarse que la versión promovida no se condice con la que efectivamente proponen.

Lo señalado es constatable en algunos que adhieren a las categorías estructurantes del test de Alexy y paralelamente reconocen la existencia de “un núcleo irreducible, inaccesible a todo intento limitador”⁸⁶ en los derechos fundamentales o en su contenido esencial. El hecho que el reconocimiento de éste emane del artículo 485 CT., morigera pero no logra salvar la contradicción de lo allí dispuesto con la idea misma de los derechos fundamentales como principios, axioma que no es conciliable con una aproximación categórica, absoluta o relativa, sobre el contenido esencial de los derechos.

Lo dicho posee, también, un indudable alcance práctico pues el contenido inviolable de los derechos acota irremediablemente el despliegue del TP de raigambre optimizadora, por lo que esta alteración apunta al corazón mismo de la aludida concepción del test. Por ello se dificulta la tarea de sostener coherentemente la versión alexiana del test y al mismo tiempo el contenido inviolable de los derechos. Es cierto que el *Código del Trabajo* no da margen para desentenderse de la exigencia de respetar el contenido esencial de los derechos, pero de ello no se sigue la necesidad de conciliar esta garantía con una modalidad del TP que en sus mismas premisas repele la idea de un contenido modular en los derechos que sea inmune a todo

⁸⁶ GAMONAL, Sergio, cit. (n. 1), pp. 46-47; MELIS VALENCIA, Christian, cit. (n. 10), pp. 102-104; MELLA CABRERA, Patricio - DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, cit. (n. 9), p. 209.

intento motivado en el respeto a otros derechos fundamentales o en la satisfacción del interés público.

Como se ha constatado que la formulación de la proporcionalidad en sentido estricto suele ser representativa de la modalidad del test a la que se adhiere, creemos que resta una definición por gran parte de los autores citados respecto del alcance y coherencia del test al que adhieren. En efecto, si se divisa éste como un instrumento de control del poder, no es curioso que se diga que este sub-principio persigue examinar si la restricción en los derechos “constituye una medida equilibrada y justa entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado”, a condición que “no puede afectar el contenido esencial del derecho”⁸⁷. Ya se ha visto que esta aproximación tiene similitudes importantes tanto con la formulación garantista como con la de “justo equilibrio” (*fair balance*) del TP, vinculada al TEDH.

Por el contrario, si se mira el TP como un modo de optimización entre derechos o entre éstos y bienes públicos, en sintonía con la versión de Alexy, lo coherente es sostener que la medida sometida a evaluación es constitucional cuando el beneficio que aquella reporta para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se pretende proteger es superior al costo que ella conlleva para el derecho fundamental involucrado, idea que bajo distintas formulaciones ha sido adoptada por la mayoría de los laboralistas aquí abordados, respecto del test en la tutela de derechos fundamentales del trabajador.

Cuando se observa que se promueve una versión optimizadora de la proporcionalidad en sentido estricto que se asume compatible con el respeto a una esfera irreducible en los derechos que no es susceptible con un balanceo, no sólo parece necesario un pronunciamiento sobre la consistencia entre ambas aproximaciones sino respecto del alcance mismo de este sub-principio teniendo en consideración el modo en que el artículo 485 CT. configura la proporcionalidad con el contenido esencial⁸⁸. Así, mientras para unos el contenido del derecho será determinado por el desenlace del test, con lo cual admiten que si la acción examinada cumple con el test, ella será legítima aunque el derecho constreñido pueda ser amagado del

⁸⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno*, en CARBONELL, Miguel (coordinador), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (Santiago, Librotecnia, 2010), pp. 359 y 397.

⁸⁸ FUENTES OLMO, Jessica, cit. (n. 46), siguiendo a SILVA IRARRÁZVAL, Luis Alejandro, *Supremacía constitucional y tutela laboral*, en *Revista de Derecho*, 24 (Valdivia, 2011) 1, p. 37; y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos - WALTER DÍAZ, Rodolfo, cit. (n. 8), p. 104.

todo⁸⁹. Para otros habrá siempre una barrera infranqueable –en mayor o menor grado– a los resultados del ejercicio ponderativo, con prescindencia del grado de crédito que hayan depositado en las premisas optimizadoras⁹⁰.

Para aquellos que se encuentran en la primera situación, parece indispensable clarificar cómo se concilia la exigencia –legal y constitucional– de un contenido previo de los derechos fundamentales, inmune a todo intento limitador, con un test que pretende definir el contenido de los derechos con posterioridad a su aplicación. Quienes se encuentran en el segundo caso, en cambio, es probable que descubran que existen modalidades del test que son bastante más afines con el respeto al contenido inviolable de los derechos fundamentales que con la versión optimizadora que promueven o con las premisas estructurantes del test a las que dicen adherir.

2. El intento armonizador mediante un contenido esencial-mixto de los derechos.

Ugarte parece haber captado el problema planteado al afirmar que el TP es incompatible con la teoría absoluta del contenido esencial. En la casi totalidad de los trabajos consultados el autor abraza entusiasticamente las categorías alexianas del test, lo que lo lleva a sostener que el contenido de los derechos sujetos a ponderación “nunca es definitivo o inderrotable”⁹¹, afirmación con la que desecha la idea del contenido esencial como coto absoluto a la incursión del test. De hecho, el mismo autor consigna que conforme a Alexy dicha idea del contenido esencial es incompatible con el test que promueve, pues supone un ámbito apriorísticamente irreductible de un derecho fundamental, sin considerar ni admitir su eventual restricción por exigencias derivadas de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales⁹². Su adhesión a las premisas optimizadoras del test ha sido coherente y constante.

Sin embargo, el año 2011 altera su adhesión acrítica al test optimiza-

⁸⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela*, cit. (n. 17); y UGARTE CATALDO, José Luis, *Privacidad, trabajo y derechos fundamentales*, en *Estudios Constitucionales*, 9 (2011) 1, pp. 13-36; y MELIS VALENCIA, Christian, cit. (n. 10), p. 134: Tratándose “de derechos [...] de los trabajadores y sus posibles restricciones al interior de la empresa, debemos plantear la cuestión como un problema de limitación y no de delimitación, razón por la cual [...] sólo serán admisibles aquellas restricciones que provengan del ejercicio de otro derecho [...] y que haya pasado con éxito el juicio de proporcionalidad”.

⁹⁰ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, cit. (n. 26); GAMONAL, Sergio, cit. (n. 1); y UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión*, cit. (n. 29). También, MELLA CABRERA, Patricio - DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, cit. (n. 9).

⁹¹ UGARTE CATALDO, José Luis, *Privacidad*, cit. (n. 89), p. 19; y, asimismo, UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión*, cit. (n. 29), pp. 78 y 259.

⁹² UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión*, cit. (n. 29), p. 251.

dor cuando advierte los riesgos para el trabajador tendría suponer asumir la derrotabilidad del contenido esencial de sus derechos: “el eventual adelgazamiento” de sus derechos “como resultado de un principio de proporcionalidad que no asegura ningún espacio irreductible”⁹³. Llega incluso a afirmar que la posición de Alexy en este punto sería “peligrosa desde el momento en que admite que determinados individuos puedan ver vulnerados sus derechos fundamentales, tanto en el contenido esencial, como en el más amplio contenido constitucional, siempre que se observen unos determinados requisitos: que dicha limitación esté justificada por la protección de otro bien o valor constitucional y que respete el principio de proporcionalidad”⁹⁴.

Procura entonces conciliar el TP con la noción mixta del contenido esencial, por la vía de reconocer que un derecho puede contener aspectos disponibles o “accidentales” y otros absolutamente intangibles o “esenciales”, por lo que primero debería emplearse el test y, en caso de haberlo sorteado con éxito, discernir si el derecho goza de algún contenido no susceptible de ponderación. Así, en “la medida empresarial de incorporar un sistema de vigilancia en el puesto de trabajo” operaría legítimamente el TP, al estar en juego una parte del contenido *disponible* del derecho del trabajador, mientras que “la medida de instalar cámaras en los lugares de entrada y salida de los baños” no estaría sujeta a ponderación alguna por haber allí un núcleo irreductible, derivado del contenido esencial del derecho fundamental⁹⁵.

Nuestra crítica es de cara a su adhesión a las categorías que fundan el TP optimizador. Si se afirma que hay núcleos inviolables en los derechos, ello admite la posibilidad de definir anticipadamente su contenido, o al menos, aceptar aspectos irreductibles en los derechos, previo a toda ponderación. De ser así, ello no sólo contraviene la idea de que el contenido del derecho se determina como resultado del TP⁹⁶ sino que pone en duda una piedra angular del andamiaje alexiano –la distinción de principios y reglas– por la vía de desconocer que frente al contenido esencial, aún

⁹³ Ibíd., p. 253.

⁹⁴ CARRIZOSA PRIETO, Esther, cit. (n. 36), p. 503, citado por UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión*, cit. (n. 29), p. 253.

⁹⁵ UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión*, cit. (n. 29), pp. 256-257.

⁹⁶ ALEXY, Robert, *Teoría*, cit. (n. 31), p. 259, citado por UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión*, cit. (n. 29), p. 250: “el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación. Las restricciones [...] acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad”.

en su modalidad mixta, los derechos pueden seguir observándose como mandatos que deben cumplirse en la medida de lo posible. Uno de los más prominentes exponentes de Alexy en el Reino Unido reconoce como un factor “cada vez menos advertido” que “la concepción garantista de la proporcionalidad suele asumir que existe un absoluto mínimo en cada derecho, un contenido nuclear, el cual no puede ser violado bajo ningún respecto”⁹⁷.

Una observación adicional: si el contenido esencial supone admitir la existencia de aspectos medulares en los derechos de los trabajadores que no quedan sujetos a la derrotabilidad propia de la versión optimizadora del TP, cabe preguntarse si tal propuesta sería extensible al contenido esencial, inclusive su versión mixta, de los derechos fundamentales del empleador, pues parece lógico afirmar que el derecho de propiedad o la libertad de empresa también reconoce aspectos nucleares o esenciales, indisponibles frente a otros derechos o bienes constitucionales con los que aparecerían confrontados. Si el artículo 485 del Código nació para tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores, este reconocimiento no tiene por qué obstar la extensión del contenido esencial del empleador, pues los derechos constitucionales –el artículo 19 Nº 26 CPol.– son asegurados a toda persona, a menos que sea la misma Carta la que haya previsto excepciones o morigere el resguardo, lo que no ocurre en este ámbito. La ley puede prever procedimientos especiales de tutela a favor de los trabajadores, pero no puede, sin contravenir el texto de la Carta, excluir, cercenar o mitigar el resguardo de los derechos, ni mucho menos privar a sus titulares de las garantías que ella ha asegurado precisamente frente a las intervenciones regulativas del mismísimo legislador.

Más allá de lo ya dicho sobre la coherencia de su propuesta, estimamos que el autor ha debilitado a tal punto el test que promueve, incorporándole elementos extraños a sus ejes estructurantes, que no sería aventurado sostener que su propuesta real contiene elementos que lo acercan más bien a la versión garantista que ha surgido precisamente como contrapartida a la concepción optimizadora cuyas premisas el autor dice sustentar.

VI. CONCLUSIONES

Concluimos lo que sigue:

1º Para casi la totalidad de los laboralistas que se han pronunciado sobre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador, el test que en dicho ámbito promueven es identificado con la versión alexiana

⁹⁷ RIVERS, Julian, cit. (n. 49), p. 180.

del mismo, concebido como un medio de optimización entre los derechos fundamentales del trabajador y del empleador.

2º El apoyo a dicha modalidad de la proporcionalidad viene precedida por la adhesión, más o menos entusiasta, a los cimientos que sustentan dicha versión del test cuya premisa estructural consiste en la idea de que los derechos fundamentales son *principios* sujetos a la ponderación optimizadora con otros derechos o intereses, de cuya aplicación lógica se sigue la posibilidad de que el derecho constreñido pueda ser amagado del todo.

3º Esta propuesta, que no admite derechos inviolables, queda en entredicho cuando los mismos que promueven una versión optimizadora del TP y sus premisas afirman, según el artículo 485, inciso 3º CT., que dicho ejercicio ponderativo debe reconocer como límite el contenido esencial de los derechos involucrados.

4º Parece indispensable entonces un pronunciamiento más clarificador en el sentido de cómo es posible conciliar la exigencia –legal y constitucional– de un contenido esencial *previo* de los derechos fundamentales, inmune a todo intento limitador, con un test que persigue determinar el contenido de los derechos *con posterioridad* a su aplicación.

5º Se ha intentado morigerar la inconsistencia señalada por la vía de admitir que un derecho puede contener aspectos disponibles o “accidentales” y otros intangibles o “esenciales”, por lo que primero debería emplearse el test y, en caso de haberlo sorteado con éxito, discernir si el derecho goza de algún contenido no susceptible de ponderación.

6º Las propuestas conciliatorias entre la noción optimizadora del TP y el contenido irreductible de los derechos contravienen una piedra angular del andamiaje alexiano, la distinción entre *principios* y *reglas*, según la cual la idea de un contenido absolutamente inviolable en los derechos no puede ser sostenida. Se pretende así erradicar o morigerar la versión optimizadora no obstante haberse comprometido con las premisas, también optimizadoras, de la versión del test a la que proclaman su adhesión.

7º Las alteraciones incorporadas por algunos autores son en ocasiones tan medulares que no sólo distancian su propuesta de la modalidad del test a la que adhieren *in abstracto* sino que la acercan más bien a una versión opuesta del mismo, como lo son ciertas formulaciones garantistas de la proporcionalidad.

8º Lo anterior se explica toda vez que los autores parecen haber tenido en vista sólo una noción del test, sin advertir la existencia de diversas modalidades comparadas del mismo, algunas de las cuales se asemejan a la idea de conciliar este instrumento de adjudicación constitucional con la idea del contenido medular en los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford, Oxford U. Press, 2002).
- ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, en BERNAL PULIDO, Carlos, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (2002a) 66.
- ALEXY, Robert, *Teoría general de los derechos fundamentales* (traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007).
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (traducción de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003).
- ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *La migración del análisis de proporcionalidad en Chile en la dogmática de los derechos fundamentales*, en NOGUEIRA, Humberto (coordinador) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (Santiago, Librotecnia, 2013).
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003; 3^a edición, 2007).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27 (2006).
- CARRIZOSA PRIETO, Esther, *El principio de proporcionalidad en el derecho del trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 123 (2004).
- CHRISTOFFERSEN, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* (Leiden - Boston, Martinus Nijhoff, 2009).
- CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos* (Buenos Aires, Had-Hoc, 2007).
- CLAYTON, Richard - TOMLINSON, Hugh, *The Law of Human Rights* (New York, Oxford U. Press, 2000).
- COHN, Margit, *Legal Transplant Chronicles: the Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, en *The American Journal of Comparative Law*, 58 (2010).
- CONTRERAS ROJAS, Cristian - AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile*, en *Ius et Praxis*, 13 (2007).
- CRAIG, Paul, *Administrative Law* (London, Sweet & Maxwell, 2003).
- EMILIOU, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law: a Comparative Study* (Londres, Kluwer Law International, 1996).
- FASSBENDER, Bardo, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Cuadernos de Derecho Público*, 5 (1998).
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad* (Madrid, Dykinson, 2009).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos - WALTER DÍAZ, Rodolfo, *La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral*, en *Revista de Derecho*, 24 (Valdivia, 2011) 2.
- FINNIS, John, *Commensuration and Public Reason*, en CHANG, R. (editor) *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason* (Cambridge, Harvard U. Press, 1997).
- FUENTES OLMO, Jessica, *La defensa de las partes en el procedimiento de tutela laboral fundado en el derecho a la honra del trabajador*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2012) 2.

- GAMONAL, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, 2007; 2^a edición, 2008).
- GREER, Steven, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge, Cambridge U. Press, 2006).
- GREER, Steven, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, en *UCL Human Rights Review*, 3 (2010), disponible en: <https://www.ucl.ac.uk/human-rights/research/ucl-hrr/docs/hrreviewissue3/greer>
- IRURETA URIARTE, Pedro, *El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa*, en *Estudios Constitucionales*, 11 (2013) 2.
- KUMM Mattias, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004).
- LEGG, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* (Oxford, Oxford U. Press, 2012).
- LESTER, Anthony - PANNICK, David, *Human Rights: Law and Practice* (London, LexisNexis - Butterworths Law, 2004).
- LETAS, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford U. Press, 2007).
- LETAS, George, Rescuing Proportionality, en ROWAN, Cruft y MASSIMO, Renzo (eds.) *Philosophical Foundations of Human Rights* (Oxford, Oxford U. Press, 2013).
- LUTERAN, Martin, *Some Issues Relating to Proportionality in Law and Ethics, with Special Reference to European Human Rights Law* (Oxford, Oxford U. Press, 2009).
- MCHARG, Aileen, *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, en *The Modern Law Review*, 62 (1999).
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Madrid, McGraw-Hill, 1996).
- MELIS VALENCIA, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (Santiago, LegalPublishing, 2011).
- MELLA CABRERA, Patricio - DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, *Conflictos de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: estado doctrinal, legal y jurisprudencial*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2012).
- MÖLLER, Kai, *Proportionality: Challenging the Critics*, en *International Journal Constitutional Law*, 10 (2012) 3.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno*, en CARBONELL, Miguel (coordinador), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (Santiago, Librotecnia, 2010).
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3 (1981).
- PICA, Rodrigo, *Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 20 (2013)1.
- RIVERS, Julian, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, en *Cambridge Law Journal*, 65 (2006) 1.
- SCHAUER, Frederick, *A Comment on the Structure of Rights*, en *Georgia Law Review*, 27 (1993).

- SIERRA, Alfredo, *La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo*, en *Ius et Praxis*, 20 (2014) 2.
- SILVA IRARRÁZVAL, Luis Alejandro, *Supremacía constitucional y tutela laboral*, en *Revista de Derecho*, 24 (Valdivia, 2011) 1.
- TOLLER, Fernando, *Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal*, en *Persona y Derecho*, 66 (2012).
- TSAKYRAKIS, Stavros, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, en *International Journal Constitutional Law*, 7 (2009) 3.
- UGARTE CATALDO, José Luis, *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad* (Tesis para obtener el grado de Doctor, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011) Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=26589>
- UGARTE CATALDO, José Luis, *La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro*, en *Revista de Derecho*, 20 (2007) 2.
- UGARTE CATALDO, José Luis, *Privacidad, trabajo y derechos fundamentales*, en *Estudios Constitucionales*, 9 (2011a) 1.
- UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago, LegalPublishing, 2009).
- URBINA, Francisco, *A Critique of Proportionality*, en *American Journal of Jurisprudence*, 57 (2012).
- WADE, William - FORSYTH, Christopher, *Administrative Law* (Oxford, Oxford U. Press, 2004).
- WEBBER, Gregoire, *The Negotiable Constitution* (Cambridge, Cambridge U. Press, 2009).