

## LOS DERECHOS EN SU NUEVA HORA: LA TEORÍA EXTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

JOSÉ LUIS UGARTE\*

**RESUMEN:** El giro constitucionalista del Derecho ha implicado la construcción de una teoría sobre la aplicación de los derechos fundamentales, que supone la afirmación de tres cuestiones distintas pero relacionadas sobre ellos: primero, que básicamente se trata de normas de principios, segundo, que sus problemas de contradicción se resuelven por la vía de la ponderación, y tercero, que la determinación del contenido de dichos derechos debe realizarse de modo amplio. A todas estas afirmaciones se le ha denominado teoría externa de los derechos fundamentales y el objetivo de este artículo es mostrar la necesaria relación entre todas ellas, analizando especialmente el costado menos conocido de esta teoría, como es el concepto amplio del ámbito protegido de dichos derechos.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos fundamentales – neoconstitucional – principios – restricción – ponderación.

## RIGHTS IN THEIR NEW PHASE: EXTERNAL THEORY OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

**ABSTRACT:** The constitutional expression of the Law has meant the building of a theory about the application of the fundamental rights that states three different issues related among them: first, that it is basically about principle norms, second, that its contradictions are solved by means of the consideration, and third, that the determination of the content of such rights must be exercised widely. All these statements have been called external theory of the fundamental rights and the aim of this article is to show the necessary relationship among all of them, especially analyzing the least known side of this theory, such as the wide concept of the protected sphere of said rights.

**KEY WORDS:** Fundamental rights – neo-constitutional – principles – restriction – consideration.

---

\* Abogado, Profesor Asociado e Investigador de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: jose.ugarte@udp.cl  
Fecha de recepción: 7 de junio de 2011.  
Fecha de aceptación: 26 de julio de 2011.

## 1) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL

Dejando de lado el problema normativo sobre la corrección del giro constitucionalista que han adoptado los ordenamientos jurídicos y especialmente la “materialización” de las constituciones en torno a la incorporación de valores, principios y derechos<sup>1</sup>, surge como una cuestión relevante el análisis del instrumental teórico que dicho giro supone. En particular, el referido a las herramientas que el neoconstitucionalismo ha construido para la aplicación de los derechos fundamentales.

Dicha teoría no se agota, como suele afirmarse, en el conocido binomio principio/ponderación, sino que, además, supone otras afirmaciones conceptuales que intentan dar sustento y coherencia a la nueva hora de la eficacia jurisdiccional de los derechos fundamentales<sup>2</sup>.

De hecho, esa teoría tiene de sustrato la idea de los derechos fundamentales como derechos restringibles<sup>3</sup>. A partir de ahí se suele afirmar tres cuestiones estándares sobre derechos fundamentales: primero, que básicamente se trata de normas de principios; segundo, que sus problemas de contradicción se resuelven por la vía de la ponderación, y tercero, que la determinación del contenido de dichos derechos debe realizarse de modo amplio. A todas estas afirmaciones sostenidas simultáneamente se le ha denominado como teoría externa de los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

### (1.1) REGLAS Y PRINCIPIOS: EL MODELO DUAL DEL DERECHO

En este plano es un lugar común distinguir entre las tesis que afirman la existencia de la diferencia reglas y principios –la denominada

<sup>1</sup> Para la impugnación del *neoconstitucionalismo* ver ATRIA, F. (2004) “Las ironías del positivismo jurídico”, *Revista DOXA*, Alicante, N° 27, pp. 88-139 y GARCÍA AMADO, J.A. (2007) “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en AAVV, *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 237-264. En cualquier caso, más allá de esta discusión, pocas dudas caben de que en los hechos los ordenamientos jurídicos han dado un giro efectivo hacia el Estado constitucional de derecho.

<sup>2</sup> Se trata de una distinción –la de subsunción/ponderación– que constituye una de las columnas de la denominada “teoría neoconstitucionalista”, junto con otros rasgos como: reglas/principios, la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, la omnipotencia judicial frente al legislador y la coexistencia de una constelación plural de valores constitucionales no necesariamente coherentes. Ver PRIETO-SANCHÍS, L. (2007) *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en AAVV *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, p. 131.

<sup>3</sup> La idea de la restringibilidad dice relación, como se verá en adelante, con la posibilidad de que el contenido *prima facie* de un derecho fundamental, no coincida con el contenido efectivamente protegido “considerada todas las cuestiones”.

<sup>4</sup> Utilizan esta denominación, entre otros, BOROSWKY, M. (2003) *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 67 y ss.; BERNAL PULIDO, C. (2007) *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 458 y ss; y LOPERA, G. (2006) *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 135.

tesis de la demarcación– de las que la niegan –la denominada tesis de la conformidad–<sup>5</sup>.

Entre las tesis que aceptan la separación entre reglas y principios se suele distinguir, a su turno, una tesis de demarcación débil y una fuerte. La primera pone el acento en una cuestión de grado: los principios son más genéricos o abiertos, las reglas son más específicas o cerradas. Por eso se dice que “entre las normas que los juristas llaman principios generales y las normas que integran las partes generales solo hay una diferencia de grado, en el sentido que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, sino imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios”<sup>6</sup>.

La tesis fuerte ha tenido constantes reconstrucciones<sup>7</sup>, pero lo esencial es la división en clave ontológica el mundo de las normas del derecho: o una norma es una regla o es un principio, nunca ambas al mismo tiempo.

Los criterios ensayados para sostener esta distinción han sido los siguientes:

En primer lugar, la distinción según las condiciones de aplicación abiertas o cerradas de la norma. Este criterio sostiene que “los principios configuran el caso de forma abierta, mientras las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas”<sup>8</sup>. La indeterminación que afecta a los principios es radical ya que no es solo que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación sean más o menos vagas, sino que dichas condiciones no están determinadas ni de manera genérica.

La tesis distingue entre las normas cuyas condiciones de aplicación se encuentran cerradas (reglas), esto es, cada una de todas las condiciones que configuran el supuesto de hecho se encuentran determinadas en la respectiva norma, de las que se encuentran abiertas (principios), es decir,

<sup>5</sup> De modo más extenso en LOVERA, D. y UGARTE, J.L. (2010) “La relevancia de la distinción entre reglas y principios”, en AAVV *Estudios Constitucionales*. Santiago: Librotecnia.

<sup>6</sup> ALCHOURRON, C.E. y BULYGIN, E. (1987) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 129.

<sup>7</sup> Tesis inaugurada por Dworkin para el caso *Riggs vs. Palmer*. En este caso, en que un nieto reclamaba la herencia del abuelo que él mismo había asesinado, los jueces del Estado de Nueva York dejaron de aplicar una ley (que ordenaba el otorgamiento de la herencia, cumplidos ciertos requisitos que se habían satisfecho) en favor de una de las “máximas fundamentales” que inspiran la operación de leyes y contratos, señalando que “*nadie tendrá derecho a las beneficios de su propio fraude, o sacar provecho de su propio dolo (...) máximas que han encontrado su fundamento en el derecho administrado universalmente, y en ninguna parte han sido suprimidas por leyes*. En este, una ley aprobada por la legislatura deja de ser aplicada al caso concreto, siendo preferida por un principio del derecho que corresponden a “*requerimientos de la justicia la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*” en DWORKIN, R. (1994) *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, p. 511.

<sup>8</sup> ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1991) “Sobre reglas y principios”, en *Revista DOXA*, N° 10. Alicante, p. 108.

de aquellas que no establecen en absoluto o solo parcialmente las condiciones constitutivas del supuesto de hecho.

Siguiendo dicho criterio, se podría sostener que un caso típico de regla sería la norma del artículo 1946 del Código Civil que señala: “*el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido*”.

Por su parte, un caso de principio sería el contenido en el artículo 19 número 4 de la Constitución que garantiza “*el derecho a la vida privada*”.

La primera norma es una regla, porque establece todas y cada una de sus condiciones de aplicación (celebración de contrato de arriendo donde no se ha pactado expresamente la facultad de ceder ni de subarrendar), a lo que sigue una consecuencia jurídica determinada (prohibición de cesión de arriendo o de subarriendo). Y la segunda norma es un principio, pues no están señaladas, ni mínimamente, sus condiciones de aplicación (no expresa, ni de modo remoto, en qué casos se tiene derecho a decir o manifestar una ideología).

En segundo lugar, la distinción en razón de cómo ordenan lo debido: mandatos de optimización. Las reglas y los principios se diferencian por el modo en que ordenan el “debe ser” de cada norma. Mientras las reglas ordenan ese “debe ser” de modo definitivo, los principios lo hacen en la mayor medida posible.

Se trata de la popular idea de Alexy de los principios como mandatos de optimización: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización”<sup>9</sup>.

En ese sentido, un principio establece un ideal que podría solo cumplirse a medias, en caso que eventualmente entre en conflicto con otras normas constitucionales y exija una ponderación entre principios. De este modo, el principio que establece la libertad de expresión, ordena lograr la mayor protección posible a todo tipo de discurso, incluidos aquellos críticos o desagradables, como aquellos que “crean insatisfacción con las condiciones existentes e incluso despierta la ira”<sup>10</sup>. Pero ese “deber ser” ideal puede no alcanzarse. En casos en que el logro de ese ideal afecte otro ideal constitucional, como puede ser el respeto de la honra.

Las reglas quedan, en cambio, en la vereda opuesta: “son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> ALEXY, R. (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, p. 67.

<sup>10</sup> MARSHALL, G. (1982) *Teoría Constitucional*. Madrid, Editorial Espasa Calpe, p. 215.

<sup>11</sup> ALEXY (2007) 68.

A diferencia de los criterios anteriores, la indeterminación que afecta a los principios en relación con las reglas no se encuentra en las condiciones de aplicación de la norma, sino en su consecuencia deóntica: se ordena un deber ser, pero hasta donde se pueda lograr atendida las eventuales restricciones reales o jurídicas que se le opongan.

## (1.2) LA DISTINCIÓN SEGÚN LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS

Un criterio especialmente relevante es el que sostiene que las reglas serían normas inderrotables, y los principios, en cambio, normas derrotables.

La derrotabilidad se relaciona con la causa de la indeterminación semántica de las normas, que “están sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano”<sup>12</sup>, lo cual se debe a que dichas excepciones derivan de las eventuales colisiones con otras normas del sistema.

En rigor, las excepciones en el caso de las reglas estarían previstas *ex ante* en la norma, lo que hace que dada sus condiciones de aplicación —no operando ninguna de sus excepciones— corresponda, indefectiblemente, la aplicación de su consecuente jurídico. En ese sentido, se dice, las reglas se constituyen como razones perentorias o definitivas —de ahí que se hable de su inderrotabilidad—.

En los principios, dichas excepciones no son ni siquiera enumerables en forma genérica, de modo tal que, aun operando sus condiciones de aplicación, no existirá completa certeza en cuanto a la asignación de su consecuencia jurídica. Lo anterior se produce pues puede ocurrir una colisión con otros principios, en cuyo caso, corresponderá sopesar o balancear las razones en juego, para decidir que norma y hasta qué grado corresponde aplicarla<sup>13</sup>.

En ese sentido, los principios son normas que operan como razones *prima facie* o contribuyentes, en tanto no ordenan nada de modo definitivo, sino que más bien dirigen la conducta en un sentido considerado valioso por la norma de modo contingente. Que se trate de razones solo *prima facie*, significa que “no son razones perentorias puesto que no excluyen la

---

<sup>12</sup> BAYON, J.C. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, (2001) en *Revista DOXA*, N° 24. Alicante, p. 52.

<sup>13</sup> La no derrotabilidad importa dos consecuencias centrales para las reglas: por una parte, autoriza el uso de la regla lógica del *modus ponens*, esto es, que de la verdad del antecedente (dado A) se sigue la verdad del consecuente (debe ser B), y por otro, “autoriza a usar la regla del refuerzo del antecedente; esto es, si A es condición de suficiente de realizar B, también lo es con cualquier otra asunción”. MORESO, J.J. (2007) “Conflictos entre principios constitucionales”, en AAVV *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, p. 108. En los principios, como normas derrotables, sucede lo contrario: ni se puede usar la ley del *modus ponens* ni la del refuerzo del antecedente.

deliberación del destinatario de las normas, son solo razones de primer orden que señalan una dirección respecto al curso de acción a tomar, pero que entran en deliberación del agente junto a otras razones (otros principios) y que pueden, por lo tanto, ser superadas en el balance de razones”<sup>14</sup>.

Digámoslo del siguiente modo: cuando un trabajador utiliza los medios de comunicación de la empresa como, por ejemplo, el teléfono con la finalidad de comunicarse con terceros –condición de aplicación– tiene derecho a que el contenido de dicha conversación no sea conocido por el empresario –consecuencia jurídica prevista por el artículo 19 número 5 de la Constitución–.

¿Puede ocurrir que, en definitiva, el orden jurídico no otorgue esa confidencialidad exigida por el consecuente jurídico de la norma del derecho al secreto de las comunicaciones?

La respuesta es que si esa norma es un principio, perfectamente puede ocurrir que la confidencialidad no sea efectivamente protegida. Especialmente, porque al momento de aplicar la norma es posible que nos encontremos con una excepción no considerada en abstracto: la derivada de la colisión con la libertad de empresa o el derecho de propiedad del empresario, que permiten la vigilancia sobre el contenido de esas conversaciones del trabajador, cuando, por una parte, el uso de la telefonía se integre al contenido del contrato de trabajo –empresas de telemarketing, ventas por teléfono, etc.–, y por otra, sea “el único medio que permite evaluar el cumplimiento de esta peculiar prestación laboral y obtener datos para mejorar el perfil o exigencias profesionales de los empleados”<sup>15</sup>.

### (1.3) LA SUBSUNCIÓN VERSUS LA PONDERACIÓN

La distinción trazada entre reglas y principios tiene, para la teoría neoconstitucional, un impacto directo en el modo de aplicación de las normas jurídicas. Mientras las reglas se aplican mediante la subsunción, los principios se someten a deliberación, cálculo y balanceo, lo que se denomina ponderación.

En ese sentido, la tesis de la separación fuerte supone, incluso algo más; que entre ambos tipos de criterios existe una conexión lógica o fuerte. Se podría decir así que porque las reglas y los principios son como son (cerrados y disyuntivos los unos, abiertos y graduales los otros) es que se aplican del modo en que se aplican (se subsumen unos, se ponderan otros).

---

<sup>14</sup> MORESO, J.J. (2001) “El encaje de las piezas del derecho”, en *Revista Isonomía*, N° 14. España, p. 14.

<sup>15</sup> ROQUETA, R. (2005) *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*. Valencia; Editorial Tirant lo Blanch, p. 54.

Por ello, se suele agregar, los principios establecen un deber *prima facie* –razones derrotables– que puede balancearse y ceder frente a otros principios de igual categoría. Como se ha explicado, “cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas solo se subsume”<sup>16</sup>.

En el caso de existir conflicto entre dos o más reglas que pudieran resultar aplicables al caso (antinomia o conflicto de normas), la lógica de la subsunción es la pérdida de validez de una de las reglas jurídicas en competencia por la vía de las normas especiales para el efecto: *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*<sup>17</sup>.

La ponderación, en cambio, se nos dirá, consiste en la asignación por parte del aplicador del derecho, de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía en concreto, cuya aplicación da como resultado que “un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable”<sup>18</sup>.

En ese sentido, el conflicto entre principios constitucionales –como sería el que representa la colisión entre derechos fundamentales– se soluciona de un modo distinto: no cabe aquí la aplicación de las reglas de jerarquía, ni de temporalidad, ni de especialidad, ya que todas provienen de la misma fuente jerárquica que es la Constitución.

En este caso, “los conflictos entre principios se deciden en dimensión del peso”, a diferencia de los conflictos entre reglas que se deciden en la dimensión de validez, en cuanto los principios “representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas, son por ellos gradualmente realizables”<sup>19</sup>.

#### (1.4) EL CONTENIDO AMPLIO O EXTENSO DEL CONTENIDO PROTEGIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La aplicación de los derechos fundamentales no solo se agota en la distinción entre reglas y principios en sentido fuerte, y sus respectivos

<sup>16</sup> BOROWSKY (2003) 49.

<sup>17</sup> Al decir de TOLONEN, “*el conflicto entre reglas se resuelve de acuerdo con criterios formales, independientemente de su contenido, valor o peso. Hay tres criterios formales, lex specialis derogat generali, lex superior derogat legi inferiori y lex posterior derogat legi priori. La situación correspondiente referida a principios se resuelve sobre la base de la dimensión de peso, es decir, sobre la relevancia y el valor que se les asigna a cada uno con respecto a otro, cuando se aplican en la práctica*”. TOLONEN, H. (1997) “Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política”, en AAVV, *La normatividad del derecho*. España: Editorial Gedisa, p. 71.

<sup>18</sup> MORESO (2007) 103.

<sup>19</sup> BOROWSKY (2003) 50.

modos de aplicación (subsunción y ponderación). Es necesario agregar una idea fundamental: la concepción amplia o extensiva del ámbito protegido de los derechos fundamentales.

La base de esta idea radica en distinguir entre dos momentos sucesivos en la delimitación del ámbito protegido de un derecho fundamental: primero, un ámbito *prima facie* cuyo contenido está protegido de modo inicial y provisional, y segundo, un ámbito definitivo de protección. Entre ambos momentos media, precisamente, la ponderación.

Como se ha señalado, “el contenido de este ámbito de protección inicial está 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. Como tal, este vasto contenido ya constituye por sí una entidad jurídica. Esta adscripción *prima facie* se lleva a cabo con criterios muy laxos y se fundamenta en el principio *in dubio prolibertate*, según el cual, en caso de duda sobre un caso, este debe considerarse como un caso relevante desde la óptica de los derechos fundamentales”<sup>20</sup>.

Precisamente, en este principio opera la concepción amplia o extensa del ámbito protegido. La razón es sencilla: los derechos fundamentales que se ponderan son considerados restringibles y, por ende, su contenido nunca es definitivo o inderrotable, cuestión que supone que se les delimite ampliamente, a sabiendas de que podrán ser restringidos más tarde en un eventual conflicto con otro derecho fundamental<sup>21</sup>.

Por lo mismo, “todo lo que presente una propiedad que –considerada aisladamente– baste para una subsunción bajo el supuesto de hecho queda tipificada, cualquiera que sean las otras propiedades”<sup>22</sup>. En el mismo sentido, se sostendrá que “la Constitución suele emplear para definir el objeto principal de un derecho fundamental, sobre el que después pueden recaer adicionales concreciones, términos de cierta imprecisión e indeterminación. La actividad interpretativa que se desarrolle sobre estos conceptos también se deberá realizar de la forma amplia posible”<sup>23</sup>.

¿Cuán amplio debe ser, entonces, el ámbito protegido de los derechos fundamentales?

El máximo posible que permita la norma jurídica de principio que establece el derecho fundamental. Esto puede suponer que, incluso, “el ámbito protegido puede albergar conductas que en ocasiones resulten

<sup>20</sup> BERNAL PULIDO (2007) 310.

<sup>21</sup> La tesis amplia de contenido de los derechos fundamentales es sostenida por autores como NARANJO DE LA CRUZ, R. (2000) *Los límites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, p. 95 y ss; MEDINA GUERRERO, M. (1996) *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, p. 95; y BERNAL PULIDO (2007) 458.

<sup>22</sup> ALEXY (2007) 312.

<sup>23</sup> NARANJO DE LA CRUZ (2000) 60.

inmorales, antisociales o antijurídicas, en el entendido que normalmente serán contrarrestadas en virtud de una restricción o limitación”<sup>24</sup>. Y así, por ejemplo, “la libertad artística otorgaría protección constitucional a toda acción que pueda caer en el espacio de significado del concepto de “arte”, interpretado en sentido amplio: desde pintar el techo de la Capilla Sixtina hasta cubrir de *graffitis* los vagones del metro o pintar en un cruce de calles en horas de máxima circulación”<sup>25</sup>

La contrapartida es la idea de un ámbito protegido estrecho o restrictivo –la “teoría interna” –de los derechos fundamentales–. De acuerdo con esta dichos derechos tienen un contenido definitivo que siendo reducido o estrecho, viene fijado de antemano o preformado, contando desde el inicio con unas determinadas limitaciones –límites internos o inmanentes según se llame–. Así, se dirá que “la Constitución prefigura los contornos del ámbito de los derechos y determina todos sus alcances. El contenido de todo derecho ya viene limitado, por así decirlo, de antemano y desde dentro, por la propia Constitución”<sup>26</sup>.

En la citada tesis interna, “todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental, tienen una validez definitiva no solo una validez *prima facie*. Sin embargo, el conjunto de normas y posiciones que conforman el contenido de cada derecho, tienen un volumen reducido”<sup>27</sup>.

Así, por ejemplo, se ha leído como un caso de utilización de la teoría interna en el ámbito laboral el de la barba en la hostelería. Frente al despido de un trabajador por su negativa a cortarse la barba, el Tribunal Constitucional sostiene que “no pueden considerarse violados los derechos de intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes de las relaciones que el ordenamiento jurídico regula, de tal forma que teniendo en cuenta que se trata de un trabajo desarrollado en el ámbito de la hostelería y considerando que el trabajador ha de tener contacto directo con los clientes, se considera legítima la orden empresarial” (STC 170/1987).

Al respecto, se ha señalado que esta sentencia se sostiene en la lógica de una “severa y distorsionada *contractualización* del ejercicio por parte de los trabajadores de sus derechos fundamentales”, atendido que el problema no se trata como una restricción desde afuera del derecho –como lo sugeriría la teoría externa–, sino como un problema de delimitación; esto

<sup>24</sup> CASAL, J. (2008) “¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 82. Madrid, p. 107.

<sup>25</sup> LOPERA (2006) 136.

<sup>26</sup> DE OTTO Y PARDO, I. (1988) “La Garantía del Contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución Española”. En Martín Retortillo, Lorenzo y De Otto y Pardo, Ignacio *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, p. 106.

<sup>27</sup> BERNAL PULIDO (2007) 442.

es, de la definición del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental y de la exclusión *a priori* de la barba como una posición protegida por la intimidad<sup>28</sup>.

En el mismo sentido, ahora desde la teoría externa y la concepción de la amplitud del ámbito protegido, ¿es la apariencia externa de una persona –como por ejemplo el uso de la barba, aros o piercing– parte de su derecho a la intimidad?

La respuesta, según lo explicado, supone sostener un ámbito protegido extenso del derecho de intimidad. Y por ello, dicho derecho abarcaría no solo zonas espaciales (el hogar o las comunicaciones) o afectivas (relaciones familiares o sexuales) de la vida, sino también dimensiones vitales de autonomía, como la apariencia externa, incluyendo el aspecto físico en sentido estricto, la indumentaria, los adornos y artefactos estéticos, etc.<sup>29</sup>.

Y más allá de eso, en aplicación de esta concepción amplia, la intimidad puede incluso comprender conductas fuertemente cuestionadas socialmente como el consumo de droga: “los reconocimientos practicados sobre la persona del trabajador pueden llevar, no por el hecho de la intervención, sino por su finalidad, esto es, por lo que a través de ella pretenda averiguarse, una intromisión en la esfera de la intimidad constitucionalmente protegida. En opinión del Tribunal Constitucional, esto es lo que ocurre cuando, como en el caso enjuiciado, se pretende averiguar si el trabajador ha consumido drogas”<sup>30</sup>.

En ese sentido, de acuerdo con la teoría amplia del ámbito protegido, la apariencia externa es parte de la intimidad, las expresiones críticas y hostiles de la prensa son parte de la libertad de expresión, el consumo de drogas es parte de la privacidad y el uso de determinados atuendos –por ejemplo la *burka*– son parte de la libertad religiosa.

Y eso nos lleva al siguiente paso de la teoría externa: el ámbito protegido amplio o contenido extenso del derecho fundamental está sujeto a

<sup>28</sup> VALDÉS DAL RE, F. (2003) *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poder empresarial: una difícil convivencia* Madrid: Editorial La Ley, p. 92.

<sup>29</sup> La jurisprudencia comparada, en este caso del Tribunal Constitucional español, así lo ha sostenido. El aspecto físico constituye “*el primer elemento configurador*” de la intimidad (STC 99/1994). De ahí que la doctrina afirme que “fuera de los casos de imposición de una indumentaria de trabajo, el trabajador es libre para adoptar cualquier apariencia externa o indumentaria en el trabajo. El hombre podrá llevar traje o vaquero, usar o no corbata, tener un pendiente, llevar el pelo largo, barba o bigotes, o mostrar un tatuaje o la insignia del sindicato. La mujer podrá vestir pantalón o falda, y llevar o no collares, pendientes o pulseras” GIL Y GIL, J. L. (2005). “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, en AAVV, *Poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid: Editorial La Ley, p. 223. En fin, precisamente por esto, la Corte de Casación de Francia, ha sostenido que el hecho de que la apariencia externa del trabajador no sea del gusto del empleador es una causa que no justifica jurídicamente el despido (Cass. Soc. num. 96-42.326 de 1997).

<sup>30</sup> MARTÍNEZ F. D. (2005) “Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en relación de trabajo (Iberia). Comentario a la STCO 196/2004, de 14 de Noviembre”, en *Revista Iuslabor*, N° 2, Barcelona, p. 2.

restricciones, las que deberán provenir de otros derechos o bienes de equivalente rango jerárquico.

Se desemboca, entonces, en la idea de la restringibilidad de los derechos fundamentales: “la teoría externa presupone la existencia de dos objetos jurídicos diferentes. El primer objeto es el derecho *prima facie* o derecho no limitado, el segundo es la restricción de ese derecho. Como resultado de la restricción se obtiene el derecho definitivo o limitado. En el primero se pregunta si la consecuencia jurídica buscada forma parte del contenido del derecho *prima facie*. Si esto es así, en un segundo paso se examina si el derecho *prima facie* ha sido limitado legítimamente en el caso concreto, de tal forma que ya no se tenga un derecho definitivo”<sup>31</sup>.

En otras palabras, “este amplio contenido *prima facie* del derecho fundamental no puede garantizarse de modo definitivo en toda su extensión” y esto ocurre porque las normas o posiciones protegidas inicialmente “se contradicen y entran en conflicto con normas protegidas por otras disposiciones constitucionales” y “una vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva”<sup>32</sup>.

La cuestión la intenta solucionar, y ahí volvemos al inicio, la ponderación: “un derecho restringible está necesariamente garantizado en todo caso por un principio, y la restricción de este derecho es legítima solo si satisface el criterio material que representa el principio de proporcionalidad”<sup>33</sup>.

De ahí, la opción de fijar un ámbito protegido extenso de un derecho fundamental es especialmente coherente, desde el punto de vista teórico, con el modo de aplicación de ponderación de derechos.

La razón aparece a esta altura como evidente: los derechos fundamentales que se ponderan son considerados restringibles y, por ende, su contenido no es definitivo. Ello exige una delimitación inicial amplia y extensa, atendido que dicho contenido será expuesto –más tarde vía ponderación– a restricciones no inicialmente previstas proveniente de otros derechos fundamentales.

De este modo, en definitiva, el giro constitucional del Derecho ha supuesto la construcción de una teoría sobre la aplicación de los derechos fundamentales que implica un conjunto relacionado y coherente de afirmaciones que superan la idea, comúnmente destacada, de la ponderación y a la que se ha denominado teoría externa de dichos derechos.

Dicha teoría puede reconstruirse sintéticamente, para concluir, del siguiente modo:

---

<sup>31</sup> BOROSWKY (2003) 67.

<sup>32</sup> BERNAL PULIDO (2003) 585.

<sup>33</sup> BOROWSKY (2003) 77.

Los derechos fundamentales son, por regla general, normas de principios. Por lo mismo, sus eventuales problemas de contradicción con otros principios se resuelven por la vía de la ponderación, y ella supone admitir restricciones no inicialmente previstas por la o las norma(s) que los contempla(n).

Y para que esa operación de restricción tenga sentido, en fin, es necesario que la determinación del contenido de dicho derechos se realice del modo más amplio posible, asumiendo de antemano que dicho contenido no será el definitivamente protegido.

Se trata, como se ha visto, de las ideas mínimas para hacer operativa la nueva hora de los derechos fundamentales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRON, C.E. y BULYGIN, E. (1987) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ALEXY, R. (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro Estudios Políticos y Constitucionales.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1991) “Sobre reglas y principios”, en *Revista DOXA*, N° 10, Universidad de Alicante.
- ATRIA, F. (2004) “Las ironías del positivismo jurídico”, *Revista DOXA*, N° 27, Universidad de Alicante.
- BAYON, J.C. (2001) “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en *Revista DOXA*, N° 24, Universidad de Alicante.
- BERNAL PULIDO, C. (2007) *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BOROSWKY, M. (2003) *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CASAL, J. (2008) “¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 82, Madrid.
- DE OTTO Y PARDO, I. (1988) “La Garantía del Contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución Española”, en Martín Retortillo, Lorenzo y De Otto y Pardo, Ignacio *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas.
- DWORKIN, R. (1994) *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2007) “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en AAVV *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- GIL Y GIL, J. L. (2005) “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, en AAVV *Poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid: Editorial La Ley.

- LOPERA, G. (2006) *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LOVERA, D. y UGARTE, J.L. (2010) “La irrelevancia de la distinción entre reglas y principios”, en AAVV *Estudios Constitucionales*. Santiago: Librotecnia.
- MARSHALL, G. (1982) *Teoría Constitucional*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.
- MARTÍNEZ F. D (2005) “Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en relación de trabajo (Iberia). Comentario a la STCO 196/2004, de 14 de noviembre”, en *Revista Iuslabor*, N° 2, Barcelona.
- MEDINA GUERRERO, M. (1996) *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial McGraw-Hill.
- MORESO, J.J. (2001) “El encaje de las piezas del derecho”, en *Revista Isonomía*, N° 14, Madrid.
- MORESO, J.J. (2007) “Conflictos entre principios constitucionales”, en AAVV *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. (2000) *Los límites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- PRIETO-SANCHÍS, L. (2007) “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en AAVV *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- ROQUETA, R. (2005) *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- TOLONEN, H. (1997) “Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política”, en AAVV *La normatividad del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- VALDÉS DAL RE, F. (2003) *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poder empresarial: una difícil convivencia*. Madrid: Editorial La Ley.