

La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura.

Claudio Palavecino C.

Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

1. El contenido de la libertad de trabajo y su protección

La Constitución Política de la República asegura a todas las personas “la libertad de trabajo y su protección” (art. 19 N°16). Se trata de una garantía de corte liberal que reafirma la idea de autonomía para realizar cualquier actividad productiva lícita¹ y que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley². El propio texto constitucional reafirmará en el inciso siguiente dicha libertad reconociendo además a toda persona “el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo”. En el seno de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, se dijo que “en su esencia este derecho asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador”³.

Desde un temprano trabajo de LUZ BULNES⁴, se ha querido ver en el sintagma “y su protección” del artículo 19 N°16, primer inciso, un mandato desde la Constitución de protección, no solo a la “libertad de trabajo” sino que también al trabajo mismo. Señala la autora que “no podemos, por la simple letra de la

norma interpretarla en el sentido de que se ha eliminado de la Constitución toda protección al trabajo mismo, quedando ésta reducida a la protección de la sola libertad de trabajo”⁵. Tal protección del trabajo no se identifica tampoco con un “derecho al trabajo” dotado de acción judicial, sino más bien con una norma material de competencia. Sería pues este enunciado el que otorgaría cobertura constitucional a la intervención legislativa del contrato de trabajo para modular la libertad contractual de las partes en las relaciones laborales.

En el mismo sentido se ha pronunciado JOSÉ LUIS CEA, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo la libertad de buscarlo sino también el trabajo en sí: “Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor”⁶. Asimismo, PEDRO IRURETA explica que el inciso primero del art. 19 N°16 consagra además la protección del trabajo humano. “Esta protección supone reconocer que el trabajo es un atributo esencial de la persona que se integra en su dignidad y patrimonio y sin el cual el sujeto se denigra, cuestión que obliga a que el ordenamiento jurídico lo proteja y ampare”⁷.

Bajo esta comprensión, los alcances de la libertad de contratación del trabajo sólo amparan el origen de la relación laboral, lo que el profesor CARLOS POBLETE (siguiendo a FERNÁNDEZ GIL) denomina el “rol

¹Irureta, Pedro: *Constitución y orden público laboral: un análisis del art. 19 n° 16 de la Constitución chilena*, Colección de investigaciones jurídicas, N° 9, 2006, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, p.47

²Evans, E.: *Los Derechos Constitucionales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, tomo III, p. 10

³Sesión 199, de 7 de abril de 1976, pp. 13-17.

⁴Bulnes, Luz: “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho Público*, N°28, Universidad de Chile, Santiago, 1980, pp. 207-224.

⁵Idem, p. 214

⁶Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004, p. 427

⁷*Op. cit.*, p. 53.

genético” del contrato de trabajo⁸. El rol regulatorio, referido al contenido mismo del contrato de trabajo está determinado, en gran parte, de manera heterónoma por normas de origen diverso, principalmente por la ley, que establece obligaciones para el empleador y derechos correlativos para el trabajador, con carácter irrenunciable (artículo 5° del Código del Trabajo). Por tanto, cada vez que celebra un contrato de trabajo, el empleador va a quedar necesariamente obligado por la legislación laboral protectoria como condición objetiva del negocio. Así lo entendió la profesora BULNES en el artículo citado al señalar que el derecho a la libre contratación “ningún caso puede entenderse [...] en el sentido que el constituyente ha querido hacer imperar el principio de autonomía de la voluntad en materia laboral, de manera que esta disposición significara que los empleadores puedan contratar libremente y establecer con plena libertad las modalidades del contrato de trabajo.”⁹

Con todo, esto no significa que la libertad de contratación laboral desaparezca por completo una vez celebrado el contrato, sino solo que la configuración de este dependerá en primer término del orden jurídico laboral y, solo después, de la determinación de las partes interesadas. Esta peculiar duplicidad normadora del contrato de trabajo puede apreciarse con mayor nitidez desde la óptica de lo que SOTO CALDERÓN enunciaba como “principio de la doble regulación jurídica”. Según este autor “aparece claro que el Derecho del trabajo es la parte sustantiva, en cuanto establece normas mínimas, garantiza el mínimo de bienestar social [y] que es de la esencia del Derecho del trabajo permitir que de común acuerdo los particulares puedan superar esa normatividad mínima por la vía del acuerdo voluntario”¹⁰.

⁸Poblete, Carlos: “Los roles genéticos y funcional y la crisis del contrato individual de trabajo”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 98, julio, 2001, pp. 85-91.

⁹*Op. cit.* p. 217.

¹⁰Soto, Juan Carlos: “Delitos laborales (Parte General)”, separata del Magíster en Derecho Penal con mención en delitos económicos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 18 (sin fecha).

2. El mandato constitucional al legislador

Conforme a esta lectura comúnmente aceptada, el artículo 19 N°16 contendría en su primer inciso dos enunciados de distinta tipología iusfundamental¹¹: una *libertad*, la de trabajo, que en cuanto tal genera un ámbito protegido de la intervención estatal, el cual se satisface, precisamente, con la abstención estatal; pero, también, el precepto establecería un *deber estatal*, la protección del trabajo, sin una específica forma de exigibilidad individual -puesto que, como se dijo, no hay técnicamente un “derecho” al trabajo- pero que cumpliría sin embargo una significativa función habilitante de la intervención estatal, ofreciendo cobertura constitucional a la legislación laboral.

Esta interpretación canónica del enunciado “la libertad de trabajo y su protección” provoca una tensión permanente entre dos fuerzas opuestas: la libertad de trabajo por un lado y el deber de protección del trabajo por el otro atendida la manifiesta contradicción entre lo que la Constitución exige del Estado en uno y otro caso, a saber: abstención *versus* intervención. Toda intervención protectoria importará necesariamente una ingerencia dentro de la libertad y por ende su reducción y viceversa: toda ampliación de la autonomía de la voluntad se interpretará como un descuido del deber de protección.

En este último sentido ha razonado el Tribunal Constitucional al declarar la inaplicabilidad de la norma contenida en el artículo 25 del Código del Trabajo, relativo a los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, en la parte en que la norma señala que las esperas que les corresponde cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y *su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes*. El voto de mayoría concluye que “el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo que es lo que sucede con el precepto analizado en que el legislador califica a priori y sin excepción como no

¹¹Tomo el concepto y tipología de Aldunate, Eduardo: *Derechos fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 113 y ss.



imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma por decisión del empleador, excluyendo la posibilidad de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador”¹².

Pese al consenso dogmático y jurisprudencial que ha generado esta forma de interpretar “la libertad de trabajo y su protección” no debería tan fácilmente descartarse que el mandato de protección pudiera estar dirigido más bien a favor de la libertad de trabajo antes que en su contra, sobre todo si se tienen en cuenta que la Constitución de 1980 vino precisamente a instaurar un nuevo paradigma de orden público económico donde la libertad es el gran bien jurídico a proteger. El mandato al legislador sería no el de abolir o limitar severamente la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales, sino todo lo contrario, el de arbitrar los medios concretos para que la promesa de libertad tenga efectiva vigencia en el plano de la realidad. Lo cual sería congruente además con la *ratio legis* de la legislación sobre la materia inmediatamente anterior a la Constitución conocida como “Plan Laboral”¹³ la cual vino a modificar radicalmente el modelo normativo de las relaciones laborales que instauró el Código del Trabajo de 1931 dando un giro hacia su desregulación y flexibilización. En efecto, tal como declaró explícitamente su artífice JOSE PIÑERA “la dictación del Plan Laboral involucró un arduo trabajo de limpieza y liberalización del mercado en Chile”¹⁴.

¹²TC, Rol N° 2086-11-INA. Véase. también sentencia del 26 de julio de 2011, TC, Rol N° 1852-10-INA SERGIO GAMONAL, comentando esta última sentencia, opina que “es muy interesante, porque es la primera vez que el TC se refiere a una materia laboral en forma sustantiva, reconociendo explícitamente el rango constitucional del principio de protección del trabajador. Por su parte, el voto de minoría no impugna este alcance, sino la interpretación y el contexto de lo dispuesto en el art. 26 bis. O sea, todos los ministros están de acuerdo en el rango constitucional del principio de protección” (Gamonal, Sergio: “El rango constitucional del principio de protección del trabajador”, en *El Mercurio Legal*, Jueves, 01 de septiembre de 2011 http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/09/01/El-rango-constitucional-del-principio-de-proteccion-del-trabajador.aspx#disqus_thread. Sin embargo, el TC ha dado una vuelta de timón en sentencia de 17 de enero de 2013, RIT 2213-12-INA.

¹³DL 2.2000 de 1978.

¹⁴Piñera, José: *La revolución laboral en Chile*, 3ª edición, ZigZag, Santiago de Chile, 1990, p. 45.

Lo que me interesa concluir es que no se infringe la Constitución ni se provoca un resultado anticonstitucional por la circunstancia de que el legislador entregue espacios a la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales. La tradicional objeción que se formula en este contexto sobre la asimetría de fuerzas entre empleador y trabajador no es un fenómeno exclusivo del contrato de trabajo sino propio de todas las relaciones de intercambio en los más diversos ámbitos de la interacción humana. El intercambio surge y se hace necesario justamente entre individuos desiguales en fuerzas y recursos que comparecen al mercado para sacar provecho a sus ventajas y obtener compensación de sus desventajas. En algunos intercambios el sujeto ocupará la posición débil mientras que en otros la fuerte. En el plano de interacción entre capital y trabajo, la asimetría natural no es tan brutal como se suele afirmar. Perdura todavía la idea errada de que el trabajador debe aceptar lo que el empleador le ofrece si no quiere morir de hambre. Como observó NICHOLSON hace más de un siglo: “Se nos recuerda a cada paso que el obrero está expuesto al despido, y con ello, indirectamente, al hambre y la muerte. Pero aunque esto pueda ser cierto de un trabajador, no lo es del conjunto. Decir que toda la fuerza de trabajo de un país, o incluso una parte considerable, puede ser despedida por el capital es palpablemente un absurdo”¹⁵ MISES tiene toda la razón cuando afirma que “el asalariado, para el patrono, es una persona que, por impulso meramente crematístico, contribuye a que él gane dinero”¹⁶. Y si admitimos que los empresarios necesitan trabajo, vale decir, que no dan trabajo graciosamente como el magnate que arroja monedas al mendigo, entonces, hay que aceptar también las consecuencias que se deriva de tal afirmación. La primera es que las empresas compiten entre sí por obtener factor trabajo y que, por tanto, el monto de la remuneración no lo fija arbitrariamente cada empresario y siempre a la baja¹⁷.

¹⁵Citado por Hutt, William: *La contratación colectiva*, 2ª edición, Unión Editorial, Madrid, 2010, p. 91.

¹⁶von Mises, Ludwig: *La acción humana. Tratado de economía*, 10ª edición, Unión Editorial, Madrid, 2011, p. 748.

¹⁷Los empresarios se encuentran frente a quienes enajenan su capacidad laboral en la misma posición que ante los vendedores de los factores materiales de producción. Desean adquirir los factores de producción que precisan al precio más barato posible. Pero en el caso de que algunos empresarios, ciertos grupos de empresarios o todos ellos, en su afán de reducir costes, ofrecieran por los factores productivos precios

Y, en segundo lugar, si las empresas necesitan trabajo quiere decir que tienen sumo interés en retener a sus trabajadores y que, en circunstancias ordinarias no se deshacen de ellos por mero capricho o maldad¹⁸.

Incluso aceptando la interpretación tradicional de la protección del trabajo como un deber autónomo respecto de la libertad de trabajo, la Constitución no prejuzga acerca de cómo debe el Estado configurar tal protección ni menos todavía que deba hacerlo necesariamente de un modo conflictivo con la libertad de trabajo. Y en tal sentido nada impide entender tal protección como una preocupación prioritaria por el empleo, en lugar de la dirección estatal del contrato CECILY HALPERN postuló, una década atrás, que “es indispensable imaginar vías de protección distintas a las tradicionales, que han sido principalmente la vía legislativa -mediante normas protectoras- y las meramente punitivas, por los organismos administrativos y judiciales [...] hoy lo que se requiere es avanzar hacia la protección de la relación de trabajo más que a la tutela de uno de los integrantes de la relación, por cuanto, de ese modo, por vía indirecta, la recibe también el trabajador. Insistir en la creación de normas protectoras del trabajador no hará más que agravar el problema, rigidizando el vínculo y dejando la tutela en un mero

o salarios excesivamente bajos, es decir, disconformes con la efectiva estructura del mercado, únicamente podrían adquirir esos factores si mediante barreras institucionales se cerrara el acceso al estamento empresarial. Mientras no se impida la libre aparición de nuevos empresarios, ni se obstaculice la ampliación de las actividades de aquellos que ya operan como tales, toda rebaja de los precios de los factores de producción que no concuerden con la efectiva disposición del mercado brinda a cualquiera oportunidades de lucro. Aparecen de inmediato gentes que se aprovechan en beneficio propio de esa diferencia entre los salarios ofrecidos por el empresario y la productividad marginal del trabajador. Tales personas, al pujar y competir entre sí por dicha capacidad laboral encarecen los salarios y hacen que se adapten a la productividad marginal” (von Mises, Ludwig: *Op. cit.*, p. 704).

¹⁸“El patrono [...] puede, desde luego, proceder arbitrariamente, pero entonces tendrá que atenerse a las consecuencias. El empresario o el jefe de personal pueden actuar extravagantemente al contratar sus trabajadores. Pueden despedirlos sin causa u ofertar salarios inferiores a los del mercado. Pero tal actuación perjudica inmediatamente en sus intereses económicos al propio sujeto y debilita su posición social, reduciendo la productividad y rentabilidad de su empresa. Tal género de caprichos, bajo una economía de mercado, llevan en sí su propia sanción.” (von Mises, Ludwig: *Op. cit.*, p. 748).

plano teórico, sin que ella pueda materializarse en pro del supuestamente beneficiado (efecto perverso de la norma en el lenguaje de la doctrina)¹⁹. En efecto, una lamentable ignorancia del fenómeno económico por parte de los laboristas les impide ver que “sean cuales fueren las ventajas que las normas legales otorgan al obrero, es este último, nunca el patrono, quien paga y financia, de su exclusivo peculio, esos beneficios. Dichas imposiciones reducen la porción de salario percibida en mano por el interesado; y si en su conjunto vienen a elevar el precio a pagar por su aportación laboral hasta exceder la cuantía que el mercado libre establecería por dicho trabajo, aparece de inmediato el paro institucional²⁰”.

3. El enfoque conflictualista entre libertad y protección del trabajo y su problemática.

La tensión entre la libertad y la protección del trabajo, conforme al enfoque tradicional deviene indefectiblemente en la afirmación de una colisión u oposición entre los derechos o bienes jurídicos en juego. Fenómeno que se generaliza como el litigio constitucional por excelencia a que debe hacer frente la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales. Como observan SERNA y TOLLER “el resultado es que, en gran parte, la resolución de los litigios constitucionales pasa hoy por la elección de uno de los bienes jurídicos en juego y la preterición o anulación del otro²¹”. En el caso del supuesto conflicto entre libertad de trabajo y protección del trabajo, el peso dentro de nuestra cultura jurídica de la visión proteccionista característica del iuslaboralismo nacional, pudiera generar una inclinación apriorística, difícilmente resistible del juez constitucional, a favor de la intervención protectoria que tendría como contrapartida la anulación o asfixia de la libertad de trabajo incluso cuando ha sido el propio legislador democrático quien ha generado un ámbito de expresión de esta. Ejemplo de lo que digo es que la lectura liberticida del Tribunal Constitucional como aparece de manifiesto en citado fallo sobre los

¹⁹Halpern, Cecily.: “Tutela laboral y transformaciones en el mercado de trabajo”, en *Actualidad Jurídica*, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, año I, N° 1, enero de 2000 p. 179.

²⁰von Mises, Ludwig: *Op. cit.*, p. 729.

²¹Serna, Pedro y Toller, Fernando: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 3.



tiempos de espera, la cual ha sido celebrada como “superación de la una interpretación constitucional apogada a los fundamentos neoliberales de la Constitución de 1980”²².

4. Hacia un enfoque articulador

Pienso que se debería reconducir la interpretación del artículo 19 N°16 de la Constitución hacia la libertad de trabajo, dejando de concebirla como un principio meramente residual y agonizante, destinado apenas a resguardar la generación voluntaria del contrato de trabajo, pequeña y débil, frente al principio supuestamente autónomo, opuesto y más fuerte de la protección constitucional del trabajo, concebido, a su vez, como un mandato interventor del mercado de trabajo. Debe

considerarse seriamente aquí una transvaloración ya que no existe ningún fundamento relevante para negar a la libertad de trabajo el puesto que la propia Constitución le asignó como gran principio informador de las relaciones laborales en Chile. En tal sentido, el papel del legislador laboral desde la Constitución no debiera ser concebido más como el de una suerte de verdugo o aniquilador de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales en aras, supuestamente, de proteger de esa manera al trabajo dependiente. La función del legislador laboral debe ser reenfocada hacia la de legítimo delimitador de la libertad de trabajo el cual, al definir los confines de tal libertad se transfigura en preferente articulador de la misma con los demás derechos y libertades concurrentes. El papel del Tribunal Constitucional en este nuevo escenario tendería a ser menos protagónico que el de árbitro de la oposición entre autonomía y protección, limitándose a velar porque el legislador no asfixie la libertad de trabajo en su función delimitadora conforme a los estándares del artículo 19 N°26 de la propia Constitución, en lugar de transformarse en legislador paralelo.

²²Gamonal, Sergio: “El rango constitucional del principio de protección del trabajador”, en *El Mercurio Legal*, Jueves, 01 de septiembre de 2011 http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/09/01/El-rango-constitucional-del-principio-de-proteccion-del-trabajador.aspx#disqus_thread.

Interésate en las cosas del otro.

Habla del otro.

Aprende su nombre.

Escucha.

No discutas.

No le digas que se equivoca...

Bondad... sonríe.

P. Alberto Hurtado