

Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo

Javier Neves Mujica

El propósito de este artículo es el de precisar el significado de tres conceptos que tienen uso frecuente en la jurisprudencia laboral del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, en la que aparecen muchas veces como sinónimos, a pesar de poseer un contenido notoriamente distinto. La confusión se produce comúnmente con ocasión de despidos que por la forma o por el fondo transgreden la Constitución, frente a los cuales los trabajadores afectados se defienden a través de acciones de amparo. El debate se centra en determinar cuál de los derechos constitucionales mencionados a continuación, es en esos casos vulnerado: ¿la libertad de trabajo, el derecho al trabajo o el derecho de estabilidad en el trabajo? Ello sin perjuicio de que con la extinción injustificada del vínculo laboral se afecte además otros derechos, como la libertad sindical, la igualdad y no discriminación o la tutela jurisdiccional efectiva, que no serán materia de análisis en este trabajo.

Para facilitar el contraste entre los tres derechos estudiados, vamos a referirnos en especial a cómo opera cada uno de ellos en el momento inicial, el de la constitución, y en el final, el de la extinción, de la relación laboral. En otras palabras, se trata de identificar qué garantías le otorgan al trabajador la libertad de trabajo, el derecho al trabajo y el derecho de estabilidad en el trabajo, al entrar y al salir de su actividad laboral.

La libertad de trabajo

En la fase inicial de la relación laboral, la libertad de trabajo le concede al trabajador las siguientes decisiones fundamentales: la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en qué actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para sí o para otro y, en este último caso, la de precisar

en favor de quién. En la fase final, dicho derecho consiste en reconocerle al trabajador la facultad de dejar el empleo por su sola voluntad. Vamos a desarrollar estos conceptos.

La primera decisión que debe tomar una persona en este campo es la de si va a trabajar o no. Cuestión diferente es la de si resuelta a trabajar encontrará o no un empleo, que se vincula -como veremos después- con el derecho al trabajo, en lo que atañe al acceso a un puesto. Lo habitual es que se necesite trabajar, ya que es la vía por excelencia para obtener los ingresos necesarios para la subsistencia. Pero podría ocurrir que alguien tuviera otros medios lícitos para procurárselos, distintos al desempeño de una ocupación, como una renta generada por la tenencia de acciones, el arrendamiento de predios, una herencia, la suerte en la lotería, etc. En ese caso, las condiciones materiales le permitirán hacer un uso pleno de su libertad jurídica de no trabajar. Ya la doctrina se ha puesto de acuerdo en que tal elección no infringe el empleo a quienes no lo tienen y permitirles conservarlo a quienes ya lo poseen. Vamos a analizar ambos aspectos por separado.

En el primer sentido, el derecho al trabajo se preocupa de procurar a toda persona un empleo. Puede tratarse, en mi opinión, de un empleo genérico o de uno específico. En el primer caso, requiere que el Estado lleve a cabo políticas económicas y sociales adecuadas que incentiven la generación de empleo. En ese marco, las posibilidades de acceder a un puesto se incrementan. Pero la persona no tiene derecho a la ocupación particular de ningún puesto. Una cuestión interesante que se plantea aquí es la de la igualdad de trato y de oportunidades para la obtención del empleo. La Ley 26772 regula esta materia, proscribiendo las discriminaciones en las ofertas de empleo. También

se orienta hacia la equidad, la prohibición establecida por la Constitución (artículo 40) de desempeñar por una misma persona más de un empleo público remunerado, salvo por labor docente, repetida y, en verdad, extendida por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (artículo 7) y su Reglamento (artículo 139). En definitiva, concordada la libertad de trabajo con el derecho al trabajo en el aspecto que ahora analizamos, diríamos que toda persona tiene el derecho a obtener un empleo pero con la libertad de aceptarlo. Si el Estado le consiguiera a una persona un empleo y le obligara a tomarlo, se materializaría el derecho al trabajo pero se violaría la libertad de trabajo

En el segundo caso, el derecho se concreta en un puesto cierto. Esto ocurre, desde mi punto de vista, cuando un trabajador postula en un concurso público o interno y resulta seleccionado. En tal hipótesis, tiene el derecho específico a ocupar el puesto objeto de la convocatoria. Si el concurso fuera público, es decir, abierto a la participación de individuos ajenos a la entidad, estaríamos en estricto

ante el ejercicio del derecho al trabajo, en su fase de acceso al mismo. Si fuera interno, esto es, reservado para el personal en ese momento ya ligado a la entidad, nos encontraríamos ante el derecho a la promoción en el empleo, que según unos instrumentos internacionales de derechos humanos forma parte del derecho al trabajo y conforme a otros no, aunque está muy vinculado con él. La primera es la posición del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7 inciso c), y la segunda, la del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7 inciso c).

Por consiguiente, en lo que respecta al acceso al empleo, nos hallamos ante un derecho de preceptividad diferida cuando se refiere a un puesto genérico, y frente a un derecho de preceptividad inmediata cuando recae sobre un puesto específico. La acción de amparo podría utilizarse sólo en este último caso.

La otra acepción que tiene el derecho al trabajo alude a la conservación del empleo. En ésta coincide parcialmente con uno de los sentidos reconocidos por la doctrina a la estabilidad en el trabajo: la prohibición del despido arbitrario. El derecho de estabilidad laboral comprende dos aspectos: la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la determinada, que se plasma en la autorización de celebrar contratos temporales sólo para cubrir labores de esa naturaleza (la llamada estabilidad de entrada); y la ya mencionada prohibición del despido injustificado (la llamada estabilidad de salida).

Decimos que la coincidencia es parcial, porque el derecho al trabajo, en nuestro concepto, no abarca sólo la extinción derivada de un despido sino cualquier otra no surgida de la voluntad del trabajador. El despido es la resolución del contrato decidida unilateralmente por el empleador ante la presentación de una causa calificada como justificada por el ordenamiento. Pero hay otras formas de extinción del vínculo laboral, como la jubilación obligatoria,

que estarían proscritas no en virtud de la estabilidad laboral pero sí del derecho al trabajo.

Aquí debemos efectuar dos precisiones. La primera es que el principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo 26 numeral 2 de la Constitución), que prohíbe el abandono voluntario por el trabajador de derechos nacidos en su favor de normas imperativas, impediría la renuncia al empleo, que es la base de la condición de trabajador y, en consecuencia, del disfrute de todos los derechos derivados de ella. Pero esa prohibición afectaría la libertad de trabajo (artículo 2 numeral 15 de la Constitución), por lo que no podría admitirse.

La segunda es que no necesariamente la jubilación obligatoria conlleva una lesión al derecho de conservación del empleo. El Tribunal Constitucional español ha sostenido -en la sentencia número 22/1981, de 2 de julio- que ello no ocurre cuando tal medida se impone como mecanismo de fomento del empleo de los jóvenes. En ese caso entran en colisión el derecho al acceso al empleo de los jóvenes con el derecho a la conservación del

“... Toda persona tiene el derecho a obtener un empleo pero con la libertad de aceptarlo.”

mismo por los mayores y, efectuando una ponderación el primero podría preferirse sobre el segundo. Estaríamos ante una forma de reparto del trabajo. Pero si se dispusiera el cese de los trabajadores por llegar a determinada edad, en el entendido que ella acarrea incapacidad para el trabajo sí habría vulneración al derecho de conservación del empleo, porque tal incapacidad -según el mencionado Tribunal- podría no darse por igual en todas las actividades o para todas las personas. En nuestro ordenamiento el fundamento de la jubilación forzosa parece no encontrarse en el primer argumento sino en el segundo, como lo evidencian la libertad de la empresa para sustituir a los trabajadores jubilados y la posibilidad de celebrar un pacto que permita la prosecución de la relación laboral. Por tanto, tenemos una infracción al derecho al trabajo, además del derecho a la igualdad y al mandato de no discriminación.

El derecho al trabajo está consagrado en el artículo 22 de la Constitución y el de estabilidad en el trabajo en el 27. Ya nos pronunciamos sobre el grado de preceptividad que tiene el derecho al trabajo en su fase de acceso. Ahora debemos hacer lo propio con la fase de conservación y con la estabilidad laboral.

En nuestro concepto, la conservación del empleo que supone el derecho al trabajo goza de preceptividad inmediata. De este modo, cualquier extinción del vínculo laboral que lesione tal derecho podría ser contrarrestada con una acción de amparo, con las salvedades que ya formulamos antes. Así ocurriría en el caso de un despido arbitrario, aunque

no vulnerara otros derechos constitucionales, de la jubilación forzosa, etc.

La estabilidad en el trabajo, en cambio, está visiblemente reconocida como derecho de preceptividad aplazada: es un mandato al legislador. De aquí surge, para nosotros, una certeza y una incertidumbre. La certeza es la de que cualquier extinción de la relación laboral, excepto la producida por renuncia -y, quizá, también la derivada de un despido injustificado, como veremos enseguida- podría dar lugar a la interposición de una acción de amparo, en virtud del derecho a la conservación del empleo. La incertidumbre es la de que si tal tutela alcanza al despido arbitrario o no. El dilema se plantea porque el artículo 22 de la Constitución lo permitiría, pero el 27 no. ¿Puede dejarse de lado el artículo 27 y acudirse únicamente al 22 o debe interpretarse en conjunto ambos preceptos, aunque esta lectura conduzca a un resultado restrictivo para la protección del derecho? Nos inclinamos por la primera opción. Creemos que si dos preceptos constitucionales tienen contenidos parcialmente superpuestos y uno de ellos resulta exigible inmediatamente mientras el otro no, este segundo no puede contagiar de su cualidad al primero. El sentido más progresivo de interpretación del texto, que debe ser preferido, conduce a la preceptividad inmediata del derecho a la conservación del empleo. Por consiguiente, la única limitación para el uso de la acción de amparo frente a la vulneración de este aspecto del derecho al trabajo sería la ya mencionada del carácter residual o no de esta garantía constitucional. **D&S**