

CONTRATO DE TRABAJO: PARADOJA ENTRE EL DERECHO AL TRABAJO Y LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Carolina ORTIZ PORRAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Planteamiento del problema: una aproximación*. III. *Derecho al trabajo*. IV. *Concretización jurídica*. V. *Libertad de contratación*. VI. *Limitantes legales*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Gracias a la generosa invitación que me hizo la Dra. Patricia Kurczyn Villalobos, mi querida y respetada amiga y quien ha ejercido de manera destacada su responsabilidad como Coordinadora de Derecho Social del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, es que ahora tengo la oportunidad de participar en esta obra que se realiza como un muy merecido homenaje al maestro Dr. Néstor de Buen Lozano.

Y como buena oportunidad no deja de ser un singular reto por la naturaleza misma del hoy homenajeado, máxime cuando se nos plantea el tema de *contrato de trabajo*, cuyo análisis, desarrollo y exposición por parte del polémico maestro, nos deja muy poco que decir.

No obstante lo anterior y a fin de no dejar pasar tan grata ocasión, y como alumna que he sido del Dr. De Buen, primero en la especialidad de derecho social y desde entonces cotidianamente a través de sus artículos, textos y conferencias, a las cuales es difícil no volverse adicta, ha generado en toda ocasión —quizás *provocado* sería un término más adecuado— un sinnúmero de inquietudes sobre temas que podrían considerarse acabados, pero cuyo encanto, sofisticación y actualidad, siempre pone de manifiesto.

Así decidí bosquejar el contrato de trabajo como la paradoja que se da entre el derecho al trabajo, constitucionalmente reconocido en nuestro siste-

ma jurídico, frente a la libertad de contratación que tiene el empleador para tener, bajo su subordinación, el trabajo personal de un trabajador a su servicio.

Debo confesar que, aparte de las ideas que el maestro me *provocó* sobre el tema, ingenuamente consideré que podía sentirme más libre en su desarrollo debido al escaso tratamiento doctrinal en nuestro país. Sin embargo, me he topado con varios aspectos del mismo que ya han sido denunciados, analizados y expuestos por el doctor, y mucho me temo que, a pesar de mi esfuerzo, no saldré tan bien librada de la batalla.

Sin más preámbulos, pero reiterando mi agradecimiento a la Dra. Patricia Kurczyn, comenzaré a tratar el tema que yo misma me he endilgado.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: UNA APROXIMACIÓN

La complejidad de las relaciones humanas que vivimos en la actualidad, caracterizadas por la incertidumbre, la premura, las imágenes y los redescubrimientos, impactan directamente en los paradigmas que se consideraban inmutables.

El derecho, como norma jurídica que implica la regulación de los hechos sociales y que resguarda a los valores predominantes, se encuentra, a sí mismo, en una situación de incertidumbre.

Los grandes cambios, ahora cotidianos, han generado un individuo escéptico ante cualquier propuesta, indolente ante cualquier esfuerzo, cuya capacidad de asombro va desgastándose con cada imagen, pero que no deja, al fin ser humano, de tener necesidades básicas que satisfacer.

Ante esta crisis que se considera pasajera en la única certeza de que será sustituida por otra de mayor alcance, retomar conceptos como *derecho al trabajo y libertad de contratación*, parece más bien una discusión bizantina.

No obstante, algunas de las características de la llamada “nueva cuestión social”,¹ tales como la permanencia del desempleo, la necesidad de incluir sectores marginados de la sociedad, así como la escondida y necia pretensión de mejorar la calidad de vida, actualizan dichos conceptos que aparentemente están inertes en los ordenamientos y principios jurídicos, pero cuya efectividad podría esconder alguna respuesta —o propuesta de—, al mal-estar generalizado.

¹ Cfr. Rosanvallon, Pierre, *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia*, trad. Horacio Pons, Buenos Aires, Argentina, Manantial, 1995.

Los parámetros de esta aproximación al problema no dejan de acercarse peligrosamente a temas que serán apenas esbozados por la profundidad y extensión que requeriría una investigación más elaborada, nos referimos, entre otros, a la vieja diatriba de libertad frente a derecho, a la concretización de los preceptos constitucionales en materia laboral y a la justiciabilidad e incluso juridicidad misma de los derechos sociales.

El análisis incluye tanto los fundamentos jurídicos positivos de nuestro sistema, como de las aportaciones doctrinarias y, por qué no decirlo, de las aspiraciones compartidas a reconocer y exigir la necesaria vigencia de las normas y principios laborales.

III. DERECHO AL TRABAJO

1. *Antecedentes*

En el ámbito internacional, el reconocimiento del derecho al trabajo antecede al derecho del trabajo. Néstor de Buen relata que desde el proyecto de Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que Robespierre expuso en abril de 1793, el artículo 11 estipulaba “la sociedad está obligada a subvenir a la subsistencia de todos sus miembros, ya procurándoles trabajo, ya asegurándole medidas de existencia a quienes no estén en condiciones de trabajar”.² Esta propuesta fue adoptada meses después en la Declaración Constitucional de Derechos, cuyo artículo 8o. determinó: “La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo o sea asegurándoles los medios de existir a los que no estén en aptitud de trabajar”.³

El Dr. De Buen sigue analizando históricamente el reconocimiento del derecho al trabajo en la Constitución Social de Francia de 1848, en las propuestas de Bismarck de 1860, en el movimiento de la comuna de París en 1871, hasta llegar a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU en 1948, que establece en el artículo 23, inciso 1o. que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.⁴

² Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 13a. ed., México, Porrúa, 2000, t. I, p. 84. También, por lo que se refiere al origen del derecho al trabajo, se puede consultar la obra citada de Rosanvallon, en el capítulo titulado “El derecho al trabajo: historia de un problema”.

³ *Idem*.

⁴ *Ibidem*, pp. 84-87.

En otra obra, y a manera de reclamo, Néstor de Buen afirma:

El derecho al trabajo: responsabilidad del Estado, asumiría así una primera manifestación constitucional que algunos, muchos años después, imitaron (el presidente José López Portillo, con su iniciativa de 1978 para adicionar el artículo 123 constitucional). El derecho del trabajo recorrería un camino mucho más largo, no exento de graves accidentes, para manifestarse con cierta eficacia, en los años finales del siglo XIX y con mucha mayor intensidad, después de la guerra 1914-1918.

El primero sería derecho económico, apenas convertido en garantía de una clase frente a otra en los avatares de la estabilidad. El segundo, derecho del hombre-social, del proletario frente al empresario. Derecho a lo esencial en su actividad laboral y a la dignidad, a la igualdad de trato, al puesto, a las condiciones de trabajo.⁵

2. *Derecho al trabajo en México*

El preámbulo de nuestro reconocidísimo artículo 123 constitucional establece: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo conforme a la Ley”.

La inclusión constitucional de este derecho, como ya señalaba De Buen, fue hasta 1978, en la 15a. reforma al artículo 123, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 8 de diciembre de ese mismo año.

Si bien se trata de un reconocimiento constitucional tardío, hay que destacar que se incluyó en el artículo que, por evolución y naturaleza propia, ha sido el paradigma de los derechos sociales en nuestro sistema. En este sentido, sí constituye una diferencia en cuanto a su inserción ya que, cuando menos en primera instancia, se distingue de los derechos individuales.

3. *Contenido del derecho al trabajo*

Siguiendo a Néstor de Buen, el derecho al trabajo puede analizarse desde dos perspectivas: como derecho a adquirir un empleo o como derecho a conservar uno.

⁵ Buen, Néstor de, *Razón de Estado y justicia social*, México, Porrúa, 1991, pp. 158-159.

A. *Derecho al trabajo como derecho para adquirir un empleo*

Retomando el precepto constitucional que a la letra dispone: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo conforme a la Ley”.

En la redacción que antecede se establece un derecho al trabajo digno y socialmente útil, estableciendo de esa forma una supuesta facultad de *toda persona*, es decir, el titular de la prerrogativa se encuentra generalizado y difuso, situación que, en la actualidad, cuando el problema del desempleo se convierte, precisamente, en permanente y generalizado, encontramos que los individuos sin empleo son un grupo virtual que carece de representantes.⁶

Bajo esta perspectiva entraríamos en el concepto de los llamados derechos o intereses difusos, cuyo problema de ejercicio plantea una situación de tutela jurisdiccional y de representación procesal. Al respecto Capelleti afirma: “Es un hecho que el interés involucrado es, justamente, un interés *difuso*, un fragmento del más vasto interés del grupo o categoría de los sujetos o damnificados. Si dicho grupo, o categoría, *no está organizado*, el individuo sufre precisamente las consecuencias del carácter difuso o fragmentario de su interés personal”.⁷

Esta situación que es en sí misma un problema, se recrudece cuando buscamos al sujeto obligado de cumplir con el deber de proporcionar trabajo. La disposición del 123 establece tan sólo la obligación de promover “la creación de empleos y la organización social para el trabajo conforme a la Ley”.

De Buen considera que esta obligación está condicionada a la situación de cada país atendiendo al equilibrio económico y demográfico⁸ y examina tres circunstancias que pueden manifestarse, partiendo del supuesto que el Estado es el deudor de la pretensión otorgada:

a. Cuando el Estado asume por sí mismo la obligación

La política seguida tiempo atrás sobre el pleno empleo es inoperante en la actualidad. Las circunstancias políticas, sociales y económicas han supe-

⁶ Cfr. Rosanvallon, Pierre, *op. cit.*, nota 1, p. 196.

⁷ Capelleti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, trad. Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1993, p. 98.

⁸ En el mismo sentido Rosanvallon afirma: “En otros términos, *no hay obligaciones positivas sin empleos correspondientes*”, *op. cit.*, nota 1, p. 181.

rado las antiguas formas de encausar el desempleo. Como bien señala Patricia Kurczyn, “Las condiciones del mercado productivo enfrentado a los efectos de la globalización merecen consideraciones multipolares”.⁹

La visión del Estado como ser omnipotente y único responsable del bienestar social, ha probado por sí misma su falacia. No obstante, entre las funciones estatales, existen algunas que deben ser debidamente ejercidas entre ellas de manera prioritaria, el establecimiento de condiciones óptimas para la creación de fuentes de trabajo. Confiar en que las leyes económicas *per se* solucionaran el problema, costó, ya desde el siglo XIX, aberraciones cuyo precio fue excesivo.

El Estado no puede ser obligado a dar a cada quien un trabajo, menos a emplearlo por él mismo. La función estatal, en este rubro, es encausar o dirigir la economía y fomentar la creación de empleos, propiciar el ambiente para que cada individuo pueda satisfacer sus necesidades y las de su familia por sí mismo, por medio de su trabajo asalariado o autogenerado.¹⁰

En ese mismo sentido se ha manifestado el gobierno actual, de tal suerte que, en el Programa Nacional de Política Laboral 2001-2006 publicado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de diciembre de 2001, se reconoce, entre las líneas estratégicas de esa dependencia:

a) *Apoyar la generación de empleo que el país demanda.* Es importante tener clara conciencia de que las cifras de desempleo, de empleo y de empleo formal en este país son preocupantes y que México no se puede dar el lujo de que poco más de la PEA no se encuentre en la economía formal, ya que en la informalidad el trabajador no goza de ningún tipo de prestación social o empleo definido.

En este sentido, empleo de calidad es un objetivo central, *pero el gobierno no crea empleo, o si lo creara se tendería a hacer crecer el aparato público del Estado.* Se tiene que crear empleo productivo en el país y quienes lo hacen son los inversionistas, son los empresarios, y al gobierno le corresponde crear las condiciones propicias.¹¹

⁹ Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999, p. 206.

¹⁰ *Ibidem*, p. 208.

¹¹ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, “Programa Sectorial a Mediano Plazo denominado: Programa Nacional de Política Laboral 2001-2006”, *Diario Oficial de la Federación*, lunes 17 de diciembre de 2001, p. 46.

Es importante destacar el reconocimiento oficial de esta problemática. La proliferación de situaciones atípicas del trabajo, muchas veces protegidas por el propio aparato gubernamental, ha creado situaciones que, a la larga, traerán consecuencias desafortunadas. “Entre el derecho laboral que ha perdido hasta su nombre y el trabajo sin derecho alguno hay toda una gama de situaciones intermedias”.¹²

b. El Estado obliga a los particulares a generar empleo

Este supuesto no tiene validez en nuestro sistema jurídico. Independientemente de que las condiciones para generar empleo no son lo suficientemente adecuadas para solicitar la apertura de centros de trabajo, si llegara a considerarse como una obligación sería, por una parte, violatorio al artículo 5o. constitucional, y por otra, inoperante como una obligación impuesta de hacer, cuyo cumplimiento es imposible.

La función que, en este sentido ha adoptado el gobierno, es la de establecer mecanismos de vinculación directa entre las empresas que cuentan con vacantes disponibles y los desempleados.

Los instrumentos que ha impulsado la administración actual son, en definición de la propia STPS, las siguientes:

- a) Chambatel.* Servicio de información vía telefónica sobre oportunidades de empleo, con el propósito de acercar a oferentes y demandantes de forma eficiente, ágil, amable y con el menor costo posible.
- b) Chambanet.* Programa que utilizará tecnología de punta, lo que permitirá al Servicio Nacional de Empleo poner a disposición de los oferentes y demandantes del mercado de trabajo, un esquema moderno de vinculación, que permitirá un acercamiento eficiente, ágil, amable, al menor costo y tiempo posibles que beneficie al reclutamiento de personal por parte de los empresarios y al empleo para las personas.
- c) Chambapar.* Servicio de información sobre oportunidades de empleo, para personas con capacidades diferenciadas y adultos mayores.¹³

¹² Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, España, Trotta, 1997, p. 278.

¹³ *Ibidem*, p. 93.

Habría que agregar las ferias de empleo promovidas por distintas organizaciones gubernamentales o académicas.

El único caso dentro del derecho laboral en que el empleador puede ser obligado a contratar a un aspirante a un puesto que está disponible en su empresa, se da en los llamados derechos de preferencia, supuesto que analizaremos en el capítulo relativo a la libertad de contratar.

c. Seguro de desempleo

Esta tercera opción que señala el Dr. De Buen, como él mismo lo indica, está reducida a los países con una economía privilegiada,¹⁴ situación muy lejana en nuestras circunstancias.

Haciendo un esfuerzo de adaptación, la figura que podría acercarse más al seguro de desempleo, es la que se otorga a los desempleados por parte de la STPS a través de PROBECAT, sistema de becas cuyo objetivo es capacitar a las personas sin empleo y otorgarles un subsidio mientras dure la misma.

B. *Derecho al trabajo como derecho para conservar el empleo*

El Dr. De Buen se muestra más optimista respecto a esta perspectiva del derecho al trabajo: “La segunda manifestación de derecho al trabajo suele presentar mejores perspectivas. Se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo”.¹⁵

Posteriormente analiza el principio de estabilidad en el empleo, su evolución en nuestro país y la naturaleza relativa del mismo.

A pesar de la renovada vigencia de la estabilidad en el empleo por el problema, por una parte, de la desocupación misma, y por otra de la tendencia a flexibilizar la permanencia en los puestos de trabajo, con todo respeto, difiero de la apreciación del maestro. La figura de estabilidad en el empleo presupone la existencia del mismo, por lo tanto pertenece al derecho del trabajo.

¹⁴ Buen, Néstor de, *op. cit.*, nota 2, p. 87.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 87-89.

IV. CONCRETIZACIÓN JURÍDICA

Las reflexiones elaboradas en los párrafos anteriores, muestran ya el problema de realizar en la práctica el derecho al trabajo. El propio Néstor de Buen señala lapidariamente que:

En realidad estos derechos y deberes sociales de trabajar constituyen más declaraciones de principios que normas, es decir, no generan por sí mismos, derechos y obligaciones. Probablemente podría ponerse en tela de juicio su inclusión en el artículo 123 constitucional y en la ley. En todo caso la amarga realidad social de nuestros días hace patente que el derecho al trabajo no es más que una utopía.¹⁶

Esta es, en general, la complejidad de los derechos sociales y, específicamente del derecho laboral, que en sí mismo, no constituye radicalmente un problema normativo sino un problema de igualdad de oportunidades y de justiciabilidad de sus normas. Como derecho prestacional, el derecho al trabajo implica la necesidad de establecer acciones estatales que conllevan a gastos financieros que, como ha sido evidente, en la actualidad el Estado no va a ejercer. En este sentido, se ha argumentado que los derechos sociales dependen de la reserva de lo “financieramente posible”.¹⁷ No obstante, si aceptamos que el derecho al trabajo carece de juridicidad, estaríamos aceptando, tácitamente, la inmunidad jurídica de los poderes públicos. En este sentido Alexy afirma:

...la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma en que se la describa, lo que sucede, más bien, es que, cuando existe un derecho, éste es también justiciable. Ninguna objeción de peso fundamenta el hecho de que los derechos fundamentales sociales necesiten una configuración jurídica ordinaria ... en modo alguno un Tribunal Constitucional es impotente frente a un legislador inoperante.¹⁸

¹⁶ *Ibidem*, p. 89.

¹⁷ Cfr. Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (comp.) *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, p. 128.

¹⁸ Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, *ibidem*, p. 81.

No podemos observar a los derechos sociales desde la perspectiva de los derechos subjetivos tradicionales, ya que estos últimos fueron concebidos como la reivindicación de la persona frente a la organización política, considerándolo exclusivamente en su carácter de individuo. Al respecto Martín Díaz aclara: “Los desequilibrios explicativos mayores vienen con el surgimiento de los *derechos sociales* y de los llamados *intereses difusos*; en estos casos la construcción técnica de los derechos subjetivos resulta insuficiente...”.¹⁹

En este mismo sentido, De Buen reconoce: “Los enunciados de las declaraciones liberales (y a veces, el mismo estilo individualista vestiría a las sociales como meros derechos del hombre-ciudadano y no del hombre-clase), arroparían las libertades cívicas y naturales”.²⁰

Esto es, si bien no existe hasta el momento un mecanismo de protección directa del derecho al trabajo, esto no significa que debemos aceptar la circunstancia como un hecho inmutable. El derecho, para que sea efectivo y legítimo, depende de su capacidad de adaptación. Aun cuando propugnemos la inicial autoría del reconocimiento constitucional de los derechos sociales, de nada servirá si no buscamos formas de acceso real de los mismos. Debemos considerar fórmulas que ya están siendo aplicadas en otros sistemas. A manera de ejemplo las llamadas *class actions*, el movimiento de acceso a la justicia, o incluso la acción de inconstitucionalidad por omisión, serían un buen comienzo. De lo contrario, como señalaba Néstor de Buen, serán sólo una utopía, pero en las mismas palabras del maestro: “En todo caso: no puede el hombre prescindir de las utopías”.²¹

V. LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Como señalabamos en párrafos anteriores, la dimensión político-jurídica del derecho al trabajo vincula a todos los poderes públicos a realizar plenamente los derechos constitucionales.

La libertad para contratar del patrón, es decir, su libertad para elegir al trabajador para que preste su servicio personal y subordinado, es limitada

¹⁹ Díaz Díaz, Martín “La crisis contemporánea de los derechos subjetivos”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 22, núm. 22, Escuela Libre de Derecho, p. 95.

²⁰ Buen, Néstor de, *op. cit.*, nota 5, p. 156.

²¹ *Ibidem*, p. 26.

por distintas causas tales como la cláusula de exclusión y las normas antidiscriminatorias o discriminatorias positivas.

Estas contrataciones obligatorias tienen por objeto a ayudar a determinadas categorías de trabajadores a quienes les resulta más difícil encontrar un empleo, por ejemplo los que tienen una capacidad laboral reducida como es el caso de los minusválidos.

En el derecho positivo mexicano ciertas preferencias se establecen en el artículo 154 de la Ley Federal del Trabajo (LFT), misma que determina que el empleador deberá preferir para su contratación a los trabajadores mexicanos de quienes no lo sean, a los que ya hayan prestado sus servicios satisfactoriamente por un tiempo, a los que tengan a cargo una familia y a los sindicalizados respecto a los que no lo estén. En caso de incumplimiento, el aspirante tiene una acción que ejercitar similar a la que tiene el despedido injustificadamente (artículo 157).

Siguiendo a Prieto Sanchís,²² diríamos que estas medidas se determinan de un conjunto de entes diversos cuya *igualdad* no se refiere a su existencia misma, sino a una o varias características diferenciales que no están determinadas por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan, por lo tanto, toda igualdad es relativa en cuanto a la decisión del sujeto que compara.

Es decir que: “Las igualdades o desigualdades de hecho no son más que el punto de partida para construir igualdades o desigualdades normativas ...La igualdad no tiene necesidad de justificación. El deber de justificación pesa sobre las desviaciones de la igualdad”.²³

En este mismo sentido se pronuncia Alexy cuando afirma que la carga de argumentación se da para justificar los tratamientos desiguales.²⁴

Finalmente, el criterio que introduce desigualdades normativas debe obtener igualdades de hecho. Como señala Capella “El derecho no puede ser *justo* en una sociedad de desigualdades reproducidas estructuralmente”.²⁵

Rafael Sastre introduce el concepto de igualdad como causa misma de los derechos sociales: “El valor *igualdad* determina, con su presencia inspiradora, uno de los rasgos característicos que distinguen a los derechos sociales, pudiendo afirmarse que, históricamente, éstos se presentan

²² Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, *op. cit.*, nota 17, p. 30.

²³ *Ibidem*, p. 32.

²⁴ Citado por Prieto Sanchís, *ibidem*, p. 56.

²⁵ Capella, Juan Ramón, *op. cit.*, nota 12, p. 202.

como un intento de concreción de las exigencias derivadas del principio de igualdad”.²⁶

La Constitución establece una igualdad normativa, por tanto, la raza o el sexo son criterios prohibidos a la hora de delimitar el contenido o el ámbito de eficacia de las normas, es decir, no constituyen elementos razonables para diseñar un tratamiento jurídico particular. En materia laboral, las disposiciones establecidas en el caso de trabajo de las mujeres, no son en sí mismas aspectos que las beneficien, sino que su objetivo es la protección del producto en gestación y de sus cuidados inmediatos indispensables.

No obstante, en lo general, la paradoja del derecho laboral se encuentra determinada porque las supuestas igualdades normativas han generado inequidades, y si fuesen tomadas acciones positivas de discriminación tendrían como consecuencia exclusiones. La verdadera solución radica en establecer métodos adecuados para el real acceso a la justicia.

Pero veamos qué es la supuesta *libertad de contratación* y sus limitaciones legales.

VI. LIMITANTES LEGALES

En sentido amplio, libertad es la facultad del hombre para obrar de una manera o de otra, o para no obrar.²⁷ En derecho positivo, también constituye un término polifacético y no exento de consideraciones ideológicas cuando nos referimos a las libertades fundamentales como conquistas del individuo ante el Estado y que exigen de éste una no intervención en sus actividades.

En cambio, los derechos sociales, como señalamos anteriormente, exigen del Estado una actividad y la limitación de esas libertades individuales en aras de la justicia social.

Acotando el concepto de libertad conforme a la posibilidad de actuar conforme a la ley, en materia de contratación laboral, el empleador se encuentra limitado por disposiciones diversas. Siguiendo a Tomás Sala Franco,²⁸ podemos considerar que la libertad del empleador para contratar tiene dos facetas:

²⁶ Sastre Ibarreche, Rafael, *El derecho al trabajo*, Madrid, España, Trotta, 1996, p. 74.

²⁷ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario manual e ilustrado de la lengua española*, 4a. ed., Madrid, España, 1989, vox: libertad.

²⁸ Sala Franco, Tomás, “La libertad de contratación empresarial”, *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, España, Tecnos, 1980, pp. 351-408.

- Decidir si contrata o no fuerza de trabajo en su empresa.
- Elegir libremente al trabajador con el que celebrará un contrato de trabajo.

En la primer hipótesis ya veíamos que el Estado no puede obligar a un empleador a crear fuentes de trabajo,²⁹ por lo cual procederemos a analizar el segundo supuesto.

1. *Limitaciones constitucionales*

El artículo 1o. constitucional establece la garantía de igualdad que, en lo conducente, a la letra dispone:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar, los derechos y libertades de las personas.

Artículo 5o. sobre la libertad de trabajo: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”.

Artículo 123 apartado A, fracción VII: “Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

El artículo 3o. de la LFT recoge esta prohibición de discriminación en su párrafo segundo: “No podrán establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social”.

A mayor abundamiento, México ratificó, desde 1961, el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, por el cual se obliga, en términos generales, a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y trato para acceder a los medios de formación, a la admisión del empleo y a las condiciones de trabajo.

Al parecer los fundamentos jurídicos apuntados, protegen debidamente a la no discriminación para acceder a los puestos de trabajo. Pero también

²⁹ Ver *supra* p. 8.

en este caso, nos topamos con la práctica en contrario y la carencia de medios procesales idóneos para hacer efectiva tal pretensión.

Es un hecho por todos conocido que, en el caso de las mujeres, se les exigen pruebas de no embarazo para considerarlas a un puesto de trabajo. Se busca de manera general, a *profesionistas con la carrera trunca* en las ofertas de trabajo, con el objeto de pagarles un salario inferior. Asimismo, encontramos restricciones a las vacantes por provenir de determinadas universidades, y así, sucesivamente, los empleadores en ejercicio de su *libertad de contratación*, violan de manera reiterada los principios en este rubro, que, cabe aclarar, no tiene relación con la capacidad o aptitud para realizar el trabajo ofrecido. El mismo Convenio 111 establece que no será considerada discriminación las distinciones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado.

Esta situación, en particular las pruebas de embarazo solicitadas a las mujeres, con especial referencia a las zonas de industrias maquiladoras, ha generado la observación por parte de la OIT, publicada en este mismo año, mediante la cual solicita al gobierno que tome las medidas apropiadas para investigar y eliminar tales prácticas, considere la posibilidad de modificar la LFT para prohibir explícitamente la discriminación basada en el sexo y maternidad en relación con el reclutamiento y la admisión al empleo y en las condiciones de trabajo.³⁰

En estos casos nos encontramos, nuevamente, con que carecemos de un control adecuado y mecanismos de acceso a la justicia para hacer efectivos los derechos consagrados en nuestras disposiciones. La acción individual para ejercitarlos se difumina en su efectividad y las condiciones para su aplicación inhiben las pretensiones que pudiesen ejercitarse.

2. *Limitaciones legales*

La limitación con mayor sistemática jurídica que estipula la LFT, se refiere al derecho de preferencia tutelado por el artículo 154, que dispone:

Los patrones estarán obligados a preferir en igualdad de circunstancias a los trabajadores mexicanos respecto de quienes no lo sean, a quienes les hayan

³⁰ OIT, CEACR, Observación individual sobre el Convenio núm. 111, Discriminación (empleo y ocupación) 2002, documento revisado vía internet en la página de la OIT, en la base de datos ILOLEX.

servido satisfactoriamente por mayor tiempo, a quienes no teniendo ninguna otra fuente de ingreso económico tengan a su cargo una familia y a los sindicalizados respecto de quienes no lo estén.

Si existe contrato colectivo y éste contiene cláusula de admisión, la preferencia para ocupar las vacantes o puestos de nueva creación se regirá por lo que disponga el contrato colectivo y el estatuto sindical.

En caso de que el patrón —u oferente del empleo— no cumpla con lo estipulado, el artículo 157 de la LFT otorga el derecho al trabajador, o aspirante de, “para solicitar, a su elección, que se le otorgue el puesto correspondiente o se le indemnice con el importe de tres meses de salario...”, más los salarios caídos, estableciendo una figura análoga a la indemnización por despido injustificado.

Decíamos que tienen una mayor sistemática jurídica, precisamente por la pretensión establecida a favor de los trabajadores en caso de incumplimiento. No obstante, coincidimos con el maestro De Buen, cuando declara que “Los llamados derechos de preferencia y antigüedad son, entonces, los instrumentos jurídicos de la desigualdad”.³¹

El Dr. De Buen realiza un análisis detallado de las ambigüedades de los conceptos, de los problemas fácticos y de las injusticias generadas, convirtiendo los supuestos en ineficaces. Al respecto, y con el objeto de no deformar el texto de mérito, remitimos a la consulta directa del mismo.³² No obstante, sólo quisiéramos apuntar que, además de las vicisitudes desarrolladas, el supuesto de preferencia para ocupar los puestos o vacantes, son, en su inmensa mayoría, juicios por derechos escalafonarios, es decir, juicios seguidos por los trabajadores en activo de las empresas en contra de la misma y de su propio sindicato, por la inconformidad ante el otorgamiento de una vacante o puesto de nueva creación, a otro trabajador a quien se considera con menos derecho para acceder a la plaza. Lo anterior porque requeriría por una parte y como señala el maestro “cierto poder de adivinación por parte del candidato”,³³ para presentarse oportunamente a solicitar el puesto, y por la otra, que tuviese conocimiento de que la ley le concede una pretensión que ejercitar, en el caso de que no le concedan la vacante. Aunado a lo anterior, tendrá que demostrar en juicio

³¹ Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 9a. ed., México, Porrúa, 1992, t. II, p. 344.

³² Cfr. *Ibidem*, p. 344 y sigs.

³³ *Ibidem*, p. 347.

que realizó su solicitud oportunamente y que tiene un mejor derecho que el trabajador al cual le fue otorgado el mismo, problema procesal de difícil resolución.

Por la naturaleza tutelar de la norma de trabajo, existen otras limitantes a la libertad de contratación como es el caso de la prohibición del trabajo nocturno de los menores, o de las labores insalubres para las mujeres en estado de gestación.

3. *Limitaciones contractuales*

La libre voluntad de las partes en la celebración de los contratos de trabajo es una situación que, por la naturaleza misma de la materia, representa fuertes restricciones. En este sentido y, a fin de no excedernos en el contenido de esta investigación, cabe recordar que nuestra legislación ha adoptado la figura de la relación laboral, toda vez que los cuestionamientos sobre la voluntad de las partes para contratar es numerosa tanto por parte del trabajador, cuyo estado de necesidad implica una vulnerabilidad a su voluntad, como por parte del empleador, quien puede ser incluso obligado a tener una relación de trabajo por disposición de un laudo emitido por la Junta de Conciliación y Arbitraje, en el caso de que el aspirante al puesto acredite su derecho para ocupar la plaza. Aunado a lo anterior, la coerción sindical para obligar al patrón a celebrar un contrato colectivo, o la imposición misma de la reglamentación de las condiciones de trabajo en determinada industria, en el caso de los llamados contratos-ley, le quitan toda posibilidad de contratar libremente. El carácter imperativo de las normas de trabajo no permite sostener que el acuerdo de voluntades en las relaciones de tipo laboral se determinen por mutuo acuerdo.

En el caso de la llamada *cláusula de exclusión por admisión*, determina que, si en el contrato colectivo que rige las relaciones laborales entre la empresa y sus trabajadores, se encuentra estipulada la cláusula de admisión, el empleador “admitirá exclusivamente como trabajadores a quienes sean miembros del sindicato contratante” (artículo 395 LFT). Igual disposición podrá ser establecida en los contratos-ley (artículo 413 LFT).

Es decir, si se ha pactado en los contratos laborales de este tipo la cláusula de admisión, cabe señalar que todos los existentes la contienen. El patrón, cuando requiera la prestación de más trabajadores, sólo podrá con-

tratar a aquéllos que pertenezcan al sindicato titular del contrato colectivo, o al sindicato administrador en los supuestos del contrato-ley.³⁴

VII. CONCLUSIONES

El derecho al trabajo, como derecho social, está caracterizado por los siguientes elementos:

- 1) Una formulación básicamente vinculada a las ideas de igualdad y dignidad.
- 2) Un carácter prestacional fuertemente marcado, con la consiguiente implicación activa del Estado.
- 3) Por último, y derivadamente, la presencia de un conjunto de dificultades, reiteradamente destacadas por la doctrina, entre las cuales sobresale su relatividad, esto es, su condicionamiento por las circunstancias y datos económicos.³⁵

No obstante, la *inmadurez* de los derechos sociales para su efectiva aplicación, no debe considerarse como un hecho inmutable, se requiere susstraerlos de la discrecionalidad estatal a través de su reiterada solicitud de aplicación, en tanto se introduzcan nuevas fórmulas para su efectividad.

Si nos conformamos con la situación actual estaríamos aceptando que “La ley del más fuerte no admite réplica. No admite, en otras palabras, que aparezca la *duda acerca de la ley*”.³⁶

El problema actual de la exclusión social debe ser cuidadosamente regulado. Estipulaciones de discriminación positiva podrían traer como consecuencias otras formas de exclusión, como se ha dado hasta ahora. El derecho al trabajo, eficazmente regulado, puede ser un instrumento de inserción social.

Finalmente, la libertad de contratación, como derecho individual que le corresponde, está —y debe seguir—, supeditado a los intereses colectivos.

³⁴ Sobre esta institución recomendamos consultar los trabajos que comprende la obra de Kurczyn Villalobos, Patricia y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Libertad sindical: cláusula de exclusión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.

³⁵ Cfr. Sastre Ibarreche, Rafael, *op. cit.*, nota 26, p. 73.

³⁶ Capella, Juan Ramón, *op. cit.*, nota 12, p. 267.

El derecho al trabajo es un derecho social que requiere predominio, en este sentido el maestro De Buen afirma:

La Constitución de 1917 no ha dejado de ser social. Y aunque no haya una disposición específica que indique que lo colectivo domina sobre lo social, de hecho es el espíritu de nuestro régimen constitucional. O, por decirlo, en la pura expresión jurídica: el predominio de lo social sobre lo individual expresa un principio general de derecho constitucional... Y hay que recordar que los principios generales bien educados no se ven. Simplemente están ahí, detrás de las normas, ejerciendo el derecho fundamental de ser su principio inspirador.³⁷

³⁷ Buen, Néstor de, “Notas perversas respecto de una ejecutoria mal concebida sobre cláusulas de exclusión”, *Libertad sindical: cláusula de exclusión, op. cit.*, nota 34, p. 28.