

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XIII. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, 438 pp.

El Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán, es una de esas obras imprescindibles en el bagaje bibliográfico de quien esté interesado en conocer las fuentes y conceptos de nuestra Constitución. Estemos o no de acuerdo con su visión o metodología, es un texto de consulta obligada y punto de partida necesario para quien se adentre en el Derecho Constitucional chileno. Los casi cincuenta años desde su primera edición (en solo tres tomos) son la prueba irrefutable de su trascendencia y reputación.

El tomo XIII de la obra del profesor Bascuñán, forma parte del estudio de los “Derechos y Deberes Constitucionales”, en este caso, los derechos y libertades contemplados en el art. 19 numerales: 13 “Derecho de reunión”, 14 “Derecho de petición”, 15 “Derecho de asociación”, 16 “Libertad de trabajo y su protección”, 19 “Derecho de sindicación”, 17 “Derecho de acceso a funciones y empleos públicos” y 18 “Derecho a la seguridad social”, en ese orden.

La metodología utilizada por el autor es la tradicional y ya conocida en los tomos anteriores, vale decir, se comienza con la enunciación de la norma constitucional, para luego develar su alcance conceptual, continúa con una contextualización histórica y, señalando las tradiciones más significativas que tengan algún grado de afinidad con la nuestra, a saber: española, francesa, alemana, estadounidense, latinoamericana. Pero, donde el autor se muestra con más aplomo y quizá sea el mayor mérito de la obra, es en el análisis histórico constitucional chileno. La mirada serena y desapasionada de los diversos ensayos y modelos que fracasaron en su implantación, permite formarse una idea clara de por qué se llegó a la redacción actual del texto constitucional. Queda entonces clara la noción de que no es posible conseguir por decreto, ley, constitución o mandato de autoridad alguna, aquello que es incompatible con la forma en que actúan los seres humanos, así como con sus garantías y libertades; y cada vez que no se ha actuado en consecuencia, ello ha traído el desprestigio institucional y la necesidad de reformas, esto, sin olvidar, la estela de caos y violencia propio de los períodos de crisis.

Otro tanto se anota el autor, en el manejo de las discusiones al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Comisión Ortúzar, (no en vano él fue integrante de dicho ente hasta 1977), rescatando lo esencial de las opiniones de los comisionados, y aun las que fueron discrepantes con la suya propia, en un gesto de integridad que se agradece, más todavía si algunas de las opiniones discrepantes con las del autor resultan ser más acertadas y mejor fundamentadas.

Siguiendo en el plano metodológico, menos encomiable parece el uso abusivo del Diccionario de la Real Academia como herramienta hermenéutica, pues transforma el estudio de la norma en un ejercicio semántico que a ratos se torna algo arbitrario, pues las conclusiones a las que se llega también son asequibles mediante otras herramientas dialécticas o aun retóricas más apropiadas al uso jurídico, por tanto, el uso del diccionario pudo reservarse para aquellos casos en que efectivamente haya habido dudas sobre el significado de las palabras. Por último, la obra cuenta con adecuada jurisprudencia constitucional, judicial y, en el caso de la libertad de trabajo, también administrativa, sobre los tópicos que aborda.

Sin pretensión de exhaustividad, reseñamos los aspectos más destacables sobre el contenido del volumen: el primer derecho que el autor aborda es “el derecho de reunión”, que lo define como “la libertad que tienen las personas para congregarse accidental o transitoriamente con el objeto de comunicar un hecho, discutir cualquier asunto o manifestar algún sentimiento u opinión”, la definición es acertada pues considera los elementos esenciales del derecho en cuestión, sobre todo, el aspecto de la “transitoriedad” pues quienes se reúnen con el fin de generar vínculos de mayor pervivencia ejercen una libertad distinta, la de “asociación”. Se agradece también la opinión garantista y respetuosa de esta libertad que defiende el autor al descartar de plano, cualquier tipo de intromisión estatal o de otra índole en el ejercicio de este derecho: “Cabe por ello admitir esta libertad con amplísimo alcance. No ha de haber límites en cuanto al objeto de la reunión, a lo que durante su celebración se trate, a lo que en ella se acuerde”, la cuestión a la que aludimos resulta clave, pues el derecho de reunión es el vehículo por el cual se ejercen otras libertades que son fundamento mismo del Estado de Derecho, y originaron el constitucionalismo moderno, a saber, libertad de expresión, de movimiento, de culto, asociación, etc.

El ejercicio de este derecho, sin embargo, ofrece algunos comentarios especiales del autor, pues la defensa de la libertad de reunión no implica aceptar expresiones pervertidas y abusivas que se perpetran en su nombre, por ejemplo, no existe tal cosa como un derecho a reunirse y/o manifestarse en lugares públicos. No puede, por ende, cualquier muchedumbre, patulea, pandilla ocupar el espacio que sirve a otros para transitar con el supuesto fin de reunirse o manifestarse, pues, tratándose de bienes nacionales su uso corresponde a la Nación toda, y su obstaculización es una forma de coacción: impedir hacer lo que la ley permite, consecuentemente, sólo cabe la disolución del tumulto por la policía. De este modo lo entendió también el constituyente, que en la segunda oración del N° 13 del art. 19 señala que: “Las reuniones en plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”, entonces, las reuniones y manifestaciones en lugares públicos sólo tienen cabida de forma excepcional y previo cumplimiento de las “disposiciones de policía”. La Constitución, en otras palabras, no ampara la privatización o uso particular (aunque sea una muchedumbre, jamás la Nación) de los espacios públicos; en cambio, el constituyente no impone límite alguno al ejercicio del derecho de reunión, tratándose de recintos privados. Compartimos la opinión del autor en el sentido que los requisitos para reunirse en espacios públicos debieron ser materia reservada a la ley y no como ocurre hoy de un decreto.

El segundo derecho estudiado es el derecho de petición contemplado en el N° 14 del art. 19 de la Constitución. Se trata de un derecho propio del constitucionalismo clásico (Carta Magna de 1215), y que en nuestro medio se reconoció en la Ley de Reforma a la Constitución de 1833, de 13 de agosto de 1874. Resulta un tanto extravagante la fundamentación de este derecho dada por el autor, pues sostiene que: “debe tenerse presente que en la sociedad los distintos movimientos de las personas y de los grupos que surgen, en pos de la satisfacción de sus respectivos objetivos, se proyectan en forma de requerimientos sobre el poder público estatal y sobre sus órganos, para conformar así los insumos, solicitudes o *inputs*, según la terminología de David Easton, que deben ser procesados por las diversas autoridades, para ser acogidos o desechados a través de las distintas decisiones, resoluciones, *outputs* o productos del sistema político”, -soslayando la esperpéntica terminología de Eas-

ton citada por el autor- esta explicación del derecho de petición resulta un tanto desapegada de la tradición constitucional que ve las libertades como un límite al poder estatal, y tampoco muestra un criterio claro para distinguir un requerimiento, solicitud, u otras formas de inicio de un proceso administrativo o de otros órganos del Estado (una acción ante un Tribunal, por ejemplo), del derecho de petición propiamente tal.

Concluye la primera parte de este tomo, con un exhaustivo análisis del derecho de asociación, el que se encuentra debidamente actualizado a la Reforma constitucional de 2010, que introdujo las primarias al interior de los partidos políticos y excluyó la posibilidad de presentarse a las elecciones a quienes fueran derrotados en estos procedimientos internos. Destaca en esta sección de la obra, el profundo conocimiento de la historia política e institucional de nuestro país que el autor despliega y que ocupa buena parte del volumen. El tratamiento del derecho de asociación y su parcelación en distintos apartados es adecuado (régimen general del derecho de asociación, estatuto de los partidos políticos, límites al pluralismo político), pero no es convincente la justificación filosófica que se hace del derecho, acercándose en exceso a la idea aristotélica (que no se cita, por lo que la conjetura es mía) del *zoon politikon*, de esta forma el autor sostiene: “La facultad de asociarse deriva, pues, de la naturaleza social del hombre, para quien resulta imposible su propia conservación y perfeccionamiento si se mantiene aislado... La unión fortifica al individuo, acrecienta y multiplica el valor y eficacia del esfuerzo personal, permite la división del trabajo y posibilita la consagración de cada cual a la vocación que le señalan sus aptitudes.” Señalar que la sociedad tiene su origen en una “naturaleza social” como la de los rebaños de ovejas o los cardúmenes de peces, es negar la racionalidad de las instituciones humanas, y, afirmar que de ello derivan los beneficios de los intercambios con otros seres humanos, es ilógico. La relación correcta -y en esto está más acertado Hayek-, es que el ser humano (racional) tiene conciencia de que le beneficia la división del trabajo y la convivencia con otros. Entonces, la causa de la sociedad -que no el efecto-, y por extensión, del derecho de asociación, se encuentra en el descubrimiento intelectual de los beneficios individuales que de ello derivan, no en una especie de impulso (*zoon politikon*) ni tampoco en un supuesto pacto social (contractualismo), aunque esta última no es opinión del autor.

La libertad de trabajo y su protección, es la siguiente materia en el estudio del autor: comienza con los antecedentes históricos para la justificación del intervencionismo del Estado en materia laboral, a saber: la Revolución Industrial, la cuestión social, las encíclicas papales, el Edicto de Turgot, la Ley Chepellier, en fin, una elegía por la muerte del sistema de servidumbre y corporativista que caracterizaba las relaciones productivas medievales (vigentes hasta antes de la Revolución Industrial), lo más manido y ya superado por la moderna historia de la economía (Ashton, Hacker, Hutt, por citar los más conocidos). Lo cierto, y nuestro autor lo pasa por alto, es que la Revolución Industrial sacó a las masas depauperadas de la servidumbre en que habían vivido desde la caída del Imperio Romano, y las transformó en trabajadores libres que podían disponer de su persona y del fruto de su trabajo, obviamente, que las condiciones en aquellos prístinos años del maquinismo no fueron de excelencia, pero eran lo suficientemente buenas como para que los trabajadores del campo (la mayoría ex siervos de la gleba) decidieran abandonarlo voluntariamente, para ir en busca de la libertad de la ciudad y la máquina. “El aire de la ciudad hace libre”, pasó a masificarse

como no había ocurrido en el medioevo. Lamentablemente, nuestro autor se quedó con la visión romántica y truculenta que de la Revolución Industrial dieron historiadores interesados (Saint Simon, Sismondi, Engels, Marx, los Webb, los Hammond) y sus actuales corifeos.

Más enriquecedora es la historia de la formación de la actual normativa laboral que halla sus raíces en el gobierno militar. Se puede palpar en el relato de Silva Bascuñán la absoluta perplejidad de los ministros del trabajo militares que carentes de una ideología propia, se entregaron a tendencias colectivizantes (Estatuto Social de la Empresa) aunque ya en 1976 se puso fin a las ambigüedades, asumiéndose las ideas de libertad en las relaciones de trabajo que se concretarían en el llamado Plan Laboral, que normalizó y dio coherencia a las relaciones de trabajo en el camino hacia el libre mercado que el país iniciaba.

El primer inciso del N° 16 del art. 19 de la Constitución garantiza la “Libertad de trabajo y su protección”, sobre el particular el autor señala que en la Comisión Ortúzar él se manifestó partidario de una interpretación amplia del precepto: “incluyendo la protección no sólo de la libertad de trabajo sino del trabajo mismo”, lo justifica agregando que: “la protección de la libertad de trabajo, ya del propio trabajo, constituye una obligación que corresponde a toda la comunidad y, en especial, a quien la dirige, es decir, al Estado...” Nos parece que el razonamiento es vacío. ¿Qué sentido tiene proteger al “trabajo mismo”, si ya se protege la libertad de trabajo que incluye la facultad de contratar o no contratar, configurar -en lo disponible- el contenido de la relación de trabajo y emplearse en lo que mejor parezca? Ni siquiera parece aceptable tal protección como norma programática, porque carece de contenido inteligible. Tampoco cambia nuestra postura con la cita hecha a don Pedro Irureta, que reza: “implica la valoración del trabajo como un atributo que surge de la propia dignidad del sujeto que presta servicios. Vinculado al orden económico, el trabajo requiere de protección, además, en su calidad de recurso productivo creador de riqueza y factor de desarrollo de la personalidad del individuo. También implica la consideración de que los trabajadores –como grupo social- requieren de medios idóneos para defender sus intereses ante una probable situación de desventaja”; esto último, nos parece más propio de una opinión personal del autor sobre el rol del trabajo en la sociedad moderna, que de una justificación del por qué se ha de proteger al “trabajo mismo” y no sólo a la Libertad de trabajo. En efecto, cabría preguntarse: ¿qué se protege cuando se protege al “trabajo mismo”? ¿al trabajo? ¿a los trabajadores? ¿a la capacidad productiva? Si protege a los trabajadores ¿se protege a todos ellos? ¿sólo a los que formen parte de ese “grupo social”? ¿sólo a los que estén en desventaja? En fin, toda esta disquisición sobre la “protección del trabajo mismo” resulta superflua pues basta con la protección que la Constitución hace de la Libertad de trabajo, que todos entendemos y sabemos en qué consiste.

Que no sólo el trabajador es titular de la Libertad de trabajo, sino también el empleador es algo que no merece dudas en nuestro ordenamiento constitucional, y Silva Bascuñán acertadamente lo sostiene. Aunque, aclara, que tratándose del empleador esta libertad es una manifestación de la autonomía privada y del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (19 N° 21), y, por tanto, una sana interpretación *pro homine* y *pro libertatis* ha primado cuando la jurisprudencia de los tribunales superiores ha impedido que la Admi-

nistración (Dirección del Trabajo) imponga relaciones laborales a empleadores que no han manifestado su voluntad de vincularse con ellos.

A propósito de la “Prohibición de discriminación laboral” nuestro autor sostiene: “...la no discriminación en materia laboral es concreción del principio general de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), como asimismo del deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1° inc. final)...” Discrepamos de tal punto de vista que equipara la acción de los particulares (relaciones de coordinación) con la acción del Estado (relación de hegemonía), imponiéndoles a los particulares parámetros en sus relaciones que son propios de la acción estatal. Los liberales del siglo XIX tuvieron claro que en materia de derecho público sólo se puede hacer lo que la ley manda, mientras que en derecho privado los particulares tienen amplia potestad para relacionarse siempre que no esté prohibido. Sostener, como lo hace nuestro autor, que la igualdad ante la ley (que es una regla propia de la actuación del Estado) es el criterio que ha de observar un particular, verbigracia, un empleador al ejercer su libertad de contratación, parece peligroso y reñido con las libertades que ha de garantizar y no limitar el Estado de Derecho. Si hemos de aceptar la intromisión estatal en las relaciones particulares, para prohibir ciertas preferencias abominables, esto ha de ser por vía excepcionalísima y sólo para excluir conductas odiosas en la convivencia social que estén expresa, cierta y previamente tipificadas en la ley. El Código del Trabajo en esta materia es modélico pues en su art. 2° describe exactamente cuáles son las conductas que no son tolerables en el acceso al empleo y durante la relación de trabajo, a saber: “distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social...”

Es erróneo lo señalado en la página 302, sobre la huelga, pues se sostiene que: “Durante el desarrollo de la huelga se mantiene la relación laboral, por lo que el trabajador no puede ser despedido, *continúa percibiendo su remuneración, deben cancelársele sus impositivos de seguridad social, y, en fin, sigue obteniendo todos los beneficios inherentes a su calidad de empleado dependiente y sujeto a contrato*” (destacado es nuestro), esta afirmación del autor está en abierta contradicción con el actual texto del Código del Trabajo que en su art. 377 regula la suspensión de la relación laboral por huelga o *lock out*. A mi juicio, se trata de un gazapo que el lector atento podrá soslayar, sin perjuicio de su corrección en futuras ediciones.

El autor finaliza su obra con un estudio del derecho de sindicación y a la seguridad social. La sindicación, a juicio del autor, es resultado de la evolución de la sociedad contemporánea hacia sistemas democráticos que posibilitan el desarrollo de las “personas con el objetivo de que lleguen a ser reales sujetos de su ‘destino histórico’”, otro de los puntos que marcan el reconocimiento del derecho de sindicación, según el autor, es el papel del Estado, cito: “Por otra parte, en la actualidad el Estado ha dejado de ser un mero árbitro en las relaciones sociales, asumiendo la función de regular, dirigir, controlar y supervisar la vida socioeconómica, todo ello en la búsqueda del bien común”. Lo primero, puede concederse al autor, pero señalar que el fin de la democracia es llegar convertir a las personas en “reales sujetos” de un supuesto “destino histórico” suena a historicismo *sismondiano*. Ahora, felicitarse por la mayor intervención, control y dirigismo del Estado en lo socioeconómico en pos de una presunta búsqueda del bien común es un sinsentido, pues implica afirmar que el Estado

es portador del bien común o, al menos, sabe cómo conseguirlo, lo que no es sostenible, salvo que estemos poseídos por alguna estatolatría delirante.

El bien común que la Constitución otorga al Estado la función de promover (art. 1° inc. 4°), no se relaciona con el intervencionismo, el control, ni la regulación de los diversos aspectos de la vida de las personas; por el contrario, la Constitución dice que la finalidad del Estado es: “promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, lo que ocurre solo cuando el Estado se limita a aquellas actividades que le son propias (policía, justicia, defensa), absteniéndose de intervenir, y, dejando a los particulares y a sus órganos intermedios ejercer su libertad y autonomía en todas las demás, pues es la única manera de respetar sus derechos y garantías establecidos en la Constitución.

A propósito de lo mismo, Silva Bascañán, señala que la sindicación constituye una forma de asociación –ya nos hubiera ahorrado, el autor, lo de la democracia, el Estado y el bien común– como explicación de la naturaleza del derecho de sindicación, lo que compartimos plenamente. Continúa el autor con una revisión histórica del papel de los sindicatos en el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, en la que, con ser ciertos los hechos y estar bien documentados, no compartimos la interpretación que se da a sus alcances y consecuencias (ya dimos nuestra opinión sobre esa historiografía).

Finaliza el autor con el derecho a la seguridad social, el mayor mérito de este apartado es que está actualizado a la reforma previsional de 2008 (Ley N° 20.255), sin embargo, el tratamiento es tan convencional que ha sido desilusionante su lectura.

Calibrando los pros y contras del libro, se sugiere una lectura precavida.

JORGE MARTÍNEZ RIVERA