

# **LA COMPARACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO. VALORES QUE SE OMITEN**

Por María del Carmen Piña<sup>1</sup>

## **COMPARISON IN LABOR LAW. VALUES THAT ARE OMITTED**

By María del Carmen Piña

### **Resumen**

El presente ensayo, expone datos concernientes al origen del Derecho Comparado e indicios en torno a su conceptualización. Se busca exhibir la entidad de la disciplina dentro del sistema jurídico, postulando teorizaciones respecto al deber ser de esta materia y en aras de mostrar su estado actual y utilidad para cualquier operador jurídico. La pretensión es conectar esta disciplina en una era de grandes reformas legislativas, dentro de la dogmática laboral en Argentina. El trabajo se elabora a partir de la conferencia de un comparatista, vinculado a OIT

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Graduada del Programa de Posdoctorado (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomada en Derecho Comparado (Universidad Atila Josep en Sèged, Hungría). Becaria en Seminario de Derecho Comparado Universidad de Lodz, Polonia y Bordeaux, Francia. Profesora de Derecho Comparado en Especialidades, Maestrías y Carrera de Doctorado (UNC, UCC y Universidad Siglo21). Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Juez de la Sala VI de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Co Directora de la carrera Interinstitucional de Derecho Laboral (UNC, UCC y Universidad del Litoral) Directora del Seminario de Metodología de la Investigación de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Contacto: mariadelcpina@gmail.com

dictada a fines del siglo pasado. El intento es exponer la vigencia de ese pensamiento en la problemática laboral actual y relevar algún uso abusivo del Derecho Comparado por parte de los legisladores al momento de emprender sus reformas, dejando entrever un conflicto de valores.

### **Abstract**

The present text exposes data concerning the origin of Comparative Law and indications about its conceptualization. It seeks to exhibit the entity of the discipline within the legal system, postulating theorizations regarding the duty to be of this matter and in order to show its current status and usefulness for any legal operator. The aim is to connect this discipline in an era of great legislative reforms, within the labor dogmatic in Argentina. The work is based on a lecture given by a comparative lawyer linked to the ILO at the end of the last century. The intention is to expose the validity of this thought in current labor issues and to reveal some abusive use of Comparative Law by legislators at the time of undertaking their reforms, revealing a conflict of values.

**Palabras clave:** Derecho comparado - Concepto - Evolución - Relaciones laborales.

**Keywords:** Comparative law - Concept - Evolution - Labor relations.

**Sumario:** I. Introducción. II. Algún dato sobre el origen del Derecho Comparado. III. Comparación en el Derecho del Trabajo. IV. Derecho comparado como una moda. Uso y abuso. V. Reflexiones finales

# LA COMPARACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

## VALORES QUE SE OMITEN

Por María del Carmen Piña

### 1. Introducción

En los años ochenta, un eximio juslaboralista enseñaba a su discípula: “Es vieja advertencia de los comparatistas que el Derecho Comparado no es un catálogo de normas extranjeras, sino un conjunto de experiencias no nacionales respecto de conductas jurídicamente relevantes”. Su recomendación era vertida dentro de un contexto en crisis, recién salido de una feroz dictadura, que había también asolado el derecho del trabajo en Argentina<sup>2</sup>.

En aquellos años, el derecho positivo requería modificaciones y el impacto de haber vivido un flagelo en términos gubernamentales presagiaba que habría cambios insurgentes.

Intentar hoy una reconstrucción histórica permitiría verificar que algunas de aquellas reformas legislativas, se llevaron a cabo de modo irreflexivo e incluso, mostrando a veces, una fuerte inadecuación respecto a los problemas genuinos que estaban pendientes de respuesta y solución.

Un ejemplo paradigmático lo constituyó la reforma laboral que instituyera los contratos precarios. La mencionada normativa se espejó en una norma similar que había sido dictada en España. En relación a este país, dos notables juristas ya se habían pronunciado, vaticinando que con la misma se destruiría el derecho del trabajo. Ellos eran: María Emilia Casas Baamonde y Fernando Valdez del Re. Ambos anticiparon la catástrofe. No obstante, el gobierno español de ese momento, imbuido en un marcado utilitarismo ético, sostuvo que era necesario sacar al país de la

---

<sup>2</sup> MONZON, MÁXIMO DANIEL, fue una rara avis en el Derecho del Trabajo en Argentina. Contemporáneo y amigo de Norberto Centeno - autor de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744)- sedujo por su fina inteligencia. Su pensamiento, sólido por su formación filosófica y en Teoría General del Derecho, trascendió las fronteras argentinas. Quizás para nosotros, desde nuestra Córdoba de las Campanas, sea aún más valioso, porque dedicó generosamente tiempo y esfuerzo para alentar a un grupo de entusiastas locales, deslumbrados por su extraordinaria lucidez y creatividad en la transmisión del conocimiento. Tuve la suerte de ser su discípula.

postración económica en la que estaba sumido. No importaba que para ello, se sacrificarían algunas generaciones de trabajadores en pos de lograr su resurgimiento<sup>3</sup>.

A su tiempo, los legisladores argentinos imitaron a rajatablas aquellos textos normativos flexibilizadores, con total prescindencia del dato que a todas luces se verificaba en torno a la ineptitud de la legislación denunciada, sancionaron la Ley N° 24.013 y su decreto reglamentario.

Los nuevos modelos contractuales laborales que allí se introdujeran, fueron incluso bautizados con el mismo nombre con que habían nacido en el país ibérico. Parte de la doctrina laboral argentina, a poco de haberse instrumentado, los catapultó con el nombre de “contratos basura”.

Varias son las hipótesis que podrían postularse para entender la razón de semejante ineptitud legisferante. Lo verificable sin embargo, es que por bastante tiempo, nuestro país tomó como significativa referencia, el Estatuto de los trabajadores y la doctrina laboral de los juristas españoles, casi por sobre cualquier otra y quizás en buena parte, por la ductilidad que permitía compartir un discurso y una legislación donde sonaba el mismo idioma.

Lo que queda expuesto es que la funesta reforma legislativa en nuestro país, tomó como modelo extranjero la normativa española, trasplantando el modelo de contratos precarios. Es atinado concluir que el acto jurídico comparativo no fue atinado.

El ejemplo fue paradigmático, pero por cierto no el único que se verifica a lo largo de cambios legislativos atinentes al derecho del trabajo.

Saber derecho positivo enseñaba Enrique Martínez Paz, es saberlo comparativamente. Claro que la cita pertenece a un jurista que reverenciara la entidad del Derecho Comparado dando luz, no sólo al famoso Instituto que por años iluminara la Facultad de Derecho de la Universidad

---

<sup>3</sup> CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA Y FERNANDO VALDEZ DEL RE, “Nouvelles formes d´emploi dans le Droit de Travail Espagnol” Colloque International sur les formes d´emploi. A partir de 1976, España debía generar políticamente un período de transición entre las instituciones franquistas y las instituciones democráticas. Durante esta transición los inconvenientes fueron numerosos y complejos. Fue entonces cuando debieron establecerse nuevos balances radicalmente diferentes a los del pasado. Por lo tanto, se dio prioridad obvia y necesaria a la regulación de las cuestiones políticas. Por esas razones el debate sobre el empleo que implica la crisis económica sólo podría abordarse con retraso. Los cambios políticos en España incidieron de forma significativa sobre la legislación del trabajo. Las nuevas formas de empleo que se implementaron, fueron formas devaluadas, pobres y subprotegidas, que sirvieron a las cambiantes necesidades patronales tales como la adaptación de la mano de obra a las fluctuaciones de la producción y del mercado, en un ambiente social y cultural especialmente sensible a los valores patronales y a la economía de mercado. Se constata por otra parte, la ausencia de una política ordenada y coordinada en lo concerniente al empleo y a la cual es necesario atribuir la exaltación de del empleo temporal como medio de creación de nuevos puestos de empleo.

Nacional de Córdoba, sino que fuera señero en su enseñanza y obra, conocida y reconocida -como el profeta- más a veces en el extranjero que en su propia tierra.

Es posible que la simple alusión al Derecho Comparado, produzca cierto escozor, desinterés o desprecio en algunos de aquellos que a diario ponen todo su afán en el aprendizaje, en la creación, reforma o aplicación del derecho del trabajo. La referencia puntual enfoca a veces a algunos los estudiantes, abogados, jueces, juristas y en particular a los legisladores.

También a veces es preciso remarcar, que tomar una institución o una norma jurídica, aislarla del sistema local o nacional de relaciones laborales y compararla con lo que aparentemente constituye la institución o norma correspondiente en otra provincia o en otro país, puede convertirse en una manipulación incierta y peligrosa. Más aún, es probable que una comparación semejante de los aspectos aislados de los diferentes sistemas de relaciones laborales, lleve a la formulación de conclusiones falsas, principalmente si ella es realizada con el fin de una evaluación comparativa.

Las instituciones deben ser consideradas en su contexto general del sistema de relaciones de trabajo de las cuales ellas son parte. El punto de partida de una comparación nacional (interna) o internacional, no puede ser una institución en sí, sino las funciones que ella cumple. Estas funciones reflejan el funcionamiento del sistema de relaciones laborales en su totalidad. No deben compararse las instituciones aisladas de su contexto histórico y cultural, por lo que es necesario colocarlas en el conjunto jurídico al cual ellas pertenecen y a la luz de la evolución histórica de la cual ellas han dependido.

El comparatista no debe ocuparse de la comparación de dos disposiciones normativas, sino del valor revelador de los pensamientos sociales que separan dos reglas del derecho.

No es la regla de derecho en si misma lo que interesa, sino lo que ella representa y sólo se puede entender cuando esta regla se encuentra en su evolución histórica y en su contexto jurídico.

## **2. Algún dato sobre el origen del Derecho Comparado**

El acto de comparar es innato a la persona. No hay nada que la mente humana haga con mayor frecuencia que comparar. Bernardin Saint-Pierre lo dice en forma expresa. Desde siempre, ésta ha efectuado comparaciones. Para elegir, para desechar, para mejorar lo que tiene, para la innumerable cantidad de conductas que se pueden identificar en el comportamiento humano.

Discernir implica por cierto y de forma inmediata, establecer analogías, entrever razones y esbozar razonamientos.

Al adentrarse con este presupuesto en el mundo jurídico, es verificable que la apelación a la comparación muestra una vieja tradición.

Desde la antigüedad se ha pensado siempre que el conocimiento de los derechos extranjeros era de primordial importancia para el legislador.

Ya en la Grecia clásica, con motivo del característico interés de los pensadores griegos, asiduamente fue empleado el estudio de modelos jurídicos foráneos para su posterior aplicación en la polis y aquí es donde aparecen las primeras investigaciones comparativas.

Licurgo en Esparta y Solón en Atenas, viajaron por el mundo entonces conocido para descubrir las instituciones antes de legislar e incluso los decemvirs encargados de redactar la Ley de las XII Tablas, se habrían informado de leyes extranjeras, particularmente leyes griegas, cuya influencia es visible en la primera legislación escrita de Roma. Todavía se cita a Platón en cuya obra *Las Leyes* hace la comparación y a Aristóteles, quien discutió las constituciones existentes, principalmente la de Cartago.

En el Imperio Romano en cambio, no se verifican ejemplos de especulaciones respecto del derecho comparado.

Será necesario esperar el siglo XVIII y especialmente *L'Esprit des Lois* (1748) para encontrar un recurso sistemático a las enseñanzas sacadas de otras legislaciones. El mismo Montesquieu tiene el mérito de comprender la palabra *loi* en su sentido físico, lo que conduce a investigar las relaciones existentes entre fenómenos jurídicos, históricos, políticos y aun climáticos. En este título, se ha podido ver en él al primero de los comparatistas<sup>4</sup>.

Puede resultar ocioso y por cierto hartamente incompleto para esta exposición formular un rastreo histórico. Más útil parece remarcar algunos trazos para afirmar que el término *Derecho Comparado*, comienza a utilizarse en forma asidua a partir del año 1900, en oportunidad de llevarse a cabo en París el primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, bajo los auspicios de la exposición mundial simbólicamente representada por la Torre Eiffel.

El congreso de París intenta encontrar su *droit commun législatif* en la legislación positiva de la Europa continental mediante la comparación de códigos y textos.

---

<sup>4</sup> ANCEL, Marc, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971, pags. 10, 12.

Los mejores juristas de la época participan y las repercusiones son considerables. Uno de los principales animadores, Raymond Saleilles, presenta en la síntesis de su informe los progresos realizados en los últimos treinta años.

Lambert, otra de las figuras señeras de aquel evento, cuyo sueño era un “droit commun de l’humanité”, refiere que el derecho comparado debía resolver las accidentales e indivisas diferencias en los sistemas jurídicos de los pueblos que se encontraran en etapas de desarrollo cultural y económico similares, así como reducir la cantidad de divergencias en materia legal, que podían atribuirse no tanto a las características políticas, morales y sociales de los diferentes países, cuanto al accidente histórico o a circunstancias temporales contingentes<sup>5</sup>.

Con el mismo motivo, cabe señalar como dato histórico, que el primer congreso de Derecho comparado se celebró en La Haya en 1932 y posteriormente en el mismo lugar ocurrió en 1937.

En esos tiempos constituye materia de discrepancia la propia noción de existencia del Derecho Comparado. Lo fue también el hecho de que se confundiera el derecho comparado con la legislación comparada y perdura hasta la actualidad el intento de demostrar que no se trata de la misma cuestión.

Surge de la indagación que desde aquel congreso primero, el derecho comparado ha mostrado un ininterrumpido desarrollo pese a los cambios verificados en las actitudes humanas hacia la existencia.

Si bien las guerras mundiales debilitaron y casi por completo destruyeron la fe en un derecho mundial y pese al escepticismo que prevalece entre cosmovisiones diferentes, resulta claro el desarrollo y enriquecimiento de la disciplina en análisis.

No obstante lo dicho, el derecho comparado sigue ocupando un lugar bastante modesto en los programas académicos.

Al encarar en la universidad y fuera de ella la investigación jurídica, se alerta desde antaño a no descuidar la investigación comparativa. Gutteridge ha dicho que el problema de la investigación comparativa está íntimamente ligado con el de la investigación jurídica en general<sup>6</sup>.

En referencia a la primera, sostiene que el derecho comparado ofrece oportunidades inmejorables para trabajos de creación. Que el terreno es virgen y casi nunca se corre el riesgo de

---

<sup>5</sup> ZWEIGERT KONRAD- KÖTZ HEIN, *Introducción al derecho comparado*, Colección Estudios Jurídicos, Oxford University Press, México, 2002, pag. 4.

<sup>6</sup> GUTTERIDGE H.C., *El derecho comparado*, Ediciones Olejnik, 2023, pags. 213-214.

que unos trabajos se anticipen a otros. Que cualquier operador jurídico halla en el uso del método comparativo nuevos caminos para la investigación y un escape a la rutina.

Pese a que importantes juristas tanto europeos como americanos a lo largo del siglo XX pusieron de relieve ese papel, la especialidad de derecho comparado no ha tenido un interés especial en la actividad universitaria y docente de algunos países de Europa como España y Portugal, pero es algo diferente lo que se ha verificado en países como Gran Bretaña, Francia, Italia y Alemania, que dan cuenta de la existencia de un estudio sistemático dentro del currículo de las carreras como una materia especial de estudio y en casos particulares como Italia, tienen incluida en cada asignatura un apéndice que refiere su estudio desde el derecho comparado..

En los últimos treinta y cinco años, tanto en Europa como en América, se percibe un notable resurgimiento del Derecho comparado que se evidencia en equipos investigadores consolidados, institutos científicos y programas de formación jurídica.

Por su parte, el derecho político ha tomado el modelo constitucional contemporáneo para exportarlo a los estados democráticos y de derecho actuales.

El derecho penal alemán e italiano, han servido de referencia básica a muchos sistemas penales.

Otro ejemplo comparatista clásico lo constituye la codificación como modelo desarrollado en el seno de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental.

En cuanto al derecho mercantil, se advierte que está fuertemente vinculado a la comparación como medio para el desarrollo y expansión de sus instituciones. Tanto imperialismos como colonialismos han servido de cauce para trasladar o exportar sistemas jurídicos ajenos cuya influencia en la era post colonial no ha desaparecido y más bien, se ha arraigado a consecuencia de las estructuras económicas capitalistas y el proceso de globalización mercantil contemporáneo.

Como herramienta jurídica, el derecho comparado se ha mostrado también como instrumento valioso e indispensable en la actividad judicial y procesal. Y un ejemplo paradigmático lo constituyen los Tribunales de la Unión europea, donde los jueces, vinculados a su propia formación y sistema jurídico, requieren del conocimiento y evaluación de otros sistemas jurídicos, para, eventualmente, aplicar soluciones viables y efectivas en sus decisiones.

Con notables excepciones, los comparatistas han tendido a concentrarse en el derecho privado. Las razones históricas para este énfasis son obvias. El derecho comparado moderno, tomó forma como una disciplina a fines del siglo XIX en los momentos exitosos del derecho privado y del *laissez faire*. Tuvo su existencia principalmente para servir a una variedad de fines prácticos,

en especial en el dominio del derecho privado. Sin embargo, este énfasis conduce principalmente a examinar áreas fructíferas para el estudio comparado. También impide el análisis del derecho privado mismo y de sistemas legales como un todo en funcionamiento, por fallar al tomar suficiente razón del rol de la regulación moderna y del derecho administrativo en las áreas primitivas del derecho privado.

Varias teorías sobre cómo agrupar sistemas legales en familias dependen de los conceptos de derecho privado. Tales agrupaciones se verían completamente diferentes si fueran hechas, si fueran realizadas sobre la base de separación de poderes, revisión judicial, gobierno parlamentario, procedimiento adverso o no adverso, y así por el estilo<sup>7</sup>.

### **3. Comparación en el Derecho del Trabajo**

En el año 1980, Johannes Schregle<sup>[7]</sup> <sup>8</sup>es invitado a pronunciar una conferencia para honrar la memoria del profesor sir Otto Kahn Freund, quien a esa fecha, habría cumplido ochenta años. La ceremonia fue celebrada en la Facultad de Economía de Londres. El disertante expresa que el profesor Kahn Freund era una autoridad en materia de derecho laboral y de relaciones de trabajo comparadas.

Retrotraer al momento actual el contenido de esa conferencia, permitiría exhibir la dimensión y vigencia de aquel pensamiento. También para cualquier juslaboralista, verificar que fue en honor de Kahn Freund, puede hoy resultar impactante. En aquella disertación se expuso:

*“En 1952, cuando se discutía en el Parlamento de la República Federal de Alemania la ley relativa al régimen orgánico de las empresas, el entonces ministro de Trabajo dijo a favor del proyecto, que se trataba de la legislación más progresista del mundo en la materia. En época más reciente, un antiguo dirigente sindical y el ex ministro de Trabajo preparó un estudio, como parte de la campaña de la Confederación de Sindicatos (DGB) para la prohibición de los lockouts en la República Federal, con el fin de demostrar que los empleadores tenían un derecho de lockout más amplio y lo utilizaban con más frecuencia en ese país que en los demás.*

---

<sup>7</sup> Este párrafo forma parte de un artículo publicado bajo el título Derecho comparado, algún dato desde sus orígenes, el cual se encuentra en la página de IJ Editores el Volumen 1 del Cuaderno del Instituto de Derecho Comparado. Se lo puede consultar en el siguiente enlace: <https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicaciones>

<sup>8</sup> SCHREGLE, JOHANNES, ex Jefe del Departamento de Relaciones Profesionales de OIT y Secretario General de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. “*Relaciones de trabajo comparadas: escollos y posibilidades*”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 100, núm. 1, enero-marzo 1981.

*En ambos casos, elegidos como ejemplos del mismo país, los defensores de determinada política interna trataron de fundamentar los argumentos en las relaciones laborales comparadas. En el primer caso, se utilizó la referencia a los sistemas extranjeros para demostrar que el enfoque nacional era mejor que el de los demás países. En el segundo, la comparación con las leyes y la práctica de relaciones de trabajo en otras partes se utilizó para demostrar que el sistema nacional era peor que el de otros países”.*

En su lúcida alocución, Shregle resalta que esos dos ejemplos, a los que podrían agregarse muchos otros de diversos países, ilustran el hecho de que las relaciones de trabajo comparadas, a menudo se utilizan únicamente para reforzar una posición política determinada, que puede ser de alcance puramente interno. Es evidente que, en este contexto, el término “política” se utiliza en su sentido amplio, con alcance genérico, que comprende todos los esfuerzos destinados a obtener (o impedir) cambios en la sociedad.

Un sistema de relaciones laborales es sólo una expresión, un reflejo, de la sociedad de la que forma parte. Sin embargo, los dos ejemplos muestran también que la comparación internacional en materia de relaciones de trabajo, a menudo se hace con el objeto de formular un juicio de valor. Cuando se comparan dos o más sistemas de relaciones laborales, o aspectos específicos de dichos sistemas, explícita o implícitamente se está tratando de establecer cuál sistema o cuáles aspectos son “mejores” o “peores”, más o menos “ventajosos” o más o menos “progresistas” que otros.

Sostiene el disertante que para cualquier comparación significativa, la comparación internacional en materia de derecho del trabajo exige la aceptación de un punto de referencia, de una escala de valores, de un tertium comparationis, esto es, de un tercer factor al que puedan referirse los sistemas o fenómenos de relaciones de trabajo de los países que se comparan, un tercer elemento que provea una unidad de medida que permita la comparación internacional.

Una de las dificultades más importantes con que se tropieza en las relaciones de trabajo comparadas, es precisamente que muchas personas intervienen en un diálogo o comparación internacional, sin haberse puesto de acuerdo, previamente acerca de cuál será el tertium comparationis, cuando no –y esto es aún peor- suponen implícita o explícitamente que los demás comparten o deberían compartir su propia escala de valores.

El motivo de las divergencias de opinión es que resulta muy difícil, admitiendo que sea posible, llegar a un acuerdo sobre la escala de valores o la unidad de medida que permita medir por comparación- en relación recíproca- las cosas que se quieren comparar. Un ejemplo de la

fijación de normas, valores o patrones aceptados internacionalmente que puedan servir como punto de referencia para la cooperación internacional en cuestiones laborales, es la actividad normativa de la OIT, que desde su creación, ha logrado establecer normas internacionales en forma de convenios y recomendaciones.

El propósito de esos textos es establecer una norma mínima o una serie de directrices de la política laboral de aceptación internacional, pero indudablemente no se adoptaron para servir como *tertium comparationis* en la comparación entre países. Sin embargo, dichos textos constituyen una especie de patrón que puede utilizarse para la medición comparada de normas laborales.

Si el problema es considerado desde el punto de vista general, si se aceptase como proposición general que el criterio para la evaluación comparada de las relaciones de trabajo en diferentes países debería ser el interés de los trabajadores, deberían plantearse algunas preguntas: ¿Qué trabajadores? ¿Los trabajadores de una industria o empresa particular o los trabajadores del país en su conjunto? ¿Los trabajadores empleados o desempleados? ¿La generación presente de trabajadores o las futuras? Estas preguntas sirven simplemente para demostrar que toda comparación internacional de las relaciones profesionales estará inevitablemente involucrada en el centro de un debate sobre las decisiones que deberían tomarse hoy para la orientación de la sociedad del futuro.

Por cierto, podrá sostenerse que, más bien que tomar los intereses de los trabajadores como unidad de medida de la comparación internacional en materia de relaciones laborales, deberían tomarse como valor de referencia conceptos tales como, por ejemplo, libertades fundamentales, independencia nacional, rápida industrialización, construcción de una entidad nacional o incluso la promoción de otros valores. Puede verse fácilmente que el debate sobre las relaciones laborales de trabajo comparadas nos lleva al meollo de la controversia sobre la orientación de la sociedad humana.

Señala que aun suponiendo que el *tertium comparationis* de las relaciones de trabajo comparadas debería ser el grado en que la solución adoptada por un país determinado es más favorable para los trabajadores que la adoptada por otros países, tampoco puede resolverse fácilmente el problema fundamental.

Respecto de muchas condiciones de trabajo puede medirse comparativamente el grado en que son “más o menos favorables para los trabajadores”. En particular, en el terreno de las condiciones materiales de trabajo, especialmente en lo concerniente a la protección de la salud y

la seguridad de los trabajadores, puede realizarse una medición valorativa y comparativa de las diferentes normas nacionales con alto grado de precisión y objetividad. También en la esfera de las condiciones generales de trabajo es posible realizar una evaluación comparada. Por ejemplo, una semana de cuarenta horas es más favorable que una de ocho horas; un preaviso de despido de seis semanas es mejor que uno de tres semanas; seis semanas de vacaciones anuales es mejor que cuatro semanas. Todo parece claro y evidente, pero las cosas se complican cuando se combinan disposiciones y prestaciones diferentes. En caso de despido, por ejemplo, ¿es preferible un período breve de preaviso combinado con una indemnización elevada, o un período prolongado de preaviso con una indemnización menor?

El problema real se presenta en la esfera de las relaciones laborales en su sentido técnico: las instituciones, procedimientos y normas que rigen las relaciones entre empleadores y sus organizaciones, los trabajadores y sus organizaciones y el gobierno.

Afirma el profesor alemán que nadie puede demostrar que el concepto del tribunal laboral sueco o del tribunal laboral de Sri Lanka es mejor o peor que el de arbitraje de las reclamaciones o el de la Junta Nacional de Relaciones de Trabajo de los Estados Unidos. Es igualmente imposible decir si la negociación colectiva por empresa en el Canadá o el Japón es mejor o peor que la negociación a nivel de la industria o de la economía en Dinamarca o Noruega.

Colige en que dejando a un lado la dificultad de ponerse de acuerdo sobre una unidad o patrón universal, en toda comparación internacional en materia de relaciones de trabajo, se presenta la cuestión capital de qué es lo que debe compararse. Parece una perogrullada decir que no puede compararse lo que no es comparable, pero ¿estamos seguros de que cuando emprendemos estudios de relaciones de trabajo comparadas comparamos realmente cosas comparables?

Es dable observar que, en muchos países, los conflictos de trabajo se someten a los tribunales laborales, y, en consecuencia, puede surgir la tentación de comparar esos tribunales desde el punto de vista internacional. Pero, ¿para qué sirve comparar los tribunales laborales de por ejemplo, Suecia, Francia, la República Federal de Alemania y la República de Irlanda? El tribunal laboral sueco sólo es competente en materia de conflictos de derecho emanados de los convenios colectivos. Los tribunales laborales franceses entienden en los conflictos individuales. En la RFA, los tribunales laborales son competentes para entender en los conflictos de derechos emanados de cualquier norma vigente, tales como leyes, convenios colectivos, contratos de

empleo, etc. Por último, el tribunal laboral irlandés no es realmente un tribunal en sentido estricto del término, sino una junta de conciliación.

Es evidente que no se pueden tomar como objeto de comparación internacional cosas que tienen el mismo nombre o nombres similares en diferentes países. Más importante que el nombre es la función. Esta es una proposición fundamental para las relaciones de trabajo comparadas.

Si se adopta un enfoque funcional, se debe hacer totalmente abstracción del nombre de la institución, mientras que, si se quiere mantener la operación hipotética de la comparación de los tribunales laborales, se debe excluir el tribunal laboral irlandés (a pesar que lleva ese nombre) e incluir instituciones que no llevan el nombre pero que en realidad cumplen funciones de tribunal laboral, tales como los tribunales industriales de Inglaterra, los tribunales de trabajo en la India, el tribunal de arbitraje profesional en Singapur, el tribunal industrial de Kenia y las juntas de conciliación y arbitraje de México.

Subraya que si se toman como punto de partida las funciones y no las instituciones, el único método significativo de comparación internacional en materia de relaciones de trabajo es comparar la forma como se cumplen ciertas funciones en los diferentes países y los medios utilizados.

Otro aspecto a destacar lo constituye una reflexión sobre la razón de ser de ciertas instituciones del derecho del trabajo, donde se entrevé un nuevo horizonte para la comparación internacional en la materia. Ese nuevo horizonte es el factor tiempo y aclara que la respuesta a los interrogantes debe buscarse en la evolución histórica del sistema de relaciones laborales de cada país.

Se advierte que no tiene sentido tomar instantáneas de los sistemas de relaciones de trabajo de los diferentes países en un momento determinado y luego yuxtaponer esas fotografías a fin de establecer comparaciones. El sistema de relaciones laborales de cada país, evoluciona en todo momento. Surgen nuevos problemas y se buscan, debaten, adoptan o rechazan nuevas soluciones. Cualquier estudio que describa el sistema de relaciones de trabajo de un país o una industria en particular, forzosamente será anticuado en el momento mismo en que se publica.

Es un campo en que se está experimentando en forma permanente en todo el mundo. A menos que se logre introducir este elemento evolutivo en la comparación internacional o, por lo menos, que se tengan en cuenta esos cambios continuos, simplemente no podrá abrigarse ninguna esperanza de aprovechar las enseñanzas que puedan inferirse de las relaciones profesionales comparadas.

Como beneficio directo derivado de la comparación internacional basada en una apreciación adecuada de las dimensiones históricas y evolutivas, se enriquece el enfoque y comprensión de las legislaciones de trabajo y mejora la aptitud para analizar los fenómenos de relaciones de trabajo.

Enfatiza en que ningún sistema de relaciones de trabajo podrá comprenderse sin evaluar sus orígenes históricos. Ben Roberts<sup>9</sup> ha hablado al respecto de “modelo basado en la historia”, mientras que sir Otto Kahn Freund<sup>10</sup> en sus trabajos, sobre derecho laboral comparado, se refirió a normas legales nacidas en los albores de la historia.

Incluso aún si se es consciente de que las relaciones de trabajo no son algo estático, sino un proceso que cambia permanentemente, y de la necesidad de adoptar un enfoque funcional más bien que de instituciones, es necesario estar siempre prevenidos contra el peligro de caer en las trampas que tienen los conceptos, las nociones y las palabras. Las relaciones laborales comparadas se enfrentan con un tremendo problema de terminología. No se trata de la traducción en sí de términos de un idioma a otro: se acepta en general que conceptos tales como convenio colectivo, conciliación y arbitraje o participación de los trabajadores pueden traducirse en diferentes idiomas.

En materia de relaciones de trabajo comparadas, los problemas de terminología, van más allá de la dificultad de una traducción literal. Los conceptos expresados en palabras están cargados de valores, emociones, experiencias y esperanzas. Extraer esas palabras de su contexto nacional y traducirlas a lo que parece ser su equivalente en otro idioma y, por ende, en otra sociedad, es una tarea realmente muy complicada. En su obra *Labour and the law*, el profesor Kahn Freund se refiere a este problema diciendo que “no se debe subestimar el significado real de la magia de las palabras”, y habla de “la utilización de palabras y símbolos que expresan una política, una aspiración, una tradición”<sup>11</sup>.

Destaca por fin que la comparación internacional es sin duda un método, quizás el mejor, para explicar y analizar el “por qué” de ciertos fenómenos de relaciones de trabajo. Como dijo John Dunlop: “El método comparativo lleva a formular interrogantes acerca de las razones de las comparaciones y contrastes observados”.

---

<sup>9</sup> ROBERTS B.C: *Future Industrial relations: Netherlands, Norway, Sweden and the United Kingdom* (Ginebra, Instituto Internacional de Estudios Laborales 1972), pg. 1, cit. por Schregle, op cit.

<sup>10</sup> KHAN FREUND, Otto, “*Pacta sunt servanda- a principle an its limits: some thoughts prompted by comparative labour law*” en *Tulane Law Review* (Nueva Orleans), junio de 1974, pag. 894, cit. por Schregle, op cit.

<sup>11</sup> KAHN FREUND, Otto, *Labour and Law*, Londres, Stevens and Sons, segunda edición, 1977, pg. 13, cit. por Schregle, op cit.

La comparación del sistema de relaciones de trabajo del propio país con el de otros, presenta además el gran valor de difundir el conocimiento de la experiencia nacional. Para cada problema de relaciones de trabajo existe una diversidad de posibles soluciones y el conocimiento de la manera como los diferentes países enfocan el mismo problema ayuda a buscar una solución para el propio país con mejor conocimiento de las cuestiones en juego y de las probables consecuencias del curso de acción adoptado. Es indudable que las relaciones de trabajo comparadas no son lo mismo que una operación de importación y exportación, pero ningún país tiene derecho de monopolio sobre su propio sistema y experiencia.

Un enfoque comparativo de las relaciones de trabajo obliga a rebasar el contexto nacional y a mirar hacia el propio país desde fuera, desde el exterior. Ello hace posible juzgar y evaluar las relaciones de trabajo que conocemos, sin prejuicios añejos ni ideas preconcebidas. Esto así, lo comprendió como nadie sir Otto Kahn Freund, quien pasó parte de su vida profesional en un país y el resto en otro. Sobre este aspecto escribió: “Si el ambiente en que nos movemos nunca cambia el curso de la vida, se tiende a suponer que una institución, una doctrina, una práctica, una tradición, son inevitables y universales, mientras que en realidad, pueden ser el resultado de condiciones sociales, históricas o geográficas específicas del país o la región en el que ha crecido y en el que se vive”<sup>12</sup>.

El estudio comparado de las relaciones laborales muestra que los fenómenos que se producen en la materia son expresiones muy fieles de la sociedad en que operan, de sus características y de las relaciones de poder entre los diferentes grupos de intereses. Es imposible comprender las relaciones de trabajo si no se entiende la forma como se establecen y cumplen las reglas y se adoptan las decisiones en la sociedad de que se trata.

Las relaciones de trabajo no solo tienen que ver con intereses y procedimientos, instituciones y normas, y con la adecuación y conciliación de esos intereses. La comparación internacional permite destacar la importancia de las actitudes, valores, emociones, ideologías, sentimientos e incluso religiones.

En última instancia las relaciones de trabajo pueden comprenderse y explicarse sólo como emanación de todos los rasgos característicos de una sociedad determinada: económicos y jurídicos, políticos y culturales, racionales e irracionales. Quien intente por tanto comprender el

---

<sup>12</sup> KAHN FREUND, Otto, *Labour relations; heritage and adjustment*, op cit, pag. 2

sistema de relaciones industriales de otro país, tiene que conocer y comprender todas las características mencionadas de ese país.

En sentido más amplio, la comparación internacional hace que se tome conciencia de que el sistema de relaciones de trabajo en el propio país no evoluciona en forma aislada, sino que es parte de una evolución mundial. Adoptar el enfoque funcional en la comparación de las relaciones de trabajo permitirá destilar la multiplicidad y variedad de acontecimientos y procesos que tienen lugar en el conjunto de las relaciones de trabajo del mundo- o de ciertas regiones- o de ciertas provincias de un mismo país- toda una serie de tendencias generales.

Las afirmaciones y recomendaciones expuestas precedentemente, han sido extractadas de la conferencia aludida antes. Luce como evidencia incontrastable, que esos cometidos, que fueran vertidos hace mucho tiempo, no sólo resultan realidades incuestionables, sino que pueden una vez más servir para hoy reflexionar sobre los procesos de construcción y reformas legislativas dentro del mundo del derecho del trabajo en Argentina y de modo particularizado en las reformas procesales en tránsito en la provincia de Córdoba dentro del mismo ámbito de la dogmática laboral.

#### **4. Derecho comparado como una moda. Uso y abuso**

Las advertencias y recomendaciones precedentes, si se utilizasen como un marco reflexivo, hoy podrían impactar y cotejarse respecto del material legislativo producido por aquellos abogados a la redacción de proyectos de leyes o de reformas laborales.

Algo es indubitable, y es que se vive un tiempo de cambios sísmicos en la legislación. El sistema jurídico argentino se ha visto conmocionado a partir del dictado del nuevo Código civil y Comercial de la Nación, aprobado por ley 26.944 y promulgado según decreto 1795/2014. “Un código de principios y de jueces” como ha dado en describirlo, Aida Kemelmajer de Carlucci, una de sus co autores.

Con este nuevo cuerpo legal, todo el sistema jurídico se ha visto compelido a su revisión para su adecuación y coherencia.

Dentro del aludido contexto de análisis, la obra de Luis Moisset d’ Espanés, -un pensamiento emblemático del Derecho Civil argentino- exhibe una fuerte adhesión y compromiso al estudio del Derecho Comparado. De ella se desprende un conocimiento profundo y moderno de

esta disciplina. Afirma que los comparatistas no deben limitar su campo de investigación al dominio de los códigos y de las leyes. Todas las fuentes deben retener su atención.

Expone en torno a los estudios comparados del derecho, tanto para la comparación internacional (Derecho comparado externo, supuesto en que se compara el derecho de dos o más países o sistemas jurídicos), como el interno de un país (Derecho comparado interno y ejemplifica el caso de México, con treinta y cuatro códigos civiles, uno por cada estado.

Fomenta el estudio de la ley extranjera, no para introducirla como tal, sino en el intento de producir una realidad jurídica dada, aquella del país –o de la provincia- cuyo modelo jurídico se admira. Enseña que el comparatista debe conocer en profundidad su derecho nativo.

Este jurista cordobés fue lector comprometido y reflexivo de la obra de René Rodière, clásico comparatista francés. Receptó para enseñar del jurista galo, la confección de una taxonomía sobre el Derecho Comparado a partir de la cual se formularan los siguientes interrogantes al momento de efectuar una labor jurídica comparativa o estudios comparativos del derecho: ¿qué se compara?, ¿quién compara?, ¿por o para qué compara? y ¿cómo compara?

Cada una de estas preguntas encuentra respuestas contundentes en otras aseveraciones: “El derecho comparado tendría el mérito de proporcionar al legislador proyectos de reforma y motivos para admitir, o rechazar, determinados modelos, según que estuvieran o no en armonía con la infraestructura de las instituciones del país que procura elaborar un proyecto o reformar una ley vigente (...). El derecho comparado puede y debe ser utilizado por los legisladores”<sup>13</sup>.

En concordancia con lo expresado, emerge de nuevo el recordado comparatista alemán, que huyera de su país natal durante el nazismo para ser acogido y reconocido en Inglaterra (Universidad de Oxford). Sir Otto Kahn Freund, quien alertó respecto a una cuestión sumamente peligrosa e importante: Sobre el uso y el abuso del derecho comparado. Así se tituló una célebre conferencia dictada en aquella universidad.

En fecha mucho más reciente, otro jurista, también de la Universidad de Oxford, escribía un libro que erosionó toda la filosofía jurídica de los últimos cincuenta años, al haber cuestionado incluso a su propio maestro. Se trata de Ronald DWorkin, discípulo de H.L.A. Hart. Aquél escribió

---

<sup>13</sup> RODIÈRE, RENÉ, *Introducción al Derecho Comparado*, Instituto de Derecho Comparado del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1967.

la obra titulada *Taking rights Seriously – Los derechos en serio*. En el ámbito que nos convoca este estudio, hoy valdría postular, *Tomar en serio el Derecho Comparado*.

Ello así, porque, a más de las dificultades y gravámenes que genera al sistema jurídico y a sus destinatarios últimos una legislación deficitaria, muchas veces inadaptada al contexto, ineficiente frente a las necesidades a las cuales debiera regir, hoy emerge como necesidad ineludible tomar en serio el derecho comparado. Esto así, para aquellos que podrían estar incluidos en la pregunta, quiénes comparan: legisladores, jueces, abogados, juristas y estudiantes de derecho.

Bien prevenía Alan Waston acerca de la cantidad de errores que pueden cometerse en los estudios de Derecho Comparado. Los trasplantes jurídicos no son sencillos escribió.

En su obra, Kahn Freund refiere que su interés no miraba al Derecho Comparado como instrumento de investigación o de enseñanza, sino como instrumento de reforma del derecho. Se pregunta ¿cuáles son los usos y cuáles son los abusos en la utilización de modelos extranjeros –a lo que podrían agregarse internos- en el procedimiento de formación del derecho?

¿Cuáles condiciones se deben cumplir para que sea aceptable y aún posible para aquellos que elaboran nuevas leyes utilizar normas e instituciones desarrolladas en países extranjeros? También la pregunta podría plantearse en un ámbito local, respecto al intento de imitar la legislación de otra provincia foránea en relación a la que postula la reforma.

Son preguntas sobre las que habría que esperar respuestas en procura de identificar la raíz de los problemas que conlleva la elección de un modelo erróneo, al momento de elaborar o reformar una normativa atingente en el caso que nos ocupa, al derecho sustantivo del trabajo o derecho procesal del trabajo.

Hay una evidencia incontrastable y es que el derecho se ha abierto a la influencia extranjera. También que cuando se habla de extranjería, la referencia es inclusiva de los modelos diferentes que se hallan dentro de un país, tal el caso de los sistemas procesales diversos, según las provincias legisferantes.

Detectar y explicar cierto tipo de incoherencias en la asunción de un determinado modelo y el rechazo de otro que sería complementario, está dada por la ideología y en el poder de la profesión forense.

Otro dato verificable es que generalmente los estudios legales comparados se concentraron al inicio en cuestiones de derecho privado. Sin embargo, a posteriori, se observan varias

diferencias notables, tales como los estudios de Mauro Capeletti en el área del derecho procesal. El mismo Rodolfo Sacco ya en los años 80, expuso en su obra que los estudios de Derecho Comparado habían irrumpido notablemente en las áreas del derecho constitucional, el derecho procesal y el derecho social<sup>14</sup>.

Hoy, una meta práctica ampliamente reconocida del Derecho Comparado es ser útil al proceso de confección de leyes. Otra es la armonización de leyes nacionales y el encuadramiento, interpretación y aplicación de leyes supranacionales (caso de incorporación de los Tratados).

Por otra parte, para explicar cómo la metodología comparativa, adecuadamente concebida avanza tanto en la teoría como en la práctica, es necesario estar atentos a la noción de que el Derecho Comparado consiste en una variedad de métodos para ver el derecho. Al discutir este asunto, Rabel determinó el estudio sistemático de esta disciplina sobre una nueva base en el siglo XX. Dos palabras son claves en la forma en que él hizo esto: función y contexto.

No es posible comparar reglas legales, instituciones o sistemas, sin comprender acabadamente y seriamente cómo funcionan y no se puede saber cómo funcionan si no se las sitúa en su contexto legal, económico y cultural.

## **5. Reflexiones finales**

Es posible que el material antes referido, algún destinatario pueda ser tildado de excesiva teorización, o inútiles contenidos. Son los riesgos que tiene asumido quien escribe. Lo interesante es que frente a los proyectos en tránsito y respecto a las normas ya sancionadas, hoy existe la posibilidad- con lo expuesto hasta aquí- de efectuar una evaluación razonable de su contenido, en atención a los antecedentes legislativos y respecto a ciertas perspectivas de futuro. Es posible efectuar un análisis que arroje algún resultado en cuanto a la predictibilidad de su eficacia.

En junio del próximo año, se pondrá en marcha la reforma procesal laboral en Córdoba, anuncia un artículo periodístico<sup>15</sup>.

Siempre es útil reflexionar sobre el alcance de las reformas procesales y otro tanto a las que vinculan al Derecho Laboral según propuestas del Poder Ejecutivo. Para ello conviene comenzar

---

<sup>14</sup> SACCO, Rodolfo, *Introduzione al Diritto Comparato*, IV Edizione, G. Giappichelli Editore. Torino, 1990.

<sup>15</sup> COMERCIO Y JUSTICIA, pág. 12 A, jueves 13 de diciembre de 2018.

reconstruyendo algunas piezas que podrían ser válidas para el estudio evaluativo de la labor legislativa.

Eduardo Couture profetizó que “el que sólo sabe derecho, no sabe ni siquiera derecho”. El ejercicio en la profesión de abogado, la función en la magistratura y una fuerte inquietud por la comprensión y dimensión del derecho y su rumbo, marcan inexorablemente la mente y en el espíritu de quien ha emprendido esta búsqueda.

La reforma procesal laboral de la provincia de Córdoba ya es una ley. Se desconoce si las cátedras universitarias de esta Córdoba la docta, hayan analizado o intervenido en su proyecto y discusión.

Todo esto permite traer a la memoria una propuesta metodológica elaborada por el procesalista italiano Mauro Capelletti atingente al Derecho Comparado, a la que éste refiere como una propuesta enteramente personal.

El trabajo postula seis etapas. Quisiera sólo dejar expuesta la última: *“Una última etapa del análisis comparativo –no necesaria, sino únicamente posible, y en verdad tanto más audaz y riesgosa, representa en cierto modo un corolario de todas las demás. Se trata de prever desarrollos futuros. El comparatista –y aquí pretendo expresarme de manera un tanto provocativa- es el único profeta científico posible. Profeta, porque sobre la base de la investigación realizada, puede sacar a la luz tendencias evolutivas, las cuales presumiblemente están destinadas a continuar y a difundirse, al estar radicadas en problemas y necesidades reales de la sociedad, y al haber sido “valoradas” a la luz de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución del problema. Pero es en verdad profeta “científico”, porque su predicción del futuro no se basa en sus preferencias o idiosincracia, como tampoco en intuiciones o “iluminaciones” personales, sino en resultados de un análisis concreto de la realidad social.*

En paráfrasis con un texto evangélico, respecto al maestro Capelletti, no soy digna de desatar la correa de sus sandalias.

Propongo a quienes inquietan los proyectos o las reformas ya consumadas que emergen del Derecho del Trabajo, abrir la puerta al estadio del Derecho Comparado y tomarlo en serio. No temer a las tormentas, como decía Shakespeare, porque es el viento de las cosas nuevas.