

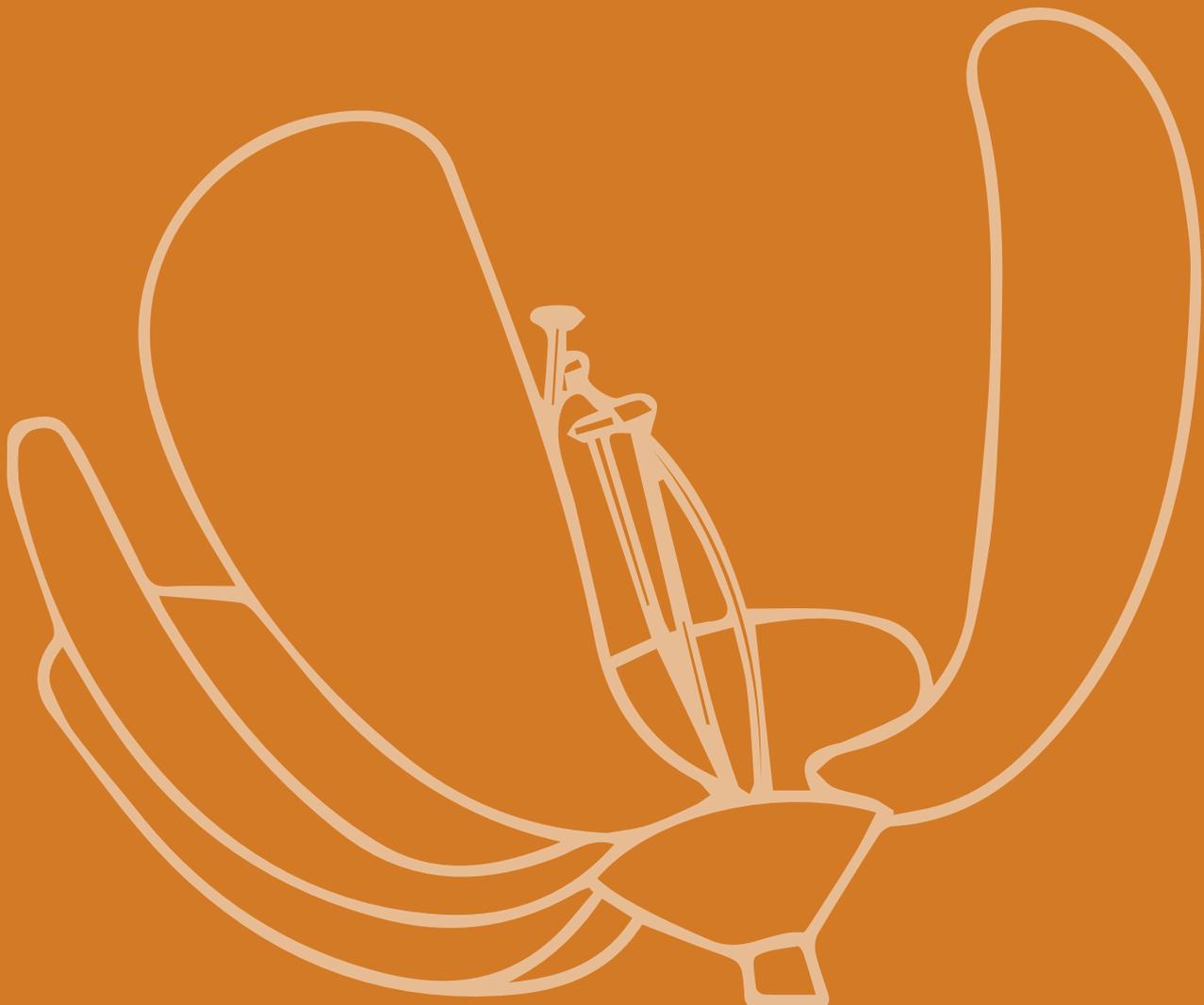


.UBA DERECHO

Facultad de Derecho

ISSN 3072-6794

REVISTA DEL
DEPARTAMENTO DE
DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL



AÑO I

NÚMERO 1

REVISTA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Año I – N° 1 – Noviembre 2024

**“El trabajo y sus normas.
Transformaciones, retos y perspectivas”**

ISSN: 3072-6794

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires

Av. Figueroa Alcorta 2263, piso 1°, CABA

(5411) 5287-6766

revistadyss@derecho.uba.ar

www.derecho.uba.ar/revista-dtss

Director del Departamento

Prof. Doctor Juan Pablo Mugnolo

Subdirectora

Profa. Laur Castagnino

Secretario

Prof. Lucas Caparrós



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

CONSEJO EDITORIAL

Profa. Titular Amanda Caubet, Universidad de Buenos Aires.
Prof. Titular Héctor Omar García, Universidad de Buenos Aires.
Prof. Titular Guillermo Gianibelli, Universidad de Buenos Aires.
Profa. Titular Liliana Litterio, Universidad de Buenos Aires.
Prof. Titular Miguel Ángel Maza, Universidad de Buenos Aires.
Prof. Titular Juan Pablo Mugnolo, Universidad de Buenos Aires.
Prof. Titular Pablo Topet, Universidad de Buenos Aires.

COMITÉ ACADÉMICO

Prof. Emérito UBA Mario Ackerman
Prof. Emérito UBA Adrián Goldin
Prof. Roberto Izquierdo
Prof. Juan Carlos Fernández Madrid

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Dr. Miguel Baldo
Federico José Lago

Índice general

PRESENTACIÓN

- | | Pág. |
|---------------------------------|------|
| • <i>Por Juan Pablo Mugnolo</i> | 5 |

DOCTRINA

- | | |
|--|---------|
| • El desarrollo del Derecho del trabajo en América Latina, <i>por Adrián Goldin</i> | 7-22 |
| • Derecho del trabajo y medio ambiente: la necesidad de un límite. (Una mirada desde Europa y España), <i>por Antonio Baylos</i> | 23-46 |
| • La comparación en el Derecho del trabajo. Valores que se omiten, <i>por María del Carmen Piña</i> | 47-66 |
| • Modelo de globalización neoliberal y fuentes de regulación de las fuentes de las relaciones laborales, <i>por José Luis Monereo Pérez</i> | 67-118 |
| • Lo primero es lo primero: el efectivo ejercicio de los derechos humanos laborales y la economía informal, <i>por Francisco J. Tapia Guerrero</i> | 119-133 |
| • Una aproximación al metaverso, a las “metaorganizaciones” y a los “metatrabajadores”, <i>por Liliana Hebe Litterio</i> | 133-150 |
| • El trabajo, los trabajadores y el Derecho del trabajo, <i>por Mario Ackerman</i> | 151-177 |
| • El principio de libertad sindical y su protección: una mirada desde el convenio 87 de la OIT, <i>por Jorge Rosenbaum Rimolo</i> | 178-197 |

PRESENTACIÓN

La presente publicación representa la concreción de un anhelo de toda la comunidad docente e investigativa de nuestro Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Al tiempo que esta Revista publica su número de lanzamiento, prima en el mundo un gran desconcierto sobre la reconfiguración de los procesos económico-sociales, puesta en marcha al ritmo de los cambios tecnológicos y la economía digital, teniendo a la Inteligencia artificial como elemento central de época. Es frente a semejante contexto que el colectivo académico del Departamento del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social inicia una indagación sofisticada y rigurosa sobre los efectos de tales cambios sobre las relaciones laborales y, consecuentemente, las demandas de regulación jurídica.

La escasez de publicaciones con referato en el ámbito de nuestra disciplina ha sido determinante al momento de configurar nuestra Revista, la que, por cierto, tributa a dicha lógica editorial. La instancia de referato, contenida en el proceso de selección de trabajos e investigaciones, pretende situarnos a la altura de los más elevados estándares de excelencia académica que permita a los y las docentes de nuestra disciplina producir con seriedad científica. Centralmente, teniendo en miras a aquellos/as más jóvenes quienes contarán con instancias de mentoría a cargo de Profesores/as de nuestro Departamento Académico, que los guiarán en sus primeros pasos de escritura jurídica.

En la convicción de que se hace necesario contar con un espacio de debate académico, donde se trabaje con libertad, espíritu crítico y rigurosidad científica, me complace presentar la Revista del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Una convocatoria abierta al cuerpo docente del Departamento, al que invito a involucrarse en esta tarea indispensable para el mejoramiento de nuestra disciplina, con el anhelo de que redunde en la consolidación de una sociedad más justa, equitativa y democrática.

Juan Pablo Mugnolo

Director del Departamento de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social

DOCTRINA

EL DESARROLLO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN AMÉRICA LATINA¹

Por Adrián Goldin

THE DEVELOPMENT OF LABOUR LAW IN LATIN AMÉRICA

By Adrián Goldin

Resumen

Tras el esfuerzo teórico tras el objetivo de identificar una inicial idea básica y elemental del Derecho del Trabajo, el artículo se propone caracterizar al Derecho del Trabajo de América Latina como una "*idea particular*" de esa rama del Derecho del Trabajo. Para ello, se examina el desarrollo de la legislación laboral en la región, sus primeras manifestaciones y los rasgos más extendidos en su concepción. En ese cometido, se señala su pertenencia al *sistema jurídico continental*, su condición de *sistema jurídico influido pero no transplantado*, sus tendencias de *codificación* y sus procesos de *constitucionalización*, junto con algunas de sus carencias; entre ellas, la muy extendida informalidad de los vínculos y cierta distancia entre las normas que se sancionan y la realidad que es materia de regulación. Finalmente, se pone particular atención en la regulación de las relaciones colectivas del trabajo y sus tendencias ora de *descentralización impuesta*, ora de *centralización también impuesta*. Hacia el final, se pone atención en los procesos de recuperación de las democracias de la región y, en ese marco, en los procesos de reforma - mas tarde, en su persistencia o bien en su reflujo o instalación de nuevas instancias reformistas. Para concluir, se pone atención en los tiempos por venir y en las más inmediatas tendencias de transformación del ordenamiento laboral.

¹ El texto que aquí se reproduce constituye, en su versión en inglés, el Capítulo 5 de la obra Davidov, Guy, Brian Langille, and Gillian Lester (eds), *The Oxford Handbook of the Law of Work* (2024; online edn, Oxford Academic, 21 Aug. 2024), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780192870360.001.0001>, accessed 27 Aug. 2024.

Summary

After the theoretical effort aimed at identifying an initial basic and elementary idea of Labour Law, the article proposes to characterize Latin American Labor Law as a "particular idea" of Labour Law. To do so, the development of labour legislation in the region is examined, its first manifestations and the most widespread features in its conception. In this task, its belonging to the *continental legal system* is pointed out, its condition as an *influenced but not transplanted legal system*, its *codification* tendencies and its *constitutionalization* processes, together with some of its shortcomings; among them, the widespread informality of the links and a certain distance between the norms that are sanctioned and the reality that is the subject of regulation. Finally, particular attention is paid to the regulation of collective labor relations and its tendencies either towards *imposed decentralization* or towards *imposed centralization*. Later, attention is paid to the processes of recovery of the region's democracies and, in that framework, to the processes of reform - later, to their persistence or to their ebb or to the installation of new reformist instances. To conclude, attention is paid to the times to come and to the most immediate trends of transformation of the labour system.

Palabras clave: Idea elemental del derecho del trabajo – ideas particulares – sistema jurídico continental – influencias pero no transplante – codificación – constitucionalización – centralización y descentralización impuestas

Key words: Elementary idea of labor law – particular ideas – continental legal system – influences but not transplantation – codification – constitutionalization – imposed centralization and decentralization

EL DESARROLLO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN AMÉRICA LATINA

Por Adrián Goldin

1. En la identificación de una idea básica del Derecho del Trabajo

Hace unos años, en una reflexión estrictamente académica, me propuse establecer si *existe una idea básica e histórica del derecho del trabajo* que tenga la aptitud para trascender la singularidad de los diversos sistemas jurídicos, es decir, una idea primaria e inicial del derecho del trabajo que sea común a una parte significativa de los regímenes jurídicos del trabajo en el mundo². En esta tarea, me pareció oportuno examinar el momento en que aparecen por primera vez las acciones normativas que luego se agruparían como propias del naciente derecho del trabajo. Recordé que hasta entonces, el trabajo humano, salvo en manifestaciones excepcionales que se juzgaban particularmente distinguidas, se expresaba en vínculos que no incluían el componente de la libre voluntad del prestador; me refiero, por supuesto, a la esclavitud, al vasallaje feudal, y en cierto modo, también a los gremios y corporaciones, entre otras experiencias análogas³. En ese contexto, el derecho del trabajo encontró su primer espacio de construcción *en el reconocimiento del carácter voluntario del vínculo* no sólo para el empleador sino también para quienes les prestan sus esfuerzos; por supuesto, no fue más que la llegada del contrato a este orden de relaciones como manifestación luminosa de la libertad⁴.

Sin embargo, es probable que esta apertura a la libertad no se hubiera logrado —al menos no tan fácilmente— si la disciplina de los trabajadores no hubiera estado asegurada al mismo tiempo por la condición de *dependencia o subordinación* que el propio contrato de trabajo, basado en la manifiesta desigualdad de sus sujetos, hace posible.

² Las ideas contenidas en este capítulo como marco teórico “de partida” fueron propuestas por el autor para su discusión en el taller “La idea del derecho laboral” que tuvo lugar del 8 al 10 de abril de 2010 en St Catharine’s College, Cambridge. El texto preparado para ese taller formó la base de mi contribución (capítulo 5) a Guy Davidov y Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press 2011).

³ En América, antes e incluso después de la colonización, la “mita”, la “encomienda” y el “yanaconazgo

⁴ Bruno Veneziani, “La evolución del contrato de Trabajo” en Bob Hepple (ed), “La formación del derecho del trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945” (Colección Informes y Estudios 1994) 79 donde afirma que ninguna rama del ordenamiento jurídico ha podido demostrar mejor la exactitud de la afirmación de Maine (1822– 88), según la cual el avance definitivo de las sociedades progresistas coincide con el paso de una situación definida por el estatuto a una situación regulada por el contrato

El derecho del trabajo debe, pues, partir de la notable contradicción que surge de la *incorporación del contrato*: en cierto sentido —y pido al lector que tolere la siguiente distinción que formulo sólo a efectos analíticos—, *contrato/libertad* coexiste con *contrato/sujeción*. El contrato implica, como se ha señalado, el reconocimiento del trabajador como persona libre habilitada para decidir sobre la prestación de su servicio, pero al mismo tiempo lo coloca en condiciones de sujeción.

Quizás como consecuencia de esta coexistencia contradictoria, el derecho del trabajo, a partir de su *centro histórico de imputación* que es el contrato así configurado, reveló la radical ineptitud de éste para hacerse cargo, por sí mismo y de manera central, de la función de regular la relación resultante. Adicionalmente, el derecho del trabajo incorporó *una variedad de acciones encaminadas a imponer ciertos límites a la sujeción*; un conjunto de límites por tanto al ejercicio de la tan bienvenida, pero también problemática, autonomía de la voluntad. Frente a la idea de que el componente de sujeción obligaría a abandonar el enfoque contractual por considerársele formalista y patrimonialista⁵, me parece que a lo que asistimos es más bien a la constatación de la insuficiencia de ese enfoque. A su vez, esto conlleva la búsqueda de una manera de completar la perspectiva contractual mediante la introducción de esos *límites y restricciones a la sujeción* que cada ordenamiento jurídico materializaría a su manera. La construcción histórica del derecho del trabajo reposa, entonces, a mi juicio, sobre una fórmula tan elemental como compleja y paradójica. Sin embargo, es probable que esta apertura a la libertad no se hubiera logrado —al menos no tan fácilmente— si la disciplina de los trabajadores no hubiera estado asegurada al mismo tiempo por la condición de dependencia o subordinación que el propio contrato de trabajo, basado en la manifiesta desigualdad de sus sujetos, hace posible. El derecho del trabajo debe, pues, partir de la notable contradicción que surge de la incorporación del contrato: en cierto sentido —y pido al lector que tolere la siguiente distinción que formulo sólo a efectos analíticos—, *contrato/libertad* coexiste con *contrato/sujeción*. El contrato implica, como se ha señalado, el reconocimiento del trabajador como persona libre habilitada para decidir sobre la prestación de su servicio, pero al mismo tiempo lo coloca en condiciones de sujeción.

2. Las ideas particulares del Derecho del trabajo

Si la idea básica, histórica y más difundida del Derecho del trabajo llega hasta ese punto, podríamos decir entonces que a partir de ella se pueden identificar y distinguir las diversas *ideas particulares del Derecho del trabajo*. Para la delimitación y reconocimiento de una determinada idea particular no existen, a mi juicio, reglas universales. Según el grado de

⁵ Esta es la perspectiva que ha expresado Antonio Baylos en “Derecho del Trabajo, modelo para armar”, Ed. Trotta Madrid 1991.

agregación o desagregación con que se pretenda realizar un análisis, *las ideas particulares del Derecho del trabajo podrían desglosarse por países, por grupos de países de pertenencia regional común u otros criterios de agrupación, por sistemas jurídicos o culturas, etc.* Todas estas ideas particulares asumen, como se anticipa, la función de limitar la sujeción. Sin embargo, las fuentes e instrumentos técnicos para poner en práctica ese objetivo varían en cada uno.

Sugiero entonces que estas diferencias originales en fuentes e instrumentos, así como en los demás elementos constitutivos de los diversos regímenes jurídicos laborales vigentes en el mundo, caracterizan lo que llamo '*ideas particulares del Derecho del trabajo*'. Es decir, por muy extendido que sea uno de esos elementos constitutivos —una técnica, una función, un contenido en varios o incluso muchas de las ideas particulares del derecho del trabajo— no alcanzan la dimensión de 'cuasiuniversalidad' de aquella que llamamos 'idea básica o histórica' del derecho del trabajo.

3. El derecho del trabajo en América Latina como “idea particular”

3.1 Adscripción, pertenencia, influencias

En este capítulo propondré la idea de considerar los regímenes jurídicos del derecho del trabajo latinoamericano como constitutivos de una determinada 'idea particular' del derecho del trabajo. Esto no implica sostener la existencia de una entidad que pueda caracterizarse sin reservas como *un derecho del trabajo latinoamericano*. De hecho, no puede descartarse un enfoque diferente; uno que priorice la apreciación de la diversidad de contenidos de cada uno de los sistemas nacionales y por ende la singularidad radical de cada uno de ellos. Desde esa perspectiva, no podría excluirse la hipótesis de que buena parte de lo que tienen en común los regímenes jurídicos laborales latinoamericanos es lo que comparten como resultado de influencias extrarregionales —en particular, la de la cultura jurídica continental— y de la insuficiencia del desarrollo de la mayoría de los países de la región. Se trata, por tanto, sólo de un esfuerzo metodológico por presentar una idea particular que permita acceder a una visión que alcance a la región en su conjunto. Si algo pudiera anticiparse es que todos los regímenes jurídicos laborales de la región parecen encajar cómodamente en aquella estilizada “idea básica o histórica” del derecho del trabajo que propuse en la Sección 1.

Adicionalmente, cada una de las naciones de América Latina ha trazado su propia trayectoria en la construcción de sus respectivos sistemas jurídicos sociales y seguirá —no me parece una audacia predecirlo— transitando su propio recorrido, constituyendo cada uno una **idea particular** diferenciable. Es posible reconocer, sin embargo, algunas influencias comunes en sus puntos de partida, ciertos rasgos compartidos en su configuración, cierta

convergencia en las tensiones reformistas experimentadas en los últimos treinta años, y la necesidad de enfrentar algunos desafíos similares en el futuro.

3.2 Desarrollo de la legislación laboral en la región

Fue hacia finales del siglo XIX cuando se pudieron identificar los primeros indicios del advenimiento de un discurso relacionado con la protección del trabajo humano en la región. Este discurso reconoce el fenómeno de la *subordinación o dependencia*, arranca de él y alcanza su primera concreción en la región a nivel constitucional en 1917—en la Constitución Mexicana de Querétaro. Esta última, en su amplio artículo 123 expresa, por primera vez en ese contexto, el compromiso estatal de brindar protección al trabajo humano, particularmente a los asalariados. Este tipo de tratamiento constitucional recibió respaldo en las primeras manifestaciones de la normativa internacional que, desde finales de la segunda década del siglo pasado, comenzó a irradiarse desde la entonces naciente Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Como señaló alguna vez Humberto Villasmil⁶ desde sus primeras manifestaciones esta actividad normativa regional expresó un sesgo intervencionista que asumiría una orientación divergente: sería protectora en el terreno de las relaciones individuales, pero controladora y restrictiva en el de las relaciones colectivas.

Es decir, mientras el Estado asumía la tarea de proteger al trabajador subordinado, expresaba desconfianza hacia los sindicatos, cuyas ideologías —en su mayoría anarquistas o comunistas— generaban aprensión e incluso rechazo. Como veremos más adelante, esta perspectiva tan crítica fue decisiva en la regulación de las relaciones colectivas que, por más que evolucionaron después hacia los principios de la libertad sindical, han conservado hasta hoy un sesgo restrictivo y una relación particular con los regímenes autoritarios.

3.3 Algunos rasgos que caracterizan a los derechos laborales latinoamericanos

3.3.1 Pertenencia al sistema jurídico continental

Parece pertinente comenzar la tarea descriptiva señalando que las leyes laborales en América Latina comparten una pertenencia común *al sistema jurídico continental*. Partiendo de esta condición, los regímenes jurídicos laborales de los países de América Latina se fundan

⁶ Véase Humberto Villasmil, 'Pasado y presente del Derecho del Trabajo de América latina y las vicisitudes de la relación de empleo (segunda parte)' (2016) Revista Latinoamericana de Derecho Social No. 22 Ciudad de Mexico Enero/Junio 2016 – p, 293.

en *la ley como primera experiencia jurídica*⁷ la idea de orden público social, una intervención activa del Estado, y el predominio de la norma jurídica imperativa por tanto no modificable por la voluntad de las partes en perjuicio del trabajador. En este contexto, la ley es la fuente principal en el marco de un sistema de fuentes que es una mezcla, en diferentes proporciones en cada una de estas naciones, de leyes y convenios colectivos. Sistemas que, en su conjunto, constituyen un conjunto de técnicas para limitar la autonomía de la voluntad; principalmente de la voluntad individual y, en cierta medida, también de la de los sujetos colectivos.

3.3.2 *Regímenes jurídicos influidos, pero no trasplantados*

Desde esta perspectiva, una de las diferencias significativas que distingue a los derechos laborales de las naciones latinoamericanas de otros pertenecientes a países en desarrollo es que los primeros son regímenes jurídicos *influidos* que, como se acaba de señalar, expresan la tradición jurídica heredada de la Europa continental, pero no son regímenes *trasplantados*. Es que la mayoría de esos países obtuvieron su independencia en las primeras décadas del siglo XIX y por lo tanto antes del desarrollo del proceso de industrialización y de la instalación de un verdadero sistema jurídico laboral en sus países coloniales⁸.

3.3.3 *Codificación*

En este marco, la influencia de los Convenios y Recomendaciones de la OIT en los sistemas jurídicos latinoamericanos ha sido y es grande. En los países de la región, el papel de estas normas internacionales fue el de dar un vigoroso impulso a los nuevos sistemas jurídicos laborales que comenzaban a instaurarse en sociedades afectadas por incipientes procesos de industrialización⁹.

Por cierto, no hay que desdeñar las influencias recíprocas entre los propios sistemas latinoamericanos, constantes desde su fundación. Particularmente influyentes fueron la legislación chilena de 1924 y luego los Códigos del Trabajo chileno y mexicano de 1931. Estos últimos, piezas iniciales de una gesta codificadora que, ya sea por consideraciones de emulación o de prestigio (incluso por parte de gobiernos autoritarios), alcanzó un asombroso

⁷ Luis Díez Picazo, “Experiencias jurídicas y teoría del derecho” (Ariel 1973).

⁸ Véase Arturo Bronstein, “Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina” (Rubinzal Culzoni 2007) p. 22.

⁹ En 1941 el experto David Belloch (citado por Geraldo von Potobsky en “Evolución de la legislación laboral en América Latina: influencias y tendencias” (Ediciones La Ley 2000 777) sostenía que la parte más importante de la legislación laboral latinoamericana estaba inspirada en los convenios y recomendaciones de la OIT.

nivel de implementación en toda América Latina¹⁰. Sólo Uruguay, Perú y Argentina no adoptaron códigos de trabajo o leyes generales del trabajo en esa época.

Los códigos resultantes se influyeron entre sí y por ello tienden a seguir una estructura similar¹¹. La frecuente relación entre la legislación laboral y los regímenes autoritarios que recurrentemente se apoderaron de la región¹² no parece haber alterado aquellos perfiles tutelares, al menos en el nivel de las normas que regulan las relaciones individuales. A veces populista, otras veces paternalista, en América Latina el Estado autoritario fue también un Estado proclive a proteger el trabajo humano¹³.

3.3.4 *Intensidad y alcance de la cobertura*

Como se ha dicho, el proceso de construcción del derecho laboral en los diversos países de América Latina dio origen a una institucionalidad laboral similar a la de los países industrializados¹⁴, diseñada para regular las relaciones laborales tanto directamente por el Estado como a través de convenios colectivos.

La región exhibe un alto nivel de protección en relación a otras regiones, incluso a aquellas que influyeron en su configuración¹⁵, aunque presenta ciertos elementos distintivos que vale la pena mencionar.

¹⁰ Conf. von Potobsky en *ibid* 778. Chile y México en 1931, luego Venezuela en 1936, Bolivia en 1939 (texto aún vigente), Ecuador en 1938, Panamá en 1941 y 1947, Brasil y Costa Rica en 1943, Nicaragua en 1944, Guatemala en 1947, Colombia en 1959 y Honduras en 1959, la República Dominicana en 1951, Paraguay en 1961 y El Salvador en 1963

¹¹ *Ibid*, para una descripción detallada de las influencias recíprocas entre los códigos y la legislación latinoamericanos.

¹² Arturo Bronstein, 'Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad' (1997 -116(1) Revista Internacional del Trabajo 5–27, en particular, en 8, llama la atención sobre la existencia de "una correlación muy llamativa entre regímenes dictatoriales y legislación proteccionista". Es el caso de los Códigos de Trabajo de Nicaragua (Código Somoza en 1944), República Dominicana (Código Trujillo en 1951), Haití (promulgado por Duvalier, de quien toma su nombre), y Paraguay (Código Stroessner en 1961), así como la legislación peruana de los años 1970 o el Código de Trabajo panameño de 1971, estos dos últimos productos de regímenes militares populistas.

¹³ Véase Arturo Bronstein, 'Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina', San José, OIT <<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdt/sanjose/papers/pasado.htm>> consultado el 15 de febrero de 2024. Con excepción del Chile de Pinochet y, en menor medida a este respecto, la dictadura militar argentina instalada en 1976.

¹⁴ Véase Jurgen Weller, 'Avances y retos para el perfeccionamiento de la institucionalidad laboral en América Latina' en Jurgen Weller (ed), "El nuevo escenario laboral latinoamericano: regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo ('Advances and Challenges for the Improvement of Labour Institutions in Latin America' in *The New Latin American Labor Institutions Escenario: Regulación, protección y políticas activas en los mercados laborales* (Siglo XXI Editores y CEPAL 2009)

¹⁵ Matthew E Carnes SJ, 'Labor Markets, Worker Organization, and Variations in Labor Codes in Latin America' (APSA, 2009 Toronto Meeting Paper) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1449009>, en el que el autor afirma que nueve de los dieciocho países más grandes de América Latina tienen regulaciones de contratación y despido que son iguales o más intensamente protectoras que las de Francia y Suecia.

3.3.5 Informalidad e incumplimiento; distancia entre la ley y la realidad

Debido al gran crecimiento del sector informal, la cobertura total de las instituciones laborales está limitada a un porcentaje mucho menor de la fuerza laboral, e incluso para quienes tienen cobertura formal hay un incumplimiento significativo de las regulaciones existentes.

Esta menor cobertura tiene entre sus expresiones más notables, junto a la ya mencionada extensión del sector informal¹⁶, una cultura de anomia bien establecida, la falta de recursos de control (o el desinterés en proveerlos), y la atribución de mayor importancia a la existencia de la ley que a su efectiva aplicación¹⁷. También asistimos a la incorporación de normas o influencias que no pertenecen a la realidad social y productiva propia, un desinterés por fortalecer los aparatos y procedimientos de cumplimiento (justicia e inspección laboral)¹⁸, diseños legales deficientes, y un incentivo dominante a romper las normas¹⁹ debido al bajo costo de las sanciones u otras consecuencias.

Todos estos factores marcan la distancia entre la ley y la realidad²⁰ y que, como destacó Ermida Uriarte²¹ también se puede reconocer en el campo de las relaciones colectivas de trabajo. Desde esta misma perspectiva, se observa una cierta tendencia a implementar normativas que se apartan de los contextos o prácticas regionales y que, por lo tanto, no se aplican o, al menos, no se aplican en su totalidad. Esto tal vez pueda atribuirse a un desarrollo legislativo que ha sido más bien resultado de concesiones de gobiernos de diversa índole y con diversas motivaciones pero que, a diferencia de la Europa continental, no siempre es como respuesta a las demandas y luchas de los trabajadores²².

¹⁶ La proporción promedio de trabajo informal en la región es de alrededor del 50% de la población económicamente activa. En algunos países, esta cifra llega hasta el 60%. Incluso en países donde la tasa es inferior al 50%, el empleo informal es una dimensión importante del mercado laboral y tiene un impacto significativo en las medidas adoptadas para proteger a esta categoría de trabajadores y sus familias (Pablo Arellano Ortiz, 'L'informalité en Amérique Latine. L'exemple des politiques de protection sociale des travailleurs informels au Chili' (2017) 3 Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale 104 – 15).

¹⁷ Ver Bronstein, op cit en nota 12 p 21.

¹⁸ Ver, para un informe que incluye algunos resultados del proyecto, Graciela Bensusán, 'Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina', financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), bajo la coordinación de la mencionada investigadora (2006 p.4)

¹⁹ ibidem

²⁰ Así caracteriza Ermida Uriarte este fenómeno en Oscar Ermida Uriarte 'Las relaciones de trabajo en América Latina' (1990) Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social (Albolote, España (1990) N. 18 p. 70. A su vez, Deveali lo llama una 'crisis de autenticidad' en Mario Deveali, 'El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias' en Textos Elegidos, Ordenados y Anotados por José I Brito Peret, Adrián O Goldin y Roberto Izquierdo, vol I (Astrea 1983). Huelga decir, por tanto, que la informalidad y el incumplimiento de las regulaciones y la necesidad de reducirlas, son parte de la *idea particular* de las leyes laborales en América Latina (como en otras naciones en desarrollo).

²¹ Ibidem

²² Gerard Lyon Caen, 'Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée' (2004) Droit Ouvrier Février, en el que el autor dice del derecho laboral francés que 'es un derecho nacido de la presión de los trabajadores sobre el parlamento, el gobierno o los empleadores'; es decir, un derecho no concedido sino

3.4 Constitucionalización de los regímenes laborales latinoamericanos

También es relevante aquí destacar la fuerte tendencia de constitucionalización de los derechos laborales en América Latina en su configuración moderna.

En el marco del ciclo de retorno a la democracia y a las consecuentes garantías constitucionales²³, una mayoría de las nuevas constituciones (Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú) dedicaron capítulos importantes a la protección del trabajo, incorporando la orientación protectora de la evocada Constitución mexicana de 1917. De esta manera, si bien, como veremos a continuación, las leyes tendieron a poner en tela de juicio el derecho laboral, al mismo tiempo, las constituciones aprobadas tendieron a fortalecerlo, probablemente debido a que las reformas constitucionales buscaban restaurar la legitimidad de los estados que acababan de salir de sus experiencias autoritarias y conferirles una nueva legitimidad.

En la región, también se produjo en la misma época (o poco después) un nuevo aporte a la función de limitar el sometimiento: abundante jurisprudencia y legislación sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en diversas materias como el respeto a la privacidad, intimidad, libertad de opinión y expresión, libertad ideológica y religiosa, preservación de la propia imagen, no discriminación, restricción en el procesamiento de datos de los trabajadores, prevención de excesos en el uso de nuevas tecnologías de control laboral, entre otros (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Nicaragua, Venezuela)²⁴.

Se trata de un renovado e importante aporte —esta vez, desde la perspectiva de esos derechos— a la función de limitar *la sujeción* que en las primeras líneas de este estudio consideré como parte de la idea básica o histórica del derecho del trabajo.

En otras palabras, estos derechos personalísimos suponen una ampliación no sólo cuantitativa, sino también conceptual y cualitativa, de la limitación de la sujeción.

conquistado. Deveali (en op cit en nota 20) dice que el derecho laboral en América Latina nace de una manera diferente: '[E]n América Latina, o al menos en la mayoría de sus países, (por otra parte) se promulga una legislación industrial generosa cuando el proceso de industrialización está todavía en sus inicios y mucho antes de que surja una verdadera cuestión social'.

²³ Proceso recordado por Bronstein, en "Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina" San José OIT 1998 p. 6.

<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/pasado.htm> Se recuperó la democracia en Ecuador en 1979, Perú en 1980, Bolivia y Honduras en 1982, Argentina en 1983, Brasil y Uruguay en 1985, Guatemala en 1986, Paraguay en 1989 y Chile en 1990, Nicaragua en 1979, El Salvador y Panamá en 1994.

²⁴ Confr. Wilfredo Sanguinetti Raymond, in «El Derecho del Trabajo en Europa y América Latina: un diálogo en divergencia (reflexiones a la luz de la experiencia española)» en "Wilfredo Sanguinetti's blog, 24 de junio de 2012. <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/11/el20dt20en20europa-al-congreso20costa20rica-wsanguinetti-version20final.pdf>

3.5 Sobre la regulación de las relaciones colectivas: descentralización impuesta o centralización impuesta

Los regímenes jurídicos de las relaciones colectivas de trabajo parecen haber respondido a una concepción que podríamos considerar más bien propia de la región. Se basaba en la ya mencionada desconfianza original del legislador latinoamericano hacia los sindicatos, su politización, su aptitud para la rebelión, y su consecuente conflictividad. Esta prevención se canalizó en la mayoría de las naciones de la región bajo la forma de una dura regulación restrictiva: registro sindical, limitaciones estructurales y funcionales, condiciones detalladas para ser dirigente sindical, control de los procesos electorales, excesiva procedimentalización de las huelgas y de los medios de resolución de conflictos, limitación de la duración, finalidad y titularidad de las medidas de acción directa, etc.²⁵

Este tratamiento regulatorio condujo en la mayoría de los países a la configuración impuesta (con diferentes grados de rigor) de una estructura sindical circunscrita al ámbito de la empresa, haciendo así muchas veces inaccesible la sindicalización debido al reducido tamaño de las unidades productivas; en algunos casos, con restricciones incluso a la formación de federaciones y confederaciones.

En otros países de la región, en cambio –notablemente Argentina y Brasil²⁶– estrategia de control fue análoga en cuanto a la densidad regulatoria que ello implicaba, pero muy diferente en cuanto a la estructura impuesta. La experiencia corporativista de Europa en los años 1930 y principios de los años 1940 influyó en la imposición de regímenes altamente centralizados en esos países²⁷, tanto en su implementación funcional (incluso en forma de monopolio representativo) y territorial, como en su estructura gubernamental (fuertemente piramidal); todo lo que posibilitaría su control político “desde arriba y desde afuera”.

Para resumir en pocas palabras (con todos los riesgos de simplificación implícitos en tal síntesis) podemos decir como “punto de partida” que los sistemas latinoamericanos de relaciones colectivas de trabajo, con la notable excepción de Uruguay ²⁸ muestran en gran

²⁵ Véase Ermida Uriarte, op. y loc. cit en nota 20 and von Potobsky, Geraldo en op y loc cit in note 9.

²⁶ Además, México exhibe un rasgo centralizador y corporativista, pues si bien la negociación colectiva se lleva a cabo a nivel corporativo, esta negociación está sujeta a comités de control de nivel superior que deben aprobar los acuerdos.

²⁷ En el marco, respectivamente, del régimen político del entonces coronel Perón (la primera ley sindical vigente emitida por ese gobierno data de 1945), y del llamado ‘Estado Novo’ del presidente Getulio Vargas (1937-1945).

²⁸ Cabe señalar que Uruguay también conoce, desde la década de 1940, una estructura sindical centralizada que, en particular, en un contexto de fuerte abstencionismo estatal, es sin embargo el producto de un acto de intervención centralizadora: la convocatoria de los Consejos de Salarios para enmarcar la negociación colectiva con participación estatal, lo que daría lugar a una estructura sindical relativamente centralizada. Hasta la sanción en enero de 2006 de la Ley 17.940 de protección de la actividad sindical, no estaban en vigor en Uruguay otras

medida un sesgo controlador y restrictivo, en muchos casos de carácter autoritario. Hay que decir, sin embargo, que, en muchos casos, en el período reformista al que me refiero a continuación, tendrían que experimentar cambios alentadores —inducidos por la lógica democrática sobrevenida— que los hicieran transitar (sin alcanzarlo del todo) hacia un punto de convergencia marcado por los Convenios 87 (1948) y 98 (1949) de la OIT.

A esto hay que agregar que los países que se han configurado a partir de una descentralización impuesta tienen, correlativamente, sistemas de negociación colectiva descentralizados, con predominio del nivel de empresa, aun cuando ha sido posible que algunos de ellos evolucionen hacia una mayor centralización (como en el caso de Colombia y Chile). Por otra parte, en los regímenes sindicales más centralizados, la estructura negociadora tiende a exhibir altos niveles de centralización, aunque en algunos de ellos se han observado ciertas tendencias descentralizadoras en las últimas décadas (caso de Argentina).

4. Recuperación de la democracia; preludio de procesos de reforma

A partir de fines de la década de 1970 y principios de la de 1980 se abrirían nuevos tiempos para América Latina, con la recuperación de las instituciones democráticas a partir de entonces en la mayoría de las naciones de la región²⁹. Se iniciaba una nueva etapa que tendría un impacto intenso, pero también contradictorio y paradójico, en el campo de los derechos sociales.

En particular, en el campo de la acción colectiva, el repliegue autoritario posibilitaría una rápida tendencia a la recuperación de las libertades sindicales. La democracia, señala Bronstein, haría a partir de entonces innecesaria la lucha de los sindicatos por su independencia y la vida misma de sus dirigentes³⁰. Además, permitiría trazar ese ya recordado proceso de convergencia en el que la sustitución de los sistemas jurídicos introducidos por dictaduras y la aproximación a los principios contenidos en los Convenios 87 y 98 de la OIT serían, como se ha señalado, el destino ineludible.

El contexto, sin embargo, no sería fácil y los resultados de ese proceso están lejos de satisfacer las expectativas que razonablemente se habían suscitado. La época de libertad coincidió con la del ajuste, la precariedad y el aumento del desempleo. En ese clima social, los sindicatos pierden: caen sus afiliados, su poder de conflicto, su prestigio y su influencia política

normas que el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), de la OIT.

²⁹Véase nota. 23

³⁰Véase Arturo Bronstein, “L'évolution sociale et les Relations professionnelles en Amérique Latine: bilan et outlooks” (1995) 134(2) *Revue Internationale du Travail* 179-223.

y social. Además, en todo caso, el proceso de recuperación de las libertades sindicales está lejos de haber concluido: el efecto sobre el intervencionismo estatal establecido en las relaciones colectivas de trabajo es matizado –se lo despoja de algunos de sus perfiles más irritantes–, pero no se lo derriba³¹.

4.1 La orientación de las reformas

La paradoja y la contradicción también se apoderaron de las fuentes normativas de regulación de los derechos sociales a nivel de las relaciones individuales. Como se señaló anteriormente, mientras las nuevas constituciones de la región ensalzaban la lógica de las garantías y la protección, en un número significativo de países la legislación, al mismo tiempo y con distinta intensidad, buscaría proyectar la lógica del ajuste sobre los sistemas laborales. Desde un punto de vista estructural, tal ajuste también se expresó en tendencias privatizadoras (de las empresas estatales, de los sistemas previsionales), la apertura de las economías, la consiguiente liberalización del comercio y otras acciones propias de la concepción económica dominante.

De esta manera, en el marco de la percepción de signos de agotamiento del sistema de mercado interno, diversos países de la región emprendieron procesos de reforma laboral de diferente intensidad hacia fines de la década de 1980 y principios de la de 1990. Más intensas en Argentina, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú³² que, como recuerda Weller³³, se orientaron en su mayor parte a flexibilizar determinados aspectos del mercado de trabajo y a poner el énfasis en ampliar la oferta de contratos, abaratar los despidos y, en algunos casos, introducir sistemas de protección contra el desempleo a través de cuentas individuales. Otras reformas, también con orientación a la flexibilidad laboral, incluyeron la desindexación de los salarios, la gestión más flexibilizada de los horarios de trabajo y la reducción de los costes laborales no salariales.

Algunos países que no parecen haber emprendido explícitamente aquel tipo de reformas se vieron sin embargo también envueltos en este marco de los tiempos de la flexibilidad. Tal es el caso, en especial, de Brasil³⁴, Uruguay y México. Otros países, como Venezuela (en 1990), República Dominicana (1992), Paraguay (1993) y El Salvador (1994), experimentaron en el mismo período reformas dirigidas a profundizar sus regímenes de

³¹ Ibidem 190.

³² En la época de la dictadura de Pinochet, Chile había sido objeto de una temprana e intensa reforma desregulatoria (1978-1979), de modo que durante la década de 1990 no se alineó con esos países, sino que produjo un proceso matizado de flujo y reflujo. Es decir, redefinió su sistema de protección laboral.

³³ En op. cit en nota 14 p. 25.

³⁴ Este país recién hizo su primera experiencia reformista masivamente flexible en 2017 a través de la ley aprobada el 13 de julio de ese año

protección laboral individual o colectiva. Algunas de ellas no pudieron evitar, sin embargo, la materialización de ciertas concesiones en términos de flexibilidad. De todas formas, hay que decir que las reformas producidas en esa etapa no lograron hacer tambalear las bases estructurales de los derechos sociales en América Latina³⁵ ni siquiera durante el período en que se materializaron las transformaciones más profundas. En todo caso, se trató en su mayoría de reformas que tuvieron que ver más con la intensidad protectora del sistema jurídico que con transformaciones sustantivas que permitieran decir, como en su día se pudo decir de los regímenes laborales europeos, que sus versiones tradicionales formaban ya parte de la arqueología del derecho social³⁶.

4.2 Persistencia, reflujo o nueva reforma

Pero al alba del nuevo milenio ya se había hecho evidente que estas reformas laborales, en el contexto de las reformas económicas concomitantes, no habían tenido un efecto positivo sobre la situación sociolaboral, ni sobre los mercados de trabajo, de los países de la región: elevado desempleo, creciente informalidad, precariedad e inseguridad en el empleo, no aplicación de la protección laboral, caída de los salarios reales y de la protección social, y un notorio aumento de la pobreza y la desigualdad eran comunes³⁷. En ese marco, se observó una virtual suspensión de los procesos de reforma de inspiración neoliberal y, en algunos de ellos, una tendencia al reflujo de diversa intensidad.

5. El tiempo que viene; las más inmediatas tendencias de transformación

5.1 Segmentación de los estatutos de protección del trabajo

Lo que ya se vislumbra en la región para el futuro cercano —quizás también en otras regiones— es un cierto proceso de segmentación del sistema de protección del trabajo, que hasta ahora ha sido un ordenamiento construido en torno a la idea dominante de

³⁵ Efrén Córdova, in “The Challenge of Flexibility in Latin America” 17-2 *Comp. Lab. Law. and Policy J.* 314, subraya que ni siquiera la dictadura chilena, que redujo derechos, desactivó el control estatal del cumplimiento de las normas buscó la descentralización de la estructura sindical y la negociación colectiva y cercenó el derecho de huelga fue capaz de hacer tambalear las bases del derecho del trabajo. En el mismo sentido, Bensusán (op.cit. en nota 18) afirma que estas reformas —se refiere a las que se dieron en Argentina, Brasil, Chile y México— ‘no afectaron drásticamente las reglas preexistentes’

³⁶ Valdés dal Re lo decía hace casi diez años, en Fernando Valdés dal Re, ‘El debate europeo sobre la “modernización del Derecho del trabajo” y las relaciones laborales triangulares’. (2009) 3 *Relaciones Laborales* 1.

³⁷ Ver en este sentido Lora, Eduardo y Pagés Serra, Carmen “Labor Market Regulations and Institutions” Report on Economic and Social Progress in Latin America, Banco Interamericano de Desarrollo (BID) Washington (2004, p. 3), donde se admite que “las reformas estructurales no produjeron los cambios anticipados en el mercado de trabajo”

subordinación laboral, es decir, una lógica concebida en torno a ese único centro de imputación³⁸.

En esos términos, tendía a haber una única categoría protegida (precisamente, la del trabajo dependiente o subordinado, es decir, el contrato de trabajo) y un único gran sistema de protección (el del régimen genérico del derecho del trabajo). No era demasiado difícil entender el porqué de ese enfoque unitario: había un tipo contractual dominante que respondía a ese único centro de imputación (precisamente la idea de subordinación o dependencia). En ese marco, el proceso de categorización (referencia a ese centro de imputación o a su ausencia) tendía a ser generalmente *simple, obvio y casi intuitivo*. Si bien el procedimiento de indicios ha estado disponible, en la mayoría de los casos era posible prescindir de él. La subordinación o dependencia –el contrato de trabajo– era *el criterio dominante de calificación para la inclusión y exclusión*: su presencia determinaba la existencia de un vínculo protegido, su ausencia –la situación de trabajo por cuenta propia– lo excluía.

¿Hay otra lógica además de esa binaria histórica (incluir en el régimen de protección para evitar el uso excesivo, es decir, *el abuso*, del contrato de trabajo que ha llevado a su protección)? ¿Debemos pensar en otra que incluya a todas las personas que trabajan y están “necesitadas de protección”? ¿Es posible asignar protección en este caso desde la lógica del régimen único de protección? ¿Será necesario pensar en un régimen especial en cada caso? (en cada caso en el que la subordinación no se percibe fácilmente). Si eso fuera posible, podría ser posible también para evitar el sobre uso – esto es, el abuso – del contrato de trabajo que ha conducido a su estiramiento y distorsión para permitir la inclusión, a veces de dudosa razonabilidad, de algunas categorías no fácilmente alcanzables.

De ninguna manera esta perspectiva sugiere la eliminación de la distinción binaria – subordinación o autonomía– que sigue siendo útil donde lo es. Lo que parece evidente es la insuficiencia de esta lógica en los casos cada vez más frecuentes en que la subordinación ya no es evidente. Esto también está sucediendo en la región, incluso con el llamado renacimiento del trabajo por cuenta propia (no solo, sino también, en el caso de los *trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes*), de los teletrabajadores o trabajadores remotos, de los trabajadores de plataformas. También con quienes trabajan para call-centers desde sus propios hogares y otras categorías que las nuevas tecnologías definirán.

Como se ha dicho muchas veces³⁹, el 65 por ciento de los niños que comienzan hoy sus estudios trabajarán en empleos y funciones que ni siquiera existen actualmente y que

³⁸ He sugerido esta idea en Adrián Goldin, ‘Social Justice for an Ongoing Reconfiguration of Labor Law’ en Brian Langille y Anne Trebilcock (eds), “Social Justice and the World of Work (Possible Global Futures). Essays in Honor of Francis Maupin (Bloomsbury UK 2023).

³⁹ Según una estimación que ha devenido muy aceptada, el 65% de los niños que ingresaron a la escuela primaria en enero de 2016 terminarán trabajando en tipos de trabajos completamente nuevos que aún no existen

requerirán de su propia legislación de protección específica. Los cambios en los procesos productivos urgen el surgimiento de una nueva organización del trabajo tanto en el empleo asalariado como en las diversas modalidades laborales y, en consecuencia, también de una nueva lógica regulatoria.

5.2 Una nueva morfología estatutaria y una nueva tendencia expansiva

Esas categorías tienden a expresar una nueva morfología estatutaria diferente de los *estatutos sectoriales tradicionales* que complementaban el régimen genérico aplicable al contrato de trabajo. En este nuevo espacio, *es la mediación de las tecnologías de la comunicación, el procesamiento de la información, la forma de contratar y proveer trabajo* –ya no su pertenencia sectorial– lo que define el alcance de las nuevas categorías (lo que constituye la nueva morfología estatutaria invocada)⁴⁰.

Lo que parece evidente es que la subordinación y el contrato de trabajo ya no son suficientes para cubrir a todos aquellos que trabajan y necesitan protección, y que no parece existir otra categoría correlativamente amplia para abarcarlos, al menos por ahora. Esta nueva tendencia de pluralización o segmentación del derecho del trabajo (en la medida en que supone superar los límites de la subordinación laboral para determinar el alcance del sistema de protección) revelaría, por el contrario, el desarrollo de una *nueva tendencia expansiva del derecho del trabajo* en la región (más categorías, más trabajadores incluidos). Es por ello que, en mi opinión *la idea de subordinación seguirá siendo un factor de inclusión en el sistema de protección, pero su ausencia no necesariamente implicará en lo sucesivo exclusión del mismo*.

<<https://repositorio.weforum.org/future-of-jobs-2016/chapter-the-future-of-jobs-and-skills/#view/fn-11>> consultado el 15 de febrero de 2024, Foro Económico Mundial, enero de 2016.

⁴⁰ Consideraré esa posible nueva morfología estatutaria en mi reciente estudio citado en nota 38

DERECHO DEL TRABAJO Y MEDIO AMBIENTE: LA NECESIDAD DEL LÍMITE. (UNA MIRADA DESDE EUROPA Y ESPAÑA)¹

Por Antonio Baylos²

LABOUR LAW AND AND ENVIRONMENT: THE NEED FOR LIMITS. (A LOOK FROM EUROPE AND SPAIN)

By Antonio Baylos

A Guillermo Gianibelli, por más de treinta años de amistad interoceánica.

Resumen

La alteración de la relación entre la humanidad y la naturaleza en el marco de la extensión global de la economía de mercado y la libre empresa tiene como efecto un crecimiento económico continuado que amenaza la biosfera y pone en peligro a la propia especie humana, en un proceso que se acompaña del incremento de la desigualdad económica y social en el mundo y la erosión de los derechos sociales fundamentales. En este contexto, la función del Derecho y en especial la del Derecho del Trabajo, tiene que ser la de imponer límites a la acción de los mercados y de la empresa para contener esta deriva de devastación y de degradación de la democracia social. La pluridimensionalidad de la noción de sostenibilidad – ambiental, social y económica – persigue este objetivo mediante su concreción en diferentes

¹ El presente texto se inserta en una línea de investigación iniciada por la revista *Lavoro e Diritto* en dos números consecutivos sobre “Trabajo y ambiente en el Antropoceno”, y que el autor ha continuado posteriormente en solitario. Sobre el conjunto de trabajos que originó esta propuesta, puede consultarse el sugerente “informe” que sobre los dos fascículos consecutivos efectuó Lorenzo ZOPPOLI, “Derecho laboral y medio ambiente: *stepping stones* para un camino difícil”, *Diritti, Lavori, Mercati International*, 2023, n° 1 : <https://www.ddllmm.eu/derecho-laboral-y-medio-ambiente-stepping-stones-para-un-camino-dificil/>

² Catedrático Emérito de la Universidad de Castilla La Mancha (España). <https://orcid.org/0000-0002-5737-5669>

formas de producción de normas y de reglas analizadas críticamente en el texto, así como mediante la reformulación de algunos elementos clásicos del grupo normativo de la salud y seguridad en el trabajo, a través de la ampliación de la fuerza vinculante del derecho a la salud laboral y la extensión del espacio del ambiente de trabajo al medio ambiente, configurando un nuevo tránsito entre las situaciones derivadas de la relación de trabajo y la condición de ciudadanía.

Abstract

The alteration of the relationship between humanity and nature within the framework of the global extension of the market economy and free enterprise has the effect of continuous economic growth that threatens the biosphere and endangers the human species itself, in a process that is accompanied by an increase in economic and social inequality in the world and the erosion of fundamental social rights. In this context, the role of law, and especially labour law, must be to impose limits on the actions of markets and companies in order to contain this drift of devastation and degradation of social democracy. The multidimensionality of the notion of sustainability - environmental, social and economic - pursues this objective through its concretisation in different forms of production of norms and rules analysed in the text, as well as through the reformulation of some classic elements of the normative group of occupational health and safety, through the extension of the binding force of the right to occupational health and the extension of the space of the working environment to the environment, configuring a new transit between the situations derived from the employment relationship and the condition of citizenship.

Palabras clave: Trabajo decente, OIT, Medio ambiente, sostenibilidad, desarrollo sostenible, salud laboral, ambiente de trabajo, riesgo laboral.

Key words: Decent work, , ILO, environment, sustainability, sustainable development, occupational health, working environment, occupational risk.

Sumario: 1. La alteración del “metabolismo” entre el trabajo y la naturaleza. 2. La necesidad del límite como función del Derecho. 2.1. Sostenibilidad ambiental y social y trabajo decente. 2.2. Las transiciones “justas”. 3. Seguridad y salud laboral y medio ambiente. 3.1. El derecho a la salud como derecho fundamental de carácter universal. 3.2. Salud laboral y cambio climático. 3.3. Entorno laboral y medio ambiente. 4. A modo de conclusión

DERECHO DEL TRABAJO Y MEDIO AMBIENTE: LA NECESIDAD DEL LÍMITE. (UNA MIRADA DESDE EUROPA Y ESPAÑA)³

Por Antonio Baylos⁴

1. La alteración del “metabolismo” entre el trabajo y la naturaleza

Se trata de una relación que se remonta a los orígenes de la civilización. “El trabajo es, antes que nada, un proceso que tiene lugar entre el hombre y la naturaleza, un proceso por el que el hombre, por medio de sus propias acciones, media, regula y controla el metabolismo que se produce entre él y la naturaleza”⁵, lo que plantea la cuestión, más actual que nunca, de la fractura de ese metabolismo entre la sociedad y la naturaleza, la alteración que ha modificado de manera sustancial ese proceso y que se concreta en la tendencia de la economía capitalista a crecer rápida y continuamente sin reparar en las consecuencias medioambientales.

Es notorio que este trastorno metabólico nace y se desarrolla por obra del triunfo de la civilización industrial que entroniza las libertades de empresa y de trabajo situando en el centro de su construcción teórica e ideológica al mercado, identificando el bienestar con la capacidad de consumo mercantil que tienen los individuos en función de su nivel de renta. Un sistema económico que no sólo produce cosas, sino también subjetividades, deseos, necesidades, identidades, que deben ser satisfechas como mercancías en un espacio de intercambio cada vez más extenso e interconectado globalmente⁶. La naturaleza, el medio ambiente, es el *contexto* en el que capital y trabajo producen riqueza mediante el uso de los recursos naturales⁷. Es la bulimia del capital la que conduce directamente a esa nueva época

³ El presente texto se inserta en una línea de investigación iniciada por la revista *Lavoro e Diritto* en dos números consecutivos sobre “Trabajo y ambiente en el Antropoceno”, y que el autor ha continuado posteriormente en solitario. Sobre el conjunto de trabajos que originó esta propuesta, puede consultarse el sugerente “informe” que sobre los dos fascículos consecutivos efectuó Lorenzo ZOPPOLI, “Derecho laboral y medio ambiente: *stepping stones* para un camino difícil”, *Diritti, Lavori, Mercati International*, 2023, n° 1 : <https://www.ddllmm.eu/derecho-laboral-y-medio-ambiente-stepping-stones-para-un-camino-dificil/>

⁴ Catedrático Emérito de la Universidad de Castilla La Mancha (España). <https://orcid.org/0000-0002-5737-5669>

⁵ MARX, K., *El Capital*, (Trad. P. Scaron), Siglo XXI Ed., Madrid, 2008, Libro I, Cap. V, p. 215.

⁶ PÉREZ OROZCO, A., “La sostenibilidad de la vida en el centro...¿y eso en qué consiste?”, en MORA, L. Y ESCRIBANO, J. (Coords), *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*. Bomarzo, Albacete, 2015, p.. 75

⁷ PÉREZ OROZCO, A., “La sostenibilidad...”, cit., p. 71

de la tierra en donde el ser humano se convierte en el principal agente geomorfológico e inaugura una era que nos lleva a la destrucción de la especie.

Por ello, ya desde hace tiempo, se ha afirmado que es necesario “el reconocimiento del límite natural de una civilización expansiva, la aceptación de que no toda necesidad humana, culturalmente inducida, puede ser satisfecha, por el riesgo que esto supondría para la parte mayoritaria de la especie de que formamos parte y, tal vez, para toda la especie”⁸. La catástrofe ecológica, sobre la que se elevan las alertas desde hace tiempo y con más urgencia en los últimos años, denuncia el dominio destructivo sobre la naturaleza, una especie de metástasis que envuelve el planeta poniendo en peligro la vida en él⁹.

Cobrar conciencia de este proceso de autodestrucción es difícil, adoptar medidas para evitarlo resulta mucho más complicado. En el mundo desarrollado, la compulsión creciente al consumo como forma de vida y de bienestar individual y la correlativa consideración mercantil prácticamente universal de bienes y servicios que abarcan lo material y lo inmaterial de la existencia humana, así como los deseos y las fantasías de los sujetos – consumidores de significados, estilos de vida, grupos de referencia e identidad – , se corresponde con una construcción social que coloca en el centro de ese proceso a los mercados y sitúa a la empresa como su elemento dinamizador, que genera la riqueza de las naciones y de sus habitantes. La nueva epifanía de la empresa, la exaltación casi teológica de la prepotencia del mercado y la correlativa hostilidad hacia lo público y lo común como instancias de racionalización democrática compensatorias de la desigualdad material – económica, social y cultural – entre las personas que componen una comunidad política, actúan como un poderoso obstáculo a la prevención de medidas que restrinjan esta dinámica suicida y autolesiva.

En efecto, la centralidad del mercado y la potencia de la empresa como sujeto económico y social son elementos que entorpecen una construcción cultural alternativa que pase de la preocupación por el deterioro ambiental a la necesidad de preservar la especie humana en la biosfera de la que forma parte, adoptando las medidas que para ello sean necesarias. Empresa y mercado son la condición de validez y la justificación última de la existencia social y por lo mismo, constituyen el sistema político de este mundo tanto a escala global como en cada una de las comunidades nacionales del mismo, sin que este modelo económico tenga en la actualidad ningún patrón alternativo de regulación fuera de ese

⁸ FERNÁNDEZ BUEY, F., *Guía para una globalización alternativa: otro mundo es posible*, Ediciones B, Barcelona, 2004, p. 190. Se trata, para el pensamiento ecosocialista, construir lo que este autor denomina la conciencia de especie: “A la globalización de la economía tiene que corresponder una ética mundial basada en la conciencia de especie (...). Sólo que la conciencia de especie está aún por construir (...) Conciencia de que todos los hombres, mujeres y varones, niños, adultos y viejos, de las diversas etnias, culturas, religiones y creencias, somos parte de una misma especie.” (FERNÁNDEZ BUEY, F., *Ética y filosofía política*, Edicions Bellaterra, Barcelona 2000, p. 190).

⁹ FERRAJOLI, L., *Per una Costituzione della Terra*, Feltrinelli, Milano, 2022, p. 29.

esquema. Desde la perspectiva económica, eso significa que se someten a la lógica mercantil recursos de todo tipo tanto materiales como simbólicos, el territorio, el tiempo de vida, la tecnología y, por supuesto, los recursos medioambientales. A su dominio – y a su violencia – nadie ni nada se sustrae.

Esta dinámica de crecimiento expansivo y de atracción gravitatoria de las cosas y de las personas en torno a la centralidad de los mercados y de la empresa produce el marco en el que se despliegan dinámicas muy profundas de desigualdad que se han incrementado exponencialmente en las últimas décadas¹⁰ y que ponen en peligro el pacto constituyente democrático que ha fundado la existencia de los estados sociales nacidos de la segunda posguerra mundial. La concentración de poder económico en las grandes empresas y corporaciones que gestionan los sectores energéticos y su conexión privilegiada con el poder político¹¹ junto con su expansión en el espacio global, son aspectos claramente retardatarios de la adopción de decisiones necesarias para evitar esta deriva hacia el desastre.

De alguna manera, la emergencia de la catástrofe sanitaria que produjo el Covid19 ha servido para esbozar, de manera sistemática, una idea-fuerza que pretende recomponer esa función metabólica entre la sociedad y la naturaleza. Se trata de la noción de sostenibilidad, enlazada con el bien conocido programa que marca la Agenda 2030 aprobada en el 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) que en ella se indican. Lo cierto es que en la Unión Europea el planteamiento teórico que liga al desarrollo económico el adjetivo derivado del principio de sostenibilidad, se refuerza notablemente tras la catástrofe global que golpeó a Europa de manera especial. A partir de marzo del 2020, la pandemia del Covid-19 “cambió las perspectivas económicas, sociales y presupuestarias de la Unión”, como reconoce el Reglamento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia¹², al aplicar la cláusula de salvaguarda general del Pacto de Estabilidad y Crecimiento suspendiendo las reglas de la gobernanza económica hasta entonces vigentes y reforzando su compromiso por la sostenibilidad social y la aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Se habla por tanto de sostenibilidad económica como expresión del impulso a un crecimiento económico que genere una “riqueza equitativa” sin perjudicar los recursos naturales, lo que necesariamente conduce a la redistribución de la riqueza a través de un sistema impositivo progresivo, y en esa dirección, el cuidado del medio ambiente y la

¹⁰ Como subraya, por todos, PIKETTY, T., *Capital e ideología* (trad. D. Fuentes), Planeta, Barcelona, 2019, pp. 775 ss.

¹¹ Manifestado también en la intercambiabilidad de relevantes dirigentes políticos en los puestos de dirección de las grandes corporaciones del sector (lo que en español se conoce como el fenómeno de las “puertas giratorias”) y el acoplamiento en éstas de grandes grupos financieros. La sumisión expresa a la codicia corporativa en el más reciente discurso neoliberal como reacción a las políticas desplegadas durante la pandemia es un elemento indicativo muy relevante.

¹² Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

consideración que la naturaleza no es una fuente inagotable de recursos, se integra en ese mismo enfoque, a través de la noción de “transición justa”. El otro punto que cierra la noción de sostenibilidad es el que hace referencia a la consecución de un nivel global de calidad de vida, sanidad y educación adecuado y equitativo, con una especial mención a la necesidad de profundizar la igualdad de género en este proceso de desarrollo sostenible.

Convengamos en que estos objetivos contrastan con el momento histórico actual caracterizado a nivel global por amplísimos niveles de desigualdad y de desvalorización del rol mediador y cohesivo del trabajo, y de muy extendidas violaciones de derechos humanos en todo el planeta, en gran parte consideradas casi como fenómenos naturales producto de la geopolítica y de la división entre países pobres y países desarrollados que genera terribles catástrofes humanitarias con desplazamientos masivos de población¹³. En la presente situación en Europa, la guerra en Ucrania, provocada por la agresión de Rusia, replantea dramáticamente el problema. No tanto ni tan solo porque la guerra sea una amenaza a la paz y un hecho bárbaro que vulnere el derecho internacional¹⁴, sino porque las consecuencias de esta guerra para Europa son muy lesivas, y la posibilidad de basar su recuperación económica en el desarrollo de una sostenibilidad ambiental y social vuelve a encontrarse en enorme dificultad.

La guerra de Ucrania no sólo ha provocado una tragedia humanitaria con el desplazamiento de cientos de miles de personas refugiadas. Ha de leerse también como un conflicto que provoca una importante crisis energética en toda Europa, y si bien este hecho podría constituir una oportunidad para replantearse de forma radical las fuentes de energía y la reducción de combustibles fósiles, nada de esto se está produciendo en la actualidad, sino en gran medida lo contrario al menos si se atiende a las últimas medidas que algunos países se han visto obligados a adoptar para hacer frente a esta nueva crisis que se solapa sobre las secuelas de la provocada por la pandemia y que orientaban la etapa post-Covid. A ello se une

¹³ FERRAJOLI, L., *Per una Costituzione della terra...*cit, p. 40 ss propone conceptualizarlos como “crímenes de sistema”, en una ampliación del concepto penal de crimen. Sus elementos constitutivos son el carácter indeterminado o indeterminable de la acción o del acontecimiento, por lo general catastrófico, y el carácter indeterminado o plurisubjetivo sea de sus autores que de sus víctimas, que consisten en un pueblo entero o incluso la humanidad. Un supuesto especial por su crueldad y permanencia, es el de la masacre de Gaza por el Estado de Israel, imputado como genocidio ante la CIJ, y cuya impunidad garantizada por Estados Unidos y la Unión Europea ha permitido hasta el momento de escribir estas líneas la eliminación física del 2% de la población palestina, además de la destrucción de establecimientos educativos, hambruna de la población y torturas y vejaciones a los prisioneros entre otras violaciones patentes de derechos humanos. Cfr. el informe de la Comisionada especial de Naciones Unidas, de abril de 2024, <https://www.un.org/unispal/document/anatomy-of-a-genocide-report-of-the-special-rapporteur-on-the-situation-of-human-rights-in-the-palestinian-territory-occupied-since-1967-to-human-rights-council-advance-unedited-version-a-hrc-55/#:~:text=>

¹⁴ La guerra es intrínsecamente antidemocrática e inmoral según el planteamiento kantiano que recoge FERRAJOLI, L. *Per una Costituzione della terra...*cit., pp. 96-97. Un enfoque en el que converge el pensamiento católico, reforzado ante los acontecimientos en Ucrania. Cfr. BERGOGLIO, J.M., *Contro la guerra. Il coraggio di costruire la pace*. Solferino / Libreria Editrice Vaticana, Roma. 2022.

la recuperación de las reglas fiscales de la Unión Europea¹⁵, que aunque con ciertas modificaciones, plantean de nuevo el problema de la gobernanza económica basada en la contención del déficit y de la deuda, continuando el enfoque “ordoliberal” que sustentó la terrible respuesta a la crisis financiera del ciclo 2010-2012 en Europa¹⁶ y que, en el contexto de la nueva etapa política tras las elecciones europeas de junio de 2024¹⁷, plantea renovadas incertidumbres sobre la institucionalidad que se asiente en materia de derechos humanos, laborales y sociales, en esta época post-Covid.

Enmendar el camino, recomponer una cierta homeostasis en la relación de la sociedad y la naturaleza es urgente pero frecuentemente se tiene la impresión de estar inmersos en un proceso en el que la realización de los objetivos claramente delimitados para evitar que se siga agrediendo a la biosfera, se trunca siempre por una u otra razón. Evitar los peligros de un desarrollo industrial sin reglas e insostenible ecológicamente requiere una lucha contra el tiempo¹⁸, un enorme esfuerzo para poder escapar del dominio que sobre la acción política ejerce el “tiempo infernal” del que hablaba Walter Benjamin en su estudio sobre Baudelaire y París en el que nada de lo que se comienza se puede llevar a cabo¹⁹.

2. La necesidad del límite como función del derecho.

En este panorama, el papel del derecho es el de marcar los límites y establecer los vínculos y compromisos que poderes públicos y privados deben mantener en su actuación económica, social y política. Restricciones y condicionamientos de una enorme complejidad porque tienen que articularse a lo largo de los niveles o espacios de regulación adecuados, desde la escala global, a la supranacional y nacional-estatal, teniendo en cuenta la asimetría que existe entre éstos en relación con la capacidad real de intervención sobre poderes económicos que se afirman como “poderes soberanos y salvajes” en amplia medida inmunes a las limitaciones clásicas derivadas de la política y del derecho²⁰.

¹⁵ Cfr. UXÓ, J., “La reforma de las reglas fiscales. Aprender de la experiencia y abordar nuevos desafíos”, y BAYLOS, A., “La reforma de la gobernanza europea y su deseada dimensión social”, ambos en *Revista de Derecho Social* 102 (2023), pp. 223 ss y 239 ss. Respectivamente.

¹⁶ MENENDEZ, A.J., “En el 50º aniversario de la CES. Las dos constituciones económicas de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social* 105 (2024), pp. 213 ss.

¹⁷ Cfr. EDITORIAL, “Elecciones europeas: un futuro incierto para el Derecho Social Europeo”, *Revista de Derecho Social* 106 (2024), pp. 7 ss

¹⁸ FERRAJOLI, L. *Per una Costituzione della terra...cit.*, p. 123

¹⁹ BENJAMIN, W., *Angelus novus. Saggi e frammenti.* (a cura di R. Solmi), Einaudi, Torino, 2014, p. 115...”el tiempo infernal, en el que transcurre la existencia de aquellos a quienes no les es dado cumplir nada de lo que han comenzado’. Hay traducción en castellano de estos ensayos en BENJAMIN, W., *Sobre Baudelaire*, (traducción de J. Barja) Abada Ed., Madrid, 2023.

²⁰ En la ya clásica expresión de FERRAJOLI, L., *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Bari, 2011.

El cometido del derecho es, por consiguiente, imponer esos límites creando cuando sea preciso nuevas garantías institucionales o reformulando las formas jurídicas de manera que adecúen su función al objetivo perseguido de restringir o encauzar las conductas y los comportamientos de los sujetos públicos o privados concernidos. Este enfoque ha tenido un importante reconocimiento en la importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 9 de abril de 2024 (*Verein Klimaseniorinnen Schweiz vs. Suiza*) en el que se condena al estado suizo por no haber actuado de forma eficaz en la lucha contra el cambio climático. La sentencia es muy importante porque entiende que la amenaza causada por el cambio climático a la salud, bienestar y calidad de vida de las personas vulnerables – en este caso mujeres de edad madura, que estadísticamente aparecían como víctimas prioritarias de las olas de calor agravadas por el cambio climático – debe desencadenar obligaciones positivas por parte de las autoridades públicas cuya ausencia u omisión genera una responsabilidad del Estado²¹. La lucha contra el cambio climático es “un problema poliédrico”²² que requiere transformaciones profundas en varios sectores y que obliga a acciones coordinadas del sector público y privado. Lo más relevante en este fallo, de evidente interés de futuro, es la relación que efectúa entre la tutela medioambiental – que no aparece explícitamente mencionada en la Convención Europea de Derechos Humanos²³ – y el art. 8 de este texto, interpretado como derecho a la autonomía personal y a la salud, bienestar y calidad de vida.

El art. 8 CEDH puede aplicarse en los casos medioambientales tanto si la contaminación es causada directamente por la acción del Estado como si no ha regulado adecuadamente las obligaciones de la empresa privada. El deber de regular se extiende a los riesgos inherentes derivados de la relación de causalidad entre las acciones u omisiones del Estado respecto del cambio climático y al daño o riesgo de daño que afecta a los individuos. Por tanto dicho precepto comprende un derecho de las personas a una protección eficaz por parte de las autoridades del Estado frente a los efectos adversos graves causados por el cambio

²¹ Una exposición completa del contenido y significado de la sentencia en ALVAREZ CUESTA, H., “*La lucha contra el cambio climático en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Un comentario de la STEDH de 9 de abril 2024, asunto Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suiza)*”, *Revista de Derecho Social* 106 (2024), pp. 131 ss. La demanda la plantea una asociación sin ánimo de lucro (Verein Klimaseniorinnen Schweiz), en la cual la mayor parte de sus miembros son mujeres mayores de 70 años y cuya finalidad es promocionar y tratar de llevar a cabo una protección efectiva frente al cambio climático, entre otras vías, a través de la reducción de gases de efecto invernadero. Junto a esta asociación, varias mujeres pertenecientes a la misma presentan demandas a título individual contra Suiza, que la sentencia estima fallando a su favor.

²² ALVAREZ CUESTA, H., “*La lucha contra el cambio climático...*”, cit., p. 141.

²³ Un argumento en el que insistirían tanto el gobierno suizo como otros gobiernos que se personaron a lo largo del proceso (Irlanda, Noruega, Portugal, Letonia, Italia, Austria, Rumania y Eslovaquia) que mantenían que en virtud del principio de subsidiariedad la tutela del medio ambiente era un asunto político interno de cada país y que el TEDH no podía considerarse un supervisor de las decisiones políticas que se adoptaran en el nivel nacional-estatal. Cfr. ALVAREZ CUESTA, H., “*La lucha contra el cambio climático...*”, cit., pp. 134-136.

climático en su salud, bienestar y calidad de vida²⁴. Es indudable la trascendencia de esta sentencia en la afirmación de las obligaciones positivas de los poderes públicos para establecer medidas adecuadas para lograr esta finalidad, con la correlativa imposición de límites a los agentes económicos en esa misma dirección.

Todas las ramas jurídicas por tanto están de alguna manera comprometidas en esta función del límite, pero el Derecho del Trabajo tiene una especial relación con esta problemática, ante todo por la relación directa que se establece entre la devastación de la naturaleza, la vocación destructiva del sistema capitalista y el crecimiento de las desigualdades y las injusticias²⁵ que, a la inversa, obligan a actuar conjuntamente un proceso de transición ecológica y sostenible y la realización de los estándares que comprenden la noción de trabajo decente, lo que supone la necesaria reconfiguración de algunas instituciones laborales clave y la imposición de una serie de límites en el desarrollo del libre mercado o de la unilateralidad de la empresa.

2.1. Sostenibilidad ambiental y social y trabajo decente.

Son muchas las opiniones que ligan la noción de sostenibilidad ambiental con la de trabajo decente, entendiendo que una y otra son indisolubles²⁶. Un enlace que se ha manifestado también paulatinamente en los intentos de regulación de la actuación de las empresas en el espacio global, mediante la incorporación de los derechos fundamentales del trabajo al compromiso de no degradar el medio ambiente y luchar contra la corrupción a través de los acuerdos marco globales, o en iniciativas internacionales de alcance regional como el Proyecto Conjunto de Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe, programa promovido por el Alto Comisionado en Derechos Humanos de las Naciones Unidas conjuntamente con la OIT y la OCDE, financiado por la Unión Europea²⁷. Este programa requiere la suscripción de planes nacionales sobre empresas y derechos humanos, sobre la base de incorporar los principios rectores o normas *Ruggie* de Naciones Unidas. Lo más relevante en estas tendencias se resume en que se ha producido un desplazamiento desde el enfoque estrictamente laboral de los derechos que deben ser garantizados por la empresa transnacional

²⁴ ALVAREZ CUESTA, H., “*La lucha contra el cambio climático...*”, cit., p. 140

²⁵ LASSANDARI, A., “*Il lavoro nella crisi ambientale*”, *Lavoro e Diritto*, 2022, vol.1. pp. 7 ss; MARIUCCI, L., “*Iuslaboralismo y sindicatos en la era del ocaso del neoliberalismo*”, *Revista de Derecho Social* 92, 2020, pp. 21 ss.

²⁶ Se trata de una conclusión unánime en la doctrina laboralista española que se ha ocupado del tema. Cfr. MORA, L. y ESCRIBANO, J. (Coords), *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*. Bomarzo, Albacete, 2015; CHACARTEGUI, C. (Coord), *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, MIÑARRO, M. (ed.), Ed), *Cambio climático y derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva*. Uja Editorial, Jaén, 2021.

²⁷ Se puede consultar en <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2020/02/Plan-Nacional-Empresas-y-DDHH.pdf>.

en cualquiera de los territorios en los que se localice, a la consideración universal y generalista de los derechos protegidos, sobre la base de su definición como derechos humanos, a los que se une el respeto al medio ambiente y la lucha contra la corrupción, pero su vinculación se mantiene en el espacio voluntarista de la responsabilidad social y por regla general funciona más como argumento retórico con finalidad pedagógica que como límite efectivo²⁸.

Esta conexión se intenta también establecer a partir de la elaboración de una noción pluridimensional de sostenibilidad, que conoce una triple adjetivación que se declina de manera conjunta como sostenibilidad económica, ambiental y social²⁹. Es una opción que se manifiesta con claridad en la Unión Europea, gracias a la conmoción violenta e imprevista causada por la pandemia del Covid-19. La situación de excepción causada por la crisis sanitaria y económica que ha atravesado Europa con la propagación de la pandemia, ha permitido la importación de estos conceptos hasta ahora novedosos en el ámbito de la UE. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible incluidos en la Agenda 2030 de Naciones Unidas son una referencia que se reitera asimismo en las Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos de la OIT³⁰, que complementan y refuerzan la idea del trabajo decente. Por ello no es de extrañar que en la cumbre social de Oporto, celebrada el 7 de mayo de 2021, se aprobara un documento titulado “compromiso social de Oporto”³¹ en el que interlocutores sociales, Parlamento y Comisión se comprometían a reforzar la aplicación del derecho social en la UE para garantizar una recuperación ‘sostenible’, un calificativo que se repite en el documento como ‘desarrollo económico sostenible’, o como ‘recuperación económica y social sostenible e inclusiva’.

Aunque este tema se suele enlazar con el de las transiciones justas, a las que más abajo se hará referencia, lo cierto es que la palabra de orden sobre la que gira todo es la de sostenibilidad, que, como todas las naciones-clave, puede ser leída con arreglo a múltiples determinaciones. La directiva de 2022 sobre la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas³², aun centrando el foco informativo sobre las medidas para la reducción de gases efecto invernadero y otras cuestiones medioambientales, incorpora dentro de esta presentación de información sobre sostenibilidad, “factores sociales y de derechos humanos” que afectan a la igualdad de trato, las condiciones de trabajo y el

²⁸ Cfr. BARAÑANO, M. y BAYLOS, A., “Innovaciones y continuidades en la responsabilidad social: estado de la cuestión y análisis comparado”, *Lex Social . Revista de derechos sociales* 13(2), 2023, pp. 1-58 <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8076>

²⁹ LOFFREDO, A., “Democrazia industriale e sustainable corporate governance: i soliti sospetti”, *Rivista Giuridica del Lavoro* 2021 vol. 4, parte I, pp. 601 ss.

³⁰ Declaración que data del 2015. Cfr. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_432865.pdf

³¹ <https://www.2021portugal.eu/pt/cimeira-social-do-porto/compromisso-social-do-porto/>

³² Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

respeto a los derechos humanos reconocidos en una serie de declaraciones universales e instrumentos internacionales que procede a enumerar³³,

De esta manera, la emergencia de la noción de sostenibilidad en la UE refleja la creciente preocupación por la crisis medioambiental, un desafío inmenso que reclama acciones donde aparecen conectados los objetivos propiamente medioambientales con los de política económica y social. En una amplia medida, sin embargo, y aun manteniendo esa conexión con la tutela del ambiente y la protección de los derechos laborales, se proyecta su campo de acción sobre la empresa, construyéndola como la nota definitoria de la responsabilidad social empresarial o corporativa, y en consecuencia sustancialmente volcada en la voluntariedad de la misma, organizada primariamente en torno a la unilateralidad del titular de la empresa y posteriormente abierta a la interlocución sindical, especialmente en la dimensión transnacional y supranacional³⁴ con la problemática añadida de su proyección sobre las cadenas globales de valor y su efectividad³⁵. De esta manera, la forma concreta de producir las reglas que deberían disciplinar a las empresas como sujetos económicos comprometidos con un desarrollo sostenible ambiental y social, rechaza la fuerza vinculante derivada de la coactividad normativa y se sitúa en el plano de la libertad de actuación de la empresa, responsable moralmente o éticamente de su conducta voluntaria. La acción de los poderes públicos es ante todo propositiva o incentivadora, pero solo excepcionalmente limitativa o restrictiva de la acción empresarial.

La más reciente inserción de éstas acciones en una fórmula de *compliance* o de conformidad con el marco general de garantía de derechos a través de la paulatina juridificación de la noción de debida diligencia, es una tendencia creciente que conoce ya varias

³³ i) la igualdad de trato y de oportunidades para todos, incluida la igualdad de género y la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor, la formación y el desarrollo de capacidades, el empleo y la inclusión de personas con discapacidad, las medidas contra la violencia y el acoso en el lugar de trabajo, y la diversidad, ii) las condiciones de trabajo, incluido el empleo seguro, el tiempo de trabajo, la adecuación de los salarios, el diálogo social, la libertad de asociación, la existencia de comités de empresa, la negociación colectiva, incluida la proporción de trabajadores cubiertos por convenios colectivos, los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, la conciliación de la vida privada y la vida laboral, y la salud y la seguridad, iii) el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales, los principios democráticos y las normas establecidas en la Carta Internacional de Derechos Humanos y otros convenios fundamentales de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”

³⁴ Cfr. BORELLI, S. e IZZI, D., “L’impresa tra strategie di due diligence e responsabilità”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2021, vol. 4, pp. 553 ss.

³⁵ GUARRIELLO, F. “Il ruolo del sindacato e delle rappresentanze del lavoro nei processi di due diligence”, *Rivista Giuridica del Lavoro* 2021, vol. 4, parte I, pp. 580 ss.; SANGUINETI, W. y VIVERO, J.B. (Dir.), *Diligencia debida y cadenas globales de valor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

manifestaciones normativas de interés en algunos estados miembros de la Unión Europea³⁶. Este es el núcleo central de la directiva de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad³⁷. Esta obligación se resuelve en la elaboración de un plan de actividad en el que la Empresa Transnacional se compromete a respetar los derechos humanos y otras obligaciones internacionales fundamentales, pero lo relevante es que estos deberes aparecen integrados en el ordenamiento estatal del país en el que se instala la sede principal de la empresa transnacional y conforman por consiguiente una obligación legal para dicha empresa, de manera que la responsabilidad social de la empresa aparece “normativamente orientada” e inserta ya en un esquema coactivo aunque se siguen planteando dudas e incógnitas sobre el alcance del “deber de vigilancia” de las empresas transnacionales en el cumplimiento de estas obligaciones sobre derechos laborales y tutela del medio ambiente³⁸.

Adjetivada como sostenibilidad social, esta noción se conecta con la ampliación y consolidación de derechos individuales y colectivos derivados del trabajo, y en general, su propia determinación implica el desbordamiento del marco estatal nacional y su anclaje tanto en la escala regional europea como en la dimensión transnacional que la supera. En esta línea, no sólo se interpreta el Pilar Social europeo desde la perspectiva de la sostenibilidad³⁹, sino que se elabora la tesis según la cual el derecho social europeo es capaz de incorporar la dimensión de sostenibilidad en sus tres vertientes y, a su vez, salir fortalecido en sus valores y funciones fundamentales⁴⁰, lo que de alguna manera se concreta de forma más precisa a través de la hipótesis de que la idea de sostenibilidad es adecuada para convertirse en un principio normativo y organizador de la dimensión social de la UE, modulando bajo este prisma

³⁶ Una síntesis de estas expresiones normativas en diferentes marcos normativos de varios países en GUAMÁN, A., “*Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos nacionales*”, *Trabajo y Derecho* 87 (2022). Hay que tener en cuenta asimismo la negociación del Tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos que sigue efectuándose en el seno de Naciones Unidas, como forma de trasponer las normas *Ruggie* a un instrumento jurídico internacional sometido a la ratificación de los estados miembros de la ONU. Sobre los avatares de este proceso en sus primeras fases de discusión, GUAMÁN, A. y MORENO, G., *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un instrumento vinculante*. Bomarzo, Albacete, 2019.

³⁷ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

³⁸ Otras normas europeas incorporan también esta noción de la diligencia debida como forma de regular la responsabilidad de la empresa según los parámetros aludidos. Una descripción crítica de estos instrumentos en GUAMÁN, A., “*Del Reglamento de minerales a la Directiva de diligencia debida: el nuevo modelo de responsabilidad social impulsado por la Unión Europea*”, *Revista de Derecho Social* 105 (2024), pp. 95 ss.

³⁹ NOVITZ, T., “*Addressing ‘Social Dumping’ and ‘Unfair Competition’. An Analysis of EU Pillar Initiatives from a Sustainability Perspective*”, en HARTZÉN, A.C., IOSSA, A. y KARAGEORGIU, E. (Eds), *Law, Solidarity and the Limits of Social Europe. Constitutional Tensions for EU Integration*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2022.

⁴⁰ TOMASSETTI, P., “*Labor Law and Environmental Sustainability*”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2018, vol. 40, n.1. pp. 101 ss

conceptual los contenidos de la misma⁴¹. Una indicación muy sugerente que habrá que verificar en sus desarrollos posibles.

2.2. Las transiciones “justas”.

Más allá de esta apropiación del término como condicionante del proceso de cambio que se debe introducir en el modo de producir y en la orientación económica y social de la Unión Europea especialmente reforzada en la etapa post Covid, lo cierto es que la relación entre sostenibilidad ambiental y social impone la necesidad de imponer límites a las instituciones centrales de la economía, es decir, exige señalar condicionamientos al funcionamiento de los mercados y restricciones de la libertad de empresa. Un proceso que se insinúa en el espacio europeo e internacional privilegiando las formas dúctiles de creación del derecho a las que ya se ha aludido, pero que gradualmente viene a estar amparado de manera más concreta en el espacio nacional-estatal por el marco constitucional. El caso de la reciente reforma de la Constitución italiana de febrero de 2022 es emblemático a este respecto. A su tenor, el Estado se compromete a tutelar el ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas como principio democrático fundamental⁴², mediante la enunciación de límites a la iniciativa económica privada en la medida que ésta pueda dañar la salud o el ambiente⁴³. De manera más indirecta la Constitución española en su art. 45, situado entre los llamados principios rectores en materia de política social y económica, se compromete a una “utilización racional” de los recursos naturales y fundamentalmente a “restaurar” el medio ambiente, con una mención a que esta actividad pública se tiene que apoyar en “la indispensable solidaridad colectiva”⁴⁴.

Sin embargo, la mayoría de los esfuerzos normativos por el momento se concentran sobre técnicas promocionales que buscan promover y orientar con estímulos la actuación empresarial, mientras que para la realización concreta de las políticas de transición energética con sus consecuencias inmediatas sobre el empleo, la acción de las ayudas públicas resulta decisiva. A través de la financiación de las prestaciones económicas de desempleo, de las

⁴¹ GARCÍA - MUÑOZ ALHAMBRA, A., “*Labour law for European Social Sustainability*”, Marie Curie Project, Part B-1, 2021.

⁴² MARTELLONI, F., “*I benefici condizionati come tecniche promozionali nel Green New Deal*”, *Lavoro e Diritto* 2022, n.2, pp. 293 ss.

⁴³ PASCUCCI, P., “*Modelli organizzativi e tutela dell’ambiente interno ed esterno all’impresa*”. *Lavoro e Diritto* 2022, n. 2, pp.335 ss.

⁴⁴ Este reconocimiento constitucional implica que “*la significación del medio ambiente como deber y derecho requiere de los mecanismos coercitivos para hacerlo cumplir*” como afirma CHACARTEGUI, C., “*Transición justa con justicia social: por una sostenibilidad real y efectiva*”, en CHACARTEGUI, C. (Coord) *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa...cit.*, pp. 17 ss.. Sin embargo, la norma más directamente relacionada con esta declaración constitucional, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, “carece de la ambición y coherencia que le serían exigibles” para un sector de la doctrina (MIÑARRO, M., “*Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: Qué es y cómo se fomenta el ‘empleo verde’*”, en el volumen colectivo coordinado por esta autora *Cambio climático y derecho social...cit.*, p. 9)

ayudas formativas y la planificación de nuevos sectores o nichos de empleo alternativos, se intentan corregir las consecuencias negativas en cuanto a destrucción de empleo que estas políticas producen. También la utilización de cláusulas sociales en la contratación administrativa en donde se prioriza el “sesgo ambiental”⁴⁵ persigue el mismo objetivo.

En este sentido se habla de dobles correcciones a la lógica de los mercados, puesto que se desmantelan o impiden actuaciones económicas extractivistas o contaminantes y a la vez se arbitran medios de amortiguación social de las consecuencias de esta reorientación económica. De una manera más clara lo ha señalado la Confederación Europea de Sindicatos (CES) en su programa de acción 2023-2027, “las políticas enfocadas únicamente al mercado entrañan el riesgo económico sin precedentes que podrían devastar puestos de trabajo y comunidades y socavar la democracia y sus instituciones”⁴⁶. Esta forma de abordar el problema se ha empleado con anterioridad en el marco de políticas industriales y de las medidas de refuerzo de orientaciones económicas en el plano social que estas ponían en práctica, si bien en el caso de la consideración conjunta de la sostenibilidad ambiental y la social, se suele dar más relevancia a la primera que a la segunda, de forma que en el largo plazo la lógica de los mercados se impone a este tipo de actuaciones de amortiguamiento de los efectos negativos para amplios colectivos de personas que trabajan en estos sectores que deben ir desapareciendo o reconvirtiéndose.

Desde este enfoque, sostenibilidad significa reconversión de sectores industriales y de servicios y por consiguiente en muchas ocasiones cierre de empresas y reformulación del tejido empresarial e industrial en determinados territorios de un país determinado. Y ello obliga por consiguiente anticipar y gestionar esta transformación de una manera equilibrada. Por eso la sostenibilidad, traducida como transición ecológica y ambiental, se adjetiva como justa con la finalidad de que en este proceso se cuide de no lesionar de manera irreparable la profesionalidad de las personas que trabajan en las mismas y a la postre que no se imposibilite abruptamente su derecho al trabajo, lo que naturalmente constituye el objetivo principal de las organizaciones sindicales⁴⁷.

No resulta sin embargo sencillo arbitrar mecanismos que aseguren la mediación sindical en estos procesos transicionales, al menos en la medida en que se debería garantizar la negociación de la reconversión de los aparatos productivos sobre la base de la propuesta concreta de la reformulación del sector en transición. Las fórmulas que se han ido utilizando

⁴⁵ MIÑARRO, M., “Una nueva dimensión de las políticas...”, cit., pp. 63-65

⁴⁶ CRUCES, I., MARTÍNEZ, A., DE LA FUENTE, L., “Haciendo realidad la transición justa: el empuje del sindicalismo europeo”, *Revista de Derecho Social* 106 (2024), p. 252.

⁴⁷ En este sentido se sostiene que la Transición justa es la principal contribución del sindicato al debate sobre el cambio climático. CENTAMORE, G., “Una *just transition* per il Diritto del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, 2022, vol.1, pp. 125 ss.

hasta el momento reposan más sobre el diálogo social que sobre la negociación colectiva y se localizan en el plano supraempresarial del sector o rama de producción, a la vez que se mantiene inalterada la premisa de que la gestión medioambiental es competencia exclusiva de la empresa⁴⁸, un espacio de actividad en el que no se han reformado los instrumentos tradicionales de información y consulta de la acción sindical, que requieren por tanto su readaptación ante las consecuencias sobre el empleo en las empresas y centros de trabajo en concreto de la transición digital emprendida⁴⁹.

Por el contrario, formas nuevas de diálogo social tripartito que incluso adoptan figuras típicas de la negociación colectiva en el nivel sectorial se han ido poniendo en práctica en numerosos ordenamientos europeos⁵⁰. En el caso de España se han conocido experiencias muy interesantes en torno a las transiciones de la minería del carbón, las centrales térmicas en cierre, las empresas cementeras, además de la previsión de un mecanismo de intercambio y consultas por sectores, concebido como “espacio de reflexión” creado por la Ley 7/2021 de cambio climático y transición energética⁵¹. En unos casos se ha acudido a verdaderos acuerdos marco recogidos por el Estatuto de los trabajadores, en otros se ha optado por formas de intervención administrativas puras en la fase de ejecución del plan de transición y de las medidas adoptadas en lo concreto⁵².

Es en todo caso un espacio de regulación en donde previsiblemente se sigan desplegando nuevas iniciativas que se aproximan a las formas ordinarias de gestión de las crisis de empleo, como se puede anticipar que sucederá con el llamado “mecanismo RED” que ha recogido la reciente reforma laboral española contenida en el RDL 32/2021 de 28 de diciembre, especialmente en lo que se refiere a su modalidad “sectorial” que se activa ante cambios “permanentes” que inciden “en un concreto sector productivo o varios de ellos (al modo de las

⁴⁸ ESCRIBANO, J., “*Diálogo social y nuevo pacto verde: la libertad de empresa como límite*”, *Revista de Derecho Social* 98 (2022), p. 201 ss.

⁴⁹ Sobre la inadecuación de los medios de acción previstos en la legislación como forma de participación eficaz de las personas trabajadoras en las decisiones sobre los procesos transicionales en esta materia, analizando el caso español, RODRIGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., “*La transición laboral justa en el contexto de la acción por el clima*”, *Revista de Derecho Social* 103 (2023), pp. 109 ss.

⁵⁰ Sobre la regulación en Francia, ver ESCRIBANO, J., “*Diálogo social...*”, cit., p. 203 ss. En Italia, GIOVANNONE, M., “*Le nuove dinamiche della contrattazione collettiva per la Just Transition: prospettive regolative per la convergenza tra interessi economici, social e ambientali*”, *Rivista Giuridica del Lavoro* 2021 vol. 4 num.1, pp. 637 ss.

⁵¹ Cfr. el análisis pormenorizado de estos supuestos en ESCRIBANO, J., “*Diálogo social...*”, cit., pp. 207 ss..

⁵² Se trata de los llamados “Convenios de Transición Justa” o convenios administrativos ambientales creados por la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética que sin embargo excluye a los sujetos interesados, como los sindicatos u organizaciones ecologistas o asociaciones de consumidores, estableciendo una relación directa entre las administraciones públicas y los sujetos contaminadores, aunque la participación de las representaciones colectivas de los trabajadores en la empresa se logra a posteriori a través de la información a los órganos de representación en estas entidades empresariales de los acuerdos que se hayan efectuado en materia de gestión y calidad ambiental. Críticamente, ESCRIBANO, J., “*Convenios de Transición Justa: perspectivas jurídico-laborales*”, en CHACARTEGUI, C. (Coord), *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa...*CIT.,, pags. 134-136.

viejas reconversiones industriales), pese a lo cual se habilitan medidas de ajuste/regulación de empleo que revisten carácter temporal, por cuanto se estima que las mismas pueden ser suficientes para superar la situación de dificultad de empleo que se constata”⁵³.

Por lo demás, lo inexorable de la transición ecológica y su intersección con el trabajo decente y sostenible, requiere sin lugar a dudas intervenir directamente sobre las decisiones de la empresa en materia de salud y medio ambiente. Es decir, abordar el contenido del derecho a la seguridad y salud en los lugares de trabajo para poder reformular la tutela de la salud como derecho ciudadano fuera del espacio-empresa, lo que exige ante todo una operación interpretativa y de reorientación normativa que tenga como principal objetivo “cuestionar la soberanía de la empresa” en estas materias⁵⁴, es decir, condicionar directamente la determinación unilateral del empresario sobre las decisiones centrales en este aspecto, lo que conduce a una visión renovada de la materia de la salud y seguridad en el trabajo como elemento clave para la exposición de los límites a la libre empresa en esa doble dimensión que ofrece el trabajo y el medio ambiente.

3. Seguridad y salud laboral y medio ambiente.

El derecho a la salud y seguridad en el trabajo no sólo se configura como un *cantiere aperto* a iniciativas regulativas en proceso o evolutivas⁵⁵, sino que posiblemente es el espacio normativo que demuestre una mayor receptividad a la problemática medioambiental en relación directa con el trabajo y en donde por consiguiente se están produciendo cambios significativos y reformulaciones de los conceptos tradicionales en esta materia. En este apartado se subrayan cuatro que se estiman de cierta relevancia o que pueden sugerir una reflexión sobre reformas del marco institucional de futuro.

3.1. El derecho a la salud como derecho fundamental de carácter universal.

La normativa internacional del trabajo considera el derecho a la salud de las personas trabajadoras como un derecho fundamental de carácter universal. Se inscribe así en un proceso de juridificación conforme al cual una serie de derechos laborales reconocidos en las normas internacionales han ido transformándose en derechos de validez universal, un fenómeno que aparece como la otra cara de la globalización financiera y el globalismo – la globalización de los derechos con la apuesta por la justicia universal en el caso Pinochet arrestado en Londres

⁵³ CAVAS, F., “El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021”, *Revista del Ministerio de trabajo y Economía Social* n° 152, (2022) p. 114..

⁵⁴ LASSANDARI, A., “*Il lavoro nella crisi ambientale...*”, cit., p. 13.

⁵⁵ BUOSO, S., “*Sicurezza sul lavoro, ambiente e prevenzione: disciplina positiva e dilemmi regolativi*”, *Lavoro e Diritto*, 2022, vol.2, p. 271

en octubre de 1998, o la creación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en julio de 1998 en Roma - , y que se plasma en el ámbito del Derecho del Trabajo en una tendencia a la conformación de los derechos fundados en el trabajo como derechos humanos, más allá de su consideración de derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones nacionales o, más recientemente, por las Cartas de Derechos fundamentales de la ciudadanía europea en ordenamientos supranacionales como la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa de 2007. En ese proceso que desde el punto de vista doctrinal da un peso específico al espacio de intersección entre el derecho internacional del trabajo y el derecho internacional de los derechos humanos, se ha seleccionado una suerte de “núcleo duro” de derechos⁵⁶ con validez universal que se refieren a convenios internacionales aprobados por la OIT y que se reconocieron como tales en la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo adoptada en junio de 1998 por dicha organización.

Como se sabe, éstos derechos, cuya validez se establece universalmente para todos los estados miembros de la OIT por el mero hecho de formar parte de esta organización, sin necesidad por tanto de que se hayan ratificado los Convenios internacionales que los encarnan, eran cuatro: la libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. A estos derechos se corresponden una serie de instrumentos normativos internacionales, ocho Convenios de la OIT que desarrollan, dos por cada uno de estos derechos, que son calificados como fundamentales y sobre los que se ha desplegado asimismo un enorme esfuerzo organizativo para que sean ratificados por todos los estados miembros de la OIT.

Universalidad en su validez y en su concepción, puesto que están basados en la dignidad de la persona humana, y aunque esta es una noción polisémica que da lugar a resultados muy dispares en su consideración subjetiva u objetiva, como valor institucional, lo cierto es que su titularidad no está condicionada por la nacionalidad o el *status* de ciudadanía de un país, ni por el sexo ni la raza ni cualquier otro condicionamiento personal. Resultaba por eso llamativo que no se incluyera entonces entre este elenco de derechos laborales universales la preservación de la integridad física y psíquica de la persona trabajadora, garantizando su salud y seguridad en el entorno laboral. Es cierto que en el Informe del Director General de la OIT, Juan Somavía, de 1999, se introduce como concepto – guía de la protección otorgada por el derecho internacional del trabajo el de trabajo decente, y en esta idea, junto a los derechos fundamentales del trabajo y los componentes básicos de las relaciones colectivas de trabajo, se explicita “la existencia de empleos suficientes (posibilidades de trabajar), la remuneración (en

⁵⁶ CANESSA, M., “*Los derechos humanos laborales en el Derecho internacional*”, *Derecho – PUC*, n° 63, 2009, p. 370.

metálico y en especie), la seguridad en el trabajo y las condiciones laborales salubres”, a lo que se añade la seguridad social y la seguridad de ingresos como elementos esenciales del mismo, si bien dependiendo de la capacidad y del nivel de desarrollo de cada sociedad⁵⁷. Pero aun cuando este concepto se usa como elemento de valoración y de medición de lo que debería consistir en un mundo global un trabajo digno, y funciona de esta manera como una noción prescriptiva y comparativa a la hora de valorar los estándares laborales vigentes en cada país determinado, el derecho a la salud y seguridad de la persona trabajadora en su entorno laboral no había alcanzado el estatuto de derecho humano fundamental que formaba parte del núcleo duro de los derechos de validez universal.

Fue Guy Ryder, el Director General de la OIT elegido en el 2016, quien impulsó de forma decidida añadir a los principios y derechos fundamentales adoptados en 1998 este nuevo derecho a la salud de las personas trabajadoras, con ocasión del debate en torno al centenario de la organización, lo que pareció de todas luces evidente tras la irrupción de la pandemia producida por el Covid19 que afectó al trabajo y derrumbó la economía en todo el mundo. Tras vencer algunas resistencias, la reunión del Consejo de Administración de la OIT del 14 de marzo de 2022 incorporó como punto del orden del día de la CIT un proyecto de resolución para enmendar la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, que analizara la inclusión del derecho a unas condiciones de trabajo seguras y saludables como derecho universal⁵⁸.

Este proceso obligaba a debatir sobre puntos de evidente enorme relevancia⁵⁹: el primero, la determinación del contenido del derecho a la salud y seguridad laboral, que, a tenor de las intervenciones que se dieron en la reunión del Consejo de Administración, oscilarían entre “condiciones de salud y seguridad” o “entorno seguro y saludable”. El segundo, dado que el reconocimiento del derecho lleva consigo la referencia expresa a dos convenios internacionales definidos como fundamentales, la determinación de qué convenios internacionales sobre seguridad y salud en el trabajo que habrían de reconocerse como fundamentales. El tercer punto era el relativo a la relación que se puede dar entre esta ampliación del cuadro de derechos reconocidos de manera universal y los compromisos que se han ido incorporando como cláusulas sociales a los tratados de libre comercio, un punto especialmente resaltado tanto por los empresarios como por los estados que poseían economías más desarrolladas⁶⁰.

⁵⁷ GHAI, D., “*Trabajo decente. Concepto e indicadores*”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 102, (2003) p. 125.

⁵⁸ GB.344/INS/6

⁵⁹ BARRETTO GHIONE, H., “Editorial”, *Derecho Laboral*, tomo LXIV, num. 284 (2021), p. 9 ss.

⁶⁰ Finalmente, la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, (...) “*coincidieron con el análisis de la Oficina de que la decisión de la Conferencia no entrañaría nuevas obligaciones jurídicas para los Estados parte en acuerdos de libre comercio*”.

El proyecto de resolución traslucía el consenso entre los mandantes de la OIT sobre la evidencia de que “la incorporación de todos los principios y derechos fundamentales en el trabajo en un mismo instrumento preservaría la unidad, la autoridad y la coherencia de la Declaración de 1998, otorgaría a la seguridad y la salud en el trabajo el mismo nivel de respeto, prominencia y promoción que a las otras cuatro categorías y también permitiría la aplicación coherente del mecanismo de seguimiento existente destinado a promover la Declaración”. Es importante destacar que la enunciación concreta del derecho a la salud y seguridad en el trabajo no estaba entonces completamente decidida, de manera que si bien en un principio la redacción se decantaba por la expresión “condiciones de trabajo seguras y saludables”, parecía que pudiera resultar más adecuada a las tendencias actuales la de «medio ambiente de trabajo seguro y saludable» o “entorno seguro y saludable”. Para el grupo de los empleadores, el término «medio ambiente de trabajo» era mucho más amplio que «condiciones de trabajo», podría abarcar la salud mental, además de la salud física, y sería importante examinar las repercusiones y los aspectos prácticos de ambas formulaciones, mientras que el grupo de trabajadores expresaba “su firme preferencia” por el del medio ambiente de trabajo por entender que se ajustaba de manera más adecuada a lo que señala la Constitución de la OIT⁶¹.

Como es sabido, el texto final aprobado en la 110^a reunión de la CIT de junio de 2022, reconoce el derecho “a un entorno de trabajo seguro y saludable”, lo que obligó a introducir las consiguientes enmiendas en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008) y en el Pacto Mundial para el Empleo (2009). A su vez se atribuyó al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) la condición de convenios fundamentales que encarnan la nueva categoría de principios y derechos fundamentales en el trabajo. Una modificación que repercutió no sólo en el plano internacional o en los contenidos de una regulación transnacional a través de los acuerdos marco globales, sino en la conformación de los sistemas jurídicos nacionales que disciplinan este derecho desarrollando lo preceptuado en el art. 31.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea según el cual “todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”. Tres valores que se relacionan con la condición de la persona humana y que deben traducirse en una mayor virtualidad limitativa de las facultades empresariales de organizar el trabajo no sólo mediante la restricción de la

⁶¹ Actas de la sección Institucional 343^a Reunión del consejo de Administración, noviembre 2021, GB.343/INS/PV, párrafos 181 y 187. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_831089.pdf. Tampoco había consenso en la delimitación de los convenios internacionales que deberían dar expresión a este nuevo derecho fundamental de validez universal, aunque existía una clara opinión mayoritaria respecto del Convenio 155 (1981) sobre seguridad y salud de los trabajadores, y las dudas se planteaban respecto de seleccionar como segunda opción el Convenio 187 (2006) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, o el Convenio 161 (1985), sobre los servicios de salud en el trabajo.

disposición concreta de la forma de prestar la actividad laboral en los lugares de trabajo. En Europa y fuera de ella.

3.2. Salud laboral y cambio climático.

Una primera relación explícita entre la tutela del medio ambiente en relación con las condiciones de trabajo viene originada por el cambio climático y la ola de calor como riesgo laboral específico⁶². En un país como España, esta situación es especialmente grave en el verano, ante la frecuencia de las olas de calor a la que también se ha referido el TEDH en la sentencia antes comentada como un fenómeno generalizado en Europa. Por eso en la recién aprobada Estrategia de Seguridad y Salud para el período 2023-2027⁶³ se incluye entre sus objetivos el tratamiento de los riesgos laborales derivados del cambio climático con la finalidad de “mejorar la protección de las personas frente a condiciones climatológicas más extremas”. Este objetivo se corresponde con la emanación de una norma legal⁶⁴ por la que se obliga a las empresas a revisar sus protocolos de prevención para incluir la evaluación de riesgos laborales relacionados con fenómenos meteorológicos adversos, entre los que se encuentran las temperaturas extremas, debiendo tener en cuenta en dicha evaluación, tanto las características individuales de las personas trabajadoras como las de las tareas que desarrollan. Eso implica la adopción de medidas de tipo organizativo, pero también de tipo técnico, adecuando zonas con sombra, aportando medios de protección individual, y dando acceso a formación e información sobre las radiaciones solares. Un reforzamiento del deber de seguridad empresarial en la prevención y reparación de la salud de las personas trabajadoras ante las condiciones ambientales al aire libre y la consideración de las olas de calor derivadas del cambio climático como un riesgo específico⁶⁵ y en el que el riesgo ambiental “externo” se traduce directamente en riesgo laboral “interno”.

También se ha ligado a esta problemática la crítica al desconocimiento y falta de registro adecuado de las consecuencias sobre la salud de la población trabajadora de los riesgos derivados del ámbito medioambiental, en aquellas actividades especialmente expuestas a los

⁶² IGARTUA MIRO, M.T., “Prevención De riesgos laborales y cambio climático”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n° 469 (2022), pp. 47 ss.

⁶³ Cfr. MANCHEÑO POTENCIANO, C., “La salud en el trabajo como derecho fundamental y la Estrategia Española de Salud laboral 2023-2027”, *Revista de Derecho Social* 103 (2023), pp. 235 ss.

⁶⁴ Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas.

⁶⁵ RODRIGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., “La transición laboral justa...”, cit. p. 100

mismos o en razón de la mayor vulnerabilidad en función de sus características personales o de su estado biológico conocido⁶⁶.

3.3. Entorno laboral y medio ambiente.

El debate producido en la OIT sobre el reconocimiento del derecho a la salud y seguridad en el trabajo, plantea otra cuestión muy interesante sobre la relación entre el ambiente de trabajo – el “entorno laboral” o el “medio ambiente de trabajo seguro y saludable” – y la protección del medio ambiente en general, es decir, sobre lo que se ha teorizado como el “tránsito” de un concepto estricto de salud laboral al “más omnicompreensivo” de medio ambiente de trabajo, en donde la protección de la salud debe trascender el espacio físico de la empresa⁶⁷. Lo que a la postre camina en la dirección de conceptualizar unitariamente la obligación empresarial de mantener un ambiente laboral saludable y la de no generar con su práctica empresarial un deterioro del medio ambiente, incluyendo ambos aspectos en la lógica preventiva que por otra parte es el “paradigma común” de ambas regulaciones⁶⁸.

Este segundo aspecto tiene todavía que desarrollarse, aunque en muchas ocasiones la división entre aspectos “internos” y “externos” del medio ambiente resulta artificiosa, especialmente en algunas ramas o sectores de producción, como la industrias que utilizan productos contaminantes, o ante nuevos riesgos en sectores de nueva creación. La polémica reciente que se ha desarrollado en todos los países europeos respecto de la calificación del Covid19 como riesgo profesional o como enfermedad común, lo pone de manifiesto⁶⁹. Es evidente la interacción entre estos dos espacios – *dentro* de los lugares de trabajo, *fuera* de los lugares de trabajo – pero la frontera entre ambas localizaciones sigue estando muy definida con las consiguientes repercusiones normativas diferentes. El enlace se produce sin embargo a partir del elemento del riesgo y su consideración multidimensional, que abarca no sólo al colectivo de personas que trabajan sino también a sus familias o al territorio en donde se asienta la empresa.

⁶⁶ GONZÁLEZ COBALEDA, E., “La conexión entre los riesgos profesionales y los riesgos derivados del cambio climático: una relación compleja obligada a entenderse en el ámbito de la empresa”, en MIÑARRO, M. (Ed), *Cambio climático y derecho social...*cit., pp. 130-131

⁶⁷ La “rígida distinción” entre “ambiente de trabajo” y “ambiente externo” suscita muchas dudas en torno a la “impermeabilidad” de tales contextos. Cfr. PASCUCCI, P., “Modelli organizzativi e tutela dell’ambiente interno ed esterno all’impresa”. *Lavoro e Diritto* 2022, n.2, p. 336.

⁶⁸ BUOSO, S., “*Sicurezza sul lavoro...*”, cit., p. 273.

⁶⁹ En España, se produjo la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento, contagio o restricción de trabajadores como consecuencia del virus Covid 19, cuestión diferente de la calificación de contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades del personal sanitario o socio-sanitario por contagio del virus, reconocidas finalmente como prestaciones de enfermedad profesional ya terminado el estado de alarma. Cfr. CASAS BAAMONDE, M.E., *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la Covid-19 ¿Y después?*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2021.

Emblemáticos han resultado, en este sentido, los casos judiciales de la contaminación por amianto en España en donde la inhalación de las fibras de dicho mineral causó distintas patologías para la salud, no sólo de los trabajadores que lo manipulaban en el proceso industrial de su transformación, sino también a los familiares convivientes con éstos, que retornaban a sus respectivos domicilios con las ropas de trabajo contaminadas, “resultando de esta manera igualmente afectados (pasivos domésticos), así como también las personas que vivían en las proximidades de la fábrica de la demandada por las emanaciones y residuos procedentes de la misma (pasivos ambientales)”⁷⁰.

La conexión entre estas dos dimensiones del medio ambiente puede también efectuarse a través de su desarrollo en la vertiente colectiva de las relaciones de trabajo. Así, mediante la definición de ciertos “riesgos mixtos”, estableciendo la obligación de la empresa de informar a los órganos de representación en la empresa de toda decisión empresarial que implique un riesgo para el medio ambiente, o creando, como ha hecho algún convenio sectorial en España, delegados de medio ambiente en la empresa cuya función es la de promover y fomentar la cooperación del colectivo laboral en la ejecución de la normativa medioambiental y “ejercer una función de vigilancia y control de las previsiones medioambientales contenidas en los convenios colectivos del sector”⁷¹.

Hay también otros nuevos escenarios en relación con esta consideración compleja e interseccional de la noción de riesgo que permite establecer un “continuum” entre los aspectos del medio ambiente internos y externos a la empresa. Así se plantean nuevos retos en la regulación de la “alerta” ante los incumplimientos de las normas medioambientales por parte de las empresas de los que los trabajadores o sus representantes pudieran ser testigos sin que se produzcan represalias, al no estar comprendidos en los términos del derecho de resistencia ante los supuestos de riesgo grave o inminente que recoge la legislación nacional sobre salud y seguridad en el trabajo, lo que remite a los términos en los que se ha traspuesto al

⁷⁰ STS (Sala 1ª, de lo civil), 141/2021, de 15 de marzo. “Constatado el carácter nocivo para la salud de la inhalación de las fibras desprendidas en la manipulación industrial del asbesto en el interior de la fábrica, no era difícil de representar el riesgo de las emanaciones al exterior procedentes de las ropas de trabajo de los empleados de la demandada, así como las liberadas al medio ambiente sometidas además a limitaciones impuestas. Es más, a medida que se iba adquiriendo un mayor conocimiento sobre las consecuencias dañinas de la actividad desarrollada, la demandada debía extremar sus precauciones practicando una política intensa y dinámica de seguridad sobre cuyo acreditamiento le corresponde la carga de la prueba (...) por lo que “no cabe concluir que la demandada obrara, con la diligencia exquisita que le era exigible, en la gestión de una actividad anormalmente peligrosa para la salud de las personas como la que explotaba en su fábrica. Tampoco que fueran objetivamente imprevisibles los daños susceptibles de ser causados a las personas, que habitaban o trabajaban en sus inmediaciones, con las emisiones de las fibras de amianto que liberaba. Máxime incluso cuando no observó la normativa vigente al respecto, ni demostró un particular cuidado en la prevención de un daño, que le era perfectamente representable”.

⁷¹ Cfr. CHACARTEGUI, C., “*Transición justa con justicia social...*”, cit., p.43. Se trata del III Acuerdo del Sector Cementero español (2017) creado como Acuerdo Interprofesional para materias concretas del art 83. 3 ET, dotado de eficacia normativa y general. Su título completo es el siguiente: III Acuerdo para el uso sostenible de los recursos, la protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español (BOE 24-10-2017)

ordenamiento español la Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la UE⁷² dentro de cuyo ámbito material se incluyen expresamente “las infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo”, sin perjuicio de lo que se establezca “en su normativa específica”. En este marco, el rol del sindicato y de la representación de los trabajadores en la empresa es central, puesto que deben ser reconocidos tanto como “facilitadores” de la información como sujetos que actúan como soporte material del “alertador” y que en consecuencia deben asistir y representarle en su actuación⁷³, incluso garantizando su anonimato y seguridad personal y familiar.

4. *A modo de conclusión.*

Es difícil evitar una cierta sensación de incertidumbre ante lo que aparece como un lento recorrido de contención de la devastación del ambiente y el diseño de las condiciones de habitabilidad de la biosfera para la humanidad. La toma de conciencia que sobre este tema se ha ido extendiendo a nivel internacional y específicamente a escala europea, vuelve a quedar atascada en su realización por la crisis energética y económica que ha provocado la guerra, el incremento del armamentismo y la escalada militar, y las severas repercusiones sobre el plan de desarrollo sostenible en su triple acepción ambiental, social y económica.

La resistencia a que se impongan límites estrictos al funcionamiento de los mercados y a la actuación de las empresas se manifiesta en múltiples vertientes, entre ellas de manera muy decisiva la oposición de influyentes sectores económicos, el fortalecimiento de posiciones políticas de ultraderecha muy hostiles a la adopción de medidas frente al cambio climático y el crecimiento en paralelo en la opinión pública de planteamientos negacionistas del mismo. Tendencias que se han traducido en una composición política del Parlamento europeo tras las elecciones de junio de 2024 que plantea un futuro incierto ante estas cuestiones.

En el nivel específico de las formas de producción normativa, el sistema jurídico deriva las medidas de sostenibilidad ambiental al ámbito de la competencia exclusiva de los titulares de las organizaciones productivas. De este modo, al poner el acento en la capacidad de decisión de la empresa sobre el diseño y la ejecución de la tutela del medio ambiente, se ha propiciado el empleo intensivo de técnicas de derecho dúctil y el desplazamiento de una buena parte de los compromisos adoptados de la responsabilidad jurídica al espacio abierto de la responsabilidad social. La intervención sindical que conecta salud y seguridad en el entorno de

⁷² Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

⁷³ La norma española (art.3 de la Ley 2/2023) habla de “funciones de asesoramiento y apoyo al informante”. Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R., “La Ley 2/2023, de 20 de febrero y la protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa”, *Revista de Derecho Social* 103 (2023), p. 72.

trabajo y medio ambiente no resulta incentivada por la norma, pese a que se hable – en la Constitución española – de una solidaridad colectiva en la “restauración” del medio ambiente.

El andamiaje jurídico se asienta sobre terrenos no firmes, sin llegar a resolver problemas serios y fundamentales, que en una gran medida coinciden con la dificultad de cuestionar un modelo productivo marcado por el extractivismo y los combustibles fósiles como eje energético del funcionamiento de la economía, además de situaciones especialmente graves derivadas de producción industrial fuertemente contaminante, como sucede con una buena parte de la industria química. La generación de medidas de transición que requieren el apoyo de recursos públicos y que reformulan en cierta medida las políticas de empleo son insuficientes tanto en términos de preservación de derechos laborales como en la orientación del modelo de desarrollo que se prefigura.

Pero *al andar se hace camino* y lo cierto es que hay iniciativas seguras que buscan una reformulación del espacio de protección de la salud de la persona trabajadora en el contexto de un discurso que se ha definido como eco-sindical y que podría converger con unas políticas europeas de recuperación basadas en la transición económica ecológicamente sostenible y socialmente justa pese al contexto político y económico desfavorable en el que nos hallamos. Un proceso en el que se incorpora a la cultura iuslaboralista el elemento de la tutela ambiental como prolongación de una narrativa muy extendida y desarrollada que relaciona el valor político y democrático del trabajo con la condición de la ciudadanía y que por consiguiente se inserta en una perspectiva socio-política que posibilita un enfoque integrado de políticas del derecho en esta mirada desde el derecho europeo y español que se ha querido exponer en el presente escrito.

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

Por María del Carmen Piña¹

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

¹ 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

I. 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 Argentina².

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

² 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 resurgimiento³.

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

³ 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.

II. 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 comparatistas⁴.

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.

⁴ 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 contingentes⁵.

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 general⁶.

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

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

⁶ 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 estilo⁷.

III. Comparación en el Derecho del Trabajo

En el año 1980, Johannes Schregle^[7] ⁸es 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.

⁷ 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>

⁸ 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 Roberts⁹ ha hablado al respecto de “modelo basado en la historia”, mientras que sir Otto Kahn Freund¹⁰ 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”¹¹.

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”.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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”¹².

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

¹² 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.

IV. 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”¹³.

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

¹³ 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 atinente 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 social¹⁴.

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.

V. 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 periodístico¹⁵.

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

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

¹⁵ 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.

MODELO DE GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL Y FUENTES DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

Por José Luis Monereo Pérez¹

NEOLIBERAL GLOBALIZATION MODEL AND SOURCES OF REGULATION OF LABOR RELATIONS

By José Luis Monereo Pérez

Resumen

La globalización neoliberal no ha perdido su identidad y su pretensión autorreguladora respecto del Derecho Internacional y de la legislación territorializada de los Estados. La autorregulación expresa un pluralismo jurídico en virtud del cual existe una permanente tensión entre las fuentes extralegislativas (*lex mercatoria*, principalmente) y las fuentes clásicas del Derecho Internacional contemporáneo y las propias de los Derechos estatales. En el actual proceso de mundialización se está ante un nuevo pluralismo jurídico y un policentrismo jurídico. La *lex mercatoria* es un derecho de grupos empresariales creado para regular sus actividades sin interferencias de los Estados nacionales. Es a través de la *lex mercatoria* y la red de acuerdos formales e informales entre empresas y entre sectores económicos y entidades financieras donde se expresa la centralidad del *derecho de la*

¹ Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada (España). Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum

producción en la época de la economía global. Este derecho de la producción impulsa los valores e imperativos del sistema económico sobre los sistemas socio-políticos y culturales. Los límites de los gobiernos nacionales sobre el control de la economía de escala mundial han incidido en una erosión de la capacidad regulatoria del Derecho del Trabajo y también en un vaciamiento del proceso de democrático de toma de decisiones. Es así que los derechos sociales han sido objeto de flexibilización (*rectius*, liberalización de las relaciones laborales) o de desconstitucionalización expresa o tácita.

Summary

Neo-liberal globalization has not lost its identity and its pretension self-regulating with respect to international law and the territorialized legislation of States. Self-regulation expresses a legal pluralism by virtue of which there is a permanent tension between the extralegislativ sources (*lex mercatoria*, mainly) and the classical sources of contemporary international law and the rights inherent State. The *lex Mercatoria* is a right of business groups created to regulate their activities without interference from the national states. It is through the *lex Mercatoria* and the network of formal and informal agreements between companies and between economic sectors and financial institutions where the centrality of the right of production is expressed at the time of the global economy. This right of production promotes the values and imperatives of the economic system on the socio-political and cultural systems. The limits of national governments on the control of the global economy have affected the erosion of the regulatory capacity of labour law and also in an emptying of the democratic decision-making process. Thus, social rights have been the subject of flexibilization (*Rectius*, liberalization of labour relations) or of deconstitutionalization expressed or tacit.

Palabras clave: Fuentes de regulación laboral en el orden internacional; globalización neoliberal; *lex mercatoria*; derechos sociales; “justicia social”; “trabajo formal y decente” o digno; flexibilidad laboral; desconstitucionalización de los derechos sociales; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; “Pilar Europeo de los derechos sociales”; “Diligencia debida”.

Key words: Sources of labour regulation in the international order; neoliberal globalization; *Lex Mercatoria*; Social rights; "Social justice"; "Decent work" or dignified; Labor flexibility; Deconstitutionalization of social rights; International human rights law; "European pillar of social rights", "Due Diligence".

Sumario: 1. La globalización neoliberal y la erosión del constitucionalismo democrático-social. 2. Las respuestas jurídico-políticas de los diversos actores políticos y socio-económicos que tratan de contrarrestar los “poderes del mercado global”. 2.1. La respuesta de los poderes públicos. 2.2. La respuesta unilateral de los grupos de empresas transnacionales. 2.3. El papel regulador de la Unión Europea.

MODELO DE GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL Y FUENTES DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

Por José Luis Monereo Pérez

1. La globalización neoliberal y la erosión del constitucionalismo democrático-social

En las dos últimas décadas han quedado cuestionados los presupuestos político-jurídicos y económicos del reformismo socio-político propios de la Era del constitucionalismo social iniciada desde la primera postguerra mundial. El principio de acumulación se ha impuesto sobre el principio de protección, cuya conciliación era estimada imprescindible para alcanzar la igualdad y la hegemonía social en condiciones de democracia política. Se imponen formas de Estado fuerte que se traducen en la forma del Estado de competencia económica, que reflejan un proceso político de readaptación de la forma estatal a la construcción de los mercados mundializados y también la mercantilización de la fuerza de trabajo y también la privatización de activos, empresas públicas y servicios públicos; y asimismo mercantilizando ámbitos hasta entonces cerrados al mercado como “intercambios obstruidos”². Por contraposición a la lógica

²Respecto a esto último se ha formulado el concepto de “acumulación por desposesión”; HARVEY, D.: *El nuevo imperialismo* (2003), trad. Juan Mari Madariaga, Madrid, Eds. Akal, 2007, págs. 111 y sigs., y a los “intercambios obstruidos”, WALZER M.: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, FCE, 1993, y respecto a los derechos sociales como derechos de “desmercantilización”, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y 45 y sigs. La tendencia a la mercantilización de todas las cosas había sido subrayada por Karl Marx, y retomada posteriormente por autores como POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1989, o últimamente por SUPLOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia*, Barcelona, Península, 2011. Una reflexión sobre la justicia social desde la teoría relacional, en MÁRQUEZ PRIETO, A.: *Repensar la justicia social. Enfoque relacional, teoría de los juegos y relaciones laborales en la empresa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, págs. 42 y sigs.; y en una perspectiva más general sobre las teorías de la justicia y la justicia material, SEN, A.: *La idea de la justicia*, trad. H. Valencia Villa, Madrid/Buenos Aires, Taurus, 2010; NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia*, trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Barcelona/Buenos Aires, Paidós, 2007; HELLER, A.: *Más allá de la justicia* (1987), trad. J. Vigil, Barcelona Planeta-De Agostini, 1994; *Ibid.*, *Ética general*, trad. Á. Rivero Rodríguez, Centro de Estudios Constitucionales, 1995; RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, trad. M.D. González, Madrid, 1993 (2ª reimpresión); WALZER, M.: *Las esferas de la justicia*, trad. H. Rubio, México, FCE, 1993; HONNETH, A.: *El derecho de libertad. Esbozo de una ética democrática*, trad. G. Calderón, Buenos Aires/Madrid, Katz, 2014; LARENZ, K.: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. y Presentación de L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1993 (reimpresión de la primera edición, 1985); BUENAGA CEBALLOS, Ó.: *El concepto de justicia*, Madrid, Dykinson, 2017.

desmercantilizadora que informó el reformismo sociopolítico, el Estado de competencia muestra toda su capacidad operativa y persuasiva para subordinar todas las relaciones sociales a la lógica mercantil. La gobernabilidad autoritaria desplaza a la preocupación por la reforma social del capitalismo organizado. Se postula el Estado mínimo en términos unilaterales de descompromiso en el campo de la protección social, pero no respecto a su compromiso activo (incluida la socialización de costes empresariales y de reproducción de la mano de obra) por el restablecimiento de la rentabilidad y competitividad de las empresas. Ahora fuerzas políticas y sociales de implantación nacional y transnacional promueven un modelo de reforma social que atiende a un criterio de *desmercantilidad mínima, donde la reforma social asume la función primordial de política de contención de la conflictividad social emergente*. En este paradigma liberalizador se impulsan políticas de desregulación social y de privatización controlada; y asimismo se construye un marco de Derecho de la Economía (en el que se incluye el mismo Derecho del Trabajo que ha de estar comprometido con los intereses del mercado y el Derecho de la competencia) que funcionaliza el intervencionismo público hacia la creación de las condiciones más favorables para el funcionamiento de los mercados y la mejora de la posición competitiva de las empresas.

Las políticas de flexibilidad laboral y desregulación legislativa –y materializadas en las leyes de reforma laboral- están determinando una “remercantilización” de las relaciones laborales, debido a un doble fenómeno: repliegue o retroceso de la normativa estatal (desregulación legislativa del mercado públicamente “inducida”) e incremento del papel regulador (débilmente condicionado por la legislación pública) de la autonomía privada (colectiva e individual). Ello configura una constitución flexible del trabajo post-industrial e incluso tendencialmente “post-social” en el marco de un nuevo orden post-hobbesiano, muy influida por la expansión de la ideología del liberalismo jurídico y político (ideología que promueve una determinada percepción –captación- y expresión selectiva –diferenciada- de problemas y conflictos sociales condicionando las actitudes y el tipo de respuesta de los agentes implicados). Se postula, así, una intensa flexibilización de los mercados de trabajo, flexibilización en la disponibilidad empresarial de la fuerza de trabajo (con el consiguiente incremento de los poderes unilaterales del empleador en las distintas fases de la contratación laboral). Este modelo de Derecho del Trabajo de la *Era de la Flexibilidad* y de la inseguridad en la tensión entre garantías de los derechos de ciudadanía de los trabajadores y del principio de eficiencia económica se vence decididamente por este último. Esto se aprecia en la flexibilidad laboral interna cuando se produce una subordinación permanente de la fuerza de trabajo a las exigencias del sistema productivo y de la rentabilidad empresarial, y en la más problemática traslación directa de los riesgos empresariales en la posición jurídica del trabajador (“trasvase de riesgos” empresariales, que replantea la relatividad de la doctrina de

la “ajeneidad en los riesgos”)³. Y en contexto de crisis no sólo económica (coyuntural) sino también política (estructural), pues desde la política del Derecho se pone en cuestión la legitimidad del Estado Social, caracterizado por la reversibilidad (introducción de medidas regresivas pese a la prohibición internacional de llevarlas a cabo) en la práctica jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales⁴.

Las reformas laborales orientadas hacia la flexibilidad y la desregulación controlada desde la década de los noventa han tenido como eje la tutela de la viabilidad económica de la empresa y, en relación a ello, su defensa de la posición competitiva en el mercado. Adviértase, pues, que la desregulación legislativa es un proceso normativo de carácter selectivo y planificado, y que el mismo plantea (favoreciendo la metáfora de una cierta “circularidad normativa”) una “*re-regulación*” igualmente selectiva y cuidadosamente programada, que lleva aparejada la creación de un complejo entramado de normas que disciplinan (con reglas relativas a deberes y derechos) las relaciones sociales de tipo económico (relaciones de mercado). De manera que la desregulación, como técnica de política legislativa, no supone tanto una suerte de desintervención del Estado en la economía como, ante todo, una *neointervención* más autoritaria que determina las reglas de juego que deben ser respetadas por los actores.

En lo laboral, la reorientación del Derecho del Trabajo hacia un Derecho flexible de marcada tutela de los intereses empresariales se hace visible en el diseño de los institutos laborales en la dirección de la flexibilidad unilateral (tanto en su dimensión de flexibilidad interna como de flexibilidad externa), con el consiguiente incremento de los poderes directivos del empleador, y la tutela prioritaria de la viabilidad, competitividad y rentabilidad de las empresas, como *objetivo directo* –a menudo explícito- de las normas laborales. Y esta orientación no sólo se percibe en el “momento legislativo”, sino también en el “momento aplicativo” de los productos normativos. Es harto significativo que el Tribunal Supremo haya considerado relevante a efectos de interpretación de las normas laborales los nuevos “principios” (sic.) de la viabilidad, competitividad y flexibilidad de las empresas

³ Y resulta especialmente llamativa la tensión permanente (y en un sentido ascendente) entre los poderes de control empresarial y la situación de subordinación, por un lado, y por otro, entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales de los trabajadores. Puede consultarse, por todos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, y la bibliografía allí citada; DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2012; MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; MERCADER UGUINA, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, espec., págs. 121 y sigs.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los Principios del Sistema jurídico Internacional Multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, en *RGDTSS Atelier*, núm. 45 (2017). La prohibición de regresividad se vincula en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al principio de progresividad. Así, por ejemplo, el art. 2.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), en su interpretación por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(Paradigmáticamente, en este sentido, resulta la STS 17 de mayo de 2005, RJ 9696). Pero igualmente, a veces, las sentencias de los Tribunales también han servido de freno o de dique de contención frente a las pretensiones liberalizadoras. Se trata de tendencias, principios y objetivos que reflejan una conformación del Derecho del Trabajo más “pro-empresarial”, pero que se están manifestando ya en las estructuras normativas y en la interpretación judicial de las normas laborales, las cuales, en esta deriva, dudosamente podrían seguir siendo denominadas técnicamente como “normas *sociales* de trabajo”.

En consecuencia, el proceso de reconfiguración actual⁵ no consiste, pues, en una simple eliminación de las normas jurídicas, aparte de que a veces puede tratarse sencillamente de modificación o simplificación de las reglas. En gran medida en el fenómeno de la desregulación se está ante el hecho constatable no de la simple eliminación de normas, sino su sustitución por otras nuevas que disciplinan las materias o instituciones objeto de regulación. En este proceso desregulador no crea un supuesto (y utópico) “estado de naturaleza”, sino más exactamente un nuevo orden normativo, lo que podría llamarse la “neoregulación”, que remite a la predisposición de nuevas reglas mínimas o pautas de funcionamiento de los mercados o de las relaciones sociales. En la experiencia de los distintos países pone de relieve que la desregulación viene seguida por un proceso nuevo de crecimiento normativo, que comporta el efecto (sólo aparentemente paradójico) de una gran malla de regulación de la nueva situación creada con el proceso desregulador. Distinto es que en el modelo resultante se confiera un predominio a los propios operadores para realizar la regulación, dejando en un papel residual a la intervención directa del Estado (autorregulación con control y vigilancia pública); o, en otro caso, se atribuya la función “re-reguladora” al propio Sistema normativo estatal, con la mayor o menor intervención (modelo heterónomo de “re-regulación”) de los actores económicos y sociales implicados en el proceso de elaboración normativa.

En la perspectiva del orden jurídico y del Derecho Internacional Público y Privado cabe señalar varios fenómenos de respuesta jurídica a la mundialización en su fase de globalización, lo cuales reflejan que la misma ha supuesto una verdadera ruptura con el antiguo orden, que, sin embargo, no ha hecho desaparecer la centralidad de la forma política del Estado-nación.

1º). La respuesta autorreguladora de los poderes económicos (“los poderes salvajes”⁶) dominantes en los mercados mundiales. Es decir, *lex mercatoria* como la regulación jurídica propia del capital y de la empresa global, que tiende a vaciar de operatividad el Derecho Internacional Público. Respuesta autorreguladora reforzada por el actual modelo de globalización neoliberal. Es seguramente la forma más antigua de transnacionalización del

⁵ Puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., págs. 29 y sigs. *Passim*.

⁶ FERRAJOLI, L.: *Los poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011; *Ibid.*, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2011, págs. 516 y sigs.

campo jurídico, y desde su origen evidencia que su creación obedece a exigencia de instituir un orden jurídico supranacional que llamador a servir a los intereses de los comerciantes. La nueva *lex mercatoria* se compone de varios elementos, entre los que se hayan los principios generales del derecho reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, las reglas de organizaciones internacionales, las costumbres y los usos, los contratos tipo y los laudos arbitrales.

Sin embargo la *lex mercatoria* puede entrar en conflicto con el derecho internacional público, sobre todo cuando es utilizada para crear formas de inmunidad que operan tanto frente al derecho nacional como frente al derecho internacional público. No es una ordenación jurídica amorfa ni neutral; depende de las relaciones de poder entre las partes, pudiendo operar de un modo muy rígido y jerárquico o bien de un modo flexible. Las articulaciones de la *lex mercatoria* con el sistema mundial actual pone de relieve cómo operan las dialécticas de desterritorialización y reterritorialización en este campo jurídico. Precisamente la internacionalización del capital ha sido siempre el motor que ha impulsado la expansión de la *lex mercatoria*, pues ésta es, básicamente, un derecho transnacional de los negocios o, en términos más amplios, un derecho económico que se dan las propias fuerzas económicas (mercantiles y financieras) que operan en el mercado⁷.

La nueva *lex mercatoria* es expresión jurídica de la autonomía de la voluntad como fuente de un Derecho uniforme o armonizado del comercio internacional. Este Derecho de producción autónoma constituye un cuerpo jurídico profuso, difuso y fragmentado. Da apertura por su propia lógica interna al establecimiento de particularismos jurídicos y microsistemas normativos con dinámicas evolutivas diferenciadas en marcos productivos y de negocios (normativa autorreguladora de la actividad económica) dentro de una economía mundializada que avanza con ritmo exponencial a impulso de las fuerzas económicas de nuestro tiempo y de las grandes potencias mundiales.

La nueva *lex mercatoria* favorable a las empresas transnacionales es el Derecho Comercial global. En este ordenamiento jurídico transnacional se otorga preferencia al Derecho económico frente a los derechos sociales y al derecho privado respecto al Derecho público; se tiende a la desformalización de las normas jurídicas, a la privatización y a la incertidumbre en las fuentes de su legitimación. Se forma una tupida red jurídica que envuelve a las normas de la OMC, Tratados Regionales, Tratados Bilaterales de Libre Comercio e Inversión y contratos transnacionales; y asimismo se constata la existencia y reenvío de las obligaciones sociales y laborales de las empresas transnacionales a los códigos de conducta privados. Las normas de comercio e inversiones internacionales multilaterales, regionales

⁷Véase SANTOS, B. de S.: *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá (Colombia), Universal Nacional de Colombia, 1998, págs. 104 y sigs.

bilaterales y unilaterales estableciendo marcos reguladores más desterritorializados y de mayor seguridad para la tutela de sus intereses.

Pero eso no es todo, pues las empresas transnacionales disponen de un marco jurídico sustantivo que protege con plenas garantías sus derechos e intereses. Se ha ido construyendo una serie de principios fundamentales del Derecho del Comercio Global, haciendo entrar en juego la OMC, el Tratado Regionales y Tratados Bilaterales de Libre Comercio e Inversiones. Con la creación de la OMC en 1995, se ha tenido como objetivo prioritario el establecimiento de normas que permitan la plena liberalización económica y comercial de los mercados. Esa normativa liberalizadora ha permitido garantizar la integración de la actividad de las grandes empresas transnacionales y relegar el tratamiento de los derechos laborales y medioambientales. En este sentido las obligaciones de las corporaciones transnacionales se reenvían a los ordenamientos nacionales, subordinados a la desregulación neoliberal, o bien, a los códigos de conducta voluntarios, enmarcados en la llamada RSE, esto es, al “derecho blando”, lo que evidencia la intensa asimetría normativa que se genera entre el Derecho Internacional del Comercio y los códigos de conducta. Esta forma de derecho autorregulado, propio de la globalización neoliberal, suele ser difícilmente compatible con el derecho internacional de los derechos humanos⁸. La nueva *lex mercatoria* se enmarca dentro de la problemática más amplia de las “fuentes extralegislativas” en material sociolaboral. Las reglas de la *lex mercatoria* son frecuentemente volátiles y no siempre fáciles de localizar expresan (no sin cierto enmascaramiento) la acción de los poderes desregulados del mercado.

La *lex mercatoria* puede ser entendida como un junto de principios y reglas consuetudinarios y de base contractual que son extensos y uniformemente reconocidos y aplicados en las transacciones internacionales. Esta forma de regulación es probablemente la forma más antigua de globalización del campo jurídico⁹. La internalización del capital en la economía-mundo¹⁰ ha constituido el factor determinante de la *lex mercatoria*. Es así que la *lex mercatoria* es esencialmente un Derecho transnacional de los negocios o Derecho de la economía a escala internacional y sometido a una lógica particularista, en cuanto mediatizadas

⁸ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa*, Bilbao, Edita hegoa/Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional/Universidad del País Vasco, 2009, págs.148 y sigs., 185 y sigs. , y 289 y sigs.

⁹Ahora bien: “Por muy informal que sea, la nueva *lex mercatoria* no es amorfa ni neutral; las costumbres y los usos no son necesariamente universales, ni mucho menos tradicionales o inmemoriales. La nueva *lex mercatoria*, como campo jurídico transnacional emergente, es un localismo globalizado, constituido por densas expectativas cognitivas y delegadas lealtades normativas, reproducidas ambas a través de la repetición rutinaria de un gran número de relaciones contractuales transnacionales y por sus abogados, así como por bancos y organizaciones internacionales dominadas por unas y otros respectivamente”. Dependiendo de las relaciones de poder entre las partes la nueva *lex mercatoria* puede ser más rígida o más flexible. Cfr. SANTOS, B. de S.: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del Derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pág. 351.

¹⁰ BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1984; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía*, Estudio Preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares, 2001, págs. XIII-CL.

por intereses no universalistas en el campo jurídico (A diferencia, señaladamente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que supone una globalización más jurídico-formal que jurídico-material de los derechos humanos)¹¹. Más allá del formalismo jurídico (que reduce el fenómeno normativo a los instrumentos jurídicos dotados de la coactividad específica paradigmática en la normativa origen público o estatal) este tipo de ordenación de base contractual –en muchos aspectos configurados como verdaderos contratos normativos- debe reconducirse hacia el campo propio de las fuentes del Derecho en sentido pluralista, siendo este tipo de contratación un elemento de innovación jurídica¹². Este mecanismo de regulación no se rige por el principio de “justicia social” (o justicia redistributiva), pues precisamente parte del criterio de que las asignaciones a través del mecanismo del mercado se rige por el interés económico y no atiende a principios redistributivos. Su aplicación comparta una transformación del orden económico-social que se basa en el mercado. En el enfoque de la filosofía neoliberal la misma idea de “justicia social” supone una destrucción del carácter espontáneo del orden del mercado, de manera que la “justicia social” entraría en contradicción con la libertad¹³.

Para Hayek el Estado de Derecho se basa en una “justicia distributiva”, es decir una justicia en los intercambios libres, por lo que la noción mismo de Estado de Derecho excluiría de por sí el perseguir una “justicia distributiva” como le es inmanente a la esfera de la llamada “justicia social”¹⁴. El Estado de Derecho (que no debería adjetivarse de “social”) debería ser un Estado regulador –situado, pues, muy lejos del ideologizado e irrealista *laissez-faire* postulado por cierta tradición liberal clásica- orientado prioritariamente a ser garante o guardián del Derecho privado limitando la acción de aquellos sujetos o instancias que dificultan o impiden su buen funcionamiento (paradigmáticamente, los sindicatos y sus instrumentos principales de acción colectiva como la huelga y la negociación colectiva). El Estado de Derecho debe establecer normas reguladoras del orden público económico que permitan que el mercado pueda operar correctamente a través de la libre actuación de los sujetos de Derecho privado. Por ello mismo la constitución económica de la libertad es para el pensamiento neoliberal de Hayek la base del sistema jurídico del Estado de Derecho en una sociedad de mercado¹⁵.

¹¹ Para ese Derecho internacional de los Derechos Humanos, puede consultarse MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014.

¹² Esto se intuía en el ensayo de GALGANO, F.: “Le istituzioni della società post-industriale”, en GALGANO, F., CASSESE, S., TREMONTI, G. y TREU, T.: *Nazioni senza ricchezza ricchezza senza nazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, págs. 13 y sigs., en particular págs. 20-23 (“El contrato como fuente del Derecho”).

¹³ HAYEK: *Law, Legislation and Liberty*, 3 vols., Londres, Routledge & Kegan Paul, 1979 (*Derecho, legislación y libertad*, 3 vols., Madrid, Unión Editorial, 1978-1982. Para él, no resulta aplicable el concepto de “justicia social a los resultados de los procesos de índole espontáneo”; y “los intentos de corregir el orden del mercado acaban por destruirlo” (Vol. II, que lleva el título significativo, *El espejismo de la justicia social*, págs. 119 y sigs., y 246 y sigs., respectivamente). Igualmente entiende que se ha producido una “transformación del Derecho privado en Derecho público mediante la legislación ‘social’” (vol., I, págs. 217-222).

¹⁴ HAYEK, F.A. VON: *Los fundamentos de la libertad* [1959], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998).

¹⁵ HAYEK, F.A. VON: *Los fundamentos de la libertad* [1959], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998).

Entonces la “gubernamentalidad” asegura ese orden del mercado se traduce en un amplio entramado de producción de normas jurídico-económicas. De este modo, desde la perspectiva de la técnica jurídica y de la política del Derecho, el “mercado” es en parte una realidad en parte dada y en parte construida política y jurídicamente. Goza de marcos normativos y permite la apertura hacia la elaboración de sus propias reglas o normas de funcionamiento. Esto es lo que significa un “mercado regulado” por normas de organización y competencia como lo es paradigmáticamente el mercado interior de la Unión Europea obedeciendo a una decisión constituyente reflejada en el sistema de los Tratados fundacionales. Este sistema de los Tratados europeos formaliza al máximo nivel una constitución jurídico-material que hace prevalecer la constitución económica del mercado sobre la débil constitución social de la Unión y las vigentes constituciones nacionales. Esta ordenación del mercado legitima las actuales formas flexibles de gobernanza europea de la economía y del llamado “mercado de trabajo” (Su eje es la Troika, integrada por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional). Gobernanza flexible que marca la orientación vinculante para los Estados miembros de las reformas estructurales en el orden económico y en la flexibilización del mercado laboral. Bajo el principio de primacía del Derecho comunitario –donde domina el Derecho de la competencia y la integración a través de la competencia económica- sobre los derechos nacionales los procedimientos flexibles de gobernanza se imponen no sólo políticamente sino también en términos estrictamente jurídicos. De este modo, la Unión Europea viene actuando “como máquina de liberalización”, apelando al derecho de la competencia que conduce a la integración negativa en el camino hacia la instauración del “Estado de mercado único” contrapuesto al Estado Social de Derecho¹⁶.

Friedrich A. Von Hayek ha sido uno de los principales impulsores de la *market liberalism* (junto con el otro gran pensador austriaco Ludwig von Mises), en cuyo pensamiento late siempre la relación y tensión dialéctica entre mercado y política institucional estudiada desde el punto de vista de la teoría del Derecho y del constitucionalismo liberal. Resulta significativo que –aunque subyace a todo su análisis- Hayek tiende a excluir el análisis del conflicto y las relaciones de poder (y con ello al Estado como condensación de fuerzas políticas de potencia), que quedarían desplazados de su teoría del orden espontáneo; un orden espontáneo (*cosmos*) que, en su opinión, es capaz de resolver, en lo principal, los problemas de coordinación y articulación social entre los individuos. Para él el conflicto y el desorden es reconducido al ámbito de las patologías sociales. Este relativo desinterés determina una desatención hacia los efectos perversos del funcionamiento del mercado competitivo moderno

¹⁶ STREECK, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, Buenos Aires/Madrid, Katz Editores, 2016, págs. 105 y sigs., *passim*, con una acertada crítica a la gobernanza político-económica imperante en la Unión Europea.

en las condiciones del capitalismo, como los órdenes opresivos y socialmente injustos que dejan indefensos a los individuos frente a los poderes dominantes (visibles e invisibles) en el mundo de la política y de las relaciones poder social en el mercado y en la empresa (los mercados competitivos presididos por los recursos de poder de los diversos actores generan distribuciones desiguales de poder social). De este modo, en su modo de pensar, la estatalidad fuerte impulsada por la “justicia social” vendría a trastocar el orden natural de las cosas (la naturaleza de las cosas) transmitiendo su artificiosidad a la vida económica y social.

Este enfoque, que se realiza ante todo en sus últimas obras (“*Derecho, Legislación y Libertad*” [1982], Madrid, Unión Editorial, 2006; y *La fatal arrogancia* [1988], Madrid, Unión Editorial, 1997), no supone desconocer la relevancia de la organización (*taxis*), la ley (*nomos*) y el mandato (*thesis*). E incluso considera necesario que el Estado intervenga para corregir o modular el rumbo del orden espontáneo cuando éste adquiera por sí mismo disfuncionalidades no superables a través de la interacción de las fuerzas económicas. En este caso la organización pública se constituye en apoyo instrumental del orden espontáneo. Pero más allá de ese papel instrumental del Estado, lo que la experiencia histórica muestra es que el mercado depende de la política (incluyendo, lógicamente, de la política del Derecho). La sociedad de mercado (muy lejos de una supuesta dinámica autosostenida) es una sociedad regulada y ha necesitado por su buen funcionamiento de la intervención estatal (Se trata, con intervención pública, de garantizar las libertades económicas de los empresarios, el derecho de propiedad, la libertad de contratación, la libertad de circulación de capitales, mercancías y personas; es decir, el “hábitat” necesario para la libertad económica en un capitalismo de mercado). De ahí la fuerte interconexión entre mercado y política del Derecho.

Desde otra óptica, esa interconexión funcional es constitutiva en la constitución socio-económica del Estado Social de Derecho, con el reconocimiento de las libertades de los empresarios y los derechos sociales de desmercantilización de los trabajadores, que exigen de suyo una “domesticación” del mercado, haciendo frente a los excesos de las fuerzas que dominan en ese espacio económico. El Estado Social democrático supera en este objetivo al Estado liberal de los orígenes, y refuerza la “politicidad” y en gran medida la “juridicidad” de las relaciones económicas y laborales enmarcándolas (“encuadrándolas”) en las estructuras político institucionales. La política del Derecho económico y sociolaboral configura un orden y garantiza la previsibilidad y el desarrollo de los mercados, a través del establecimiento de las reglas que hacen posible su funcionamiento compatible con el sistema democrático.

Hayek cuestiona la racionalidad jurídica del Derecho Social del Trabajo basada en la “justicia social” y entiende que dificulta la eficiencia del mercado de trabajo al imponerle trabas excesivas para su buen funcionamiento en términos de equilibrio espontáneo¹⁷. El orden social

¹⁷ HAYEK, F.A. VON: *Los fundamentos de la libertad* [1959], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998);

espontáneo *nomos* (cuya expresión típica y genuina sería la propiedad privada y la economía de mercado como orden espontáneo de una sociedad libre o “catalaxia”, en cuando formado por la acción interdependiente y el ajuste mutuo de los hombres en interacción social) se opone al orden social organizado *thesis* (cuya expresión máxima, a su vez, sería la planificación como expresión de organización jerárquica estructurada mediante órdenes y normas encaminadas a alcanzar fines específicos).

Hayek se opone tanto a la igualdad económica (entiende que las desigualdades del mercado hacen imposible la igualdad de oportunidades) como a la “justicia social”, que considera contraria a la libertad económica y sus beneficios para el orden social espontáneo. Para él apelar a la “justicia social” es en cierto sentido una invitación a un orden político totalitario. En este sentido entiende que el “Estado-providencia” (Estado Social o Estado del Bienestar) encarna esa idea de “justicia social” perniciosa para la libertad¹⁸. El Estado no debe actuar como impulsor de “justicia social”, dirigida a garantizar repartos equitativos de riqueza para todos; ello iría en contra de la sociedad del libre mercado¹⁹. El intervencionismo público debe dirigirse a apoyar políticamente y garantizar jurídicamente la esfera propia del Derecho privado (*nomos*)²⁰, limitando a lo estrictamente necesario la esfera del Derecho público (*thesis*) al servicio legítimo de orden espontáneo, de este modo sustentado en el poder público y su Derecho instrumental.

Más allá de ello Hayek no sólo parece ignorar las bases democráticas de la construcción del Estado Social de Derecho, sino también el hecho empíricamente demostrable del soporte político-institucional y jurídico que el mismo mercado necesita para funcionar con una mínima eficiencia (incluso en los términos requeridos por un modelo económico capitalista). No se olvide que el mercado no es un *locus naturalis*, sino un *locus artificialis* donde las decisiones política y jurídicas formalizan y conforman en orden de la economía de mercado (he incluso se suele hablar, de manera harto significativa, en términos constitucionales, de una “economía social de mercado”)²¹. Hayek incurre en la utopía neoliberal de un “sociedad de mercado”,

Ibid., *Camino de Servidumbre* [1944], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 2008; *Ibid.*, *Derecho, Legislación y Libertad* [1973], Madrid: Unión Editorial, 2006. Hay elementos de relativa discontinuidad de pensamiento en esta última obra.

¹⁸ Hayek dedica toda la “Parte Tercera” de su obra *Los fundamentos de la libertad* [1959], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998) a contraponer críticamente “La libertad y el Estado-providencia” (págs. 279-416); y en ese marco incluye las tendencias expansionistas de la Administración, la protección del trabajo, los sindicatos, la Seguridad Social, la redistribución de la riqueza, los bienes comunes, etcétera.

¹⁹ HAYEK, F.A. VON: *Los fundamentos de la libertad* [1960], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998).

²⁰ No es posible descender aquí al detalle en las diferencias específicas entre la idea del *nomos* en las concepciones de Hayek y Carl Schmitt. Para el pensamiento antiliberal de éste último, extensamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

²¹ Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, estudio preliminar a la que en sí misma es una obra dedica a la juridificación del orden del capitalismo moderno, RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares (Colección

según la cual el mercado económico no es el espacio político y jurídico, sino la auténtica instancia reguladora de la sociedad en su conjunto. En el mercado no hay lugar –en su opinión– para la libertad “social”, sino para la esfera exclusivamente individual. La economía de mercado, no fue nunca una “economía natural” y tampoco el resultado supuestamente espontáneo de un proceso de evolución interna, pues su constitución (como su desarrollo o despliegue posterior) obedeció en gran medida a decisiones político-institucionales que favorecieron su implantación. Pero tras en este enfoque negador de la “justicia social” (nótese que Hayek hace referencia al “espejismo de la justicia social”, que según él contradice la idea liberal de justicia propia del Estado de Derecho)²² subyace un acotamiento restrictivo de la misma noción de “derechos”, que permite en el pensamiento neoliberal y supone expresamente una negación de verdaderos derechos a los derechos sociales constitucionales y la reducción del ámbito de la ciudadanía (crítica que es paralela a las afirmaciones sobre la supuesta “imposibilidad” de otorgar juridicidad al Estado social y, por consiguiente, a la misma “cláusula” constitucional del mismo tenor)²³.

Ahora bien, el Hayek de la época madura no es un liberal clásico del siglo diecinueve, partidario de un *laissez-faire* (que históricamente no existió dado el papel constructivo del Estado en el establecimiento de las condiciones esenciales del orden del capitalismo), sino un neoliberal contemporáneo que admite la importancia y legitimidad de la intervención del Estado en apoyo de los derechos y libertades esenciales para el buen funcionamiento del mercado y la creación de sus condiciones específicas y dinámicas para su mantenimiento. Aunque pudiera parecer inicialmente una afirmación paradójica, el Hayek (sobre todo en su época madura) no rechaza en términos de principio un capitalismo regulado a través del intervencionismo público fuerte (no es ingenuo, pues la sociedad contemporánea es una sociedad compleja y altamente juridificada), pero siempre que esté verdaderamente al servicio de un orden del mercado basado en la defensa de la propiedad privada y de la libertad de contratación, en la libertad de iniciativa económica y la libre competencia. Para Hayek el Estado –y en general los poderes públicos– debe garantizar política y jurídicamente el orden del mercado y el conjunto de libertades económicas individuales necesarias para su óptimo funcionamiento, incluso, si fuera preciso, calculando y liberando de ciertos riesgos a las

Crítica del Derecho), Granada, 2000, págs. XIII a CL, con análisis de la “ordenación jurídica de la economía” y “la juridificación del sistema económico” (págs. XVIII y sigs.); “Constitución Económico-jurídica y Estado Social de Derecho: El orden económico en el sistema democrático-social” (págs. LXXXIII y sigs.); e “Instituciones jurídica de la economía en el capitalismo organizado” (págs. XCII y sigs.).

²² Sin embargo, el “liberalismo social” contemporáneo ha afirmado precisamente lo contrario. En este sentido, HOBHOUSE, L. T.: *Liberalismo* [1911], edición y estudio preliminar, por J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los fundamentos del “Liberalismo Social” y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse”, en Civitas. Revista española de derecho del trabajo, núm. 136 (2007), págs. 711-761.

²³ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 194 a 220.

empresas. Este sería el sentido de una “gubernamentalidad” o gobernanza neoliberal del capitalismo avanzado; una “gubernamentalidad” calificable de “realista”, por así decir, porque comprende la necesidad de dicha intervención pública tanto en el plano político como en el estrictamente jurídico. Prueba de ello han sido –y continúan siéndolo- los planes/programas de intervención en las llamadas “reformas” económicas y de la regulación de los mercados de trabajo (forma elíptica de hacer referencia a la “liberalización” del Derecho del Trabajo Clásico), ante lo que se entiende como fracaso del Estado Social y de sus formas jurídicas y de intervención en el sistema económico. [Lo cual se corresponde también con las técnicas legislativas de flexibilidad controlada propias de las formas de gobernanza actuales].

Bajo el neoliberalismo actual el Estado regula al mercado y crea espacios para actuación de los actores económicos y la “financiarización” de la economía, en un contexto donde se ha cuestionado la supuesta constante del Estado de interés general (es decir, al servicio del bien común) y con ello, afectando negativamente al proceso de legitimación del Estado democrático. En lo más próximo a lo que interesa a esta investigación establece una redefinición del estatuto del trabajo y del mercado de trabajo en una orientación más flexibilizadora, con la retracción de garantías sociales, la precariedad laboral y la inseguridad estructural para la inmensa mayoría de los trabajadores. La esfera del mercado de trabajo –a fuerza de remercantilizar los derechos sociales que introdujeron limitaciones de orden público en su dinámica de funcionamiento- tiende a ser privada de toda dimensión social y sólo es configurado como un espacio de libertad estrictamente individual de los sujetos económicos bajo la presión de la competencia. No hay lugar ni para la libertad social ni para la igualdad social en un espacio de mercado liberado de garantías jurídico-sociales en los intercambios. El capitalismo se organiza política y jurídicamente de una manera distinta a la política y al Derecho del Estado Social. Pero el orden actual genera una nueva cultura del capitalismo que acrecienta el individualismo posesivo e insolidario frente a las formas comunicativas de cooperación social y de acción colectiva/sindical y la desconfianza frente a las decisiones política de gobierno.

Hayek parte de Kant señalado que “lo que depende de las circunstancias materiales no puede someterse a reglas generales”. Hayek entiende que las reglas o normas de organización (más propias del Estado Social) entran inevitablemente en contradicción con las reglas o normas de órdenes espontáneos. El Derecho social se construiría sobre el arquetipo de las normas de organización concretas que conducen al arbitrio jurídico, con lo que subyace una refutación de la noción de justicia social y una negación de “lo social” (y tras ello de la juridicidad del Estado Social de Derecho) por lo que tendría de invasión en los derechos individuales y de condicionamiento externo del mismo orden espontáneo del mercado. Negar lo social es negar también el hecho sindical y el sistema dualista propio de las fuentes del

Derecho del Trabajo, en la dialéctica heteronomía pública y autonomía privada colectiva²⁴. El trabajo no es una mercancía (Declaración de la OIT de Filadelfia de 1944; Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008), pero negar la legitimidad de la justicia social supone en sí fundamento para que en la práctica pueda continuar siendo tratado como tal (una “mercancía *sui generis*” o peculiar y factor o fuerza productiva que se “adquiere” en el mercado de trabajo y que como tal fuerza de trabajo se “usa” en las organizaciones productivas).

Prolongando las teorías de Hayek se ha considerado al mercado como un orden espontáneo que conduce a la justicia del mercado obtenida a partir de su idoneidad para la asignación de factores productivos y la distribución eficiente de los bienes y de la riqueza²⁵. Pero en realidad la economía de mercado presupone un elevado nivel de juridicidad, de normas jurídicas y políticas intervencionistas que se camuflan bajo la afirmación de la libre iniciativa económica y la libre competencia. El único impulso del orden económico actual no es, evidentemente, la universalidad de un *homo oeconomicus* movido por el cálculo de la utilidad individual.

Pero –se insiste– el pensamiento neoliberal tiende a desconocer el carácter político-jurídico del mercado (es decir, “construido”), esto es, que frente al criticable naturalismo económico, la economía de mercado es un *locus artificialis*, y no un *locus naturalis*; esa artificialidad deriva de una técnica del Derecho, la cual, en dependencia de decisiones político-jurídicas, confiere *forma* a la economía. De ahí la existencia jurídica del estatuto normativo del mercado (de cualquier mercado)²⁶. En el fondo, la ciencia social que se denomina “economía” se sustenta en una abstracción inicial que consiste en disociar una categoría particular de prácticas, o una dimensión particular de cualquier práctica, del orden social en el que toda práctica humana está inmersa²⁷. Incluso en el ámbito que le corresponde al Derecho Social del Trabajo se ha tratado de juridificar conforme al constitucionalismo democrático-social las relaciones sociales de producción cuyo objeto es el trabajo, corrigiendo las enormes asimetrías

²⁴ Una parte de la crítica de la crítica a la justicia social y la normatividad específica del ordenamiento laboral, también en SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, trad. J.L. Gil y Gil, Madrid, MTAS, 1996, págs. 233 y sigs.

²⁵ FRIEDMAN, M. y R.: *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo*, Barcelona, Grijalbo, 1980.

²⁶ IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2ª ed., 2004, Prefacio, págs. V y sigs., y págs. 31 y sigs., 97 y sigs., 135 y sigs., y atendiendo a los nuevos espacios, *Ibid.*, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2006, espec., págs. 45 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 359 y sigs. (“El orden internacional y la soberanía en la era de la globalización”); *Ibid.*, *Espacio de lo político y orden internacional. La Teoría Política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 9 y sigs., 460 y sigs. (“El nuevo sistema mundial en una “situación de excepción”: Globalización neoliberal y crisis económica”), 508 y sigs. (“El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos”).

²⁷ BOURDIEU, P.: *Las estructuras sociales de la economía*, Barcelona, Anagrama, 2003, pág. 13.

de poder entre trabajadores y empresarios a través de un constitucionalismo de los derechos fundamentales que pivota sobre la idea de “justicia social”.

En la era contemporánea se ha reforzado esa idea de establecer un conjunto jurídico desterritorializado de principios y reglas, expresados frecuentemente en fórmula tales como “principios generales comunes”, “principios del Derecho internacional”, “usos mercantiles internacionales, etcétera. Se pretende –más o menos de forma explícita- impedir la sumisión a las leyes nacionales y evitar el conflicto tradicional de leyes, de manera que los contratos transnacionales se configuran así mismo como autorregulados en cuanto sometidos fundamentalmente a sus propias reglas establecidas por sus fuentes de producción específicas. La nueva *lex mercatoria* se ha reforzado como una suerte de arquitectura jurídica de los procesos de autorregulación de las fuerzas económicas en una economía global. Más allá de una aproximación propia del razonamiento jurídico formalista existe también una interconexión entre la *lex mercatoria* y las legislaciones nacionales e internacionales que a veces impulsan o restringen los contratos o acuerdos transnacionales pactados en régimen de autorregulación. Importa destacar que la *lex mercatoria* no es un derecho débil desde el punto de vista de observación de su fuerza jurídica y capacidad de imponerse, pues es una forma de Derecho de base contractual fuerte que formaliza la gobernanza de las actividades y del Derecho de los negocios de las grandes empresas transnacionales²⁸. La *lex mercatoria* refleja la permeabilidad de las nuevas formas de Derecho flexible a las exigencias de ordenación de la economía y de las relaciones laborales autorreguladas por los agentes económicos que dominan el mercado mundial bajo la tolerancia (aunque, a menudo, la impotencia) de las legislaciones nacionales. La *lex mercatoria* actualmente aparece como una forma de derecho (los contratos estándar y figuras afines) creado por actores empresariales sin la directa intervención de los poderes legislativos de los Estados nacionales; es decir, por fuerzas sociales difusas, pero que se hacen visibles cuando adquieren expresión jurídico-formal.

La globalización neoliberal no ha perdido su identidad y su pretensión autorreguladora respecto del Derecho Internacional y de la legislación territorializada de los Estados. La autorregulación expresa un pluralismo jurídico en virtud del cual existe una permanente tensión entre las fuentes extralegislativas (*lex mercatoria*, principalmente) y las fuentes clásicas del Derecho Internacional contemporáneo y las propias de los Derechos estatales²⁹. En

²⁸La gobernanza está estrechamente vinculada al Derecho flexible a través del cual los poderes públicos actúan con los actores e intentan alcanzar decisiones de gobierno participadas y consensuadas. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, pág. 420.

²⁹ Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 359 y sigs. (“El orden internacional y la soberanía en la era de la globalización”). De este modo al pluralismo jurídico clásico se añade un nuevo pluralismo contemporáneo. Puede consultarse, en una perspectiva general, ENGLE MERRY, S.,

el actual proceso de mundialización se está ante un nuevo pluralismo jurídico y un policentrismo jurídico. La *lex mercatoria* es un derecho de grupos empresariales creado para regular sus actividades sin interferencias de los Estados nacionales. Es a través de la *lex mercatoria* y la red de acuerdos formales e informales entre empresas y entre sectores económicos y entidades financieras donde se expresa la centralidad del *derecho de la producción*³⁰ en la época de la economía global. Este derecho de la producción impulsa los valores e imperativos del sistema económico sobre los sistemas socio-políticos y culturales.

Los límites de los gobiernos nacionales sobre el control de la economía de escala mundial han incidido en una erosión de la capacidad regulatoria del Derecho del Trabajo y también en un vaciamiento del proceso de democrático de toma de decisiones. Pero sin olvidar el papel activo de los propios Estados (especialmente las grandes potencias mundiales) que han asumido los rasgos propios del paradigma de Estado neoliberal o Estado de mercado, y que actúan en apoyo de las fuerzas operantes en los mercados. Es así que los derechos sociales ha sido objeto de flexibilización (liberalización de las relaciones laborales) o de desconstitucionalización expresa o tácita. Es palpable el progresivo vaciamiento de las instituciones y las formas jurídicas garantistas (legales y convencionales) construidas bajo la égida del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. Pero la “des-sustancialización” de la democracia supone también una “des-democratización”, un vaciamiento de la democracia misma, pues en la civilización contemporánea la democracia no se percibe formalmente (ni se configura constitucionalmente) sólo como un procedimiento de elección de las élites, sino también como una democracia social que garantiza los derechos sociales fundamentales.

Pero también la fragmentación de regulaciones laborales que se genera en el sistema mundial (fragmentación jurídica) conduce a frecuentes colisiones jurídicas entre los distintos órdenes normativos que coexisten (y que no suelen confluir en sus diversas racionalidades). La complejidad jurídica deriva de los conflictos existentes en un pluralismo de las fuentes de regulación jurídica operando una crisis en la ordenación jerárquica de las fuentes normativas con frecuente colisiones jurídicas: las fuentes del derecho estatal o internacional (con sus procesos de producción y sanción jurídica) y las fuentes autónomas privadas, que crean su propio derecho sustantivo en materia mercantil y laboral (Ese Derecho autónomo extralegislativo y no estatal se expresa de modo predominante –no exclusivo- en la *lex mercatoria* y en la amplia malla de acuerdos formales e informales entre los sujetos y entidades

GRIFFITHS, J. y TAMANAHA, B.Z.: *Pluralismo jurídico*, Estudio preliminar por L. Ariza Higuera y D. Bonilla Maldonado, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

³⁰ Daniel Bell hace referencia al principio axial de la eficiencia económica como factor determinante de la ordenación del sistema económico. Véase BELL, D.: *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Madrid, Alianza Editorial, 2006; *Ibid.*, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

privadas; y tiene sus propios procedimientos de producción, autojuridificación y sanción jurídica).

El poder de los mercados se expresa en la *lex mercatoria* como un orden jurídico autónomo que garantiza cierta impunidad respecto a la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular en relación a los derechos sociales. Es una “normatividad fuerte” en su condición de fuente extralegislativa de los poderes económicos; no se muestra como un “derecho blando” desde el punto de vista de su efectividad. Esta fuente de autorregulación jurídica reflejaría el primado del Derecho privado sobre el orden constitucional que preside en los Estados constitucionales.

Con todo, en la lógica del nuevo pluralismo jurídico global se ha pasado de la monocentralidad (propia de la afirmación del positivismo legalista de que el Derecho encuentra su fuente legítima en la soberanía estatal en su proyección interna e internacional) a la policentralidad (que desafía el orden jurídico piramidal legado por el positivismo estatalista precedente)³¹. También aplicable a la esfera jurídico-laboral. El hecho es que se produce una privatización de la producción de normas a escala internacional, y que los nuevos instrumentos de producción normativa en los distintos ámbitos jurídicos se someten al desarrollo de mecanismos de gobernanza privados que afecta a la exclusividad de la autoridad del Estado y del Derecho internacional clásico³².

2. Las respuestas jurídico-políticas de los diversos actores políticos y socio-económicos que tratan de contrarrestar los “poderes del mercado global”

Ahora bien, esto no significa que no se hayan producido respuestas jurídico-políticas de los diversos actores políticos y socio-económicos que tratan de contrarrestar esos “poderes salvajes” del “mercado total”³³. No sólo es el caso de la acción de la OIT relativas al “trabajo decente” o digno de la persona que trabaja, sino también de los mecanismos de autorregulación unilateral (Responsabilidad Social de la Empresa, de carácter voluntario y de débil eficacia

³¹ En este sentido, ARNAUD, A.-J.: *Entre modernité et mondialisation*, París, LGDJ, 1998; Igualmente, SANTOS, B de S.: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, págs. 254 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch*, estudio preliminar a GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 13 a 146.

³² SASSEN, S.: “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en VV.AA.: *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, págs. 103 y sigs.

³³ FERRAJOLI, L.: *Los poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, págs. 21 y sigs.; SUPLOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Barcelona, Península, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La Teoría Política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 508 y sigs. (“El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos”).

jurídica, dando lugar a fórmulas atípicas de regulación de las relaciones laborales en las empresas transnacionales, como es el caso de los códigos de conducta y buenas prácticas)³⁴ y de la autorregulación colectiva (Acuerdos Marco Internacionales).

2.1. La respuesta de los poderes públicos

La respuesta normativa pública remite ante todo al sistema internacional de normas sociolaborales integradas por el derecho internacional de los derechos humanos y las normas de la OIT. Hay que tener en cuenta que el modelo de globalización neoliberal ha debilitado la aplicación de los instrumentos internacionales de la OIT, pues esta organización y Derecho Internacional uniforme se basa en el tripartismo de base representativa ubicada en los Estados nacionales miembros (con representación de los gobiernos y organizaciones sindicales y empresariales más representativas en cada Estado) y la ratificación de sus típicos instrumentos normativos (los convenios de la OIT). Las fuerzas dominantes en el mercado mundial tienden a imponer sus regulaciones con independencia de los Estados nacionales, pero también al margen de las normas laborales internacionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su poder se autonomiza tanto del orden jurídico internacional como los ordenamientos jurídicos nacionales, de manera que pueden eludir la observancia de las obligaciones jurídicas derivadas de ambos órdenes. Esto ha sido posible no sólo por la fuerza detentada por estos poderes del mercado, sino también por la debilidad del Derecho Internacional respecto a la imposición de obligaciones jurídicas (y en particular, jurídico-laborales, por lo que aquí más interesa), pues se hace visible cómo los poderes económicos desterritorializados y ante todo las empresas transnacionales escapan a todo control y pueden definir con un amplísimo margen de libertad el Derecho comercial global y la regulaciones laborales flexibles por ellas establecidas, por más que en algunas ocasiones éstas aparezcan revestidas de consenso con otros actores sociales³⁵. Así el reclamo de los instrumentos de *Soft Law* –elaborado fuera de las fronteras nacionales– escapan del Derecho Internacional basado en instrumentos *Hard Law*, y paradójicamente los nuevos poderes de producción jurídica aducen como elemento legitimador de la nueva juridicidad la misma deficiencia o insuficiencia

³⁴ Véase SANGUINETI RAYMOND, W.: (Dir.): *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, Madrid, Cinca, 2015.

³⁵ Puede consultarse, DAUGAREILH, I.: “Responsabilidad Social de las Empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 27, núm. 1 (2009), págs. 81 y sigs.; DE LA VILLA GIL, L.E.: “La Responsabilidad Social Corporativa, además de la ley. Pero no en sustitución de la ley y, menos todavía, en contra de la ley”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.): *Autonomía y heteronomía en la Responsabilidad Social de la empresa*, Granada, Comares, 2012, págs. 1303 y sigs.; DE LA FUENTE LAVÍN, M.: “Los códigos de conducta. Una forma atípica de regular las relaciones laborales”, en HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P.: *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la responsabilidad Social Corporativa*, Barcelona, Icaria, 2009, págs. 119 y sigs.

de los instrumentos tradicionales de regulación jurídica de las relaciones laborales emanados o pactos en el marco de las organizaciones internacionales nacionales.

La acción de la OIT a través de los Convenios y Recomendaciones y de la acciones de política del Derecho en favor del “Trabajo Decente” (Entre ellas la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, Ginebra, de 10 de junio de 2008*, y la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Ginebra, 2010*)³⁶ refleja el giro “normativista” de la OIT respecto de una globalización de los derechos basada no sólo en instrumentos débiles, sino en normas internacionales jurídicamente vinculantes, y con ello en el estándar mundial definidor del “trabajo decente” construido en su seno y en otras instancias políticas del Derecho Internacional³⁷. Para ello se enfatiza la existencia de estándares mínimos de derechos garantizados a nivel universal. El “trabajo decente” presenta una dimensión transversal u horizontal que comporta un modo de trabajar con la plenitud de derechos individuales y colectivos de las personas que trabajan o han dejado de trabajar (de modo temporal o definitivo)³⁸. Pero comparte también una concepción integral del desarrollo humano y de las políticas económicas, sociolaborales y de empleo (v.g., Convenio OIT, núm. 122, sobre la política de empleo)³⁹.

También en el seno de las Naciones Unidas se está planteando la necesidad de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El 26 de junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó mayoritariamente una resolución sobre la conveniencia de crear una normativa internacional jurídicamente vinculante para que las grandes empresas transnacionales respeten los derechos

³⁶ Sobre las normas transnacionales de la OIT en una perspectiva de conjunto, OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho transnacional del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, págs. 123 y sigs.

³⁷ OIT: *El trabajo decente para un desarrollo sostenible*, Ginebra, OIT, 2007; OIT: *Una Alianza para el Trabajo Decente*, Ginebra, OIT, 2009; OIT: *Declaración de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Ginebra, OIT, 2010. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019; MONEREO PÉREZ, J. L.: “La dignidad de la persona como eje del sistema de derechos fundamentales (Artículo 10.1 CE y Normas concordantes)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dirs.): *Derechos Laborales fundamentales inespecíficos*, LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), Granada, Comares, 2020.

³⁸ ERMIDA, O.: *La Dimensión Social del MERCOSUR*, Montevideo, Fundación Cultural Universitaria, 2004; PECCOUD, D.: *El trabajo decente puntos de vista filosóficos y espirituales*, Ginebra, OIT/Consejo Mundial de Iglesias, 2006.

³⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho al desarrollo”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014, págs. 951 y sigs.

humanos⁴⁰. Se trata de superar la asimetría entre la fortaleza de la *lex mercatoria* y fragilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴¹.

No es baladí hacer notar la relevancia de la aplicación horizontal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los denominados *Host States*. En este sentido, los Estados nacionales además de ejercer un control sobre las empresas transnacionales a través de la aplicación de sus Derechos nacionales, asumen la obligación jurídica de garantizar el cumplimiento efectivo del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional del Trabajo en el ámbito de la esfera privada. Es de señalar que los Convenios de la OIT (normas paccionadas) ratificados y los diversos instrumentos jurídicos internacionales adoptados, se incorporan a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, de manera que han de asegurar su cumplimiento en general y en particular por las empresas transnacionales que operan en su espacio geopolítico territorial. Se trata de obligaciones jurídicas que imponen los Estados a las empresas transnacionales en cumplimiento del Derecho internacional⁴².

La globalización neoliberal en sí misma es incompatible con la tutela efectiva de los derechos humanos y en particular, por lo que aquí interesa, con la garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales.

De entre las distintas respuestas democrático-sociales que tratan de contrarrestar las consecuencias perversas o negativas en el ámbito de la política del Derecho Social cabe destacar la iniciativa emprendida por la OIT sobre el “Trabajo Decente” y vinculada al derecho al desarrollo humano. Esto ha conducido a establecer ciertas “Declaraciones” que desde el punto de vista jurídico-político son manifestación todavía de “derecho blanco”. Es el caso de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT (adoptada en 1977, pero modificada en noviembre de 2000, insertando la Declaración relativa a los Principios y Derechos Laborales Fundamentales en el Trabajo) y de la Declaración de Principios y Derechos Laborales Fundamentales en el Trabajo de 1998. (En esta dirección

⁴⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución A/HRC/RES/26/9 “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”: adoptada con votación en el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas el 26 de junio de 2014, Ginebra, 26 de junio de 2014.

⁴¹Véase HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P.: *Contra la lex mercatoria*, cit., págs. 115 y sigs.; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa*, Bilbao, Hegoa y OMAL, 2009; TEITELBAUM, A.: *La armadura del capitalismo*, Barcelona, Icaria Editorial, 2010; GEORGE, S.: *Los usurpadores. Cómo las empresas transnacionales toman el poder*, Barcelona, Icaria Editorial, 2015.

⁴² HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa*, Bilbao, Edita Hegoa/Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional/Universidad del País Vasco, 2009, págs. 319 y sigs.; GÓMEZ ISA, F.: “Empresas transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes”, en *Lan Harremanak. Relaciones Laborales*, Hegoa/Universidad del País Vasco, 2006, pág. 62.

de control de las empresas transnacionales se encuentran las directrices de la OCDE y se sitúa el Pacto Mundial de la ONU, que son también manifestaciones de “derecho blando”).

La acción político jurídica de la OIT respecto al “trabajo decente” y al control de cumplimiento de las empresas transnacionales se ha instrumentado, así, a través de instrumentos débiles que pretenden persuadir y animar al cumplimiento de ciertos fines y objetivos diseñados más que a través de la técnica normativa fuerte a nivel universal para alcanzar los resultados en la lógica del garantismo jurídico propio del Derecho Internacional del Trabajo clásico. Estas normas jurídicas universalistas se muestran más eficaces de los códigos *ad hoc* de la OIT, OCDE y ONU, que, pese a su relevancia práctica, no pueden contrarrestar la fuerza de los instrumentos autorreguladores del Derecho Comercial Global (básicamente, la *lex mercatoria*). Los códigos *ad hoc*, a parte de su eficacia débil que contemplan y desarrollan métodos persuasivos de control, son instrumentos jurídicos que requieren de la necesaria colaboración de los Estados. Por ello su eficacia ha sido relativa y moderada en sus resultados. En este sentido, las normas internacionales, los códigos externos e internos, los Estados, la extraterritorialidad universal y los sistemas universales y regionales son ciertamente necesarios para contrarrestar el poder autorregulador de las grandes fuerzas económicas que operan en el mercado mundial, pero ha de superarse las prácticas meramente persuasivas estableciendo verdaderas técnicas normativas eficaces y sancionadores de incumplimientos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La OIT –como la ONU- debe retomar la intervención normativa la regulación de las cuestiones sociolaborales, pasando de las Declaraciones –promocionales, sin fuerza normativa y con controles débiles y difusos- a las garantías jurídicas de los derechos sociales. Es verdad que esto no es fácil ante la crisis del tripartismo presente en el diseño y estructuras institucionales de la OIT y la oposición de las representaciones empresariales y las reticencias de algunas representaciones gubernamentales. La experiencia muestra que se ha reducido la adopción de instrumentos normativos fuertes y una ralentización de la revisión de los mismos, donde la falta de consenso se traduce en una situación de semi-bloque normativo de propuestas de materialización normativa del trabajo decente que finalmente se reconduce hacia instrumentos no vinculantes. En un contexto tan complejo como el actual es insuficiente una intervención jurídico-política realizada principalmente a través de instrumentos no vinculantes (o de vinculatoriedad débil) encuadrables en el “derecho blando”. También aquí los derechos sociales garantizados constituye la “ley del más débil”⁴³ en cuanto derechos de desmercantilización⁴⁴, ya que los instrumentos blandos, dada su misma fragilidad, no permite

⁴³ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995); *Ibid.*, *Derechos*

hacer frente al reforzamiento de los poderes económicos que dominan los mercados insuficientemente regulados en la esfera iuslaboral (como también en la económica). Los instrumentos de “derecho blando” pueden ser un “disolvente” del Derecho del Trabajo garantista, de manera que el porvenir del Derecho Social del Trabajo no puede basarse en los instrumentos no vinculantes o de vinculatoriedad debilitada.

La “justicia social” –de índole material o sustancial- enlaza con la función desmercantilizadora del Derecho Social del Trabajo a través de las normas sociales, por contraposición a la “justicia del mercado” que sólo alcanza a una justicia communitativa de asignación de recursos en función de las relaciones de poder en el mercado (o espacio mercantil). La defensa de la “justicia social” forma parte del conjunto de dispositivos para evitar la anexión de la democracia por el mercado, o más exactamente, por las fuerzas dominantes en el espacio de mercado; y lo hace con la finalidad de proteger a las personas, domesticando los mercados para que se adapten y sean compatibles con el desarrollo de las personas y el desarrollo humano. El Derecho del Estado Social impide la absolutividad de la “justicia del mercado” y del individualista *Homo oeconomicus*⁴⁵ universal sobre la “justicia social” y defiende el “trabajo decente” poniendo un coto vedado a los procesos de re-mercantilización del Estado del Bienestar y del conjunto de los derechos sociales fundamentales. Es decir, frente a la instauración de una suerte de “Estado de mercado”, y con referencia a la Unión Europea, desde un enfoque neoliberal, implantando un “Estado de mercado único”.

Pero ese camino hacia la normatividad fuerte se ha de recorrer si se quiere responder al reto de someter al Derecho democrático los poderes que dominan el mercado mundial y su pretensión de mercantilización de todas las cosas y de los mismos seres humanos y de escapar a todo tipo de control fuerte por los sistemas institucionales de control democrático del gobierno mundial. Es preciso elaborar normas internacionales de trabajo; la relativa inefectividad de los instrumentos débiles muestra los límites intrínsecos de una política del Derecho Social preordenada a establecer una generalización de un modelo de regulación que pivote principalmente sobre el *Soft Law* en las acciones de la OIT. Se necesita un sistema normativo de Derecho Internacional para neutralizar el poder que a los agentes económicos confiere el Derecho Comercial Global; mientras esto no ocurra se continuará perpetuando la posición jurídica dominante actual de poderes económicos amparados en normas de autorregulación y en la debilidad de los instrumentos de garantía y de control débil que puede aportar el “derecho blando”. Un “derecho blando” (RPS y Códigos de Conducta) que es

sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y 45 y sigs.

⁴⁵Respecto a la ideología económica del *Homo oeconomicus*, puede consultarse, DUMONT, L: *Homo Aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus, 1999.

ineficiente y que incluso puede ser un mecanismo elusivo del establecimiento de normas reguladoras y de control capaces de neutralizar el poder que confiere el Derecho Comercial Global/Nueva *Lex Mercatoria*⁴⁶. Es en esta perspectiva donde cabe reivindicar la función civilizatoria democrático-social de las normas internacionales del trabajo⁴⁷.

Sería necesario ir más allá del campo de las Declaraciones y en general de los instrumentos de “derecho blando” y pasar al plano de la normatividad internacional de las garantías de los derechos sociales imponiéndolos a todos los agentes económicos que operan en el mercado mundial a través de eficientes mecanismos de control de su cumplimiento. Se trata de superar la lógica del “derecho blando” o *Soft Law*, para alcanzar una globalización de los derechos alternativa a la globalización de los poderes económicos que dominan en la actual globalización neoliberal. La eficacia de la tutela de los derechos fundamentales exige la implantación de normas sociales vinculantes para sus destinatarios (*ius cogens* u orden público de Derecho Internacional con sistemas de protección multinivel), como único instrumento para garantizar una mínima simetría y equilibrio de poder entre empresarios y trabajadores y sus organizaciones empresariales y sindicales. Será necesario, pues, invertir la tendencia en el orden internacional actual transitando desde la generalización del “derecho blando” en detrimento del “Derecho fuerte” hacia el Derecho Internacional del Trabajo clásico o garantista (tanto normas públicas como normas convencionales jurídicamente vinculantes y exigibles ante instancias de control jurisdiccional o cuasijurisdiccional). Para ello será preciso reclamar tanto la “ciudadanía de los derechos” como la “ciudadanía de los poderes” colectivos/sindicales

⁴⁶ Véase, al respecto, el análisis de HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las Empresas Transnacionales frente a los derechos humanos*, cit., págs. 353 y sigs., y 659 y sigs., que constata el bajo nivel de ratificaciones de los Convenios de la OIT, favoreciendo, además, que las representaciones gubernamentales y sobre todo empresariales se adapten a los enfoques de regulación neoliberal flexible o de “derecho blando”. También constata que una de las características más destacables de los sistemas jurídicos internacionales en la actual globalización neoliberal reside en la debilidad, cuando no ausencia, de normas universales como garantía de los valores y derechos de la comunidad internacional. Frente a la debilidad de los Estados nacionales para controlar a las empresas transnacionales, los sistemas universales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus jurisdicciones competentes son incapaces de neutralizar la nueva *Lex Mercatoria*. Su debilidad se expresa por el cuestionamiento del carácter vinculante de algunos de los instrumentos que constituyen el *ius cogens* (Declaraciones, Pactos Internacionales...), por la necesidad de ratificación por los Estados y por la debilidad de las jurisdicciones internacionales para dotar de efectividad el contenido de los mismos (pág. 668). Igualmente, BONET PÉREZ, J.: *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Barcelona, Atelier, 2007, págs. 156 y sigs. TEITELBAUM, A.: “Naciones Unidas y Sociedades Transnacionales: una asociación deletérea”, en *Transnational Institute*, 6 de junio de 2007; BAYLOS GRAU, A.: “Códigos de Conducta y buenas prácticas de las empresas en material laboral. El problema de su exigibilidad jurídica”, en *Aspectos Económicos de la Jurisdicción Social*, Madrid, CGPJ, 2004, págs. 253 y sigs.; *Ibid.*, “Códigos de Conducta y Acuerdos-Marco de Empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”, en *Lan Harremank. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 12 (2005).

⁴⁷ Véase en general, SEGENBERGER, W.: *Globalización y Progreso social. La función y el impacto de las Normas Internacionales del Trabajo*, Caracas, Friedrich Ebert Stiftung y Nueva Sociedad, 2004; SERVAIS, J.M.: *Normes Internationales du Travail*, París, LGDJ, 2004; *Ibid.*, “Política de trabajo decente y mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado”, en SERVAIS, J.-M., BOLLÉ, P., LANSKY, M. y SMITH, C.L. (Dirs.): *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, MTAS/Colección Informes OIT, 2007, págs. 817 y sigs.

en la remoción de las condiciones que impidan la expansión del constitucionalismo democrático-social y el estándar de derechos fundamentales.

Pero, con todo, sin desconocer otras formas de regulación jurídica nacidas en el ámbito de la sociedad civil internacional; una regulación jurídica realmente participativa en condiciones más simétricas de poder que actúe como elemento contrahegemónico respecto a la hegemonía de los grandes grupos de poder internacional. En esta lógica se inserta la formulación de un nuevo tipo de globalización que contrapondría la “globalización desde abajo” a la “globalización desde arriba” en la construcción de un pluralismo jurídico cosmopolita⁴⁸. En lo que se refiere a las empresas transnacionales ello supondría el establecimiento de nuevas bases de juridificación y la transición de la simple RPS a un diverso modelo de empresa participada y social y jurídicamente responsable y plenamente respetuosa con el estándar universal de los derechos humanos⁴⁹.

2.2. La respuesta unilateral de los grupos de empresas transnacionales

Respecto a la respuesta unilateral voluntaria de la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE) cabría interrogarse sobre dónde ha quedado en este largo periodo de crisis, reestructuraciones, deslocalizaciones, etcétera. Y asimismo es necesario atender a la negociación colectiva internacional a través de los “Acuerdos Marco Internacionales” suscritos entre organizaciones profesionales representativas de los trabajadores y de los empresarios, destacando su papel relevante en el contexto de la mundialización.

La responsabilidad social de la empresa se insertaría en la lógica del derecho flexible (*Soft Law*), frente al tradicional “derecho duro” o “fuerte” (*Hard Law*)⁵⁰. El derecho flexible es un derecho típicamente posmoderno, que ha sido importante en la construcción jurídica de la sociedad global y en la transformación del pluralismo jurídico a nivel mundial⁵¹. Su creación no obedece tan sólo a la complejidad de los procesos sociales de las sociedades postmodernas del riesgo, sino que va más allá de los factores funcionales al ponerse al servicio de cambiantes

⁴⁸ DE SOUSA SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (Eds.): *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007.

⁴⁹ Véanse las aportaciones recogidas en MORENO, J.A. (Coord.): *RSC: para superar la retórica*, en *Dossieres EsF*, núm. 14 (2014), págs. 1-47. <http://www.ecosfron.org/publicaciones>.; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: “¿*Lex Mercatoria* o derechos humanos? Los sistemas de control de las empresas transnacionales”, en HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., y RAMIRO, P. (Dirs.): *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas*, Barcelona, Icaria Editorial, 2009.

⁵⁰ LAPORTA, F.J.: “Gobernanza y *soft law*; nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, en RUIZ MIGUEL, A. (ed.): *Entre Estado y cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014.

⁵¹ Véase TEUBNER, G.: *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, trad. C. Gómez-Jara Díez, Lima (Perú), ARA Editores, 2005, págs. 71 y sigs., y 115 y sigs.; *Ibid.*, *Le droit, un système autopoietique*, París, Presses Universitaires de France, 1993, págs. 101 y sigs.; ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011; SENDEN, L.: *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

opciones de política del Derecho flexible para la gobernanza de los poderes públicos y/o de los poderes de creación privada de Derecho, y dando lugar a un nuevo tipo de pluralismo jurídico. De elaboración más flexible y de eficacia jurídica más débil, que no necesariamente exige el elemento de la coacción y en no pocos casos resulta suficiente el reclamo de su carácter persuasivo (se trata de instrumentos regulativos “blandos” como códigos de conducta, “guías”, directrices, recomendaciones, estándares comunes, circulares, etcétera). Su cumplimiento es igualmente de carácter flexible dejando un amplio espacio de decisión discrecional para los sujetos destinatarios. Esta forma de derecho remite a un modelo no jerárquico, sino más horizontal, de interacción entre diversas redes de centros de poder jurídico-económico. No son auténticas normas jurídicas, pero tienen efectos jurídicos relevantes.

Resulta harto significativo que se disponga un sistema jurídico internacional bastante elaborado (en la lógica propia del *Hard Law*), pero que sus importantes carencias y sus problemas de efectividad y de orden sancionador haya sido una “*vía de escape*” fácil para la expansión de un modelo de juridificación a través de distintas formas de *Soft Law*, con una fuerza y vinculatoriedad jurídica más debilitada o suave.

La RSE –que tiene una multiplicidad de expresiones- puede plasmarse en instrumentos encuadrables en la esa categoría heterogénea que se denomina *Soft Law*, reflejo de la decisión regulativa de los actores implicados de dotarse de instrumentos de autorregulación adaptadas a la articulación de los grupos de intereses privados. Esta articulación de intereses esta mediatizada por las posiciones de poder detentadas por las partes y la correlación de fuerzas existente en el proceso de regulación. Esto determina que si esa posición es asimétrica o desigual (en lo que se refiere a factores base de poder) las reglas establecidas serán adhesivas y ocultarán la imposición unilateral de las condiciones por parte del actor o grupo más fuerte.

La eficacia de estos instrumentos ha sido relativa –y en gran medida modesta en sus resultados prácticos desde la lógica del garantismo jurídico laboral-. Pero suponen un esfuerzo de adaptación del Derecho del Trabajo en el proceso actual de globalización, tratando de controlar sus consecuencias sociales (*dumping social*, deslocalización⁵², operaciones de reestructuración (in)socialmente responsables⁵³, explotación en el tercer mundo, la presión competitiva a la reducción de garantías de derechos sociales en los países desarrollados, etcétera). Incluso se ha podido hablar de una nueva etapa en el gobierno de la globalización⁵⁴,

⁵² SASTRE IBARRECHE, R.: “Responsabilidad social y deslocalizaciones productivas”, y SANGUINETI RAYMOND, W.: “Transnacionalización del empleo, nuevas tecnologías y *dumping social*: Un inventario de posibles respuestas”, en VELARDE ARAMAYO, M^a.S. (Coord.): *Derecho económico e internacionalización empresarial*, Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2006, págs. 155 y sigs., y 243 y sigs., respectivamente.

⁵³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006, págs. 3 y sigs., y 251 y sigs.

⁵⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales. Sobre la evolución de la Responsabilidad Social empresarial*, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 32 y sigs.

vinculada y respetuosa con la garantía jurídica internacional multinivel de los derechos fundamentales, reclamando la preferente solución normativa (tanto estatal como la normación paccionada de los Acuerdos y Convenios Internacionales sobre relaciones laborales)⁵⁵ sin perjuicio del reclamo complementario y no sustitutivo de la llamada responsabilidad social de la de las empresas⁵⁶. Se pretende evitar, así, una escalada creciente en el proceso de “privatización” de la normativa internacional de los derechos humanos previa su deliberada “devaluación” en el sistema internacional de fuentes del Derecho internacional.

En el campo de las regulaciones laborales las empresas transnacionales se permiten elegir libremente entre las normativas legales y convencionales nacionales en función de sus niveles de protección sociolaboral, optando por la legislación que le es menos favorable en términos de reducción de costes y de reducción del poder sindical; se favorece una eliminación paulatina de los sistemas normativos considerados menos aptos para satisfacer las expectativas de reducción de costes o de carácter financiero de las grandes empresas o inversores⁵⁷. Determinando no sólo un darwinismo social sino también un darwinismo jurídico-normativo. Se realiza expresivamente una especie de “hacer *shopping*” entre los órdenes normativos laborales vigentes en los Estados nacionales⁵⁸. Dualidad de fenómenos darwinistas que eran conocidos –y viejos compañeros de viaje en la crítica al Derecho del Trabajo de los orígenes-. (Sería suficiente reparar en el Preámbulo originaria de la Constitución de la OIT de 1919, sucesivamente modificada, el cual parte de la afirmación de “que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”; pero añade después: “Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la

⁵⁵ Véanse las aportaciones recogidas en la trilogía VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2012; VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2014; VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2017. En una perspectiva de conjunto, VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009; ALFONSO MELLADO, C., JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la Crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2014; SALCEDO BELTRÁN, C.: *Negociación colectiva, conflicto y Carta Social Europea*, Albacete, Bomarzo, 2014.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales. Sobre la evolución de la Responsabilidad Social empresarial*, cit., págs. 91 y sigs.; VV.AA.: *La responsabilidad social de las empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Albacete, Bomarzo, 2011; LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.): *Autonomía y heteronomía en la Responsabilidad Social de la Empresa*, Granada, Comares, 2012; SALGUERO MOLINA, P.: *La responsabilidad social en la crisis y reestructuración de empresas*, Granada, Comares, 2016; GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M.A.: *La negociación colectiva europea de sector*, Albacete, Bomarzo, 2017.

⁵⁷ SUPIOT, A.: *El espíritu de Filadelfia*, cit., págs. 66 y sigs.

⁵⁸ PERONE, G.: “Globalizzazione e Diritto del Lavoro: sfide e possibili risposte”, en *Il Diritto del Lavoro*, núm. 5 (2001), pág. 340.

suerte de los trabajadores en sus propios países”)⁵⁹. Se trata de una renovada manifestación del *dumping social y económico* en la era de la globalización neoliberal.

Se ha podido hablar de la necesidad de profundizar en el camino que va desde la condicionalidad social (a través de las llamadas cláusulas sociales, con la consiguiente condicionalidad o subordinación de la adopción de determinadas medidas comerciales a la garantía de los derechos sociolaborales) a los Acuerdos Marco Internacionales. Ambos procesos y una transición de política del Derecho Social a nivel internacional son impulsados por la OIT, a través de diversos instrumentos (La Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en la 86ª Conferencia de 1998, revisada en 2010⁶⁰). En una dirección de globalización *social* y por tanto promoviendo la instauración de una globalización alternativa a la neoliberal, promoviendo el “trabajo decente”, un trabajo protegido o “con derechos” (*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008)⁶¹.

En todo caso, la debilidad de la RSE desde la lógica del garantismo de los derechos sociolaborales ha quedado en evidencia, por la voluntariedad de su establecimiento, su naturaleza jurídicamente no vinculante y su misma utilización retórica y a menudo elusiva ha permitido crear un “orden” de gobernanza iuslaboral substraído al marco normativo internacional y nacional regulador de los derechos sociolaborales. De este modo, tiende a diluirse y ser ineficaz la normativa internacional vinculante y se crea una suerte de arquitectura jurídica flexible (*soft law*) que asegura un espacio de no sólo de autorregulación sino también de impunidad a los agentes económicos dominantes en la escena internacionales⁶². Un espacio autorregulador que tiende a liberar del cumplimiento de las normas de garantías de los derechos (específicos e genéricos) de la persona que trabaja. De manera que a través de estas formas de *soft law*, con diversos grados de “juridicidad”, se incide y atraviesa transversalmente

⁵⁹ Para el darwinismo social –o, más exactamente, spencerismo social–, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “La ideología del ‘darwinismo social’: La política social de Herbert Spencer (I y II), en *Documentación Laboral*, núm. 87 (2009) y 90 (2010).

⁶⁰ OIT: *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Ginebra, OIT, 2010; OIT: *Trabajo decente y Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*, Ginebra, OIT, 2005. Véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales*, cit., págs.141 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El derecho al desarrollo*, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014, págs. 951 a 983, con la fundamentación y defensa del derecho humano al desarrollo en una concepción integral y omnicompreensiva (que comprende la “justicia social” y el “trabajo decente”) y su entronque con la tradición del constitucionalismo democrático-social.

⁶¹ Puede consultarse, DROUIN, R.-C.: “El papel de la OIT en la promoción del desarrollo de los acuerdos marco internacionales”, en VV.AA.: *Diálogo social y acuerdos transfronterizos (¿Un marco global emergente de relaciones laborales?)*, Madrid, OIT/MTI, 2009, págs. 279 y sigs.

⁶² HERNÁNDEZ ZUBIZARRETE, J. y RAMIRO, P.: *Contra la Lex Mercatoria*, Madrid, Icaria Editorial, 2015, págs. 15 y sigs., y 47 y sigs.

el sistema de fuentes internacionales. El *soft law* para su efectividad utiliza más la persuasión que las técnicas propias del Derecho sancionador y la de la exigibilidad judicial. Su “juridicidad” no se basa en las reglas o normas jurídicamente vinculantes respaldadas por la coactividad específica propias del *hard law*. En donde, pese a la debilidad en términos normativos, imperará la *libertad de elegir*⁶³.

En las mismas regulaciones contenidas en los Acuerdos Marco Internacionales y en los unilaterales Códigos de Conducta, impera un amplio margen de discrecionalidad para acogerse a un orden normativo u otro en un mercado de productivos legislativos con la fácil práctica de la “deslocalización” productiva o de la “autorregulación”⁶⁴. Es la apertura no sólo a la tolerancia sino más directamente a la admisibilidad/legitimidad del *dumping social*, donde los sistemas nacionales de relaciones laborales compiten entre sí en la reducción de las garantías y costes sociales para ser más atractivos a las empresas transnacionales (bajo la amenaza permanente de la deslocalización) y a los grandes operadores financieros. Es aquí cuando se aprecia que la solución a este tipo de problemas tiene que provenir de una normativa de Derecho internacional (v.gr., Derecho de la OIT) o supranacional (v.gr., Derecho de la Unión Europea), siendo insuficientes la regulaciones de los ordenamientos internos. Son esas normas internacionales las que tienen que establecer los estándares mínimos de derechos sociales de desmercantilización que deben ser observados a nivel global por todas las fuerzas económicas operantes en el mercado, evitando la “absolutividad” del mercado autorregulador⁶⁵. Y esta afirmación no está desprovista de fundamento, toda vez que los procesos de autorregulación social y, en general, los instrumentos del *Soft Law* no sólo han sido deficientes sino que, en muchos casos, ha sido una coartada para eludir las auténticas normas públicas laborales internacionales y nacionales.

La RPS y los instrumentos de *Soft Law* no han sido capaces (incluso han propiciado) la creciente *re-mercantilización* (o su ineffectividad en la práctica) de los derechos sociales fundamentales en sus dimensiones individuales y colectivas. La contención de ese proceso y la creación de nuevos derechos sociales (por ejemplo, el derecho a la renta de inserción o renta básica de ciudadanía) sólo puede alcanzarse plenamente a través de normas laborales dotadas de coactividad específica como es propia del garantismo jurídico en un Estado Social de

⁶³FRIEDMAN, M. y R.: *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Barcelona, Grijalbo, 1989.

⁶⁴ Véase MOREAU, M.A.: *Normes sociales. Droit de Travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, París, Dalloz, 2006, pág. 176; SUPIOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia*, cit., págs. 66 y sigs.; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales)*, Bilbao, Hegoa, 2009; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P.: *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria Editorial, 2009; y en otra perspectiva, PURCALLA BONILLA, M.A.: “Responsabilidad social de las empresas: del mito (o de la moda) a las primeras realidades normativas”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Iustel*, núm. 24 (2011).

⁶⁵ Véase POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, La Piqueta, 1989.

Derecho; normas públicas de Derecho Internacional, de carácter estatal y provenientes de una negociación colectiva con capacidad de creación de normas paccionadas (cuya fuente de producción jurídica son las organizaciones de intereses sindicales y empresariales). El sistema dual de fuentes del Derecho del Trabajo es el que puede garantizar un mínimo equilibrio entre las libertades económicas de los empresarios y los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (equilibrando la “justicia del mercado” con la “justicia social”); es el que puede impedir la competitividad a la baja de los sistemas de relaciones laborales entre sí como se está produciendo en el vigente orden internacional basado en la *lex mercatoria* y en el derecho blando (*Soft Law*). En este sentido tienen que ostentar un papel central los organismos internacionales como la OIT y la ONU, articulando ese estándar mínimo de garantías dotado de efectividad para su aplicación a nivel mundial en el marco de una globalización no sólo económica sino ante todo de los derechos de las personas.

Por otra parte, aunque la distinción y dinámica diferenciada entre la RSE y la negociación colectiva es nítida, y se plasma en los códigos de conducta o prácticas afines (es el caso de la RSE) y en los convenios y acuerdos colectivos (expresión formal resultante del proceso de negociación colectiva), ello no significa que no existan interconexiones y puntos de contacto entre ambas (con remisiones recíprocas, con juridificación negocial, etcétera)⁶⁶.

En el caso de los acuerdos marco internacionales la pretensión es más ambiciosa que en los instrumentos calificables de simples códigos de conducta, pues estos instrumentos de regulación bilateral aspiran a ostentan una fuerza jurídica vinculante, creando verdaderas obligaciones jurídicas. La variedad y el poliformismo de estos Acuerdos Marco Internacionales es enorme, con diversas denominaciones y diversa intensidad en su eficacia jurídica. Estos Acuerdos han entrado a regular aspectos básicos de las condiciones de trabajo delimitando estándares y las relaciones entre los propios actores sociales. Y todo ello con una frecuente asunción de las garantías de los derechos sociales establecidas en las normas de la OIT, en dirección de alcanzar el objetivo estratégico del “trabajo decente” no sólo a través de normas de orden público estatal, sino también mediante los instrumentos de la autonomía colectiva negocial⁶⁷. También han permitido cubrir ciertas lagunas o insuficiencias regulativas del

⁶⁶ Puede consultarse DE LA VILLA GIL, L.E.: “Acerca de la responsabilidad social corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Iustel*, núm. 16 (2008), págs. 8 y sigs.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales*, cit., págs. 127 y sigs., con referencia también a la obra antes citada.

⁶⁷ Véase, con referencia a las experiencias negociadoras al respecto, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales*, cit., págs. 191 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva”, en VV.AA.: *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, págs. 45 a 75; SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La tutela de los derechos fundamentales de trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Iustel*, núm. 20 (2009); SERVAIS, J.-M.: “Política de trabajo decente

Derecho Internacional del Trabajo clásico producido en el marco de instituciones internacionales. Ahora bien, la operatividad de una negociación colectiva en sentido fuerte a escala internacional debe partir –y lo presupone– del empoderamiento del sindicalismo en ese ámbito supranacional como poder social con capacidad plena de acción colectiva, pues será entonces cuando pueda hablarse de un espacio real de libertad de negociación de las organizaciones sindicales, por un lado, y por otro, de las garantías jurídicas e institucionales de aplicación efectiva en los ordenamientos nacionales, pues es la condición necesaria para que tales acuerdos internacionales tengan una eficacia jurídica real en sentido fuerte, yendo más allá de ser instrumentos jurídicos dotados de una abstracta fuerza obligatoria.

En el caso de la Unión Europea, como un espacio geopolítica supranacional vinculado al proceso de mundialización, el planteamiento es cualitativamente distinto pero insuficiente. Se dispone de la experiencia –reflejo de un espacio de interacción entre los actores sociales– de los Acuerdos Colectivos Europeos, los Comités de Empresas Europeos e instrumentos de participación institucional en las empresas de dimensión europea, con la intervención de diversos actores de las relaciones laborales europeas. Pero dentro de un marco insuficiente y una europeización incompleta del sistema de relaciones laborales⁶⁸. Ello ha incidido en una implicación y autorregulación colectiva de las relaciones laborales en la empresas transnacional de dimensión europea; una autorregulación jurídico-colectiva que está condicionada y mediatizada por las relaciones de poder (que comprende también el poder de decisión y regulación jurídica), en cada momento, entre los actores implicados. En este espacio de poder la toma de decisiones y la regulación jurídica dependen de la capacidad de los actores sociales para movilizar sus recursos e influir también en las políticas y normas de europeas. De

y mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado”, en VV.AA.: *Trabajar para tiempos mejores (Repensar el trabajo en el siglo XXI)*, Madrid, MTAS/OIT, 2007; VV.AA.: *Diálogo social y acuerdos transfronterizos (¿Un marco global emergente de relaciones industriales?)*, Madrid, OIT/MTI, 2009; VV.AA.: *Ética empresarial y códigos de conducta*, Goñi Sein, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley 2011.

⁶⁸ Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, págs. 116 y sigs. (sobre el modelo de diálogo social y de negociación colectiva europea y las modalidades de aplicación de los acuerdos celebrados en el ámbito comunitario: a) eficacia jurídica reforzada a través del instrumento normativo de la Directiva europea; y b) eficacia jurídica autónoma); OJEDA AVILES, A.: “Eficacia de los convenios colectivos europeos”, en VV.AA.: *La negociación colectiva europea*, Madrid, MTAS/CNCC, 2004; BAYLOS GRAU, A. (Coord.): *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Albacete, Bomarzo, 2003; SCIARRA, S.: “Formas de avanzar en la negociación colectiva transnacional y europea”, en *Relaciones Laborales*, núm. 12 (2011); VV.AA.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A., García Valverde, M^a.D. y Maldonado Molina, J.A., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed.Aranzadi, 2007, págs. 15 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa” y “Derecho de negociación y acción colectiva”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed.Comares, 2012, págs. 597 y sigs., y 635 y sigs.; *ibid.*, “Derechos a la información y consulta”, VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, págs. 773 y sigs., y la bibliografía allí citada. Una revisión sobre el diálogo social y negociación colectiva en la Unión Europea, en GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M.A.: *La negociación colectiva europea de sector*, Albacete, Bomarzo, 2017.

este modo la ordenación jurídica (autónoma o heterónoma) es el resultado complejo y contradictorio de un conjunto de intercambios entre dichos actores tanto sociales (con una representación de los trabajadores carentes de factores de poder determinantes de un equilibrio de fuerzas) como estrictamente políticos. El pluralismo jurídico es así inestable y muy contingente.

2.3. El papel regulador de la Unión Europea

Pero no se olvide que en el marco de la Unión Europea también ha tendido a imperar desde hace tiempo las fórmulas de *Soft Law*, produciéndose una retracción o retroceso de las normas armonizadoras en favor de los instrumentos no jurídicamente vinculantes (recomendaciones, orientaciones, directrices, etcétera), los cuales encuentran su paradigma en el llamado Método Abierto de Coordinación (MAC).

El MAC constituye uno de los instrumentos de política social utilizados para la consecución de los objetivos estratégicos planteados con ocasión de las medidas de acción europea adoptadas. Se inserta en la lógica de una aproximación o convergencia de las legislaciones nacionales por los objetivos, renunciando a la técnica de armonización legislativa. El Método Abierto de Coordinación (MAC) se introdujo “como manera de extender las prácticas idóneas y alcanzar una mayor convergencia en torno a los principales objetivos de la Unión Europea” en los ámbitos en los que las competencias de la Unión Europea son limitadas. Se trata de un mecanismo que resulta coherente con el papel que asume la Unión en la PSE, en la que ésta apoya y completa las actividades de los Estados miembros, concibiéndose asimismo como un método flexible de gobernanza. El MAC se relaciona con el principio de subsidiariedad, pretendiéndose una ordenación social en la que los objetivos y las actividades para conseguirlos se desarrollen principalmente en los ámbitos más reducidos. Corresponde a las autoridades subestatales o estatales el desarrollo autónomo de la política social europea, sin intervención de las instancias comunitarias. Debe evitarse la intromisión de las autoridades políticas de la Unión en la actividad de las estatales y regionales, pero al mismo tiempo debe prestar su ayuda y promover la actuación de las instancias descentralizadas si éstas no pueden por sí mismas desarrollar sus competencias o desarrollarlas de un modo absolutamente idóneo. Así pues, este método se basa en los trazos básicos de la subsidiariedad, e incluso supone una radicalización de la misma, en cuanto pretende no tan sólo una descentralización en términos verticales sino también en términos horizontales: que se implique además a las

partes sociales y a la sociedad civil⁶⁹. Se crea en el marco de la política de empleo y se extiende a otros ámbitos de la política social europea.

Por otra parte, la estrategia de coordinación de políticas que representa el MAC debe relacionarse con el hecho de que la globalización de la economía y el proceso de integración europea ya no permiten pensar en clave nacional. Dicho mecanismo de conexión de políticas iniciado en la Unión Europea –política económica, a través de grandes orientaciones de la política económica, y política de empleo, a través de las directrices de empleo y los planes nacionales de acción para el empleo, en coordinación con la estrategia de inclusión social– obliga a los Estados miembros a establecer objetivos cuantificados de actuación con desempleados, toda vez que la Unión Europea vincula la distribución de fondos europeos (Fondo Social Europeo) al logro de dichos objetivos, lo que necesariamente impone la instauración de mecanismos que permitan su cumplimiento efectivo⁷⁰.

Por lo demás, entre las políticas sociales y de empleo se produce una interconexión intrínseca. En las políticas comunitarias rige un principio básico, como es, el de la transversalidad. Lo enuncia el TFUE, en su art. 9, al señalar que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”. Por tanto, los objetivos de empleo se erigen en un objetivo transversal de la política y acciones de la UE. Al mismo tiempo, en el sistema normativo comunitario se establece una vinculación entre las políticas de empleo y las de protección social.

La acción de la política social se materializa bajo los principios de subsidiariedad (art. 5.3 TUE) y proporcionalidad (art. 5.4 TUE). Al respecto, la Unión y los Estados miembros tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. En este contexto, se emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión (art. 151 TFUE).

⁶⁹ CABEZA PEREIRO, J., “Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo”, en VV.AA., *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo*, Madrid, MTIN, 2008, pág. 38.

⁷⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSÚA, B., “Una política europea de empleo para el trabajo en el siglo XXI”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015 (BIB 2015/678).

En este punto, resulta fundamental recordar que la política social de la Unión toma como referente los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Respecto a esta última, tiene una importancia fundamental, en materia de protección social, el art. 34 en el que, de un lado, se establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. Por otro, se señala que “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Y finalmente, se indica que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”.

En las políticas comunitarias rige un principio básico, como es, el de la transversalidad. Lo enuncia el TFUE, en su art. 9, al señalar que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”. Por tanto, los objetivos de empleo se erigen en un objetivo transversal de la política y acciones de la UE. Al mismo tiempo, en el sistema normativo comunitario se establece una vinculación entre las políticas de empleo y las de protección social.

La acción de la política social se materializa bajo los principios de subsidiariedad (art. 5.3 TUE) y proporcionalidad (art. 5.4 TUE). Al respecto, la Unión y los Estados miembros tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. En este contexto, se emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión (art. 151 TFUE).

En este punto, resulta fundamental recordar que la política social de la Unión toma como referente los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores,

de 1989. Respecto a esta última, tiene una importancia fundamental, en materia de protección social, el art. 34 en el que, de un lado, se establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. Por otro, se señala que “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Y finalmente, se indica que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”. En el mismo art. 34 CDFUE evidencia esa interconexión funcional y teleológica cuando hace referencia a la Seguridad Social y a la lucha contra las situaciones de exclusión social. La conexión es tanto más visible si se tiende a la dirección de política del Derecho que se dirige y orienta hacia la “activación” de la protección dispensada por las prestaciones del sistema de Seguridad Social vinculadas al empleo (por ejemplo, desempleo, jubilación...). No es baladí hacer notar que sobre el “empleo” se ha construido un estatuto jurídico-protector de la persona que trabaja.

Para la consecución de tales objetivos, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; las condiciones de trabajo; la seguridad social y la protección social de los trabajadores; la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la información y la consulta a los trabajadores; la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; la integración de las personas excluidas del mercado laboral; la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; la lucha contra la exclusión social; la modernización de los sistemas de protección social (art. 153.1 TFUE). A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; podrán adoptar, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer

trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas (art. 153.2 TFUE).

De lo anterior se deduce que la UE no dispone de un sistema regulador propio en materia de protección social, lo que significa que la ordenación de las protecciones sociales está diferida en prácticamente todo principal a los Derechos Nacionales, los cuales regulan el catálogo de prestaciones, los procedimientos, los sistemas de financiación y gestión etc.). La UE, como se infiere de lo dicho hasta aquí, ha realizado ante todo una regulación de Derecho derivado de coordinación comunitaria o europea de la política social y tan sólo de manera marginal una débil política regulativa de carácter armonizador indirecto y parcial. No hay ninguna intención de construir un sistema europeo propio y homogéneo de protección social en la Unión.

Las razones de esta intervención armonizadora, débil y de mínimos, deriva de una posible aproximación de las legislaciones nacionales con la finalidad genérica de alcanzar una equiparación por la vía del progreso en las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, una protección social adecuada y las luchas contra las exclusiones sociales, en línea con lo previsto más arriba en los arts. 151 y 153 TFUE. El rechazo a una regulación armonizadora en la política social, no solo se vincula a una opción de política del Derecho, sino también se debe a las dificultades que tal tarea supondría, ya que se considera que son muchos los inconvenientes que existen para armonizar la diversidad de modelos de protección. En todo caso, interesa subrayar que no hay una imposibilidad jurídica de legislar sobre esta materia en el ámbito del Derecho de la Unión, pues, como se ha señalado, el art. 153.1 TFUE atribuye la competencia legítima de la Unión para apoyar y completar la acción de los Estados miembros en los ámbitos de la Seguridad Social y la protección social, la lucha contra la exclusión social y la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la previsión competencial limitativa ex art. 153.4 TFUE.

La política social coordinada tiene un carácter esencialmente neutral respecto de la configuración jurídico-material de los derechos de protección social en los sistemas nacionales. Por tanto, su finalidad no es la de sustituir o privar de competencias en esta materia social a los instrumentos normativos predispuestos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Su objetivo específico es abordar la solución de los problemas y conflictos que derivan de casos de transnacionalidad, determinando, al efecto, la legislación nacional que ha de ser aplicada a través de la utilización de técnicas jurídicas de especificación normativa. Por lo demás, la UE también interviene a través de una armonización debilitada, utilizando el instrumento jurídico de las Directivas, las cuales contienen disposiciones y medidas concretas de protección social.

Junto a la opción de coordinación y de armonización parcial, como se ha dicho, las instituciones políticas de la UE intervienen en el campo de la protección social a través del MAC. Mediante instrumentos de derecho blando, como recomendaciones, comunicaciones, informes, dictámenes, en el marco de dicho método, la UE trata de influir en los Estados miembros para que converjan en sus objetivos respecto de la Seguridad Social y protección social de los trabajadores, así como en relación a la propia modernización de los sistemas nacionales.

En una perspectiva jurídico-crítica y política del Derecho, aplicando la “navaja analítica” de Ludwig Wittgenstein⁷¹, se debe llevar a cabo una doble crítica interrelacionada al MAC como expresión de “derecho débil o blando”:

1ª). Porque como expresión del *Solf law* que tiende a oponerse al *hard law* por su flexibilidad reguladora en relación a las normas de protección sociolaboral de los trabajadores, el MAC –más allá de sus virtualidades prácticas de aproximación de los objetivos perseguibles– ha permitido y facilitado que la Unión Europea sea un terreno abonado para la competencia entre los Derechos nacionales en materia sociolaboral (aunque también en otros campos como el fiscal). Ello es así porque dicho Método de coordinación pretende aplicar en la esfera jurídico-social las orientaciones y directrices de la política económica de la Unión Europea (teniendo en cuenta que los Tratados fundacionales actúan como una constitución jurídico-material de la Unión que se impone a todas las Constituciones de los Estados miembros). Ello se traduce en la práctica en fomentar la adaptación de los trabajadores y de la legislación a las exigencias de funcionamiento de los mercados. Se trata de una suerte de competencia *soft* sin fuerza jurídica coercitiva⁷², pero que tiene una gran eficacia persuasiva y determinante en la práctica.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha respaldado esa *competición* tras el mejor y más rentable “derecho débil” al legitimar la búsqueda por las empresas transnacionales de las ventajas competitivas haciendo prevalecer las libertades económicas de los empresarios frente a los derechos sociales de los trabajadores individuales⁷³ y colectivos, limitando los derechos de negociación colectiva y de huelga cuando puedan afectar al principio de libertad de establecimiento y, por tanto, a la libertad económica de “deslocalizarse” por parte de las empresas que operan en el espacio europeo (SSTJUE 18 de diciembre de 2007, caso C-341/05, Laval; 3 de abril de 2008, caso C-346/06, Rüffert; 19 de junio de 2008, caso C-319/06, Comisión c/Gran Duché du Luxembourg; 15 de junio de 2006, caso C-255/04,

⁷¹ Punto culminante esa filosofía analítica es su libro, WITTGENSTEIN, L.: *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica/Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1988.

⁷² SUPIOT, A.: *El espíritu de Filadelfia*, cit., pág. 69; *Ibid.*, “Derecho y Trabajo ¿Un mercado mundial de normas?”, en *New Left Review*, núm. 39 (2006).

⁷³ STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13, Bundesdruckerei, 34.

Comisión c/Gran Duché du Luxembourg; 6 de diciembre de 2007, caso C-438/05, Viking). Es la pugna por la mejor oferta social, siendo el fenómeno de las deslocalizaciones empresariales el principal fenómeno mundial de esa competencia entre normas sociales por el juego del principio de libre competencia⁷⁴ y su reclamo de un orden espontáneo del mercado interior europeo⁷⁵. Un orden espontáneo que en realidad no lo es tanto porque es impulsado y construido en gran medida desde las políticas neoliberales impulsadas por las instituciones políticas de la Unión europea basándose en el control de gasto público (predominio en el sistema de los Tratados constitutivos de la Unión la racionalidad económica sobre la racionalidad social; el sistema de los Tratados opera en términos jurídico-políticos como una “constitución material” de la Unión que se impone con fuerza jurídica bilateral sobre las constituciones económicas y sociales de los Estados miembros) y en la primacía del Derecho de la competencia⁷⁶.

La renuncia, por el momento, al derecho fuerte armonizador junto con el MAC propicia esa competitividad por la reducción de costes del factor trabajo de las empresas transnacionales en una escala propia del *dumping social*, que es lo que el Derecho Internacional del Trabajo –cuyo eje ha pivotado en los instrumentos normativos de la OIT- ha tratado de impedir a través de normas de orden público internacional y su observancia por las legislaciones estatales⁷⁷. El nuevo Derecho flexible del Trabajo se instrumenta a esa subordinación de la racionalidad social a la racionalidad económica de las fuerzas dominantes en el mercado. Las normas laborales se hacen cada vez más de “textura abierta” interiorizando la lógica de las categorías económicas como delimitadoras del alcance de la “justicia social” concreta que pretenden realizar: el hilo conductor es la eficiencia del mercado y el principio de competitividad/rentabilidad de la empresa. Y ese hilo conductor opera, sino como criterio de legalidad sí como criterio de legitimidad del orden normativo social⁷⁸.

⁷⁴ SUPIOT, A.: *El espíritu de Filadelfia*, cit., págs. 70 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013), págs. 56 a 59; *Ibid.*, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 163 y sigs.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016, págs. 110-111.

⁷⁵ Es nuevamente la asunción del discurso jurídico-político de Friedrich A. Hayek. En la configuración del “proceso político y el mercado” (HAYEK, F.A.: *Derecho, legislación y libertad. Vol. II. El Espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 2ª ed., 1988, cap. XV, págs. 121 y sig.; en idealización de la naturaleza del orden del mercado y “el orden de mercado o catalaxia”, *Ibid.*, Cap. X, págs. 193 y sigs.).

⁷⁶ En este sentido, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013), págs. 17 a 62.

⁷⁷ En general, GARMENDIA ARIGÓN, M.: *Orden público y Derecho del Trabajo*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2ª ed., revisada, 2016.

⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 16 y sigs., y 389 a 395; *Ibid.*, *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

2º) Es criticable el modelo comunitario de interconexión entre la política de empleo y la política de protección social. Y lo es ante todo por su falta de auténtica coordinación e integración de estas políticas públicas.

Por lo pronto es de señalar que desde hace tiempo –y no es coyuntural- existe un rechazo en la Unión Europea hacia una intervención reguladora de carácter armonizador en la política social, y en particular en materia de Seguridad Social. Tan sólo se pretende realizar una política social y de empleo coordinada e instrumental al servicio del buen funcionamiento del mercado interior europeo, haciendo prevalecer la racionalidad económica sobre la racionalidad social.

Sin embargo, atendiendo a la conexión funcional y finalista existente entre la política de empleo y la política social cabría interrogarse sobre si será posible garantizar la efectividad de un “Trabajo Decente” o “Digno” (un trabajo con plenitud de derechos sociales sin mejorar esa coordinación) y sin establecer un núcleo mínimo de *normas europeas* de garantía específica de los derechos sociales fundamentales de la persona que trabaja. La experiencia muestra que no lo será.

En cualquier caso existen imperativos que imponen una tutela de los derechos fundamentales (específicos e inespecíficos) de la persona que trabaja y que son inherentes a la dignidad humana y al principio de igualdad no sólo en sentido jurídico-formal sino también jurídico-material o sustancial, tal como se impone deducir la garantía multinivel de los derechos fundamentales en el sistema universal de los derechos humanos y en Derecho internacional regional europeo de los derechos fundamentales. Es condición de legitimidad democrática de la Unión Europea, como nuevo espacio geopolítico, garantizar efectivamente estos derechos fundamentales y en particular en su proyección en el ámbito de las relaciones laborales⁷⁹. Al respecto interesa realzar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un instrumento normativo relativamente innovador, en el sentido de que reúne en un *texto único* el conjunto de los derechos fundamentales garantizados en la Unión, pero que derivan de las tradiciones constitucionales y de los convenios internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la

⁷⁹ FERRAJOLI, L.: *Garantismo. Una discusión sobre democracia y derecho*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2005; VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012; VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014; VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017. En un análisis de general, VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009.

jurisprudencia consolidada del TJUE y del TEDH. Por lo demás, en el sistema universal multinivel de garantía de los derechos fundamentales se subraya la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales con independencia del momento histórico genético de reconocimiento jurídico⁸⁰.

Tímidamente parece iniciar una nueva etapa de autorreflexión crítica con la elaboración de la estrategia relativa a la instauración de un “Pilar europeo de derechos sociales”⁸¹, acompañada de un documento anexo en el que se establece un “primer esbozo preliminar” del contenido de dicho Pilar de derechos, y de dos documentos de trabajo de los servicios de CE, uno dedicado al acervo social de la Unión Europea y otro a la explicación de cuáles son las principales tendencias económicas, laborales y sociales en las que se basaría ese Pilar. Este Pilar de derechos se inserta en una más amplia estrategia de construcción del futuro de una Europa social. Este sería el sentido político jurídico del *Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*⁸²; la Recomendación de la Comisión Europea⁸³; y Propuesta de proclamación conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea⁸⁴; con un cuadro de indicadores sociales para hacer el seguimiento de las tendencias y los resultados en los países de la Unión Europea⁸⁵. Ciertamente, el establecimiento de un pilar europeo de los derechos sociales merece, de entrada, una valoración positiva por lo que supone ante todo que la dimensión social vuelva a adquirir un mayor protagonismo en el marco europeo. Ahora bien, el mecanismo del Pilar Europeo de los derechos sociales resulta insuficiente, pues lo más urgente sería resolver en la fuente un problema previo relativo a la consagración del principio de equiparación efectiva en el sistema de los Tratados de la Unión entre los derechos sociales fundamentales y las

⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ámbito de aplicación (Artículo 51), y Alcance e interpretación de los Derechos y Principios (Artículo 52), (Artículo 43. Nivel de Protección. Constitucionalismo multinivel de los derechos fundamentales)*, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012, págs. 1317 y sigs. (“Interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos humanos fundamentales en el sistema de la Carta de la Unión Europea”), 1347 y sigs., y 1397 y sigs., respectivamente.

⁸¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales*, 8.03.2016, COM(126) final.

⁸² De 1 de marzo de 2017, COM(2017) 2025 final.

⁸³ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, 29.04.2017, DOUE (L 113/56).

⁸⁴ COM(2017) 251 final.

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Social Scoreboard 2017. Headline indicators: description and highlights*, UE, 2017. Sobre dicho Pilar europeo de derechos, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El Pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, en *Ley: Unión Europea*, y *Diario LA LEY*, Junio de 2017; *Ibid.*, “La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsible como desarrollo “normativo” del pilar europeo de los derechos sociales”, en *Revista española de derecho del trabajo*, N.º. 211, 2018, págs. 85-111, págs. 85-111.

RAMOS QUINTANA, M.: “El Pilar Europeo de los Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 77 (2017).

libertades económicas comunitarias. Es a partir de esta base de equiparación constitucional cuando se puede –y debe– abordarse la problemática de la coexistencia, articulación y posible colisión entre esos derechos sociales y libertades económicas en el espacio europeo, pero ya en el marco de un mismo sistema de derechos.

Al amparo del impulso que supuso el “Pilar Europeo” se han dictado varias Directivas de contenido social y económico. Interesa destacar por su novedad y relevancia la llamada “Directiva de diligencia debida”⁸⁶. La Directiva (UE) 2024/1760, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024⁸⁷ de diligencia debida se dirige a empresas y grupos de empresas que han estado en proceso de desarrollo dentro del espacio económico europeo. Los modelos de empresas y de organización empresa interempresarial han sufrido un proceso de transformaciones de gran envergadura. A ello alude la propia Directiva cuando trata de “acotar” el ámbito de aplicación de las empresas relevantes y al hacerlo expresa una realidad multiforme, donde coexisten empresas de estructura simple, empresas descentralizadas y empresas de estructuras jurídica compleja (se define, por el ejemplo, el «grupo de empresas» o «grupo» como “una empresa matriz y todas sus filiales”) (art. 3. “Definiciones”; y art. 6. “Apoyo a la diligencia debida a nivel de grupo”).

En el Preámbulo de la Directiva se deja constancia de que a tenor del art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, consagrados estos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en lo sucesivo, «Carta»). Tales valores fundamentales, que han inspirado la propia creación de la

⁸⁶ La misma Comisión Europea viene realizando que El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron el pilar europeo de derechos sociales en 2017, en la Cumbre de Gotemburgo. Los 20 principios del pilar europeo de derechos sociales son el faro que nos guía hacia una Europa social **fuerte, justa, inclusiva y llena de oportunidades**. La Comisión ha presentado ya varias acciones basadas en cada uno de los principios del pilar, y se prevén otras nuevas para seguir reforzando los derechos sociales en la UE. Mediante el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, la Comisión ha establecido iniciativas concretas para hacer realidad el pilar europeo de derechos sociales. Para ello es preciso el esfuerzo conjunto de las instituciones de la UE, las autoridades nacionales, regionales y locales, los interlocutores sociales y la sociedad civil.

Entre las varias Directivas aprobadas reclamando el “Pilar Europeo de Derechos Sociales”, pueden citarse, como ejemplo: Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/38/CE en lo que se refiere a la constitución y al funcionamiento de los comités de empresa europeos y a la aplicación efectiva de los derechos de información y consulta transnacional. Bruselas, 24.1.2024 COM(2024) 14 final 2024/0006 (COD).

⁸⁷ Conforme al art. 37 de la Directiva, relativo a la “transposición” en los ordenamientos jurídicos nacionales: “Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 26 de julio de 2026, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas medidas” (apartado 1).

Unión, así como la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional, deben guiar la acción de la Unión en la escena internacional. Esta acción incluye el fomento del desarrollo económico, social y medioambiental sostenible de los países en vías de desarrollo. Hay que precisar que ello incorpora también los derechos de la cuarta generación como la protección y mejora de la calidad del medio ambiente y el derecho humano al desarrollo. En esa dirección se establece que la Unión Europea fomentará el desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Se indica, por lo demás, que, en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas (art. 3, apartado 2 y 5, del TUE).

Por otra parte, en la Comunicación, de 14 de enero de 2020, sobre una Europa social fuerte para unas transiciones justas, la Comisión se comprometió a modernizar la economía social de mercado europea para lograr una transición justa hacia la sostenibilidad, garantizando que nadie se quede atrás. La Directiva de diligencia debida contribuirá, asimismo, materializar el pilar europeo de derechos sociales, que promueve unos derechos que garantizan unas condiciones de trabajo justas⁸⁸. Forma parte de las políticas y estrategias de la Unión relativas a la promoción del trabajo digno en todo el mundo, también en las cadenas de valor mundiales, tal como se menciona en la Comunicación de la Comisión, de 23 de febrero de 2022, sobre el trabajo digno en todo el mundo. Es manifiesto que el comportamiento de las empresas de todos los sectores de la economía es clave para el éxito con respecto a los objetivos de sostenibilidad de la Unión, ya que las empresas de la Unión, especialmente las grandes, dependen de las cadenas de valor mundiales. También redundará en interés de las empresas proteger los derechos humanos y el medio ambiente, en particular habida cuenta de la creciente preocupación de los consumidores y los inversores respecto de estos temas. Varias iniciativas de fomento de las empresas que apoyan una transformación orientada al valor ya existen a tanto a escala de la Unión como a escala nacional.

⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. (2018). “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 8(2), 251–298. Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3493; MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El pilar europeo de los derechos sociales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 49, 2017.

La Directiva sobre diligencia debida no opera en el vacío, pues las normas internacionales vigentes sobre conducta empresarial responsable especifican que las empresas deben proteger los derechos humanos y establecen cómo deben abordar la protección del medio ambiente en todas sus operaciones y cadenas de valor. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en lo sucesivo, «Principios Rectores de las Naciones Unidas»)⁸⁹ reconocen la responsabilidad de las empresas de ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos detectando, previniendo y mitigando los efectos adversos de sus operaciones sobre los derechos humanos y dando cuenta de cómo abordan dichos efectos. Estos Principios Rectores de las Naciones Unidas establecen que las empresas deben evitar vulnerar los derechos humanos y abordar los efectos adversos en estos derechos que hayan causado, a los que hayan contribuido o a los estén vinculadas sus propias operaciones, las de sus filiales y sus relaciones comerciales directas e indirectas.

Las empresas y grupos de empresas son destinatarios de las obligaciones y responsabilidades que se establecen en la Directiva sobre diligencia debida y, por tanto, la toma en consideración de la realidad del tejido empresarial y de los nuevos modelos de empresas que operan en el espacio económico europeo no puede ser eludida. La empresa, entendida como unidad organizada para la producción (y el empresario como el organizador y dirigente de ésta)⁹⁰, permanece, en lo principal, como una institución de Derecho mercantil, y no se ha convertido propiamente en una institución de un nuevo “derecho de la producción” coherente con la “constitución económica” del Estado Social de Derecho. Esta es una cuestión pendiente a un “constitucionalismo de Derecho privado y social”⁹¹. De este modo, las relaciones entre empresarios y trabajadores se presentan como relaciones exteriores a la empresa, pues ellas son relaciones de mercado, siendo la fuente de su regulación jurídica el contrato de trabajo

⁸⁹ 2011 Naciones Unidas. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011. El Capítulo II hace referencia a “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos”, pp. 15-31.

https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

⁹⁰ Sobre la figura del empresario y la empresa puede consultarse la revisión y configuración realizada por MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio de ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ibidem, 1999, págs. 17 y sigs., y 39 y sigs.

⁹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI*, Ponencia general, en *Estatuto de los Trabajadores, 40 años después* (XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020. ISBN: 978-84-8417-556-8, pp. 41-102. Más ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L. “Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert”, en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, (1), (2021) pp. 197–264. Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>; *Ibid.*, «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, N° 10, 2024; *Ibid.*, «La organización jurídica del capitalismo (Parte II): las instituciones jurídicas de la economía», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, N° 11, 2024; *Ibid.*, *La organización jurídica del capitalismo: el Derecho de la economía*, estudio preliminar a “RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, edición y a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001,

subordinado⁹². Por lo demás, en la perspectiva más amplia de la sociedad general, la “*empresa pluralista*” adquiere una visión social y asume una responsabilidad ante la comunidad. De ello se infieren dos elementos relevantes para la política jurídica de la reestructuración: por un lado, que el modelo de empresa monista debe ser desplazado por el modelo de empresa pluralista, dando entrada a los trabajadores en la gestión empresarial con una nueva legitimación de las decisiones de gobierno. Por otro, que la empresa debe responder ante la comunidad y atender al complejo de intereses a los que afecta su actividad (teoría de los “*stakeholder*” o partícipes e interesados: interés societario o de los accionistas; interés de los trabajadores; interés de los consumidores y usuarios, y afectados en general; interés público). Es el enfoque de los afectados e interesados en el desenvolvimiento de la actividad empresarial. La empresa es un conjunto organizado de personas y de elementos de varia índole que permiten el ejercicio de una actividad económica⁹³.

La empresa se contempla como una asociación no comunitaria de partícipes. La empresa como asociación de partícipes no debe confundirse como el concepto de “comunidad orgánica de intereses”, sino con la concepción institucional democrática de la empresa. La empresa *stakeholder* se entiende como una organización que, mediante la producción de bienes y servicios, desea satisfacer las necesidades de los diferentes grupos que la integran y de los cuales depende para su supervivencia. Cada partícipe tendrá su propio objetivo personal o colectivo, pero solo lo alcanzará a través de su compromiso con la acción colectiva realizada a través de la empresa y tiene derecho a participar en la definición del interés concreto de la empresa como organización de actividades económicas. El modelo pluralista de empresa enlaza con las corrientes a favor de la democracia económica. El enfoque de *stakeholder* de empresa viene a ser el sustrato conceptual y político-jurídico sobre el que se asienta hoy una buena parte de los argumentos a favor de la responsabilidad social de las empresas.

Superado el concepto de la empresa neoclásica, un gobierno pluralista y democrático de la empresa exigiría una regulación flexible y diversificada de la misma que garantizase los sistemas de controles y de representación (de intereses) diseñados y la atención a la pluralidad de intereses públicos y privados concurrentes. La empresa debe mantener en todo momento su capacidad comunicativa de adaptación al ambiente en el que actúa. La regulación tendría

⁹² GALGANO, F.: *Diritto commerciale. L'impreditore*, 3.^a edizione, Nicola Zanichelli, Bologna, 1989, Capítulos I y V. Entiende Galgano que la noción clásica de empresa se considera actualmente una concepción reductiva, que niega el carácter social de la producción. La construcción de un derecho de la producción es una tarea que exigiría, entre otras medidas, superar la visión meramente mercantil y societaria de la empresa, que se limita a la relación entre el empresario y el capital de riesgo, ampliando la perspectiva a la consideración de otros sujetos, artífices o destinatarios del proceso productivo.

⁹³ STJCE 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997\45], asunto Ayse Süzen. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho de participación de los trabajadores en la empresa en la “Constitución Social” Europea”, en *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. 2., GARRIDO MAYOL, V., GARCÍA COUSO, S., y ÁLVAREZ CONDE, E. (Coords.), Madrid, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 1037-1100.

que realizarse tanto a nivel del Derecho Comunitario como, articuladamente, en los distintos ordenamientos jurídicos internos de los países miembros de la Unión Europea. De no ser así, es de temer que la empresa tenderá a fortalecer el “monismo” y a liberalizarse de toda toma de control considerada una intrusión ilegítima en su dinámica de libre funcionamiento en el mercado.

En concreto, hay que revisar la legislación reguladora de la empresa a efectos del control público democrático de la economía y de la garantía de efectividad de los derechos de todos los actores que intervienen en su dinámica de funcionamiento (supuestos de grupos de empresas, empresa red, empresa en subcontratación, transmisión de empresa y, en general, todas las formas nuevas de colaboración interempresarial que han ido emergiendo en la era de la empresa flexible tendencialmente post-fordista).

Con todo, el estatuto jurídico (general y específico de cada rama jurídica) ha de ser redefinido y completado en sus piezas fundamentales para dar cuenta de las exigencias de ordenación y control de las nuevas formas de la empresa contemporánea. Se han dado pasos importantes en el Derecho de la economía y en el Derecho social, pero resulta obvio que queda mucho por hacer.

Y, en ese sentido, parece que se introduce un concepto de “diligencia debida” en el que las responsabilidades y obligaciones van más allá de la empresa, pues parece ser que se coge un “todo” como organización productiva a través de la denominación de “cadenas de valor mundiales” en plena relación con los Derechos humanos y laborales. Dentro de este marco las empresas deben integrar *transversalmente* la diligencia debida en todas sus políticas pertinentes y en sus sistemas de gestión de riesgos, contando para ello con una política de diligencia debida basada en el riesgo (artículo 7 Directiva (UE) 2024/1760, relativo a la “Integración de la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión de riesgos de la empresa”; y artículo 6.2.b) de la referida Directiva). Esta Directiva expresa un esfuerzo relevante para integrar criterios de sostenibilidad en las prácticas empresariales, fomentando la transparencia y la responsabilidad en el ámbito de los complejos empresariales en relación a retos globales en materia de derechos humanos y sostenibilidad ambiental.

Llegamos así a la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. En materia de responsabilidad, fruto de esta norma, podría entenderse que nos estamos acercando (aún está en una fase inicial “formación”) a un nuevo “*Derecho global del trabajo*” o “*Derecho*

transnacional laboral’ donde las empresas principales o matrices van a tener que ocuparse de velar por determinados intereses y derechos fundamentales⁹⁴.

En efecto, se trata de una Directiva que va a focalizar toda la atención en la gran empresa a la que se le viene a aplicar una especie de responsabilidad “*in vigilando*” de manera que deberá atender, incluso, de la responsabilidad de sus trabajadores en los términos que indica la Directiva (refiere a “Derechos humanos, laborales y sociales”) respecto a esas cadenas de valor o producción.

Consecuentemente, y en el desarrollo de este colectivo de normas reguladoras, podría decirse que nos encontramos ante el germen de un “Derecho laboral mínimo” o un “Derecho del Trabajo de mínimos” que puede terminar imponiéndose a escala global y mundial vía empresas matrices, grandes empresas o empresas globalizadas (en términos de la Directiva, las “cadenas de valor mundiales”). Esta Directiva se pone una importante base que podría ser el nacimiento paulatino de un Derecho del Trabajo globalizado y de mínimos, al menos, en la Unión Europea que puede terminar imponiéndose a escala global y mundial vía empresas matrices, grandes empresas o empresas globalizadas (en términos de la Directiva, las “*cadenas de valor mundiales*”).

Mientras esa equiparación en la Norma Fundamental de la Unión (sistema de los Tratados fundacionales de la Unión) no se consiga toda ponderación se realizará en condiciones de desventaja para la tutela efectiva y el respeto de los derechos sociales fundamentales. Porque el problema de fondo es que la garantía formal de los derechos fundamentales (y en particular los derechos sociales) en la Carta de la Unión, tal como están conformadas actualmente las reglas de juego en el sistema de los Tratados está destinada a la ineffectividad estructural por la carencia no sólo de leyes de actuación (faltan suficientes garantías, tanto primarias como secundarias, de los derechos proclamados en la Carta –Norma garantía-), sino también por compromisos directivos impuestos normativamente a los poderes públicos para hacerlos valer (Norma-directiva fundamental)⁹⁵. Y esto es tanto más importante por la tendencia actual a devaluar la dimensión configuradora y tutelar (garantista) del Sistema internacional multinivel de garantía de los derechos sociales fundamentales. Dicha devaluación actúa en el marco jurídico y político de las relaciones internacionales. Se trata de

⁹⁴ Véase SANGUINETI RAYMOND, W.: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2022, Capítulo III, págs. 91 y sigs., y Capítulo IV, pp. 117 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Transnacional del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Capítulo 1, pp. 21 y ss., y Capítulo 4, pp. 119 y ss.

⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El Pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, cit.; y la defensa de la penetración de un constitucionalismo democrático-social fuerte en el Sistema de los Tratados fundacionales de la Unión Europea, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 190-200; *Ibid.*, “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013); *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*.

la emergencia de los poderes “normativos” auto-constituidos y sus expresiones “pluralistas jurídicas”: La *lex mercatoria*, como vía de flexibilidad y escapa –huida- de la normatividad internacional, y la condicionalidad de las reglas de juego de las legislaciones nacionales.

Debe apostarse por un constitucionalismo social europeo fuerte y reforzado en el Sistema de los Tratados constitutivos de la Unión Europea, de manera que los derechos fundamentales se incorporen con toda su fuerza vinculante bilateral (todas las personas y los poderes públicos están sujetos a los Tratados de la Unión y al resto del jurídico comunitario). Y será a partir de esta base constitucional europea donde deberán desarrollarse el sistema de garantías legales: Derecho derivado europeo con normas armonizadoras flexibles, capaces de instaurar un zócalo esencial garantizado de derechos fundamentales (y especialmente de derechos fundamentales sociales) en el espacio jurídico de la Unión.

Lo cierto es, en otro orden de ideas, que las reformas morfológicas y de “adaptación” del Derecho del Trabajo han supuesto la elaboración de técnicas de Derecho Flexible que permiten modular las instituciones laborales en atención a la tutela preferencia de ese principio de eficiencia y del reforzamiento de los poderes directivos del empleador. La política de flexibilidad y desregulación determina la reconfiguración de las técnicas y categorías jurídicas preexistentes. Las políticas liberalizadoras de *dirigismo político* de flexibilidad normativa y desreguladora se sitúan en una triple dirección: las desregulación legislativa (que implica, evidentemente, una retroceso del intervencionismo público de carácter garantista, no el tipo de intervencionismo persistente de apoyo al restablecimiento de la rentabilidad empresarial) y reenvío a la autonomía privada (colectiva y/o individual), con la reducción del garantismo legal; el aumento formal de los espacios de regulación de la autonomía colectiva (que –se afirma- desplazaría progresivamente al garantismo legal por una suerte de “garantismo colectivo” debilitado) y una potenciación legislativa de su descentralización empresarial y de la mayor autonomía reguladora de la empresa (especialmente a través de los Acuerdos de empresa) y la preferencia *legal imperativa* en favor de la primacía de los convenios de empresa; y, en fin, la potenciación –todavía débil- de la individualización de las relaciones laborales, por el doble cauce de incremento del papel regulador del contrato individual y el reforzamiento del poder unilateral del empleador de fijación de las condiciones de trabajo. Es la “empresarización” de las relaciones laborales. Ello es coherente con los postulados de la teoría del análisis económico del Derecho, corriente de pensamiento que parte del principio de que el sistema jurídico debería tener como fin prioritario la eficiencia económica. También domina el *modelo de “jurista-económico”* que tiene su propio “dogma” formalista prestado de las premisas conceptuales de la ciencia económica; y un fin apriorístico

del Derecho: la eficiencia económica de las instituciones jurídico-laborales en nuestro caso⁹⁶. El nuevo modelo de jurista que se postula –en coherencia- es el propio del jurista-ingeniero social y económico, que ha de tomar en consideración en el proceso interpretativo de la solución de los conflictos jurídicos la dialéctica de los intereses económicos subyacentes y atender la tensión coste-beneficio implicada en las normas jurídicas objeto de interpretación⁹⁷. Ya se había advertido de la creciente tensión entre el Derecho de la concurrencia y el Derecho del Trabajo, sobre la infiltración de aquél en la lógica de éste último⁹⁸. Su lógica es dual: tiende a eliminar las normas sociales que suponen restricciones al mercado consideradas contrarias a la competitividad empresarial, por un lado, y por otro, autoriza al intérprete (jurista-ingeniero socio-económico) a llevar a cabo una interpretación y resolución de los conflictos jurídicos que haga prevalecer la lógica de sustento del orden público económico que domina el derecho de la libre concurrencia. El “jurista intérprete-económico” en caso de conflicto debería primar el valor de la eficiencia sobre el valor de la justicia distributiva.

También en el plano del “jurista legislador-económico”, en la elaboración de la regulación normativa de los procesos sociales se atiende a ese predominio de la eficiencia

⁹⁶ Con este enfoque el “mercado” en sí como institución social aparece como una “figura misteriosa” dotada de una “lógica propia” (más allá de la trama de las fuerzas sociales de referencia que se localizan en ese espacio económico) que se proyectaría sobre el sistema jurídico: la institucionalización del mercado se realiza bajo el principio guía del tipo de eficiencia dominante como determinante de las transformaciones del sistema jurídico (haciendo explícitos los fundamentos económicos de las decisiones jurídicas) y como teoría racionalizadora del mismo. De este modo, el mecanismo del mercado, así entendido, significa subordinar la substancia de la propia sociedad a las leyes del mercado. Ello produce una suerte de “mercantilización” de la política y del Derecho: su reducción determinista e instrumental a “lo económico” como elemento determinante de la organización social. En este discurso sobre el Derecho (y en nuestro caso el Derecho Social del Trabajo) el Derecho es reducido aquí también a un “medio” (un instrumento técnico) para la organización social al servicio de la economía. La teoría económica del Derecho pretende la reconstrucción de un sistema jurídico sobre la base de la eficiencia económica como criterio de decisión “suprapolítico”. El Derecho ha de adaptarse –plegarse- en todo momento a las cambiantes exigencias de la eficiencia y competitividad de la economía. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, cit., págs. 392-393. La obra de referencia en la corriente instrumentalista económica del sistema jurídico es la de POSNER, R.A.: *El análisis económico del Derecho (1992)*, México, trad. E. L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, 1998, su proyección en la regulación de la relación laboral, págs. 306 y sigs., y su proyección en la regulación legal de las desigualdades del ingreso, la justicia distributiva y la pobreza, págs. 431 y sigs. Una moderada perspectiva crítica “interna” a esta corriente de pensamiento, en CALABRESI, G.: *Un vistazo a la catedral. Cuando el Derecho se encuentra con la economía*, Lima, Palestra Editores, 2011, y también del propio CALABRESI, G.: *The future of Law Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven (Estados Unidos de América), Yale University Press; y “externa” en HIERRO, L.L.: *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; TORRES LÓPEZ, J.: *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*, Madrid, Tecnos, 1987; MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; PAZ ARES, C.: “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la Teoría económica del Derecho)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, págs. 601 a 707; PASTOR, S.: *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1989. Una crítica implícita o subyacente, con contundencia en rebatir sus argumentos, a la unilateralidad del enfoque economicista, en SEN, A.: *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2010; *Íbid.*, *Sobre ética y economía*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.

⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social*, estudio preliminar a POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII.

⁹⁸ LYON-CAEN, G.: *Le droit du travail une technique réversible*, París, Dalloz, 1995, pág. 90-92.

económica sobre la justicia social. Es así que con esa doble lógica del discurso jurídico se asiste desde hace tiempo a una crisis del principio de tutela del trabajador y a un redimensionamiento de la función de la normativa pública en el campo de las relaciones entre empresa y “mercado de trabajo”, produciéndose un giro sobre el sentido político jurídico de la normativa laboral y de su dinámica de desarrollo más funcional a las exigencias de funcionamiento de los mercados y de la reestructuración permanente de las empresas.

En el modelo de “jurista del Estado Social”⁹⁹ (vale decir, el jurista del trabajo) se busca un equilibrio entre la eficiencia económica y la justicia social. De manera que se pueda hacer compatible la racionalidad económica y la racionalidad social a la que sirve la ordenación de un determinado instituto jurídico-laboral. Importa aquí el equilibrio o ponderación entre los intereses en presencia y, en su caso, la combinación entre eficiencia económica (en términos de rentabilidad/reducción de costes/riqueza) y distribución justa (en términos de protección sociolaboral/asignación distributiva de la riqueza generada) en una sociedad justa¹⁰⁰. Pero en la lógica interna del Estado Social de Derecho la eficacia económica (maximización del rendimiento o de la riqueza) no debería prevalecer sobre la justicia social, y en cierto sentido aquélla –en la relación medios y fines- debería ser instrumental para la realización efectiva de la justicia social en una sociedad democrática solidaria y comprometida con el principio de igualdad sustancial. En el sentido de afirmar la relación de interdependencia entre eficiencia (vinculada a la producción y creación de riqueza) y justicia (ligada a la distribución de bienes y recursos para satisfacer necesidades y capacidades humanas formuladas como derechos) desde la política del Derecho se podría decir que la eficiencia económica estaría implicada en el proceso de toma de decisiones distributivas en una sociedad justa.

⁹⁹ El jurista del Estado Social es un jurista crítico, alejado del paradigma del positivismo legalista. Puede consultarse, BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, Edición a cargo de A. Ruíz Miguel, Madrid, Debate, 1990, págs. 228 y sigs.; BARCELONA, P., HART, D. y MÜCKENBERGER, U.: *La formación del jurista. Capitalismo monopolista y cultural jurídica*, Madrid, Civitas, 1983 (3ª ed., 2016); MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Parte II: “El método: La ‘ilusión’ del método en el Derecho Trabajo y el problema del método”, págs. 293 a 414; WOLKMER, A.C.: *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá (Colombia), ILSA, 2003. El jurista crítico ha de abordar las cosas por la raíz, volver a la genealogía que permitió la existencia de determinada forma jurídica. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: *nEl Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca”, en BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización*, trad. A. Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-XCV.

¹⁰⁰ El propio Guido Calabresi ha señalado que “una mezcla apropiada de eficiencia y distribución es altamente instrumental para, y tiene una estrecha correlación con, conseguir lo que muchos verían como una sociedad justa”. Cfr. CALABRESI, G.: “About Law and Economics: A letter to Ronald Dworkin”, *Hofstra Law Review*, núm. 8 (1980), págs. 553-562, en particular pág. 558; *Ibid.*, *El coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (1970), Barcelona, Ariel, 1984; *Ibid.*, *The future of Law Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven (Estados Unidos de América), Yale University Press, 2017.

Y no se olvide que para el jurista crítico el Derecho no es un sistema cerrado, partiendo de la norma como *“primun verum”* y concibiendo la evolución del Derecho como expansión lógica de las normas, sino que parte de la concepción de la ciencia del Derecho como saber problemático o aporético¹⁰¹. El Derecho no es sólo un conjunto de normas o de reglas y principios de conducta, sino también un modo particular de solución de los conflictos de intereses que se plantean en la misma sociedad. Al iuslaboralista contemporáneo, como científico social, no se le exige sólo que “comprenda”, sino que también se le pide que “explique” el Derecho en vigor. Se le pide reproduzca teóricamente una determinada realidad socio-jurídica diferenciada, a saber: El Derecho del Trabajo, en su dimensión normativa (la del Derecho positivo) y social (la del “hecho” social del trabajo y de las relaciones individuales y colectivo/sindicales que éste involucra). Esta doble y unitaria tarea de “comprensión” y “explicación” del Derecho prolonga el conocimiento del objeto y puede contribuir a la transformación del sistema jurídico vigente adaptándolo constantemente a las necesidades cambiantes del “mundo de la vida”¹⁰². En otra perspectiva, el problema de la discrecionalidad y creatividad jurisprudencial ha de ser abordado abiertamente, dejando de lado las hipocresías. Frente a la imagen tranquilizadora del formalismo jurídico como corriente de pensamiento iuspositivista legalista existe una amplia esfera de discrecionalidad judicial cuya legitimidad no puede ser negada. El jurista crítico, se encontrará es las condiciones más idóneas para evaluar la coherencia sistemática y la eficiencia de las propias soluciones jurídicamente posibles. La discrecionalidad, cuando se despliega dentro de los límites intrínsecos del esquema normativo, no constituye en sí misma una suerte de “prevaricación por parte del juez”, respecto del poder legislativo. Y esa presencia de espacios de discrecionalidad judicial, imposibles de evitar en la praxis interpretativa, no compromete en por sí misma la imparcialidad, la cual ha de ser entendida como ajeneidad respecto de los intereses en conflicto y no como pretendida neutralidad; el jurista como experto en un sistema jurídico de Estado Social de Derecho no puede retroceder frente a los valores refugiándose en el limbo de una

¹⁰¹ Cfr. ENGISCH, K.L.: *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. Ernesto Galzón Valdés, edición a cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 215 y sigs.

¹⁰² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, cit., págs. 413-413; y ampliamente en este sentido, *ibid.*, “Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007), págs. 11 a 51. Asimismo, *ibid.*, “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la “era de la flexibilidad”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 5 (2016), págs. 444 y sigs.; *ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017; *ibid.*, “Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 9(1), (2021). 220–294. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.3982>; *ibid.*, “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo”, en *Lan Harremanak/20-21* (2009), pp.51-136. https://ojs.ehu.es/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2165/1783; *ibid.*, “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º. 45, 2017.

neutralidad imaginaria, pues ello supondría abdicar de su propia función *constitucional* (y no sólo civil)¹⁰³.

¹⁰³ LUZZATI, CL.: *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, trad. F. J. Arena y M.A. Rosso, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs.229 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio*, estudio preliminar a la obra de CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Granad, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016, págs. IX a XLV.

LO PRIMERO ES LO PRIMERO: EL EFECTIVO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES Y LA ECONOMÍA INFORMAL¹

Por Francisco J. Tapia Guerrero²

FIRST THINGS COME FIRST: THE EFFECTIVE EXERCISE OF HUMAN LABOR RIGHTS AND THE INFORMAL ECONOMY

By Francisco J. Tapia Guerrero

Resumen

Los derechos humanos vinculados al trabajo de las personas -en sus dimensiones laborales y de protección social- han quedado establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH) como en los tratados universales y regionales de derechos humanos, con un mandato esencial en cuanto deben tener efectiva aplicación, radicando principalmente en los Estados un deber de generar las condiciones que lo hagan posible, sin perjuicio -como en el caso de los derechos prestacionales- de las situaciones excepcionales que se plantean. No obstante, diversas variables entran seriamente su efectivo ejercicio, afectando especialmente al derecho

¹ Me sumo con agrado a esta iniciativa que el Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ofrece a la comunidad iuslaboralista, con la convicción de que constituirá un aporte de excelencia y pluralista al debate de nuestras disciplinas, en beneficio de la justicia social y del bien común.

² Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

al trabajo (decente). Una de las mayores dificultades radica en la economía informal que afecta principalmente a quienes tienen la posibilidad de trabajar para lograr el sustento diario personal y de quienes de él o de ella dependen, sometiéndoles a un marco hostil a los derechos humanos laborales. Diversas iniciativas de la legislación internacional del trabajo promueven el tránsito a la economía formal pero, además, buscan la aplicación de medidas que permitan a quienes quedan relegados en el territorio económico de la informalidad, el ejercicio de ciertos derechos mínimos, sin perjuicio de los esfuerzos que se exige de los Estados para el tránsito a la economía formal.

Abstract

The human rights linked to people's work - in their labor and social protection dimensions - have been established in the Universal Declaration of Human Rights (UDDDDHH) as well as in the universal and regional human rights treaties. Regarding that, the States have a duty to generate the conditions that make it possible, without prejudice - as in the case of benefit rights - to the exceptional situations that arise. However, several variables seriously affected its effective exercise, especially affecting the right to (decent) work. One of the greatest difficulties lies in the informal economy. Different initiatives of international labor legislation promote the transition to the formal economy looking for the application of measures that allow those who are relegated to the informality to join a minimum right.

Palabras claves: Derechos humanos laborales, dignidad, dignidad social, trabajo, protección social, deber del Estado, progresividad, economía informal.

Key words: Labor human rights - social dignity – work - social protection - State duty – progressivity - informal economy.

Sumario: 1.- Los derechos humanos laborales y su aplicación. 2.- Los derechos humanos laborales, trabajo y protección social. 3.- La dignidad de la persona como valor y fundamento de los derechos humanos laborales en los instrumentos universales y regionales de derechos humanos. 4.- El efectivo ejercicio de los derechos humanos laborales y la función del Estado. 5.- La economía informal como obstáculo de partida para el ejercicio efectivo de los derechos humanos laborales. 6.- Crear las condiciones para el ejercicio de los derechos humanos laborales implica definiciones de política centradas en la dignidad de la persona. 7.- Conclusiones.

LO PRIMERO ES LO PRIMERO: EL EFECTIVO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES Y LA ECONOMÍA INFORMAL

Por Francisco J. Tapia Guerrero

1. Los derechos humanos laborales y su aplicación

Con algunas resistencias, el debate acerca de la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales pareciera superado en la teoría y en la práctica, además de su consolidado reconocimiento en los diversos instrumentos universales y regionales de derechos humanos³. Pastore da cuenta de la práctica de derechos humanos sobre la base de documentos, conjuntos de reglas, instituciones, procedimientos, planteamientos, comportamientos, valoraciones, interpretaciones de valores y principios⁴. Pareciera, además, que las propias condiciones que la realidad y los modelos de organización social y económica imponen a importantes sectores de la población en las distintas experiencias, llevan a una conciencia de derechos económicos y sociales insertados esta vez, más en un marco de derechos humanos que a la sola demanda social, como una cuestión inherente a la vida en comunidad, desde que se trata de la dignidad de la persona en su expresión espiritual y material.

No obstante que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales tienen su avanzada con la constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 - en especial, con las declaraciones que contiene en su preámbulo y la posterior legislación internacional del trabajo y seguridad social - lo cierto es que, sin perjuicio de ciertas resistencias, también es compleja su aplicación, cuando se trata de ciertas variables que le pueden convertir en *letra muerta*. Uno de esos derechos que pueden ser fuertemente afectados es el derecho al trabajo.

Una variable que es posible advertir con la sola observación de la experiencia, es la que surge de una sociedad dinámica, que se mueve en distintos sentidos y ámbitos, provocando

³ El énfasis en este trabajo estará puesto en los derechos económicos y sociales vinculados al trabajo y a la protección social.

⁴ PASTORE, Baldassare, *El desafío de la actividad. Derechos y Libertades*, Madrid, número 50, 2024, página 86.

consecuencias que pueden afectar las posibilidades del efectivo ejercicio de los derechos. Es el caso de los nuevos modos productivos provocados por el desarrollo tecnológico. Otra variable es la que se obedece al exceso de retórica y formalismo que termina por alejar los institutos jurídicos de la realidad concreta, especialmente cuando se trata de modelos ideologizados que privilegian los esquemas de contenido abstracto que pugnan con la razonabilidad cuando desvían las exigencias que la realidad plantea, sea promoviendo fantasías o negando esos derechos. Provocan también dificultades para la vigencia de los derechos, las experiencias de sociedades débiles en el ejercicio de los derechos civiles y políticos, en los que se hace difícil la satisfacción de los derechos económicos y sociales.

Estos antecedentes plantean la cuestión del reconocimiento y la efectiva vigencia de los derechos económicos y sociales.

2. Los derechos humanos laborales, trabajo y protección social

Los instrumentos internacionales de derechos humanos no dejan duda alguna acerca del catálogo de los derechos humanos vinculados al trabajo y a la protección social que se aplica a todas las personas, sin otra excepción que no sea aquella que emana de la naturaleza del derecho mismo. Corresponde al Estado reconocer, promover y respetar los derechos económicos y sociales, asegurando además -con todas las medidas apropiadas a los recursos con que se cuenta, cuando se trata de determinadas prestaciones o beneficios - el efectivo ejercicio de los mismos. Es eso lo que los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ordenan.

3. La dignidad de la persona como valor y fundamento de los derechos humanos laborales en los instrumentos universales y regionales de derechos humanos

De la Declaración Universal de Derechos Humanos como de las convenciones universales y regionales de derechos humanos es posible constatar la centralidad de la persona en el sistema de derechos humanos, cuestión ésta que alcanza especial relevancia cuando se trata de aquellos derechos de carácter económicos y sociales, entre éstos, los vinculados al trabajo de las personas.

Esa declaración es indicativa en su preámbulo cuando dispone que el fundamento de los derechos humanos es la dignidad intrínseca y la igualdad de quienes son miembros de la familia humana.

Se trata de la dignidad de la persona misma en su singularidad y en su carácter social, que se constituye como el valor ético y jurídico del sistema de derechos humanos, que es, además, el objeto de protección que las normas contenidas en esos instrumentos tienen.

El contenido de dignidad social se expresa cuando se la reconoce en el marco de la familia humana, de una comunidad de personas, que da cuenta de tratarse de derechos no ya del individuo aislado y carente de compañía, sino de una persona inserta en una pluralidad de personas que conviven, que se relacionan, que comparten alguna condición⁵, bajo una identidad común de condición humana. Se trata de la persona en medio de una comunidad de personas, todas dotadas de dignidad⁶, lo que explica que su artículo 1° establezca el deber de comportarse fraternalmente unos con otros, esto es, tratarse con amistad o afecto entre hermanos o entre quienes se tratan como tales⁷, trato con los demás que se exigiría de cada uno, puesto que se trata de personas iguales en derecho y dignidad.

El antecedente de identidad que le sitúa en la condición humana es expresivo del lenguaje que determina el sentido y alcance de los derechos, puesto que se vincula con la paz social a partir del respeto de los demás, en que es posible construir vida en comunidad, lo que, en la perspectiva de los derechos económicos y sociales, exige atender las necesidades materiales para una vida digna. Es una de las manifestaciones de la dignidad social. Coherentemente con ello, el artículo 29 de la Declaración refiere que la convivencia social plantea deberes que exceden de la individualidad y que, en consecuencia, sus derechos admiten limitaciones ordenadas por el respeto de los derechos y libertades de los demás, las justas exigencias de la moral, el orden público, y el bienestar en una sociedad democrática. En síntesis, se trata del bien común.

En el ámbito regional, la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948⁸ y después, la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de ese mismo año, específicamente en su preámbulo, dan cuenta del compromiso de los pueblos americanos con la dignidad la persona y que sus constituciones nacionales tienen como fin principal, la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar

⁵ El significado de familia según la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Edición del Tricentenario.

⁶ Estas mismas definiciones se observan en el preámbulo del PIDESC, que refiere a la dignidad inherente a la persona humana.

⁷ Significado de fraternidad según la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA cit.

⁸ La letra f) de su artículo 34 establece que los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral y para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las metas básicas que en seguida señala.

espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad. El concepto de dignidad de esta Declaración acoge también, el antecedente de las condiciones materiales de vida de las personas, que tiene como fundamento, los atributos de la persona humana.

Ese es precisamente el enfoque del catálogo de los derechos humanos laborales en el que la dignidad tiene especial connotación desde que el trabajo es inseparable de la persona y, en consecuencia, todo cuanto diga relación con el trabajo lo es propiamente también de la persona.

Nada más intensamente vinculado a la dignidad de la persona que el trabajo mismo. Por lo mismo es que en estos casos y tratándose en lo específico de estos derechos, el sentido de la dignidad de la persona se coloca como una condición del hombre libre en perspectiva de los derechos humanos, en que la ausencia de temores y la superación de la miseria, constituyen condiciones necesarias para la vigencia efectiva de los derechos humanos.

Es lo que precisamente se señala en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, por lo que su artículo 2° dispondrá el compromiso de los Estados de adoptar las medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente y por todos los medios apropiados -inclusive aquellos legislativos- la plena efectividad de los derechos que se reconocen.

Aparecen nuevamente conceptos ya establecidos en el instrumento matriz de los derechos humanos, en cuanto a que debiendo el Estado disponer de medidas apropiadas para el efectivo ejercicio de los derechos, admite progresividad, pero debiendo éste utilizar hasta el máximo de los recursos de que dispone. Se trata de una exigencia que si bien se justifica en la razonabilidad (en los casos que corresponda) considerando las complejidades que se pueden presentar cuando los recursos son escasos, no queda en todo caso liberado el Estado, sino que más bien, se le somete a una exigencia de máximos esfuerzos posibles, atendiendo a los recursos con que cuenta.

4. El efectivo ejercicio de los derechos humanos laborales y la función del Estado

El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que las instituciones y los individuos deben promover, respetar y asegurar mediante medidas progresivas los derechos que se reconocen, lo que implica desarrollar las acciones que encaminen a su seguro y efectivo ejercicio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la base de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece la regla general y consuetudinaria de interpretación de los tratados internacionales, utiliza la interpretación literal, sistemática,

teleológica y los métodos complementarios de interpretación, concluyendo que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, cuyos alcances deben entenderse en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que corresponderá en cada caso concreto determinar si de dicha Carta se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección⁹.

Agrega el Tribunal que la realización progresiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales requieren de la continua realización de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos, en que si bien se reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables. Concluye que en esta lógica, la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal¹⁰.

De este modo, la progresividad en los casos que corresponda, es indicativa de un sentido de avance hacia su completitud, vale decir, hacia la plena aplicación, en el objetivo de promover el progreso social y elevar el nivel de vida, dentro de un concepto más amplio de libertad, como se expresa en los instrumentos de derechos humanos que se analizan. Es el caso de derechos que implican prestaciones y que razonablemente exigen progresividad atendidas las condiciones existentes, especialmente en materia de recursos disponibles para ello. La progresividad constituye el elemento de razonabilidad que los instrumentos de derechos humanos ofrecen atendido el dato de realidad, pero que no liberan al Estado de sus deberes y por tanto de su responsabilidad internacional¹¹.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Considerando 145. Explica el cambio de doctrina.

¹⁰ Ibidem. Considerando 146.

¹¹ Un estudio de la Organización Internacional del Trabajo de 2002 sobre los estándares de la seguridad social, refiere también a la flexibilidad de los convenios aprobados en la materia por la Conferencia Internacional del Trabajo, en estos casos, facultando a los Estados para asumir prioritariamente las obligaciones en algunas de sus ramas. Vid. HUMBLET, Martine y SILVA, Rosinda. *Standards for the XXIst Century Social Security*. International Labor Office, Geneva, 2002. Página 7.

Pastore afirma que la razonabilidad se convierte en el criterio de valoración de la compatibilidad y practicabilidad de los derechos, a los que es consustancial la idea del límite, desde el momento en que, en el marco de la convivencia, todo derecho debe armonizarse con los derechos de otros y con las exigencias generales reconocidas¹²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte en sus fallos que la progresividad no debe conducir a una errada interpretación de las obligaciones del Estado, en tanto no puede excusarse en el cumplimiento de sus deberes – y menos cuando se trata de obligaciones directamente exigibles – pues, quedan obligados al cumplimiento de lo pactado y de buena fe, en tanto ello incide en su responsabilidad internacional, aunque los hechos sobre los que recae el ejercicio, de los derechos no tengan su participación directa, aunque ello tiene límites, en tanto dependerá de las circunstancias particulares del caso y la concreción de las obligaciones de garantía, esto es, que prevengan en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos que esos derechos protegen¹³.

Debe recordarse, además, que el artículo 28 de la citada Declaración dispone -en lo que toca a la eficacia del derecho que se consagra- que toda persona tiene derecho a un orden social e internacional en el que los derechos y libertades que se proclaman en ella, se hagan plenamente efectivos.

Se trata entonces de que el marco en el que se pueden ejercer los derechos humanos, especialmente aquellos de orden económico social, encuentren las condiciones que permitan a su titular, gozar de su pleno ejercicio, logrando el efecto de protección que su contenido esencial le otorga, es decir, que el derecho reconocido ha cumplido con la función esperada.

Tratándose de los derechos humanos laborales, es posible advertir un lenguaje de identidad y paz social como expresión de igualdad, que invita a la solidaridad como una exigencia del bien común. Se trata de un *más allá del yo*, para asumir a la persona y sus necesidades en el marco de la comunidad humana, en la que el reconocimiento de los derechos no debe quedar en eso, sino que se requiere que los mismos tengan efectiva vigencia. Es donde se produce una de las mayores dificultades: el cumplimiento del Estado en la promoción de las condiciones que permitan el efectivo ejercicio de los derechos. Es evidente que en muchos casos, por razones de carácter económicas, pero, en otras, derivadas de las complejidades del poder político.

¹² PASTORE, Baldassare. Op. Cit. Página 90.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los Buzos Miskitos vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Considerando 44.

En efecto, si bien las dificultades pueden provenir principalmente de la disponibilidad de recursos, especialmente de las posibilidades económicas para asumir los costos de los derechos prestacionales o beneficios, se trata también, de un problema político. Clapham ha sostenido que los derechos humanos son políticos, pues, articulan la relación entre los individuos y los grupos dentro de una comunidad, y su relación con los demás, particularmente con aquellos con poder y autoridad¹⁴, de modo que el efectivo ejercicio de los derechos humanos laborales es también, una cuestión vinculada al poder y a las decisiones políticas. Se trata de las opciones de política, esto es, de las medidas apropiadas para proteger al individuo de contingencias futuras que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales a las personas, como ocurre con los derechos de seguridad social.

También el incumplimiento se puede producir cuando las medidas adoptadas causan impresión, pero carecen de aplicación. Es un problema recurrente en algunas experiencias. Como señala Barak, hay un amplio trecho entre la retórica y la práctica, en que el reconocimiento normativo es necesario, pero no es suficiente¹⁵. En efecto, no basta. Se hace necesario que las medidas apropiadas - inclusive de carácter legislativas, cuando se trata del catálogo de derechos humanos laborales - correspondan a la realidad sobre la que se legisla, con la coherencia normativa que es posible exigir a aquellas disposiciones ordenadas a crear las condiciones para su efectiva vigencia. Es el punto de encuentro entre el contenido esencial de los derechos humanos laborales con la necesaria razonabilidad de las medidas que se adoptan para su ejercicio efectivo.

Nos abocaremos a lo que estimamos como una de las mayores dificultades en la experiencia presente, limitantes muy relevantes para el ejercicio efectivo de los derechos humanos laborales, cual es la existencia de las dos economías, con la presencia de la economía informal, especialmente por sus efectos en el empleo.

5. La economía informal como obstáculo de partida para el ejercicio efectivo de los derechos humanos laborales

La situación de la mayoría de los países de la América Latina es demostrativa: parte importante de aquello que denominan mercado de trabajo, está dominado por la informalidad. Se estima que más de la mitad del empleo se encuentra bajo la informalidad¹⁶, en algunos casos el

¹⁴ CLAPHAM, Andrew. *Derechos Humanos. Una breve introducción*, Ediciones Universidad Católica de Chile – Oxford University Press. Santiago, 2020. Página 168.

¹⁵ BARAK, Aaron. *Human dignity*. Cambridge University Press. United Kingdom, 2015. Página 36.

¹⁶ CEPAL. *Estudio económico de América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas, 2024. Pág. 179.

porcentaje de ocupados en esa condición aumenta sustantivamente. Todo ello, en un marco normativo e incluso constitucional que pareciera dar cuenta de una sociedad que estaría funcionando. Se trata de la retórica que contribuye a la deslegitimación de las instituciones jurídicas y del estado (constitucional) de derecho, pues el derecho y la realidad caminan por sendas diferentes.

La contratación no registrada provoca una serie de consecuencias para quienes prestan sus servicios personales desprovistos de toda protección normativa, que afecta también al funcionamiento de la economía - incluso en una perspectiva de libre competencia - a la vez que priva al Estado de los recursos que contribuirían al desarrollo de sus funciones, especialmente cuando con éstos se promueve la mejora en las condiciones de vida de la población a través de las políticas sociales.

Se considera informal a quien no cuenta con un contrato y en el caso de un empleador o trabajador por cuenta propia cuando el establecimiento en que trabaja no está registrado ante la autoridad fiscal¹⁷.

La Recomendación núm. 204 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la transición de la economía informal a la economía formal (2015), la refiere a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que - en la legislación o en la práctica – están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto y sitúa su ámbito subjetivo en los trabajadores asalariados con empleos informales que trabajan en empresas formales o en unidades económicas de la economía informal, o bien para ellas, incluyendo entre otros, a los que están en situación de subcontratación o que trabajan en cadenas de suministro, o en hogares como trabajadores domésticos remunerados” y “a los trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas. Advierte la Recomendación, que la informalidad es posible encontrarla en espacios privados como públicos.

Otro aspecto que apunta sobre este problema había sido recogido ya en la Recomendación núm. 198 sobre la relación de trabajo (2006), cuando tiene en consideración las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación.

¹⁷ Ídem.

6. Crear las condiciones para el ejercicio de los derechos humanos laborales implica definiciones de política centradas en la dignidad de la persona

Se ha sostenido desde la economía, que la formalización de los trabajadores debe hacerse en el marco de una estrategia de desarrollo productivo que implica aplicar políticas que contribuyan a reducir las brechas que existen entre la demanda y la oferta de habilidades en la región y la integración de políticas laborales y productivas que faciliten la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, así como la reinserción de los trabajadores mayores en el mercado laboral formal¹⁸.

Estos lineamientos reducen el problema al marco que el funcionamiento de la economía podría proporcionar, pero no refieren al objetivo central desde los derechos humanos, cual es promover el ejercicio de los derechos económicos y sociales reconociendo la centralidad de la persona.

Se trata del criterio de valor que responde a una definición centrada en un contenido de solidaridad que se ajusta a la dignidad social. Debe ser el valor que preside toda norma y política pública en función de los derechos humanos, en tanto, como sostiene PASTORE, la dignidad nos habla de la posición del ser humano frente a sus semejantes y compendio del mundo de los derechos, que, sin embargo, presenta siempre una excedencia respecto a los derechos reconocidos, operando como concepto crítico, dirigido a valorar (y contestar) las elecciones jurídicas y políticas el nombre del valor de la persona¹⁹.

Ello implica también la sanción de las conductas que contribuyen a privar del ejercicio de los derechos económicos y sociales a sus titulares, como lo establece la Recomendación 198 en términos de que uno de los elementos fundamentales de la política nacional a que invita importa luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplos otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a que tienen derecho.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ PASTORE, Baldassare. Op. Cit, Página 87.

De este modo, se hace necesario no solo implementar un sistema de derechos claramente marcado hacia la protección del trabajo, sino también, prolongar la tutela a través de la protección social: el tránsito de la economía formal a la informal parece ser más fácil que el de la economía informal a la economía formal. El paso de una a otra en el primer caso puede depender de circunstancias muy menores. Con mayor razón cuando se trata de una institucionalidad débil en la protección de los derechos. En esto, no sólo influyen las políticas y normas –que expresan también relaciones de poder- sino también, la práctica de concepciones ideológicas que privilegian objetivos que se desligan de las condiciones objetivas de vida y de trabajo de la persona.

La Organización Internacional del Trabajo ha afirmado la necesidad protección social a través de la Recomendación 202 sobre los pisos de protección social (2012), reafirmando que el derecho a la seguridad social es un derecho humano, y que es también una necesidad económica y social para el desarrollo y el progreso y una herramienta importante para prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad social, para promover la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad racial y para apoyar la transición del empleo informal al empleo formal.

Junto con definir la citada Recomendación los pisos de protección social como el conjunto de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguren una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social, consagra además, una serie de principios y de garantías básicas que comprenden además, estrategias que deberían extender a seguridad social aun a las personas que forman parte de la economía informal, apoyar el crecimiento del empleo formal y la reducción de la informalidad.

Estos principios constituyen un reto para el Estado, desde que llama a la protección social respecto de aquellos que están relegados a la informalidad, por lo que se trata de una función dinámica que puede constituirse en una herramienta hacia la transición a la economía formal. Invita la Recomendación 204 a extender progresivamente en la legislación y en la práctica, a todos los trabajadores de la economía informal, la seguridad social, la protección a la maternidad, las condiciones de un trabajo decente y un salario mínimo que tome en cuenta sus necesidades. Son estas las acciones que llevan a una transición efectiva.

Sostiene la Recomendación 204 que la mayoría de las personas que se incorporan a la economía informal no lo hacen por elección, sino como consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento.

Cuando se trata de estrategias de desarrollo sostenible, erradicación de la pobreza y crecimiento inclusivo, así como la generación de empleo decente, es que se requiere de un marco

normativo coherente, que a su vez fomente un entorno empresarial y de inversión propicio y la promoción del emprendimiento, de las microempresas, las pequeñas empresas y las medianas empresas y de otras formas de modelos empresariales y unidades económicas, como las cooperativas y otras unidades de la economía social y solidaria, entre otras, tal como lo proponen estas recomendaciones.

En el caso de la realidad de la región, es relevante las políticas de apoyo de las empresas de menor tamaño, en términos de que con ello se favorezca su sostenibilidad, y con ello, se corrijan las desigualdades. Es del caso recordar en esta parte la Recomendación 189 sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas (1998), que dispone entre las medidas a adoptar, crear las condiciones que permitan eliminar los obstáculos a su desarrollo y crecimiento, especialmente, en cuanto al acceso al crédito y a los mercados de capital, los bajos niveles de productividad y de calidad, el acceso insuficiente a los mercados y las dificultades de acceso a nuevas tecnologías, entre otras.

Es relevante en esta parte, tal como lo propone la Recomendación 204, la reforma de las normas de creación de empresas, la introducción de sistemas tributarios simplificados, el acceso efectivo a la contratación pública y, agregamos, estatutos laborales diferenciados de las grandes empresas, que den cuenta de la insuficiencia de recursos de las empresas de menor tamaño, en términos de las exigencias legales que se le imponen²⁰, lo que no obsta a la universalidad propia de los derechos humanos laborales.

La norma y las políticas públicas constituyen un eje básico para el ejercicio efectivo de los derechos humanos laborales, exigencia que se impone en el marco de la realidad, pues, de lo contrario, parte importante de los ocupados y desde ya, los que carecen de toda ocupación serán tan solo testigos de un sistema de derechos que carece de universalidad práctica.

De lo anterior es que, para la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, es clave que el Estado cumpla con su obligación de proporcionar las condiciones adecuadas para ello, especialmente cuando se trata del derecho al trabajo, que según SCHABAS, considerando el conjunto de instrumentos universales y regionales de derechos humanos, se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario²¹.

²⁰ Cuesta entender en algunos casos, de qué forma las empresas de menor tamaño podrán cumplir con exigencias legales que para su verificación, se requiere de contar con recursos de los que carecen y sin que el Estado ofrezca en contrapartida estímulos o medios para su desarrollo.

²¹ SCHABAS, William A. *The Customary law of human rights*. Oxford Press University, United Kingdom, 2021,

Debe recordarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en relación al derecho al trabajo, que es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y que los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta de la OEA establecen una serie de normas que permiten identificar el derecho al trabajo, por lo que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad para derivar su existencia y reconocimiento en ella. También, en cuanto al contenido y alcance de este derecho, recuerda que el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 6 del Protocolo de San Salvador consagran normas expresas en la materia como también lo hacen los instrumentos universales de derechos humanos. Extiende su doctrina a la estabilidad laboral, como componente del derecho al trabajo, en cuanto precisa que no consiste en un derecho a la permanencia irrestricta en el puesto de trabajo sino que se garantiza, entre otros, otorgando las debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido o separación de su cargo, este se haga bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite razones suficientes y otorgue las debidas garantías, además, que el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes deberán verificar que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho²².

7. Conclusiones

Cuando se trata de los derechos humanos laborales, en tanto expresión de los derechos económicos, sociales y culturales, aparece claramente establecida la obligación de los Estados de procurar las condiciones que hagan posible el efectivo ejercicio de los derechos que universalmente se reconocen y garantizan, sea que se trate de aquellos directamente exigibles o aún aquellos que admiten progresividad, lo que en su caso, implica que debe realizar todas aquellas acciones destinadas a su completitud, conforme a los recursos con que cuenta, lo que incide en los derechos de prestación. En todo caso, debe el Estado cumplir con una debida diligencia, aun cuando no sea parte de los negocios jurídicos que incidan en el ejercicio de los derechos, como ocurre cuando se trata de relaciones entre privados.

En el marco de aplicación de los derechos, aparece como relevante la coherencia con la realidad, en términos de que se pueden producir o provocar situaciones que dejen *en letra muerta* los derechos que se reconocen y que se ha debido garantizar, como es el caso de la existencia de dos economías, una que eventualmente se ajusta a las reglas y otra que se coloca extramuros de la

²² Por todos, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 22 de octubre de 2022. Caso Benites Cabrera vs. Perú. Párrafos 111 a 114.

institucionalidad, como también, todas aquellas figuras que la legislación internacional del trabajo describe y repugna, atendida la intencionalidad y los efectos que se imponen, especialmente, a las personas de mayor vulnerabilidad.

En el caso de la América Latina, uno de los factores que mayormente contribuyen a la privación de derechos y que llevan a la exclusión es precisamente la existencia de una economía informal, que abarca una alta proporción del empleo, y que se expande amparada en muchos casos por la desidia o la retórica, constituyéndose el catálogo de derechos, aun los constitucionales y legales del trabajo en una fantasía. Son los temas que el poder habla en voz baja, mientras todo parece funcionar, menos para quienes se encuentran en esas condiciones de privación de sus derechos humanos laborales.

La Organización Internacional del Trabajo a través de sus recomendaciones, ha sido persistente en promover aquellas acciones que proporcionen condiciones adecuadas para el ejercicio de los derechos, siendo el primero de ellos, el derecho al trabajo así como la debida protección social, incluso debiéndose considerar en esos casos a los propios trabajadores sometidos a la economía informal. Lo primero es lo primero.

UNA APROXIMACIÓN AL METAVERSO, A LAS “METAORGANIZACIONES” Y A LOS “METATRABAJADORES”

Por Liliana Hebe Litterio

AN APPROACH TO THE METAVERSE, “META-ORGANISATIONS” AND “METAWORKERS”¹

By Liliana Hebe Litterio

Resumen

El presente estudio, publicado en el mes de febrero de 2023*, se introduce en un tema complejo, novedoso e indefinido. Por eso, incorpora datos extraídos de la realidad de aquel momento relacionados con el “trabajo en el metaverso”, que de alguna manera permiten hurgar en lo que podría llegar a ser un futuro, para nada próximo, pero sí, altamente incierto. En verdad, este trabajo representa un *desafío* y, aunque importa un riesgo, intenta ser un ejercicio de “imaginación jurídica laboral” con proyecciones prácticas, que alcanzan a los que denominamos “metatrabajadores”, “metaorganizaciones”, y a sus avatares.

Abstract

This study, published in February 2023*, introduces a complex, novel and undefined subject. Therefore, it incorporates data extracted from the reality of that moment related to “work in the metaverse”, which in some way allow us to delve into what could become a future, not at all near, but highly uncertain. In truth, this work represents a challenge and, although it

¹ Publicado en **LA LEY 24/02/2023**, p. 1 - **LA LEY2023-A, 444**, Cita: **TR LALEY AR/DOC/365/2023**

involves a risk, it tries to be an exercise of “labor legal imagination” with practical projections, which reach those we call “meta-workers”, “meta-organizations”, and their avatars.

Palabras clave: Metaverso. Desafíos. Trabajo en el metaverso: ámbito espacial y personal. Relación laboral: tipos. Metaorganizations. Metatrabajadores. Avatares. Tareas futuras. Protección de datos y derechos.

Key words: Metaverse. Challenges. Work in the metaverse: spatial and personal scope. Work relationship: types. Meta-organizations. Meta-workers. Avatars. Future tasks. Data protection and rights.

UNA APROXIMACIÓN AL METAVERSO, A LAS “METAORGANIZACIONES” Y A LOS “METATRABAJADORES”

Por Liliana Hebe Litterio

I.- Introducción al “metaverso”

Para entendernos de entrada y no dar por sabido lo que en ocasiones ignoramos, nos parece importante intentar precisar de qué se habla cuando se habla de *metaverso*. Esto, aun cuando sabemos que no es nada sencillo porque estamos ante un neologismo.

En el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo “metaverso” no existe.

La descripción general de la palabra *metaverse* que aporta el *Dictionary of the Internet -Oxford Reference-* indica que se trata de un término del argot o de la jerga utilizado para describir una representación virtual de la realidad implementada por medio de un software de realidad virtual².

Se entiende que, aunque el vocablo haya llegado del inglés (*metaverse*), la adaptación *metaverso* es también una creación válida en español, con el elemento *meta*, que tiene entre otros sentidos el de ‘después de’, y la terminación *verso*, de ‘universo’³.

Es conocido que la expresión metaverso nació en 1992 de la mano de Neal Stephenson, autor de la novela de ciencia ficción *Snow Cras*, perteneciente al subgénero literario denominado “ciberpunk”⁴.

En su mencionada novela *Snow Crash*, el autor describió una especie de espacio virtual colectivo compatible y convergente con la realidad. Para acceder a ese universo eran necesarias unas gafas, disponibles en terminales privadas o públicas en el mundo real, que permitían

² Oxford Reference, disponible en: <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100153307>, fecha de consulta: 3/10/2022.

³ FundéuRAE, disponible en: <https://www.fundeu.es/recomendacion/metaverso-neologismovalido/#:~:text=La%20voz%20metaverso%2C%20que%20se.y%20su%20uso%20es%20adecuado>, fecha de consulta: 7/11/2022.

⁴ MOLINA, Marina, Blog, *Las marcas y su protección en el metaverso*, 5/7/2022, disponible en: <https://baylos.com/blog/las-marcas-y-su-proteccion-en-el-metaverso>, fecha de consulta: 12/10/2022.

aparecer como un avatar en el universo virtual y otorgaban la capacidad de moverse en ese entorno⁵.

Desde ese primer contacto con el metaverso, hubo varias aplicaciones del concepto. Así, por ejemplo, en 1999 la película *Matrix* presentaba un futuro distópico en el cual la humanidad quedaba atrapada en una realidad simulada.

A título meramente ejemplificativo también puede mencionarse que en 2018 el visionario director Steven Spielberg popularizó el concepto con su película *Ready Player One*, adaptación de un libro de Ernest Cline publicado en 2011 y, entre otros, el videojuego *Fortnite* en 2017 comenzó a explotar en cierto modo esa interacción entre personas y tecnologías a través de la organización de eventos que congregaban a una misma hora a millones de usuarios en todo el mundo. De hecho, el éxito fue rotundo y ganó una mayor dimensión cuando algunos artistas musicales de renombre -Marshmello, Travis Scott o Ariana Grande- colaboraron con el videojuego para actuar en directo en plena pandemia de la COVID-19⁶.

En la actualidad, el metaverso supone un futuro de experiencias virtuales interconectadas a través de tecnologías de realidad virtual. Se trata de un nuevo mundo digital que será totalmente *immersivo* y que permitirá a los usuarios interactuar, a través de su avatar, tal como lo hacen en el mundo real. Pero, para eso será necesario contar con dispositivos de VR⁷, es decir, dispositivos tecnológicos de realidad virtual. Aclaramos que, de acuerdo con el Diccionario de Neologismos del español actual, el término “immersivo” significa que simula un ambiente tridimensional en el cual el usuario percibe a través de estímulos sensoriales.

Los dispositivos de que hablamos garantizan una experiencia sensorial para controlar un avatar o personaje y relacionarse con los demás usuarios que se encuentren dentro de ese universo virtual (las gafas de realidad virtual más conocidas son las *Oculus* de la compañía *Facebook*⁸, que pasó a ser “*Meta Platforms, Inc.*”, como más adelante veremos).

Ahora bien ¿qué tiene que ver ese mundo intangible con el mundo del trabajo humano?

⁵ IBERDROLA, *Metaverso, el lugar donde la realidad física y la virtual se dan la mano*, disponible en: <https://www.iberdrola.com/innovacion/metaverso>
<https://www.iberdrola.com/innovacion/metaverso#:~:text=ORIGEN%20Y%20EVOLUCI%C3%93N%20DEL%20METAVERSO,y%20convergente%20con%20la%20realidad>, fecha de consulta: 29/10/2022.

⁶ *Ibidem*.

⁷ ARIMETRICS, *Qué es Metaverso*, <https://www.arimetrics.com/glosario-digital/metaverso#:~:text=En%20la%20actualidad%2C%20el%20metaverso,hacen%20en%20el%20mundo%20real>, fecha de consulta: 13/11/2022.

⁸ HERNÁNDEZ, Joaquín, *RD Station Marketing, Blog, ¿Qué es Meta Facebook? 5 claves para entender el cambio y el futuro del metaverso*, 22/9/2022, disponible en: <https://www.rdstation.com/blog/es/que-es-meta-facebook/>, fecha de consulta: 25/9/2022.

Desde ya adelantamos que en estos momentos son muchísimas más las preguntas que las respuestas.

No obstante, intentaremos brindar algunas de estas últimas a sabiendas de que recién estamos en los albores de la nueva experiencia que el metaverso promete traer de su mano.

Hablaremos de “metaorganizaciones” para referirnos a las compañías (multinacionales en su gran mayoría) que, a través de sus representantes contraten a los “metatrabajadores” para que por medio de avatares trabajen más allá del universo real.

II. Las futuras “metaorganizaciones”

II.1. Aterrizaje en el metaverso

En torno al tema abordado en el presente acápite vale la pena acercar algunas de las apreciaciones de Varela Ferrio, responsable de Digitalización de la Unión General de Trabajadores de España y miembro del Consejo Consultivo para la Transformación Digital, formuladas luego de reconocer que “metaverso” es la palabra de moda; sin duda, la más mediática y comentada del momento.

El nombrado hace notar que empresas de todo tipo y pelaje anuncian su aterrizaje en esa distopía -supuestamente- hecha realidad. Del mundo de la moda al inmobiliario, pasando por el *retail* (comercio minorista) o el automovilístico, todos anuncian su intención de buscar su sitio virtual en esa realidad paralela.

Desde esa perspectiva, en su opinión, para la crítica del metaverso queda lo siguiente: el contexto de su presentación (señala que se trata de empresas sometidas a una fortísima presión bursátil, regulatoria y ética, entre acusaciones de monopolio, sangría de usuarios y displicencia ante los discursos de odio); su falta de originalidad (indica que su sosias informático *Second Life*, data de hace dos décadas; aclaramos que también hay otros); las sospechas de burbuja especulativa (destaca que se cifran en cientos de millones las operaciones inmobiliarias gestionadas), y su demostrable insustancialidad (observa que todo el mundo habla de ello, pero la audiencia mundial del metaverso, hoy por hoy, es menor a la población de la ciudad de Albacete)⁹.

Por nuestra parte coincidimos con estas observaciones. Más aún, todavía no logramos advertir los beneficios que acarreará a la productividad el trabajo en el metaverso.

Sin embargo, muchas son las empresas que se interesan por el metaverso. Ante todo, puede mencionarse a Meta, considerada por algunos el “alma mater” del metaverso. Pero también hay otras, por ejemplo, Roblox, Disney, Apple, Google¹⁰.

No hay duda alguna de que el metaverso está de última moda y que a las multinacionales vinculadas al mundo digital les tienta la idea de adaptarse a sus futuras exigencias de límites borrosos.

⁹ VARELA FERRIO, José, *Metaverso y el futuro del trabajo*, 1/4/2022, disponible en: <https://fundacionelectra.org.uy/2022/04/13/sobre-metaverso-y-sindicatos-derecho-del-trabajo-futuro-del-trabajo-articulos-en-la-prensa-marzo-abril-2022>, fecha de consulta: 10/11/2022.

¹⁰ LEONETT FIGUERA, Yennys, *¿Cuáles son las 5 principales empresas que apuestan por el Metaverso?*, 12/2/2022, disponible en: <https://metaverso247.com/inversiones/2022/02/12/cuales-son-las-5-principales-empresas-que-apuestan-por-el-metaverso/>, fecha de consulta: 3/10/2022.

II.2.- De Facebook a Meta

El cambio de nombre de Facebook a Meta Platforms, Inc. (recordamos al paso que el metaverso de la empresa se llama *Horizon*), pretende ser el principal escenario de actividades humanas, involucrando acciones cotidianas como ir al trabajo, estudiar, realizar compras, etc. Cabe resaltar, asimismo, que según se informa ese cambio de estructura sólo sería para su matriz Facebook Inc. Sus aplicaciones no desaparecerán (Facebook, Instagram, Whatsapp, Messenger) y continuarán operando con normalidad. Meta, como empresa, seguirá en su fase de exploración. Hasta el momento ha realizado desarrollos que aún están lejos del propósito buscado, pero han proporcionado un gran avance tecnológico¹¹.

Para Rubín, si bien algunos asocian ese cambio de nombre a una “lavada” de imagen a raíz de una grave crisis de reputación por presuntas prácticas monopolísticas, déficit de control, moderación de las publicaciones, en verdad se quiere aludir al metaverso en el entendimiento de que será la evolución próxima en las relaciones sociales. La concreción cabal de esta idea está en proceso y desarrollo, es decir, son los planes a futuro del gigante tecnológico¹².

Ahora bien, el periodista Miguel Jiménez, corresponsal jefe del diario EL PAÍS en Estados Unidos, nos recuerda que en 2021 cuando se hizo saber el cambio de nombre de Facebook -que empezó a llamarse Meta- se anunciaron inversiones por once millones de dólares en 2022. Considera que, de momento, es una inversión a fondo perdido: se han vendido unos quince millones de gafas *Quest 2*, y *Beat Saber*, el videojuego más exitoso de la plataforma, ha cosechado cien millones de dólares. Son cifras poco significativas todavía frente a las decenas de miles de millones dedicados al proyecto y que se han traducido en críticas a la empresa por dedicar tantos recursos al metaverso mientras los ingresos daban desde ya hacía meses síntomas de debilidad.

Las cosas llegaron a tal punto que en noviembre de 2022 desde la compañía se anunció que suprimiría once mil empleos, es decir, el 13% de su plantilla, en la primera gran ronda de despidos masivos en los dieciocho años de su historia.

En verdad, desde principios del año 2022, más de cincuenta mil trabajadores de empresas tecnológicas han sido despedidos¹³. Merece mencionarse, asimismo, que en la Argentina reconocidas compañías del ecosistema tecnológico recortaron su personal, sobre todo en los últimos meses de 2022, en muchos casos por aludidos cambios organizacionales¹⁴.

A pesar de todo, Mark Zuckerberg, el fundador de Meta, aunque el debut no fue bueno habría renovado su apuesta por el metaverso. Claro que a lo que apuesta es al futuro, incierto.

¹¹ HERNÁNDEZ, Jhoán, ob. cit.

¹² RUBÍN, Santiago G., *El metaverso y su regulación legal*, Ed. ERREIUS, 23/6/2022, disponible en: <https://www.erreius.com/opinion/15/procesal/Nota/760/el-metaverso-y-su-regulacion-legal>, fecha de consulta: 15/10/2022.

¹³ JIMÉNEZ, Miguel, *Meta despide a 11.000 empleados, el 13% de su plantilla, en el primer gran recorte de sus 18 años de historia*, EL PAÍS, 9/11/2022, disponible en: <https://elpais.com/economia/2022-11-09/meta-despide-a-11000-empleados-el-13-de-su-plantilla-en-el-primer-gran-recorte-en-sus-18-anos-de-historia.html>, fecha de consulta: 12/11/2022.

¹⁴ KRIZANOVIC, Paula, *Más tecnológicas confirman despidos en Argentina: qué empresas los anuncian*, 1/12/2022, IProfesional, disponible en: <https://www.iprofesional.com/management/373733-mas-tecnologicas-confirman-despidos-en-argentina>, fecha de consulta: 3/12/2022.

II.3.- El presunto estado actual del metaverso en la vida empresarial

En mayo de 2022 el periodista especializado en tecnología Yúbal Fernández afirmaba que actualmente el metaverso es sólo un concepto que está empezando a construirse. Meta ha presentado la idea y anunciado fuertes inversiones para convertirla en real. Pero todavía falta ver si otras empresas se unen en el esfuerzo para crear las tecnologías que lo hagan posible.

Advertía que no se dispone aún de las tecnologías que pueden hacer real ese concepto. Dice que no están los dispositivos de realidad virtual que hagan mover a las personas como si estuvieran dentro de ese universo de forma realista. También falta toda la infraestructura en términos de diseño. Es un universo que se quiere crear, pero todavía no tiene regiones, calles ni nada, únicamente algunas habitaciones virtuales que están usándose para las primeras pruebas.

Fernández aseveró que durante los próximos años se irá viendo cómo van lanzándose nuevos dispositivos que busquen conectarnos con esta nueva realidad virtual. La idea es que en el futuro sean muy completos y de precios asequibles, pero hasta que eso sea real, posiblemente no permitan grandes interacciones y sean bastante caros.

Para el mencionado periodista aún estamos muy lejos de poder conectarnos todos a un metaverso en el cual interactuar. Falta desarrollar ese universo virtual y también la tecnología que haga posible que nos conectemos a él. Asimismo, hace falta que esa tecnología sea accesible para todos.

Sin embargo, al mismo tiempo vaticina que durante los próximos años posiblemente se escuche hablar a menudo sobre este metaverso, ya que es de esperar que varias empresas empiecen a desarrollar todo lo necesario para conectarnos a él. Reconoce, asimismo, que es un concepto interesante y lleno de posibilidades de negocio para las empresas, por lo que poco a poco se irá viendo cómo se le da forma¹⁵.

En junio de 2022 el abogado Martínez Torres aportaba que esta tecnología, a la cual apuestan todas sus fichas las *big tech*, se presenta como un nuevo ecosistema virtual y tridimensional, que ya está siendo desarrollado activamente por empresas como Meta y Microsoft¹⁶.

En agosto de 2022 Patricia Esteban, dedicada al periodismo jurídico, planteaba que el universo virtual que ofrece el metaverso puede ser un nicho de oportunidades. Y, además, que por eso muchas empresas se han lanzado a conquistarlo. Expresó que ya existen bancos, casinos o grandes escenarios para eventos en el mundo inmersivo. Esta ola está generando un abanico de nuevos empleos. Desde desarrolladores expertos en realidad virtual hasta agentes que faciliten el acceso y la movilidad a través de los diferentes metaversos. Además, a la oficina tradicional le ha salido una gemela inmaterial donde algunas empresas ya realizan reuniones.

Esteban anticipó que hacia el año 2030 más de veintitrés millones de puestos de trabajo mejorarán con la realidad virtual, según un informe de PwC (firma de consultoría de las *Big*

¹⁵ FERNÁNDEZ, Yúbal, *Qué es el Metaverso, qué posibilidades ofrece y cuándo será real*, 16/5/2022, disponible en: <https://www.xataka.com/basics/que-metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real>, fecha de consulta: 10/11/2022.

¹⁶ MARTÍNEZ TORRES, Lucas, *El metaverso y sus implicancias legales*, 13/6/2022, disponible en: <https://www.iprofesional.com/legales/364114-el-metaverso-y-sus-implicancias-legales>, fecha de consulta: 13/11/2022.

Four). Es una tendencia que reta a los juristas a tratar de ajustar las normas del derecho laboral al metaverso, por lo demás, virgen de regulación (reconoce problemas a los que se enfrentarán los empleadores que quieran contratar personal para trabajar en la *web 3.0*)¹⁷.

Puede advertirse claramente que las informaciones no son uniformes. Sin embargo, la cuestión relativa al metaverso se está empezando a mover. Parecería que la medida en que se mueve todavía no se sabe con certeza. Pero indudablemente ya está puesta sobre el tapete.

A nosotros nos parece que en el momento actual cabe preguntarse qué ventajas representará o qué utilidad práctica tendrá para las empresas recurrir al metaverso.

Por momentos nos interrogamos cuál sería, por ejemplo, el beneficio de las reuniones en el metaverso con relación a las actuales reuniones virtuales (de práctica permanente). Los programas Zoom o similares aportan la ventaja de que los asistentes pueden permanecer cómodamente en sus casas. En el caso del metaverso para participar de la reunión virtual se necesitaría no solo un avatar, sino un equipamiento caro que implicaría mayores costos para las empresas porque se trata de tecnología de punta. Además, implica mayores riesgos para quienes participan de la reunión, pues si bien también ellos permanecerán en sus casas lo harían provistos de cascos especiales que hasta podrían provocar que si, por ejemplo, su vivienda se está incendiando ni se enteren. No descartamos, sin embargo, que todo esto pueda resultar mucho menos sofisticado y más simple al tiempo de implementarse.

Otro comportamiento previsible en este tipo de trabajo sería el excesivo control por parte de las empresas sobre los metatrabajadores.

Es que, aunque al metaverso se lo propone como algo revolucionario -que puede llegar a serlo-, en la actualidad todavía es muy prematuro; probablemente dentro de algunos años tome una forma que hoy todavía no tiene.

III. Los futuros “metatrabajadores”

III. 1.- Algunas consecuencias del trabajo en el mundo del metaverso

III.1.1.- Ámbito territorial

Seguramente habrá muchos desafíos que enfrentar en el trabajo en ese mundo etéreo que significa el metaverso y que actualmente se trata de un proyecto a desarrollar, que nos autoriza a plantearnos las eventuales connotaciones laborales. A continuación, solamente esbozaremos algunos de esos desafíos.

El anteriormente mencionado Varela Ferrio señala que en los casos que nos ocupan la innovación conlleva unas implicaciones laborales nada despreciables. Y agrega que, en el *keynote* de presentación, el concepto trabajar en el metaverso se da por hecho en varias ocasiones, sin que nadie le aplique un espíritu crítico.

Advierte que la primera implicación que conllevaría trabajar en el metaverso es la referente al *ámbito geográfico*. Un mundo virtual como el que se propone no entiende de fronteras nacionales y, por lo tanto, pondría en un brete un concepto tan básico y fundamental como el de la norma laboral que sería de aplicación al metatrabajador. Si a lo largo de nuestra

¹⁷ ESTEBAN, Patricia, *Y a los trabajadores en el metaverso... ¿qué ley les aplicamos?*, 20/8/2022, disponible en: <https://elpais.com/economia/negocios/2022-08-20/y-a-los-trabajadores-en-el-metaverso-que-ley-les-aplicamos.html>, fecha de consulta: 18/11/2022.

historia hemos asistido a encarnizados conflictos sobre qué condiciones laborales asisten a los trabajadores transfronterizos, imagínense lo que pasaría si el trabajo se desarrollase en un lugar intangible¹⁸.

El profesor uruguayo Raso Delgue sostiene que el metaverso será el lugar de trabajo¹⁹.

Por su parte, Luciano Muriel, director de Derecho Laboral en PwC Tax & Legal, observa que el metaverso “choca frontalmente” con el principio de territorialidad²⁰.

Nos preguntamos: ¿Qué Derecho del Trabajo habrá que aplicar? ¿Podrá ser el de la nacionalidad de cada trabajador? ¿Por qué no el de la nacionalidad de la persona física o el del lugar de asiento de la persona jurídica empleadora? ¿Cómo y quién definirá la cuestión relativa a los límites de aplicación de un derecho determinado si no hay un territorio?

Muy probablemente deba crearse un nuevo Derecho del Trabajo destinado a ser aplicado en territorios inmateriales.

El mencionado jurista Raso Delgue agrega que el trabajo en el metaverso será un trabajo de plataforma. El autor entiende que el modelo de trabajo será el de plataformas²¹.

Por nuestra parte, por ahora no estamos en condiciones de proponer cuál será la regulación laboral aplicable a esas relaciones a encararse más allá del universo real en el que ahora nos movemos. No obstante, nos parece que por analogía y hasta tanto se elaboren las reglas propias podrían aplicarse las normas del teletrabajo. No se nos escapa, sin embargo, que tal vez haya actividades que deban realizarse en las instalaciones de las empresas y no desde los hogares de quienes metatrabajen.

Asimismo, pensamos en que las organizaciones tecnológicas en juego serán poderosas multinacionales situadas en ese mundo inmersivo. En esa sintonía nos preguntamos ¿qué tribunales intervendrán para solucionar los conflictos que se susciten?

Nada parece sencillo de resolver. De hecho, y sin perjuicio de que al metaverso suele vérselo como un lugar, se afirma que otra visión muy interesante es la descrita por Shann Puri, director de *Twitch*. Según él, el metaverso no es un lugar, sino un espacio en el tiempo²².

Desde el punto de vista del derecho esta perspectiva, aun cuando pueda resultar interesante, complicaría más las cosas todavía, por cuanto el metaverso seguiría siendo un lugar, pero instalado en el tiempo y no en el espacio.

III.1.2. Ámbito personal

Otro término del derecho que se vería alterado por el metaverso es el *ámbito personal*, según señala Varela Ferrio, quien admite que sería inaplicable tal como lo entendemos ahora si quien trabaja no somos nosotros, o al menos no sería nuestra imagen, sino un avatar. Advierte que habrá quien opine que es una oportunidad para desterrar las discriminaciones estereotípicas por género, condición física o vestimenta, pero se obvia que la solución no puede

¹⁸ VARELA FERRIO, José, ob. cit.

¹⁹ RASO DELGUE, Juan, *Metaverso y Derecho del Trabajo*, exposición en la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 8/11/2022, disponible en: <https://youtu.be/m642PIB4rcs>, fecha de consulta: 22/11/2022.

²⁰ Conf. ESTEBAN, Patricia, ob. cit.

²¹ RASO DELGUE, Juan, ob. cit.

²² HERNÁNDEZ, Jhoán, ob. cit.

pasar por sumergirnos en una ficción embustera, en donde ni estamos seguros de con quién interactuamos²³.

Téngase en cuenta que, según se afirma, una de las principales ideas del metaverso es que exista una total libertad de creación, tanto para hacer el avatar parecido a la persona física como para darle un aspecto diferente. No obstante, se podrá hacer que los dispositivos puedan interpretar las expresiones faciales para que el avatar en el metaverso pueda recrear al ser humano, y que el resto de las personas con las que se encuentre interactuando puedan entender cómo se siente aquel. Serán necesarias, entonces, gafas que posiblemente sean parecidas a las actuales para sumergirse en ese mundo, pero también sensores que registren los movimientos físicos para que el avatar, dentro de ese metaverso, haga exactamente lo mismo²⁴.

Parecería que hay grandes posibilidades de que cada uno siga actuando tal cual es (es decir, según su propio sexo, inclinación sexual, aspecto físico, nacionalidad, ideología, etc.), aunque lo haga a través de su avatar. Por lo tanto, las discriminaciones estereotípicas no quedarían automáticamente desterradas en todos los casos.

Desde el principio nos hemos preguntado ¿cómo se identificará a los metatrabajadores?

Alguna respuesta al respecto brinda Álvaro Rodríguez de la Calle, director en el área de laboral de KPMG Abogados. Apunta que habrá que “garantizar la autenticación del avatar”. Esto es vital para impedir que la opacidad de la Red sirva de “parapeto para ocultar prácticas laborales que en el mundo real estarían totalmente prohibidas o se calificarían como abusivas, como el trabajo de menores”. Para evitarlo, la empresa podría establecer criterios para la mejor identificación de los trabajadores en sus nuevas oficinas virtuales, apostilla Noemí Brito, directora especialista en Derecho Digital en KPMG Abogados²⁵.

Entre otras múltiples cosas, nos interrogamos acerca del derecho a la privacidad ¿en qué quedará si los metatrabajadores serán permanentemente controlados, más todavía que los actuales trabajadores “a pedido” a través de aplicaciones digitales, que por nuestra parte hemos dado en denominar *trabajadores plataforma-dependientes*²⁶? ¿Y el famoso ejercicio de las responsabilidades familiares en armonía con el trabajo a dónde irá a parar? El fraude laboral, ¿en qué medida podrá controlarse si la suplantación de personas u otras técnicas similares podrían utilizarse fácilmente en el ámbito digital? Y la remuneración ¿en qué moneda se pagará?

También nos interrogamos seriamente cómo reinará la justicia en el trabajo humano desarrollado en el contexto del metaverso, en tanto valor intrínseco al que una y mil veces recurre el jurista francés Alain Supiot al referirse al trabajo actual impregnado de mutaciones tecnológicas²⁷.

²³ VARELA FERRIO, José, ob. cit.

²⁴ FERNÁNDEZ, Yúbal, ob. cit.

²⁵ Conf. ESTEBAN, Patricia, ob. cit.

²⁶ Ello, por cuanto desde que se inicia su vida laboral están en permanente contacto con la plataforma creada, conservada y mantenida por la organización multinacional que es la responsable (tanto en el caso de los repartidores como de los conductores), aun cuando se recurriese a la simplificación semántica de denominar empleador a la plataforma. Al respecto puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, *Los trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo. ¿De la informatización al informalismo? Trabajo "a pedido" a través de aplicaciones de transporte y entrega de mercaderías a domicilio*, La Ley, Buenos Aires, 2020, versión electrónica e impresa.

²⁷ SUPIOT, Alain, *El trabajo ya no es lo que fue. Cómo pensarlo de nuevo en un mundo que cambió (y que nos tiene desconcertados)*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, octubre 2022, ps. 75-106.

El principio protector deberá persistir entre los metatrabajadores que sean dependientes. ¿Cómo jugará la buena fe entre las partes? ¿Cómo se contactará a los metatrabajadores para poder contratarlos?

Y el trascendente principio de “primacía de la realidad” ¿cómo funcionaría? Claro que habrá una “realidad real”, permítasenos por un momento este pleonasma, que coexistirá con la virtual.

Está a la vista y bien hace notar Raso Delgue que el metaverso introduce no solo problemas jurídicos sino también éticos²⁸.

III.1.3.- Organización interna del trabajo

Con relación a los temas planteados en el apartado anterior Varela Ferrio señala que otro aspecto ineludible a considerar es el de la *organización del trabajo*. Advierte que un entorno tan informatizado invita sin remisión a la asignación algorítmica de tareas y a la vigilancia milimétrica y continuada de la actividad laboral. Por eso entiende que los espacios reservados a la intimidad y a la autonomía personal quedarían sometidos a la productividad controlada informáticamente.

Agrega que el espacio de trabajo, en teoría etéreo, inevitablemente pasaría a realizarse desde las casas en su totalidad. Se trabajaría enfundado en un traje digital, embutido en cascos de realidad virtual o gafas de realidad aumentada, muñequeras o mancuernas con detección de movimiento, lápices que plasman la escritura y toda una panoplia electrónica.

Varela Ferrio se interroga acerca de si aceptarían las empresas españolas sufragar los miles de euros que costaría la infraestructura para trabajar en el metaverso (ordenador de alta potencia, una conexión a Internet de baja latencia y altísima velocidad, además de todos los elementos necesarios para hacer posible esa realidad virtual y aumentada)²⁹.

Indudablemente, la experiencia de la organización empresarial Meta demuestra que los costes son altísimos y, por eso, difícilísimos de afrontar.

A todo esto, el profesor Supiot apunta que, en el siglo XXI, el impacto de la revolución digital en la organización y la división del trabajo es por lo menos tan considerable como el de la precedente revolución industrial, que dio lugar al Estado social. El autor entiende que las mutaciones tecnológicas de esta amplitud son acompañadas necesariamente de lo que André Leroi-Gourhan llamaba una “refundición de las leyes de agrupación de los individuos”, es decir, una refundición de las instituciones. Y a esa observación suma que nos enfrentamos a una crisis ecológica sin precedentes, imputable en gran medida a nuestro modelo de desarrollo³⁰.

Aquí Supiot todavía no está planteando concretamente el trabajo en el metaverso, pero sí está alertando sobre cuestiones relacionadas con la organización del trabajo en la era tecnológica que deberían atenderse.

²⁸ RASO DELGUE, Juan, ob. cit.

²⁹ VARELA FERRIO, José, ob. cit.

³⁰ SUPIOT, Alain, ob. cit., p. 25 y ss.

III.1.4- Salud, seguridad y prevención de riesgos

Otro de los aspectos fundamentales que señala Varela Ferrio es el relacionado con la *salud y la prevención de accidentes y riesgos*. En realidad, ponerse un casco virtual es erigir una barrera entre los límites físicos de la vivienda con la realidad virtual a la que se accede.

El nombrado señala algunas de las dudas que surgen y que deberían ser despejadas antes de lanzarse a trabajar en el metaverso: ¿dispone todo el mundo de suficiente espacio en su vivienda para poder moverse en esa *oficina en la nube*? En caso de que la ceguera física provocada por llevar el casco virtual suponga un golpe real con una pared o un mueble, ¿quién se haría cargo de las reparaciones en el hogar?; ¿se consideraría accidente laboral?

Por nuestra parte agregamos que más allá de daños materiales podrán sufrirse daños físicos. ¿Cómo serán prevenidos, atendidos y reparados? Por ejemplo, el uso del casco virtual que impediría ver más allá de lo irreal ¿qué consecuencias podrá ocasionar sobre la visión? Y así, habrá que repasar las eventuales consecuencias del uso de cada uno de los elementos digitales.

Y qué decir de los riesgos psico-sociales que, como hace notar Varela Ferrio, indudablemente surgirán. Si aún no hemos sido capaces de articular un derecho a la desconexión efectivo, por el mero hecho de llevar la oficina en el móvil, se pregunta ¿cómo vamos a ejercer tal derecho en un entorno laboral inmersivo y separado de nuestra materialidad? ¿Qué consecuencias para nuestra salud mental tendría trabajar toda la jornada laboral a través de un yo remoto e incorpóreo, que ya no dispone de elementos de socialización laboral o que destierra cualquier vestigio de compañerismo?³¹

Consecuencias psico sociales necesariamente las habrá como fruto del encierro y el aislamiento sin límites. Ignoramos si todas las personas lo tolerarán. Esas consecuencias seguramente serán múltiples y deberán apreciarse y valorarse en cada caso y en su momento.

III.1.5.- Protección de datos y derechos

Nisa Ávila, fundador y consultor en Derecho de Tecnologías avanzadas e Inteligencia Artificial en LeXnos Corporation, considera que el principal problema jurídico que se plantea respecto al Derecho del Trabajo en el metaverso es el referido a la *volumetría de datos* que generarán todos los procesos y procedimientos vinculados a cuestiones laborales dentro de ese universo. El hecho que el metaverso tenga la capacidad técnica de almacenar millones de datos correccionales de un mismo usuario/trabajador respecto a horarios, productividad, atención al cliente, descansos, biometría o control del entorno de trabajo, permitirá en cruce con los metadatos que contiene realizar una gran labor de *Data Mining* que permita optimizar diferentes cuestiones vinculadas al trabajo hasta límites desconocidos en la actualidad.

El nombrado considera que el hecho de que los metadatos no sólo contienen datos normalizados sino también datos no normalizados en forma de diferentes “meta”, permitirá el control vital digital de cualquier trabajador en el metaverso. Por eso señala que es ahí donde el derecho debe decidir que estructuras deben crearse, así como determinar de qué forma explotar y delimitar, dependiendo del tipo de dato, las agrupaciones de datos existentes y la forma de corroboración; el acceso o eliminación de dichos datos por el propio individuo o por terceros, y también deberá ocuparse del almacenamiento.

³¹ VARELA FERRIO, José, ob. cit.

A esos efectos entiende que el *blockchain* se convertirá en el principal aliado jurídico para estructurar legalmente todo lo descrito. Explica que el *blockchain* se trata de la herramienta para la acreditación de datos en entornos laborales asociados a realidades digitales y realidades binarias (Realidad Natural ↔ Metaverso) de forma que su uso sirva como un garante de los derechos laborales y los derechos de la personalidad, donde se enmarquen como derechos a blindar de forma concomitante a los derechos laborales, los derechos a la dignidad, la vida, la salud, la integridad, la autonomía personal, la imagen y con una especial mención e implícito en ellos, el reconocimiento a la protección que merece la vulnerabilidad humana, desarrollados todos digitalmente en *realidades metaversales*.

Nisa Ávila añade que, por lo tanto, se evidencia la necesidad de legislar respecto al Derecho del Trabajo vinculado a realidades digitales donde se asocie como concepto jurídico regulatorio una base de identificación fehaciente respecto a las debilidades y fortalezas que permita ir perfeccionando esa relación *jurídico-binaria* con las realidades digitales respecto a la realidad natural³².

Al referirnos en el presente artículo al ámbito personal del trabajo en el metaverso ya habíamos planteado alguno de los interrogantes relativos a cuestiones que acá se encaran. Tal vez no se aporten todas las repuestas, pero contribuyen al abordaje de temas altamente complejos a través de la introducción de ciertas herramientas a utilizar.

III.1.6. - Derechos colectivos

Otro aspecto que entrará en escena es la referente al ejercicio de los derechos colectivos de los metatrabajadores.

Patricia Esteban ha llegado a transmitir que, bajo el paraguas de la legislación laboral española, el más arriba mencionado Luciano Muriel plantea que sería factible, incluso, una huelga de avatares. Nos preguntamos si esto es ¿ciencia ficción o futura realidad? También apunta Esteban que esa situación algún otro la descarta porque los avatares se considerarían “herramientas de trabajo” que no podrán tener un representante sindical; sin perjuicio de que esos derechos sí los tendrían las personas que los controlan³³.

Por supuesto, si nos manejamos en el esquema del trabajo dependiente, los derechos colectivos del trabajo en su totalidad deberán ser reconocidos a los metatrabajadores. Pero, el aislamiento característico del futuro metaverso dificultaría, entre otros, el ejercicio del derecho a la libre asociación y a la representación.

Raso Delgue afirma que las organizaciones sindicales actuales se sienten cómodas en el modelo industrial y que en el mundo inmersivo serán otras³⁴.

Por los derechos colectivos de los trabajadores tendrán que bregar las organizaciones que en esos momentos los representen, las que probablemente deberán adaptarse a las nuevas necesidades de representación.

³² NISA ÁVILA, Javier Antonio, *El Derecho del Trabajo en el Metaverso*, Capítulo 8 del libro, 19/9/2022, Madrid, disponible en: <https://elderecho.com/el-derecho-del-trabajo-en-el-metaverso-2>, fecha de consulta: 19/11/2022.

³³ ESTEBAN, Patricia, ob. cit.

³⁴ RASO DELGUE, Juan, ob. cit.

III.1.7.- Derechos de la seguridad social

Cualquiera fuese la vinculación que una a los metatrabajadores con las organizaciones será coherente y necesario el reconocimiento de los derechos derivados de la seguridad social.

Nos preguntamos qué sistema de seguridad social se implementará. Probablemente no sea el actual.

III.1.8. Tipo de relación laboral

El gremialista Varela Ferrio se encarga de destacar que la propuesta de trabajar en el metaverso encierra peligros evidentes tales como la deslocalización de la actividad, la despersonalización del trabajador, el 'taylorismo digital', la vigilancia algorítmica, la ultraconectividad aneja a severos riesgos psico-sociales y, lo peor de todo, una intencional huida del modelo de relación asalariada, para convertirla en una relación mercantil (trabajador autónomo). Afirma que es exactamente la misma propuesta que plantearon las plataformas digitales de reparto³⁵.

Con relación a este aspecto puntual, para el español Luciano Muriel, si se dieran los requisitos de ajenidad y dependencia, habría que aplicar el Estatuto de los Trabajadores, pero dada la dificultad para trazar el límite en algunos casos, no descarta que llegue a incluirse “una presunción de laboralidad” de estas relaciones en el metaverso, en la misma forma que ha ocurrido recientemente en España con el trabajo en las plataformas digitales³⁶ (concretamente, respecto de los repartidores “a pedido” a través de aplicaciones).

Por nuestra parte, y sin perjuicio de aceptar en forma contundente que siempre que hay dependencia laboral debe reconocérsela, sentar la presunción de laboralidad y aplicarle las normas que la regulan como corresponde hacerlo con los trabajadores plataforma-dependientes y pronunciarse en estos momentos respecto del tipo de relación que tendrán los metatrabajadores con las metaorganizaciones empresariales, nos parece apresurado porque no conocemos las condiciones en que se llevará a cabo. Eso es incierto.

Atento a que el trabajo en el metaverso como tal, todavía no es una realidad, lo prudente es esperar antes de determinar el carácter de ese vínculo que, cualquiera fuese, requerirá el respeto de los derechos de las personas que trabajen.

Por los mismos motivos estimamos prematuro determinar cabalmente ahora la regulación laboral aplicable a esas relaciones a encararse más allá del universo real en el que ahora nos movemos.

Si el trabajo “a pedido” a través de plataformas digitales durante años ha dado origen a pronunciamientos judiciales y legislaciones en diversos países a favor de la dependencia laboral, y el proceso aún no ha finalizado ¿cómo anticiparse a algo que todavía no comenzó?

³⁵ VARELA FERRIO, José, ob. cit.

³⁶ Conf. ESTEBAN, Patricia, ob. cit.

III.2.- Diferentes especialidades

Si bien la lista sería prácticamente inagotable y, al mismo tiempo, por el momento exclusivamente tentativa, inmediatamente mencionaremos cuáles serían las principales profesiones relacionadas con el metaverso que algunos especialistas prevén.

No es más que un adelanto parcial de perfiles de trabajadores y futuras tareas. Todas ellas, obviamente, requerirán capacitaciones especiales.

Ante todo, se señala la necesidad de los *desarrolladores* como constructores de todo un ecosistema alrededor de la nueva realidad, para lo cual se requiere el conocimiento técnico de estos especialistas.

Asimismo, se entiende que los *ingenieros de software o software engineer* son expertos que apuntan a ser una de las profesiones más demandadas para la construcción de estos universos, en tanto todo se ejecuta a partir del software.

También serán necesarios los *diseñadores 3D*, como creadores del metaverso a nivel estético, ya que deben dar forma a toda la estructura virtual.

De similar manera serán fundamentales los *ingenieros especializados en motores gráficos*. Fundamentalmente se trata de motores como *Unity o Unreal Engine 5*, que hoy en día serían los más avanzados. Es que será imprescindible crear una realidad virtual, en la que se puedan producir todo tipo de situaciones como explosiones, lluvias o granizos. Un mundo nuevo que necesitará la creatividad y el saber hacer de estos profesionales.

Por otra parte, se opina que el nuevo perfil de *metaverse planners* estará centrado en identificar oportunidades de mercado que permitan generar una estructura de crecimiento para la actividad de las empresas en el metaverso.

En tanto uno de los pilares está en Internet también aparecen los *profesionales de telecomunicaciones*. Por eso, se requerirán trabajadores que sepan todo sobre el 5G y sus posteriores evoluciones, además de adoptar soluciones relacionadas con el ancho de banda o que conozcan cómo reducir al máximo la latencia.

Claro que también serán necesarios *especialistas en marketing del metaverso* a través de experiencias publicitarias inmersivas o la creación de campañas de realidad virtual.

Se sostiene que el marketing del nuevo mundo digital está aún por definirse. Pero, lo que está claro es que quien se especialice en él va a tener muchas oportunidades de empleo. Ese sector va a ser esencial a la hora de monetizar las nuevas experiencias.

También se afirma que harán falta *creadores de contenido*, es decir, se necesitarán narradores. Siempre, claro está, que sean capaces de cautivar a los usuarios con historias inmersivas. El metaverso se está por construir y la creatividad es una parte esencial para desarrollar un mundo en el que cada uno va a ser el protagonista del relato³⁷.

³⁷ *Universia (ar)*, ¿Cómo cambiará el metaverso el mercado laboral?, 1/6/2022, disponible en: <https://www.universia.net/ar/actualidad/empleo/como-cambiara-el-metaverso-el-mercado-laboral.html>, fecha de consulta: 30/10/2022.

Seguramente, en ese mundo de trabajo absolutamente digital, que tendrá múltiples exigencias, se requerirán otras especialidades más allá de las mencionadas, las que por el momento no estamos en condiciones de adelantar³⁸.

Es que, si el metaverso fuese el lugar y el espacio donde se trabaja se necesitará todo tipo de especialidades.

Al mismo tiempo, la capacitación y el entrenamiento para afrontar las diferentes actividades en el contexto del metaverso debería adquirir una importancia radical. Esto decididamente implica una gran inversión en la formación.

IV.- Solo algunas reflexiones a manera de conclusión

Es harto conocido que desde hace años vivimos sumergidos a diario en ese mundo cuasi mágico de plataformas digitales que todo lo pueden, lo toleran y lo habilitan. A esta altura, prácticamente todos formamos parte de ese universo tecnológico y hemos aprendido a sumergirnos en él.

Además, el teletrabajo mundialmente reforzado como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, de algún modo se ha convertido en la antesala del metaverso.

A futuro, el metaverso parece ofrecer nuevos y múltiples desafíos, por cierto, mucho más extremos que los planteados por las plataformas digitales. Se trata de un tema sumamente complejo desde cualquier arista que pretenda abordárselo, pero, sobre todo, desde el derecho y los derechos.

La investigación sobre el metaverso es casi tan infinita como probablemente lo será el metaverso mismo.

Nos parece que prácticamente todos tenemos cierta fascinación y, al mismo tiempo, cierto temor por lo desconocido.

El presente artículo podría ser interminable, pero nos hemos puesto un coto en el abordaje y en el planteamiento tanto de las dudas como de las opiniones.

Claro que ciertas ideas que hemos expresado con relación a algunas problemáticas podrían cambiar con el transcurso del tiempo y a la luz de los hechos que en el futuro se evidencien. Pero, vale la pena correr ese riesgo y encarar el tema ahora.

Por eso, lo dicho solo pretende ser un ejercicio intelectual para imaginar cómo podría ser el mundo del trabajo de acá a unos veinte años aproximadamente, si el metaverso prospera.

A lo largo de este estudio hemos tenido la oportunidad de observar que con la misma contundencia con la que algunos afirman que del trabajo en el metaverso por el momento hay poco y nada, otros sostienen que algunas empresas ya han arribado a él.

Por un momento recordamos que hay ciertas cuestiones que a simple vista parecerían sencillas, como por ejemplo la del movimiento de las piernas de los avatares en el metaverso, que todavía no han sido resueltas (a pesar de que de la cintura para arriba no ofrecerían inconvenientes).

³⁸ Con relación al tema puede verse, Raso Delgue, Juan, *Alfabetización digital para el Metaverso*, disponible en la página web de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Esa es solo una observación de hecho y al paso. De cualquier modo y aunque de alguna manera también lo harán los avatares, en el mundo del trabajo seguirán interactuando las personas humanas.

Es que, en el metaverso laboral unas cuantas de esas personas serán metatrabajadoras, obviamente, a través de sus avatares. Y, las organizaciones empresariales que los contraten serán metaorganizaciones, cuyos representantes también interactuarán a través de sus propios avatares. Para desarrollar ambos roles será imprescindible contar con las costosas tecnologías apropiadas.

Queda claro que el metatrabajador no será el espectador de un *show* en triple dimensión, sino que será quien esté trabajando desde su casa a través de su avatar. Muy probablemente lo hará cumpliendo órdenes de aquellos para quienes se desempeñe.

Para Nisa Ávila: “El Derecho del Trabajo Digital de alguna forma u otra se convertirá en protagonista diario de millones de interacciones en el metaverso. Pues no podemos olvidarnos que cualquier bien o servicio se encontrará ofrecido o por un trabajador biológico o un trabajador no biológico”³⁹.

Decididamente, habrá que ubicarse más allá del mundo real, en un futuro que por el momento parece mudable.

¿A cuánto tiempo estaremos de ese porvenir anunciado? ¿Los cambios serán verdaderamente arrolladores o no? ¿Se producirán de golpe? o ¿de a poco? ¿Se podrá elegir trabajar en el metaverso o no hacerlo? ¿Existe la posibilidad de que el metaverso sea simplemente una nueva “burbuja”? Por ahora no conocemos las respuestas.

Es que, aun cuando uno pueda imaginar las labores intelectuales en el metaverso -eso a pesar de que el avatar de algunos pueda ser casi idéntico a la persona real y que comparta espacio virtual, v. gr., con un avatar dragón-, no le encontramos respuesta todavía al trabajo de quienes realizan tareas manuales, como, por ejemplo, la de tornero.

En cualquier caso, los derechos y los deberes de los seres humanos estarán flotando en esa especie de lugar irreal situado en el espacio y en el tiempo.

Parece que todavía falta camino por andar hacia el trabajo en el metaverso, el que deberá transitar por unas cuantas etapas. Claramente, nos estamos adelantando a un futuro absolutamente incierto.

³⁹ NISA ÁVILA, Javier Antonio, ob. cit.

EL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y EL DERECHO DEL TRABAJO*

por Mario E. ACKERMAN

WORK, WORKERS AND LABOR LAW

La memoria sólo cuenta verdaderamente –para los individuos, las colectividades, las civilizaciones- si reúne la impronta del pasado y el proyecto del futuro, si permite hacer sin olvidar lo que se quería hacer, devenir sin dejar de ser, ser sin dejar de devenir.

Italo CALVINO

Resumen

El análisis del derecho del trabajo podría comenzar con la pregunta sobre quiénes y por qué trabajan. La respuestas a dicha inquisitoria, primeramente de carácter subjetivo, reconduce indefectiblemente un ámbito objetivo: el trabajo libre. Libertad de trabajo que, producto de la necesidad del demandante de medios para sus subsistencia, se redimensiona hacia la relación de dependencia que indefectiblemente la acota. Esa relación de dependencia, cuyas mutaciones de manifiestan en sucesivos cambios en la forma de trabajar, imponen la necesaria respuesta jurídica tutelar que explica y justifica la existencia del derecho del trabajo, aunque también y sobre todo, sus mutaciones al ritmo de los cambios en las formas de producir y de trabajar.

* Este trabajo fue publicado originariamente en el año 2001 en la Revista de Derecho del Trabajo y reproducido con actualizaciones en otras publicaciones posteriores. En la convicción de que lo aquí dicho no ha perdido actualidad, este es el que, con el mismo título fue publicado como Capítulo II de la obra del autor *Si son humanos no son recursos; pensando en las personas que trabajan*, 2da. edición revisada, ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

Abstrac

The analysis of labor law could begin with the question of who works and why. The responses to said inquiry, primarily of a subjective nature, inevitably lead back to an objective field: the free work. Freedom of work that is resized towards the relationship of dependency that inevitably limits it. This relationship of dependency, whose mutations are manifested in successive changes in the way of working, imposes the necessary protective legal response that justifies the existence of labor law and its mutations in line with changes in economy and working.

Palabras clave: Trabajo. Trabajadores. Dependencia. Derecho. Libertad. Empresa. Camino trazado.

Key words: Work. Workers. Dependence. Law. Freedom. Company. Traced path.

EL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y EL DERECHO DEL TRABAJO

por Mario E. ACKERMAN

I- ¿QUIÉNES Y POR QUÉ TRABAJAN?

La adición innecesaria de un adjetivo a un sustantivo, cuando éste es autosuficiente para la descripción pretendida, probablemente genere un pleonasmio.

Pero no es sólo esto lo que provoca la expresión *trabajo humano*, de uso frecuente en los manuales y los estudios generales de Derecho del Trabajo¹ y con la que suele titularse el capítulo introductorio de esas obras.

El pleonasmio se evidencia a poco que se advierte que, usualmente, quienes utilizan la expresión no lo hacen para diferenciar *ese trabajo* del que podría ser su opuesto, esto es, el *trabajo inhumano*², sino para designar una *actividad humana*³, que supone un *esfuerzo físico o intelectual del hombre*, en la inteligencia de que *sólo el hombre es capaz de trabajar en sentido propio*⁴.

En rigor, *el trabajo*, en cuanto actividad inseparable de la *persona* que lo ejecuta, obligadamente es *humano*, lo que torna por demás sobreabundante al adjetivo.

El mayor reproche que podría merecer la expresión, sin embargo, y aunque nacido del lenguaje, no proviene de la retórica.

En efecto, amén de que la designación *trabajo humano* parece admitir la existencia de *otros trabajos* –además del humano–, como podrían ser, por hipótesis, los de las *máquinas*, los *animales* o, aún, los *capitales*⁵, aquélla insinúa también una suerte de *objetivación* del

¹ Ver, por ejemplo, ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Edersa, Madrid, 1981, pág. 22; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos y ÁLVAREZ de la ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, pág. 113; PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain et JEAMMAUD, Antoine, *Droit du Travail*, 21e. ed., Dalloz, Paris, 2002, pág. 1; BIAGI, Marco, *Instituzioni di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, pág. 2; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1982, T. I, pág. 3; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Dir.), *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4ª ed. act. y amp., Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 1, etc.

² Y que supone tipos o condiciones de trabajo agraviantes para la condición humana.

³ BIAGI, M., *op. cit.*, pág. 2 y RODRÍGUEZ MANCINI, J., *op. cit.*, pág. 2.

⁴ RODRÍGUEZ MANCINI, J., *op. cit.*, pág. 2.

⁵ Lo que resultaría conceptualmente incorrecto dado que en tanto se considere que el *trabajo* es un *quehacer humano*, ni aquéllas –las máquinas– ni éstos –los animales y los capitales– podrían *trabajar*. Esto no obsta a que

trabajo que no resulta neutra en sus consecuencias, ya que podría llevar a desconocer primero la *causa del trabajo* y, luego, la propia razón de ser del *Derecho del Trabajo*.

Ya SUPIOT⁶, luego de repasar las concepciones romanista y germánica de la relación de trabajo, señaló la trascendencia que tiene la distinción entre *el trabajo* como *objeto* y *el trabajador* como *sujeto* de derecho, para advertir que de lo que se habla en el Derecho del Trabajo, siempre, es de la *persona física que trabaja*⁷, esto es, ese ser humano al que se designa como *trabajador*.

Esta primera descripción, sin embargo, así enunciada, y aún siendo como es esencial el reconocimiento de tal dato central, resulta insuficiente para entender la razón de ser y el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, si no se agrega⁸ que esa prestación personal es *por cuenta y bajo la dependencia* de otra persona, y a cambio de una *remuneración*.

Pero son precisamente esas notas de *ajenidad* y *subordinación* y, especialmente, la *causa salarial* –razón última de aquéllas–, todo lo que parecen desconsiderar, por ejemplo, autores como FOURASTIÉ⁹ cuando, luego de reprochar que la respuesta a la pregunta *¿por qué trabajamos?* sea que se lo hace *para ganar dinero*¹⁰, afirma que tal contestación *sólo tiene en cuenta uno de los efectos del trabajo: la producción de un salario o ganancia*, porque, a su juicio, *trabajamos para producir*¹¹

E insiste en su andar descaminado FOURASTIÉ cuando afirma que el salario es uno de los efectos del trabajo, ya que también los esclavos y los siervos de la gleba *trabajaban* y, sin embargo, *no generaban salario*.

En rigor, el *salario* es una consecuencia *jurídica*, no *económica*, del vínculo laboral en relación de dependencia y es lo que, en la generalidad de los casos, impulsa a los humanos no esclavizados a trabajar.

Aquella devaluación de la importancia de la remuneración en el trabajo dependiente se evidencia aún en la designación que se da al vínculo -o, si se quiere, a su fuente- en el que él se desarrolla -esto es, lo que conocemos como *contrato* o *relación de trabajo*- que, sin que

en América Latina, en el lenguaje vulgar –y también en el económico y financiero–, suele afirmarse que la inversión especulativa supone *poner el dinero a trabajar*

6 SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1996, pág. 57 y ss.

7 *La persona física constituye el objeto de la prestación del trabajador* (SUPIOT, A., *Crítica ... cit.*), pág. 80

8 Como también lo hace más adelante SUPIOT (Ver SUPIOT, A., *Crítica ... cit.*), pág. 135 y ss.).

9 FOURASTIÉ, Jean, *¿Por qué trabajamos?*, Eudeba, Buenos Aires, 1960

10 FOURASTIÉ, J., *op. cit.*, pág. 17.

11 FOURASTIÉ, J., *op. cit.*, pág. 18. Y aclara luego que *fácil resulta descubrir que trabajamos para transformar a la naturaleza pura, que satisface mal o no satisface en absoluto las necesidades humanas, en elementos artificiales que las satisfagan, trabajamos para transformar la hierba salvaje en trigo y luego en pan, las cerezas silvestres en cerezas comestibles y el mineral en acero y más tarde en automóviles* (*Idem*, pág. 21). El mismo Fourastié debe sin embargo admitir más adelante que para que los niños puedan concurrir a la escuela *es necesario que su trabajo o su salario no resulten indispensables para la subsistencia de la familia y que, además, ellos estén bien cuidados y correctamente vestidos* (pág. 103)

parezca tampoco necesario llegar al extremo pretendido por MENGER¹², para equilibrar la bilateralidad, debería ser la de contrato o relación de *trabajo asalariado*.

Curiosamente, también en la reprochada concepción se inscribe –implícitamente– la legislación argentina, cuando, además de indicarse que *el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí* y que *sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina* por la ley laboral¹³, en el artículo 37 de la misma LCT (t.o.) se define el *principio general del objeto del contrato de trabajo* señalando que *el contrato de trabajo tendrá por objeto la prestación de una actividad personal e infungible, indeterminada o determinada*, omitiendo esta vez toda referencia a la remuneración.

En realidad, estas descripciones pueden ser válidas desde la *lógica económica*¹⁴ y desde la posición del empleador, ya que, sin duda, es el empresario que contrata a un trabajador quien pretende que la actividad de éste sea *productiva*. Precisamente por eso lo contrata.

Tal *finalidad productiva* da respuesta a la necesidad de *trabajo*, pero no aporta una razón suficiente sobre el móvil que impulsa a cada individuo a trabajar. Y, menos aún, explica por qué ese trabajador se aviene a hacerlo *por cuenta ajena* y en *relación de dependencia*.

En rigor, para el trabajador, normalmente, el *resultado productivo* es apenas una necesidad o una motivación mediata. Cuando no remota. Para él, en principio, el propósito inmediato es que su actividad sea *remunerada*.

O, en palabras de ALONSO OLEA, si bien *el trabajo que está en la base del Derecho del Trabajo es el trabajo productivo, su característica esencial reside en que el hombre que trabaja pone su esfuerzo teniendo como finalidad próxima la obtención a través de éste de los medios materiales, de los medios económicos, que necesita para subsistir*¹⁵.

Es cierto, sí, como lo señala HOPENHAYN, criticando la teoría utilitarista de TAYLOR, que *los seres humanos no trabajan sólo por dinero*¹⁶. Pero, claro está, esto ocurre cuando ellos están en condiciones de pretender algo más que el dinero, y éste no aparece como una primera y urgente necesidad para la subsistencia, que obliga a postergar toda aspiración de *despliegue*

¹² Quien lo califica como *contrato de salario*. Ver MENGER, Anton, *El Derecho Civil y los pobres*, versión española de la segunda edición (Baden, 1890) de Adolfo Posada, Comares, Granada, 1998, pág. 274.

¹³ Según reza el segundo párrafo del artículo 4° de la LCT (t.o.). Esta aseveración limita así a la del primer párrafo de ese mismo artículo, en el que se precisa que *constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se presta a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración*.

¹⁴ FOURASTIÉ, J., *op. cit.*, pág. 22.

¹⁵ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 28, quien también señala que *el trabajo productivo está presidido por una finalidad –procurar la subsistencia de quien trabaja– y en tal sentido es una actividad medial o instrumental, no es un fin en sí mismo; el juego es una actividad por completo libre, sin finalidad que la condicione ... se juega por jugar, mientras que no se trabaja por trabajar, y si se trabaja por trabajar, se está en realidad jugando* (Idem, pág. 27)

¹⁶ HOPENHAYN, Martín, *Repensar el trabajo: historia, profusión y perspectivas de un concepto*, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 2001, pág. 163.

físico e intelectual, interacción social, búsqueda de estatus social y de sentido o de impulso creativo.

Esta percepción, por otra parte, no es en absoluto novedosa.

Ya desde la Revolución Francesa el derecho *a trabajar* se asoció, antes que a la realización personal, al derecho *a la existencia*, en cuanto *el trabajo* fue reconocido como el *medio* para obtener los recursos necesarios para la subsistencia¹⁷.

Concepto que se reitera en documentos emblemáticos, como la Constitución de la República de Weimar¹⁸, del año 1919 o, ya más recientemente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, cuyo artículo 6° en el apartado 1 reconoce que

El derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

Tal reconocimiento de la finalidad inmediata del trabajo *por cuenta ajena*, no supone, por cierto, negar ni devaluar las necesarias reflexiones *sobre si el trabajo productivo cumple finalidades adicionales y aún superiores en una escala de valores a la típica de procurar la subsistencia*¹⁹. Sin embargo, como también advierte ALONSO OLEA, esa reflexión pertenece a la órbita de la *filosofía del trabajo* que, sin ser ignorada ni menospreciada, debe ser dejada de lado a la hora de la consideración *jurídica*²⁰.

Sí, en cambio, a partir de la aceptación de ese propósito primero –la remuneración– se explican los diversos instrumentos de los que se sirven el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social²¹ para garantizar tanto la percepción de los salarios devengados, como su continuidad en las situaciones en las que el trabajador se encuentra impedido de ganarlo –poniendo su capacidad de trabajo a disposición del empleador– por causas que no le son imputables²².

Pero el intercambio de trabajo por salario al que dedica su atención el Derecho del Trabajo, supone, como ya quedó enunciado, cuando menos dos notas más, que consisten en que aquél sea prestado *por cuenta y bajo la dependencia de otro*²³, esto es, que suponga un *intercambio específico de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad*²⁴.

¹⁷ SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1966, pág. 26/28, donde recuerda los textos de la Ley Le Chapelier y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 23 de junio de 1793.

¹⁸ *A todo alemán se ofrece la posibilidad de ganar su sustento mediante el trabajo* (art. 163-II, cit. por SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.*, pág. 38).

¹⁹ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 31.

²⁰ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 32.

²¹ En una variable distribución de competencias condicionada por las opciones de cada política nacional.

²² SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 96/97.

²³ PELISIER, J., SUPIOT, A. et JEAMMAUD, A., *op. cit.*, pág. 1.

²⁴ SALA FRANCO, Tomás, en ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y Otros, *Derecho del Trabajo, T. II-Contrato individual*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 22.

La *ajenidad* tiene aquí un doble significado²⁵.

Por un lado, *lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la distribución originaria, en que los frutos—esto es la utilidad patrimonial del trabajo*²⁶- desde el momento mismo de su producción pertenecen a otra persona, nunca al trabajador²⁷.

Pero también la *ajenidad* se proyecta sobre el crédito salarial, en cuanto *el trabajador por su prestación laboral dependiente percibirá de su empleador, en cualquier caso, una compensación económica garantizada, sin quedar afectado por el riesgo de la ejecución de aquélla, al no asumir la responsabilidad del resultado del trabajo en sí mismo considerado*²⁸.

En estos términos, a la *ajenidad* en el resultado corresponde –o, mejor, *debería corresponder*- una simétrica *ajenidad* en el riesgo salarial.

Se advierte así, una vez más, la enorme limitación conceptual o, en todo caso, la restringida y parcial perspectiva del *objeto* del contrato de trabajo, que encierran los conceptos de los artículos 4° y 37 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina, ya que la desatención de la trascendencia que tiene para el trabajador la *remuneración* –en cuanto *causa inmediata que lo impulsa a trabajar*-, parece desconocer que él no posee ningún derecho ni sobre el objeto, ni sobre los métodos, ni sobre el resultado de su trabajo, ya que tan sólo tiene derecho al salario²⁹.

Pero amén de la *ajenidad en los frutos* de su propia actividad productiva, ésta es desarrollada por el trabajador *en relación de dependencia*.

Más allá de los debates actuales sobre el sentido y el alcance de la *dependencia laboral*, debe primero observarse que también la expresión *trabajo dependiente*³⁰ es inadecuada, a poco que se advierte –nuevamente por las sutiles trampas o vicios de las expresiones reiteradas por costumbre o comodidad- que no es *el trabajo* el que –o, mejor, *lo que*- depende, sino *quien* lo ejecuta, y *de quien* aquél es inescindible, esto es, *el trabajador*.

²⁵ Lo que no supone desconocer otros significados posibles de la *ajenidad*. Ver, por ejemplo, sobre esta cuestión RIVAS, Daniel, *La subordinación; criterio distintivo del derecho del trabajo*, Facultad de Derecho-Universidad de la República / FCU, Montevideo, 1996, pág. 42 y ss.

²⁶ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 35.

²⁷ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 34. En sentido similar Supiot señala que *a diferencia de cuanto sucede, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de obras, el objeto del trabajo asalariado sigue siendo exterior al campo de la relación sinalagmática que crea el contrato: se paga el trabajo y no su resultado, ya se trate de un bien material o de un servicio. El trabajador no adquiere en ningún momento un derecho sobre la cosa producida, ni siquiera cuando el salario se fija por piezas o por acto realizado.* (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 81)

²⁸ SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pág. 23. También sobre este punto coincide Supiot cuando observa que *mientras que al trabajador independiente se le reconoce siempre un derecho sobre el objeto de su trabajo, no sucede lo mismo con el trabajador asalariado, para el que existe un divorcio total entre, de una parte, el fin, la causa final del trabajo, que es el salario, y de otra parte el objeto de este trabajo, que siendo, en todos los supuestos de ejecución del contrato, la cosa del empresario* (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 81)

²⁹ SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 121.

³⁰ SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pág. 22.

No hay así, en la irremediable realidad de los hechos, *trabajo dependiente*, sino *trabajadores dependientes*.

Señalamiento éste que lleva inmediatamente a formular una nueva observación desde la perspectiva del lenguaje y la retórica

Porque así como *trabajo humano*, es un *pleonismo*, *trabajador dependiente* –o *subordinado- y libre*³¹ probablemente sea un *oxímoron*.

II – LIBERTAD Y DEPENDENCIA EN EL TRABAJO

Además de la objetable referencia a su *humanidad*, la doctrina suele referir como una de las notas del *trabajo* que constituiría el *objeto del derecho del trabajo*³², su carácter *libre*, entendiendo por tal al que no se ejecuta en régimen de esclavitud o servidumbre.

Pero, ¿puede acaso afirmarse que sólo la esclavitud o la servidumbre producen la negación de la libertad en el trabajo?, ¿basta con que no exista *violencia física* o *amenaza de muerte* para que el trabajo pueda ser considerado *libre*?³³.

Si bien es cierto que ya la humanidad tiende firmemente a superar aquellas formas extremas de trabajo en las que era negada la propia condición humana de los trabajadores, no parece que pueda predicarse la existencia del mismo grado de *libertad* en quien puede escoger entre trabajar y no hacerlo y, siguiendo la primera opción, elegir si lo hace por cuenta propia o en régimen de ajenidad y, aún en este supuesto, decidir cuando y para quien lo hace, y en aquél que, por el contrario, no tiene ninguna de esas posibilidades.

El desconocimiento de la diferencia entre una y otra situación no resulta admisible en cuanto se acepta que *la libertad*, en su descripción más simple, es la *posibilidad de elegir* y, especialmente, la de *poder decir que no*.

Y se evidencia así una innegable limitación a esta elemental manifestación de la libertad cuando *se trabaja por necesidad*, que –una vez más- *no es necesidad de trabajar*, sino *de salario*, esto es, de una prestación económica para atender las necesidades de subsistencia de la persona que trabaja –y de su familia–.

³¹ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 35; PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ de la ROSA, M., *op. cit.*, pág. 113; VÁZQUEZ VIALARD, A., *op. cit.*, pág. 226/227; RODRÍGUEZ MANCINI, J., *op. cit.*, pág. 6; etc.

³² ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 22. Ver la fundada objeción de Supiot a la consideración del *trabajo* como *objeto* del Derecho del Trabajo en SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 65 y ss.

³³ A juicio de Alonso Olea, *el trabajo es libre ... si la compulsión que fuerza a trabajar no llega al ejercicio de la violencia física o la amenaza de muerte infligida por quien ejerce la fuerza, sobre el trabajador* (Ver ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 45).

Esa *necesidad* que, si no niega, cuando menos limita severamente la *libertad* de quien debe trabajar para otro, es lo que lo obliga, sin alternativa, a aceptar que los frutos de su trabajo correspondan a otra persona.

La *ajenidad*, esto es, esa atribución inicial del producto del trabajo, no deriva así de un acto verdaderamente *voluntario* del trabajador³⁴, quien normalmente no sólo no puede elegir entre trabajar y no hacerlo, o de hacerlo en forma autónoma o dependiente³⁵, sino, además, rara vez puede escoger al sujeto de derecho al que se atribuirán los frutos de su trabajo.

Sujeto éste a quien, como consecuencia de los *modernos* modelos de *descentralización empresaria*, el trabajador no sólo no puede elegir sino, aún, en cuanto aquél también puede estar seleccionado por otro³⁶, más de una vez ni siquiera llega a poder identificar.

Tampoco parece hoy³⁷ comprobable entonces que *la facultad de opción* –entre trabajar o no y de hacerlo por cuenta propia o ajena- *reside en el trabajador, con la opción adicional y clave de que es el propio trabajador quien elige quien haya de ser la persona a la que los frutos van a ser atribuidos*³⁸.

Esa no es una afirmación que pueda tener –ni haber tenido en la historia de la humanidad- validez universal, porque no es en modo alguno identificable la posición en la que pueda encontrarse quien tiene recursos suficientes para subvenir a sus necesidades básicas, con la de aquél que no los tiene. Y menos aún resulta comparable la situación de éste con la de quien es poseedor de riquezas suficientes como para no necesitar trabajar o para hacer que otros produzcan para él.

La *libertad de trabajar* no tiene para quienes se encuentran en esas diferentes situaciones el mismo significado ni similar contenido y, en todo caso, poco es lo que de positivo aporta que el observador de esa realidad confunda en una identidad esos distintos supuestos como configurantes de un *trabajo libre*, por el solo hecho de que en ninguno de ellos se manifiestan formas aberrantes de esclavitud o servidumbre.

34 Resultaría muy difícil demostrar empíricamente que *el trabajador retiene una libertad en virtud de la cual es de su propia decisión de la que deriva la atribución de los frutos al 'ajeno' que los hace suyos por hipótesis*, según afirma también Alonso Olea (Ver ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 36).

35 Por esta razón también es reprochable el texto del artículo 22 de la LCT en cuanto considera que existirá *relación de trabajo cuando persona realice actos, ejecute obras o preste servicios en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria*

Tal supuesta *voluntariedad* en la decisión de resignar *libertad personal* a cambio del salario parece desconocer que, normalmente, quien trabaja para otro en relación de dependencia, y consiente así someterse a los poderes jerárquicos de su empleador, no lo hace *voluntariamente*, esto es, como consecuencia del ejercicio libre de su voluntad, sino por *necesidad*.

E, insisto, no es necesidad de *trabajo* sino de *salario* -con las obvias excepciones que, por cierto, no pretendo desconocer, pero que en modo alguno descalifican la observación general.

36 O, inversamente, es este mismo el seleccionado por el beneficiario último de la prestación laboral.

37 Como igualmente no lo ha sido desde la noche de los tiempos.

38 Según entiende Alonso Olea (Ver ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 37).

Porque cuando existe *necesidad* –y especialmente la *necesidad de obtener los recursos para la subsistencia*- escaso espacio resta para *elegir* o para *decir que no*, y muy reducido queda entonces el *territorio de la libertad*³⁹.

Pero aquella doble limitación –si no ausencia- de libertad tiene una consecuencia adicional, y que es la que empieza a dar razón de ser, sentido y contenido al Derecho del Trabajo.

En efecto, la persona que no puede escoger entre trabajar y no hacerlo⁴⁰ y que, obligada a la *actividad productiva*, por carecer de recursos propios debe resignarse al trabajo *por cuenta ajena* y en *relación de dependencia*, estará abdicando en este caso de una nueva porción de su ya precario saldo de libertad.

KAHN-FREUND, siguiendo probablemente las enseñanzas de SINZHEIMER⁴¹ y von GIERKE⁴², señalaba que *la relación entre un empresario y un trabajador aislado es*

³⁹ Y es en cierto modo también Alonso Olea quien acepta esta perspectiva cuando, siguiendo a Simone Weil, expresa que *el trabajo mismo, en cuanto sea productivo y quien lo ejecute lo haga para 'ganarse la vida', está en alguna medida gobernado 'por la necesidad, no por la finalidad', se ejecuta a causa de una necesidad y no en vista de un bien; y, luego de admitir que las compulsiones que se derivan (del medio social) y aún de la propia naturaleza biológica del hombre, es claro que limitan y condicionan esa libertad*, refiere las posiciones de Freud, Comte y Proudhon y cita especialmente al joven Marx –el de los *Manuscritos económicos y filosóficos de 1844*- para recordar el señalamiento de éste en el sentido de que *el trabajo no es la satisfacción de una necesidad, sino un medio para satisfacer otras necesidades, todo trabajo en general, en este sentido, no es voluntario sino forzoso, y de ahí que cuando no haya una compulsión física o de otra naturaleza se lo evite como la peste* (Ver ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 46 y 84/85).

⁴⁰ A menos que se valore positivamente la opción por la muerte, la mendicidad o el delito.

⁴¹ Cuando expresaba que ... *el especial interés del Derecho del Trabajo radica en que se trata del trabajo 'dependiente'. La dependencia es el gran problema del Derecho del Trabajo. Hace mucho tiempo que se ha observado tal cuestión y se sigue aún considerando por gran parte de la doctrina científica de nuestros días. La relación que liga al trabajador con su empresario no es sólo una pura relación obligacional. No pertenece al Derecho de obligaciones. Es, ante todo, una relación de poder. Pertenece al Derecho de las personas. La dependencia del trabajador es por ello no sólo una dependencia económica, social o técnica, que sólo sea un hecho que no concierna al Derecho. La dependencia del trabajador es una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se apartan, sin embargo, de los puros efectos jurídicos obligacionales. Pensemos en el poder de mando del empresario. Ningún acreedor puede dar órdenes al deudor. El Derecho de obligaciones no conoce el deber de obediencia del deudor. Nadie duda, sin embargo, que el empresario puede dar órdenes al trabajador y que éste tiene la obligación de obedecer. Esa sumisión aclara que en el mundo del trabajo el empresario no sólo tiene un derecho como acreedor, a la manera obligacional, sino un derecho de poder, de carácter jurídico personal. Pensemos en la apropiación directa del producto del trabajo del obrero, por el empresario. ¿Cómo se puede explicar esta atribución al empresario del producto del trabajo?. Desde luego, no cabe una explicación obligacional. Sólo se explica por esa relación jurídica de poder que junta en una unidad jurídica al empresario y al trabajador, y cuyo titular es el primero. ... El trabajo dependiente no es un trabajo que el trabajador se preste a sí mismo y a la colectividad. La dependencia supone un trabajo que se presta a una persona privada. En el trabajo dependiente, el hombre que trabaja está mediatizado. Está alienado de sí y del todo. El trabajo, que en el estado natural del hombre es una función social o individual, en el estado de dependencia es una función ajena y función de un ajeno. Con esto se plantea para el Derecho del Trabajo el problema de la libertad humana ...* (SINZHEIMER, Hugo, *La esencia del derecho del trabajo*, en SINZHEIMER, Hugo, *Crisis económica y derecho del trabajo; cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 67 y ss., esp. pág. 75/76. En términos similares se expresa en *El hombre en el derecho del trabajo* y en *El problema del hombre en el derecho*, estudios éstos incluidos en la misma recopilación, especialmente en las páginas 81/82 y 109/110, respectivamente).

⁴² También von GIERKE afirmaba que *El contrato de servicios actual coincide en su contenido con el contrato del más viejo derecho alemán precisamente en el hecho de que fundamenta una relación personal de señorío. Esto es así porque obliga a una parte a una actividad personal en beneficio de las necesidades y fines de la parte contraria, poniendo a las partes en relación de servidor y señor. El hecho de que la legislación moderna evite esta denominación, no significa que la cuestión haya desaparecido del ordenamiento jurídico, de la misma manera que no puede desaparecer de la vida. La relación de señorío, naturalmente, puede ser de muy diversa consistencia y duración. De todos modos, no falta nunca. Y crece en extensión y firmeza en la medida en que el servicio*

típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno; se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida como 'contrato de trabajo'⁴³.

Aún cuando no se acompañe a KAHN-FREUND cuando pone en cuestión la existencia de un verdadero *contrato de trabajo*⁴⁴, no puede desconocerse que, sumada a la *necesidad* – de la remuneración-, la inevitable *sumisión* a los poderes del empleador que implica el vínculo laboral dependiente, no es compatible con el *acuerdo libre de voluntades* y el *intercambio de concesiones recíprocas* que supone un *contrato*⁴⁵.

En rigor, si bien esta posición subordinada puede tener una primera explicación en la *necesidad de trabajar* para otro, es la *ajenidad en los frutos* que tipifica al vínculo laboral lo que da fundamento lógico y jurídico a la posición de supremacía del empleador⁴⁶.

De este modo, la anticipada apropiación de los frutos del trabajo, y el consecuente derecho a definir el contenido y la oportunidad de producción de éstos, lleva a que se reconozca al empleador sobre su trabajador dependiente una *tríada de poderes* que, al tiempo que se *legitiman recíprocamente*, también se *limitan en cascada*.

aceptado constituye un contenido vital profesional del mismo, porque absorbe en forma total o principalmente la actividad productiva del obligado (von GIERKE, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 37/38).

43 KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y derecho*, MTSS, Madrid, 1987, pág. 52, quien también agrega que *Los recursos del capital no pueden ser utilizados por nadie (ya se trate de una entidad privada o pública) sin ejercer un poder de mando sobre personas. Esto es una afirmación obvia o, al menos, debería serlo. ... No puede haber relación de trabajo sin un poder de mandar y un deber de obedecer, es decir, sin este elemento de subordinación en el que los juristas correctamente ven la nota fundamental del 'contrato de trabajo'* (Idem, pág. 52/53). Y en términos similares se expresa ahora Supiot cuando señala que *en todos los países industriales en que se ha desarrollado, la relación de trabajo se ha definido –y continúa siéndolo- como una relación en que uno puede mandar y otro ha de obedecer. Es decir: que la cuestión del poder se halla en el corazón mismo del derecho del trabajo. La subordinación del trabajador, que sirve para caracterizar al contrato de trabajo, es más que un simple criterio técnico de clasificación: es la piedra angular de un derecho que tiene como objeto esencial enmarcar el ejercicio del poder que confiere a una persona sobre otra* (SUPIOT, A. *Crítica ... (cit.)*, pág. 133/134).

44 Cuestionamiento que debe enmarcarse, también, en el contexto de la llamada concepción *germánica* de la relación de trabajo.

45 Y también Supiot observa que *Mientras que en el contrato civil la voluntad se compromete, en la relación de trabajo la misma se somete. El compromiso manifiesta la libertad. La sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador, en tanto que sujeto de derecho, desaparece del horizonte del derecho civil desde que el mismo entra en la empresa, para dejar paso a un sujeto 'tout court' sometido al poder normativo del empresario. El derecho del trabajo ha tenido y tiene siempre por primera razón de ser la de paliar esta falta, es decir, la de 'civilizar' el poder empresarial, dotándolo de un cuadro jurídico de ejercicio. Este encuadre ha significado al mismo tiempo –irreductible ambivalencia del derecho- una legalización y una limitación de dicho poder* (SUPIOT, Alain, *¿Por qué un derecho del trabajo?*, en Documentación Laboral, N° 39, 1993-1, pág. 11 y ss., esp. pág. 19), conceptos que reitera en *Crítica ... (cit.)*, pág. 147.

46 *La ajenidad en los frutos que caracteriza el trabajo por cuenta ajena, que lo define realmente, trae como consecuencia la sujeción del trabajador a las órdenes del adquirente en cuanto a qué frutos deben ser producidos, y en cuanto a cómo, dónde y cuándo deben producirse los mismos. En el caso usual hoy de frutos complejos, resultado de trabajos en cooperación, aquella potestad se extiende a lo necesario para la coordinación de la producción de cada trabajador con la de los restantes. Es éste el sentido en el que la ajenidad de suyo implica una dependencia del trabajador, o en el que el trabajo por cuenta ajena es un trabajo dependiente* (ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 39).

El trabajador queda así sometido al *poder* del empleador de *organizar* la actividad productiva en su empresa, de *dirigir* la actividad personal que cada uno de sus dependientes deberá desarrollar en el marco de aquélla y de *sancionar* los incumplimientos de éstos en la ejecución de esa labor.

Claro queda así que, aunque por vía legislativa o convencional o, aún, *contractual*, se contemple la existencia de *derechos* y *deberes* de cada una de las partes, el reconocimiento a sólo una de ellas –el empleador- de un poder personal sobre la otra –el trabajador- no sólo quiebra la lógica contractual sino, antes aún, evidencia la severa limitación que implica el vínculo laboral dependiente para la libertad del que trabaja.

Y esta limitación se torna más evidente a poco que se examina el modo de ejercicio de los dos poderes que suponen *sumisión personal directa* del trabajador⁴⁷: el de *dirección* y el *disciplinario*.

En orden al primero, no puede dejar de observarse que, así como el trabajador debe cumplir con sus obligaciones en los términos pactados –o establecidos por las normas legales y convencionales-, y no tiene ninguna posibilidad de alterar su débito, ya que ello podría configurar un *incumplimiento*, es en cambio al empleador a quien se da la facultad de introducir unilateralmente modificaciones en esa conducta personal insustituible, *siempre que ello responda a las necesidades de la producción*.

En estos términos, y aunque con los límites que le imponga cada ordenamiento positivo⁴⁸, el *ius variandi* es una facultad que se reconoce exclusivamente al empleador en función de las necesidades de la producción –esto es, *de sus propias necesidades*-, lo que lleva a que, en los términos en los que queda trabado el vínculo laboral, el trabajador en ningún caso pueda modificar esa limitación a su libertad que supone el compromiso de trabajo personal insustituible, y sea en cambio el empleador quien sí esté habilitado para imponérsela cuando él/lo necesite de cara a la generación de los frutos anticipadamente cedidos por aquél.

La subordinación al *poder de dirección* del empleador, que éste podrá ejercer en función de las necesidades de la empresa –que, en realidad, son las *suyas*- implica así una gran indeterminación⁴⁹ inicial en el contenido de la prestación del trabajador. Y, en todo caso, la

⁴⁷ El poder de *organización* sólo se proyecta *indirectamente* sobre la conducta del trabajador.

⁴⁸ Por ejemplo, los que surgen del artículo 66 de la LCT (t.o.) argentina o el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en España o, en Uruguay, las que se desprenden de los criterios jurisprudenciales (Sobre el *ius variandi* en Uruguay, ver ERMIDA URIARTE, Oscar, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Hammurabi, Buenos Aires, 1988).

⁴⁹ Observa Supiot que ... *el vínculo de subordinación es incompatible con la exigencia de una 'determinación precisa de la obligación' del trabajador. Como subrayaba Paul Durand 'el poder de dirección permite al empresario utilizar la fuerza de trabajo del trabajador para servir a los intereses de la empresa. En efecto, el contrato de trabajo pone al trabajador a disposición del empresario: la obligación del trabajador comporta, en general, una gran indeterminación. Este poder imprime a las relaciones de trabajo su marca distintiva. En los otros contratos, el acreedor sólo fija, de acuerdo con el deudor, el objeto de la obligación. En el contrato de trabajo, el empresario adquiere un poder de dirección continuo sobre la actividad del trabajador durante la ejecución del*

sujeción de esa indeterminación a los límites –legales, convencionales o jurisprudenciales- del *ius variandi*, no hace sino confirmar la indefinición inicial. Pero tal limitación, de todos modos, y en cuanto deja siempre abierta, en favor del empleador, la posibilidad de precisar el contenido de la prestación laboral de acuerdo con las necesidades de la empresa, se traduce en una adicional limitación de la libertad del trabajador⁵⁰, de contornos igualmente inciertos, que no se agota en el marco de la relación de trabajo.

En efecto, la restricción de la libertad es *interna* y *externa*, porque así como al interior de la relación de trabajo se manifiesta en la sumisión directa a los poderes del empleador durante el *tiempo de trabajo*, esa misma sumisión y, aún, la posibilidad de que el contenido de la prestación sea modificada, condicionan la libertad de organizar los *otros tiempos* personales del trabajador, y que son los de la vida familiar, la cultura, el ocio, etc.

Este condicionamiento de *la vida* del trabajador –y de su familia-, que es una consecuencia *normal* de las relaciones de trabajo *normales*⁵¹, se potencia en los supuestos de excepción tales como los de trabajo nocturno o en turnos rotativos⁵² o cuando la contratación es temporaria o sin estabilidad⁵³.

Y es a partir de la observación del marco *real* en el que se ejerce el *poder de dirección* como corresponde valorar la trascendencia que asume ese otro poder exclusivo del empleador, cuyo uso debería ser funcional a aquél, pero que, como todo poder, no está exento de la arbitrariedad, y que es el *poder disciplinario*.

Debe advertirse aquí que, normalmente, el control que se ejerce sobre el poder disciplinario no es previo sino posterior a su ejercicio por el empleador y, también generalmente, con efecto *devolutivo*.

Esto es, al modo de las obligaciones tributarias frente al Estado, y en contra de las reglas del derecho penal, el trabajador debe cumplir su *pena* aún cuando la *sentencia de condena* –

contrato (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 144. La referencia a Paul Durand corresponde a DURAND, P. et JOUSSAUD, R., *Traité du droit du travail*, Dalloz, Paris, 1947, t. 1, N° 352, pág. 430).

50 El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad autónoma, en someterla a la de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones concretas que deberá cumplir durante la ejecución del contrato. El poder patronal es tanto más grande cuanto más grande es este margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 145)

51 Sobre el condicionamiento de la *vida personal* del trabajador por su *vida laboral*, resulta ilustrativa la observación de Sennet sobre un caso real –de un trabajador al que identifica como *Rico*-, cuando relata: *El aspecto fugaz de la amistad y de la comunidad local constituyen el fondo de la más aguda de las preocupaciones íntimas de Rico: su familia. "Llegamos a casa a las siete, preparamos la cena, tratamos de que nos quede una hora para ayudar a los niños con los deberes, y luego nos dedicamos a nuestro papeleo". Cuando las cosas se ponen duras en su consultoría durante meses enteros "casi ya no sé quienes son mis hijos". Le preocupa también la frecuente anarquía en la que se hunde su familia, y le preocupa no ocuparse lo suficiente de sus hijos, cuyas necesidades no pueden programarse para que se adapten a las exigencias de su trabajo* (SENNETT, Richard, *La corrosión del carácter; las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*. Anagrama, Barcelona, 2000, pág. 19).

52 Aún cuando la vida familiar se adapte a la presencia y la participación de la mujer o el hombre en horarios que varían todas las semanas, no es imaginable la planificación de actividades culturales, de capacitación o recreativas en *turnos rotativos*.

53 Situaciones éstas en las que lo único que tiene la nota de *permanencia* es el *temor* a perder el empleo y, con éste, el salario.

dictada por el empleador- no esté *firme*. Tal suerte de *solve et repete* vale no sólo para las *suspensiones* sino aún para la *pena de muerte* del contrato, como lo es el *despido disciplinario*, cuya revisión judicial, salvo en los excepcionales supuestos de *estabilidad absoluta*, apenas dará derecho al trabajador a una tardía reparación económica, usualmente *tarifada*.

El *poder disciplinario* prevalece así sobre la regla de *continuidad* y sobre la protección de la estabilidad en el empleo⁵⁴.

Esta eficacia operativa del poder disciplinario puede encontrar justificación en el hecho de que la postergación de las consecuencias de la sanción disciplinaria podría obstaculizar el ejercicio normal de los poderes de organización y dirección, a los que aquél debe ser funcional. La explicación, sin embargo, sin dejar de ser admisible, no le resta validez a la observación anterior, ni representa un impedimento real para la eventual aplicación de las sanciones en forma arbitraria⁵⁵.

La observación de las consecuencias de esta posición de supremacía del empleador, y la consecuente sumisión del trabajador, sumada a aquéllas razones –o, en todo caso, a la razón primera, que es la *necesidad* de obtener los medios materiales para su sustento-, obligan a recordar una vez más las palabras de Franklin Delano ROOSEVELT, cuando afirmaba que *la libertad*, además de libertad de creencias y de expresión, es *liberación del miedo y de la necesidad*⁵⁶.

Difícil resulta entonces disimular que el trabajo *por necesidad y subordinado*, esto es, *sometido a los poderes del empleador*, supone, para la persona que trabaja, una progresiva e inevitable *pérdida de libertad*, por lo que mal puede en consecuencia calificarse a la prestación personal del trabajador dependiente como una manifestación de *trabajo libre* -cuando menos sin hacer algunas reservas-.

Y es a esta situación a la que quiso dar respuesta el Derecho del Trabajo operando no sólo en el acotamiento de la libertad resignada sino, al mismo tiempo, compensando la reducción de libertades con *seguridades*⁵⁷.

⁵⁴ Lo que confirma, una vez más, que el llamado *principio de continuidad* no es tal, sino tan sólo un *medio técnico*.

⁵⁵ Resulta de todos modos interesante observar que la excepción al ejercicio irrestricto del poder disciplinario aparece en la tutela de los representantes sindicales. En este caso, sin embargo, el fundamento no debería buscarse en la preservación del derecho individual del trabajador, sino en la libertad sindical y en la protección de los intereses colectivos.

⁵⁶ Ver GORDON, Margaret S., *La política de seguridad social en los países industrializados; análisis comparativo*, MTSS, Madrid, 1990, PÁG. 19/20

⁵⁷ Así como el reconocimiento de que el trabajador *pretende salario* explica los mecanismos de tutela de su crédito y la preservación de sus ingresos cuando él está impedido de ganarlos por una causa que no le es imputable, la verificación de que subordina a otro su único patrimonio –que es él mismo y su capacidad de trabajo- a cambio de aquella retribución, da una doble razón –esto es, la posición jerárquica del empleador y la necesidad de preservación del cuerpo físico del trabajador- al cúmulo de obligaciones que se imponen al empleador relacionadas con la protección de las personas físicas que trabajan para él. Ver sobre esta cuestión SUPLOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 90 y ss. y también *Por qué un derecho del trabajo ... (cit.)*, pág. 17, donde afirma que *el derecho del trabajo procede*

III – EL DERECHO DEL TRABAJO COMO RESPUESTA TUTELAR

A. La respuesta inicial

De cara a ese mundo productivo de trabajadores y empleadores, la cultura humanista y liberal del siglo XIX, a partir de la convicción de que el *trabajo* –en cuanto prestación personal e inescindible de la persona que lo ejecuta- *no debe ser tratado como una mercancía*, comenzó la construcción de lo que hoy se conoce como *Derecho del Trabajo*.

El Derecho del Trabajo aparece así como una respuesta jurídica y normativa – originariamente de fuente estatal y luego también producto de la autonomía colectiva- que reconoce tanto la *falta de libertad* de quien *es contratado* –carencia que es a su vez consecuencia de su *necesidad económica*- como la *resignación de libertad* que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador. Y, a partir de tales reconocimientos, despliega una serie de reglas y diseña un conjunto de medios técnicos para poner límites tanto a las consecuencias de la posición de supremacía del empleador como a la resignación de libertad por el trabajador.

No es casual, así, el desarrollo -y la recurrente impugnación por los empleadores- que tuvo, junto a la técnica de mínimos y máximos, la protección de la *estabilidad en el empleo*, en la que no debe observarse solamente –ni tan siquiera principalmente- el mero propósito de evitar que el trabajador pierda la posibilidad de trabajar para otro. En efecto, la doble finalidad que subyace en el refuerzo de la estabilidad es poner una *barrera a la potencial prepotencia del empleador* y asegurar una *continuidad en los ingresos* del trabajador, dado que no es difícil advertir que, a *menor estabilidad*, menor *seguridad económica* y *menor libertad* para el trabajador.

En estos términos, el sujeto protegido por el derecho del trabajo necesariamente debía ser el *trabajador dependiente*, puesto que la *situación de dependencia*, al ser advertida, daba por cierta la *necesidad de protección*, puesto que permitía presumir tanto la necesidad económica como *la falta de libertad*.

Y así como era evidente el sujeto a proteger, no menos incuestionable era la persona frente a quien se la protegería, esto es, aquel que ejercía los poderes jerárquicos y que era de quien el trabajador pretendía percibir el salario: *su empleador*.

El mundo del trabajo en el que *trabajadores y empleadores* se desenvolvían tenía, entre otras, dos notas destacadas.

justamente de estas dos preguntas difíciles: ¿cómo garantizar la seguridad física de individuos sujetos a las constricciones de la producción? y ¿cómo conferir derechos a individuos sometidos a la voluntad de otro?.

La primera era que, salvo los supuestos en los que para evadir la aplicación de la normativa laboral el empleador buscaba disimular su condición de tal –simulación para la que también hubo que diseñar mecanismos de corrección-, en general no creaban dificultades mayores ni el reconocimiento de la relación de *dependencia* ni la *identificación del empleador*.

La segunda nota era el carácter absoluto y categórico de la inclusión o exclusión que producía la relación de dependencia, especialmente en su manifestación *jurídica*.

Hoy, sin embargo –y hace un tiempo ya-, aunque sigue existiendo un mundo en el que no hay dificultades para identificar a los trabajadores dependientes y a sus empleadores – ámbito éste en el que operan, o pueden operar, las reglas tradicionales-, aparece un cúmulo de situaciones en las que las personas que, por necesidad económica, trabajan y resignan porciones importantes de su libertad personal, no son fácilmente encuadrables en la figura del *trabajo dependiente*.

Al mismo tiempo, el beneficiario de esa prestación personal –y sin ingresar en las modalidades fraudulentas- no tiene con la persona que trabaja la relación jerárquica tradicional ni ejerce sobre ella la tríada de poderes que la caracteriza. Bien entendido que esto no supone, empero, que no exista una posición de supremacía o que la satisfacción de las necesidades del trabajador no *dependa* de decisiones exclusivas de ese otro sujeto que no llega a ser su *empleador*.

Tal novedad en los sujetos, sin embargo, y no obstante la reiteración de los supuestos de *necesidad* y *pérdida de libertad* en la persona que trabaja, se enfrenta con la persistencia de aquella segunda nota del Derecho del Trabajo, esto es, la *relación de dependencia* como estrecha y única puerta de entrada al ámbito de la protección. Puerta ésta que hoy opera así más como factor de exclusión que de inclusión, porque las diferentes vinculaciones entre los sujetos ya no pueden ser ubicadas en el marco fáctico sobre el que se diseñó la estructura protectora.

Pero así como las personas, al madurar, llegan a advertir que la verdad no suele estar en los extremos, también el todavía joven y lozano derecho del trabajo puede ingresar en su madurez, reconociendo que el *todo o nada* que provoca la exigencia de la *identificación de la relación de dependencia* ya no es una respuesta razonable a las nuevas manifestaciones de las necesidades de los trabajadores.

B. Los nuevos modos de trabajar

A diferencia de lo que suele decirse de los manicomios que bien se precien, en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo hoy no se produce la regla simétrica que individualiza a sus moradores, ya que la peculiaridad normalmente no radica en que *no son todos los que están* -

sin que esto ignore que algunos podrían no estar⁵⁸- y si, en cambio sucede cada vez con mayor frecuencia que *no están todos los que son*.

Así, si bien en algunos casos de trabajadores altamente calificados, por ejemplo, la tutela que les puede aportar en Derecho del Trabajo podría resultar superflua, la cuestión que hoy se plantea es la de las personas que trabajan que, necesítandola, quedan excluidas de tal protección.

Calificada como *crisis de abarcatividad*⁵⁹, *desenfoque*⁶⁰, *fuga de sujetos*⁶¹, etc., lo cierto es que ésta, si no la más urgente, seguramente es una de las cuestiones en torno de las cuales giran los debates que más angustian a los estudiosos y operadores del Derecho del Trabajo.

A partir de la tipología que se expone en el ya citado Documento Técnico de la OIT⁶², una primera aproximación permite señalar tres grandes grupos de situaciones:

- no aplicación de la legislación laboral
- incertidumbre en el ámbito de la legislación
- trabajo independiente en situación de dependencia

α) **No aplicación de la legislación laboral**

El primer grupo comprende a su vez dos grandes subgrupos: el *mero incumplimiento* y la *exclusión normativa*.

Ambos supuestos son reprochables, pero la diferencia fundamental reside en que mientras que el primero, amén de que no impide absolutamente la operatividad de la normativa laboral⁶³ y abre la posibilidad de aplicación de sanciones al empleador, el segundo, en cuanto es producto de una decisión gubernamental, apenas si merecerá una descalificación política, probablemente atenuada por la complicidad de los *no empleadores* beneficiados.

58 Como bien observan RODRÍGUEZ MANCINI y FONTANA en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge y FONTANA, Beatriz, *Sobre el objeto del derecho del trabajo; una perspectiva de cambio en los ámbitos del trabajo subordinado y autónomo*, en DT 2001-B, pág. 1065 y ss., esp. pág. 1072.

59 GOLDIN, Adrián, *Las fronteras de la dependencia*, en Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, setiembre 16-19, 2001, pág. 21 y ss., esp. pág. 35.

60 En la expresión utilizada en el Documento técnico de base preparado por el Departamento de Administración Pública y Legislación y Administración del Trabajo de la OIT (Ver: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (la relación de trabajo: ámbito personal)*, Ginebra, 15-19 de mayo de 2000, pág. 23 y ss.

61 CASTELLO, Alejandro, *De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral; una nueva tendencia de fines del siglo XX*, en Derecho Laboral (Montevideo), T. XLI, N° 190 (abril-junio 1998), pág. 293 y ss., esp. pág. 294.

62 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*

63 Y tal vez sólo suponga el fracaso circunstancial de su aplicación.

En este segundo subgrupo aparecen las que en Argentina también han dado lugar al enunciado de la peculiar figura del *trabajador vinculado por una relación no laboral* –en la expresión del artículo 2º, ap. 2, inc. c) de la Ley 24.557-, y que podría comprender a los *fleteros* –Ley 24.653, art. 4º, inc. h) y f)-, *pasantes*, *beneficiarios de programas de empleo* y, en algún momento, a los *aprendices*.

No deja de ser curioso, de todos modos, que la política gubernamental argentina de *promoción del empleo* con acciones diseñadas e instrumentadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social se apoye –como ocurre con los *programas de empleo*- en la privación de la protección del Derecho del Trabajo.

Por otra parte, y amén del acto normativo estatal, la exclusión de la regulación protectora puede ser producto también de la consolidación de un criterio jurisprudencial, como ocurrió en Argentina con los llamados *contratados* de la administración pública a partir del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *LEROUX DE EMEDE*⁶⁴ y que, si bien con una respuesta final diferente, en alguna medida fuera convalidada años después por el Alto Tribunal, aunque con otra integración, en el caso *RAMOS*⁶⁵.

β) **Incertidumbre en el ámbito personal de la legislación**

La riqueza de los debates actuales aparece en torno de los supuestos que se han dado en calificar como de *incertidumbre en el ámbito personal de la legislación*, y que comprende también dos grandes grupos de situaciones: el *encubrimiento de la relación de trabajo* y las *situaciones objetivamente ambiguas acerca de la condición de los trabajadores*, y que el ya referido Documento Técnico de la OIT describe como *desenfoque* de la legislación, en cuanto el trabajador queda *desplazado del ámbito de la norma*⁶⁶.

Para los supuestos de *encubrimiento*, en cuanto suponen una acción deliberada para eludir la aplicación de la legislación protectora, la respuesta, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero, suele ser normativa o jurisprudencial.

Distinto es el caso de la *ambigüedad objetiva* en las relaciones de trabajo, que es producto de los cambios en el modo de trabajar generados como consecuencia de la introducción de tecnología y de la organización de las empresas, y que, en la expresión de Goldín, suponen *nuevas formas de ejercicio del poder*⁶⁷.

La cuestión que aquí se plantea no es la de la *adaptación* del Derecho del Trabajo a un tipo de vinculación *parecida a las laborales* –aunque tal adaptación también podría

⁶⁴ CSJN, 30/4/91, *Leroux de Emedé, P. S. c/MCBA*.

⁶⁵ CSJN, 6/4/10, *Ramos, J.L. C/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) A.R.A.*

⁶⁶ Ver OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*, pág. 25 y ss.

⁶⁷ GOLDIN, A., *op. cit.*, pág. 30.

producirse, pero no es lo central en estos casos-, sino la de la redefinición de los requisitos para reconocer el ámbito de aplicación general de la normativa laboral.

De ahí la descripción como *reenfoque*, y que tiende a promover una jerarquización de las notas de la *dependencia económica* con desplazamiento de los requisitos de la dependencia jurídica⁶⁸.

χ) Trabajo independiente en condiciones de dependencia

El último supuesto, aunque tiene algún grado de parentesco con el anterior, no supone ya *identificar* al trabajador dependiente, sino reconocer la necesidad de protección en situaciones de trabajo que normalmente se califica como *autónomo*.

No hay así incorporación plena al ámbito de aplicación general del Derecho del Trabajo, sino *exportación* de algunas de sus reglas y mecanismos de protección.

Las figuras más conocidas en esta materia, que Supiot agrupa como *tertium gens* o *trabajo de tercer tipo*⁶⁹ entre el salariado y la independencia, son las que en Italia –a partir de la reforma del Código Procesal producida por la Ley 533/1973- aparecen como *parasubordinados* y en Alemania –en virtud de la sección 12^a de la Ley de 1974 sobre convenios colectivos- se califican como *cuasi asalariados*.

La expansión, inicialmente seductora, a partir del reconocimiento de una suerte de *vasallaje en la independencia*⁷⁰, no está exenta de críticas y reservas, tanto desde los sectores empresarios como de las organizaciones sindicales de trabajadores.

Los primeros reprochan la intromisión en cuestiones comerciales y económicas.

Los segundos temen, por ejemplo, la proliferación de estas figuras *menos laborales* en perjuicio de los trabajadores dependientes⁷¹.

C. La nueva apariencia del empleador

Desde la observación de la empresa, dos manifestaciones de ésta, a veces convergentes, operan para que la relación entre el trabajo y el capital, ya enrarecida por las dificultades para

⁶⁸ Así, por ejemplo, ALIMENTI, Jorgelina, *Hacia un reconocimiento de las técnicas jurídicas de protección del trabajo dependiente*, en TSS 2001, pág. 1028 y ss., GOLDIN, A., *op. cit.* y RODRIGUEZ MANCINI, J. y FONTANA, B., *op. cit.*, pág. 1065 y ss. y sus importantes referencias bibliográficas.

⁶⁹ SUPIOT, Alain, *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, Informe para el VIº Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia 13-17 de setiembre de 1999.

⁷⁰ SUPIOT, A., *Trabajo asalariado ... (cit.)*.

⁷¹ Ver ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ ALVAREZ, O., *Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación*; ponencia presentada en el IX Encuentro de Ex Becarios de Bologna, Barquisimeto, 14-16 octubre 2000.

identificar al trabajador, torne más improbable la aplicación de la normativa laboral tal como se la conoce hoy: la *empresa no empleadora* y la *empresa alejada*.

a) **El no empleador**

La primera causa de exclusión es simétrica a la negación de la condición de trabajador dependiente, lo que lleva a que quien recibe la prestación personal no sea considerado *empleador*.

Amén de los supuestos de evasión que, en rigor, sólo se traducen en la falta de aplicación de las normas laborales, pero no despojan al empleador de su condición de tal, sí suponen tal consecuencia la *deslaboralización normativa* y las contrataciones *no laborales*.

La primera, como se vio, suele ser producto de decisiones de política gubernamental o de criterios jurisprudenciales, y es obvio que si la norma es categórica en cuanto a que quien trabaja no es un *trabajador dependiente*, quien recibe su prestación mal podría ser considerado su *empleador*.

Dejando de lado, claro está, los supuestos de fraude, en los que *se viste de autónomo* al trabajador dependiente, el segundo grupo comprende a esas figuras ambiguas –también ya referidas–, en las que por la concurrencia de razones tecnológicas, de reestructuración, de mercado, o de temporalidad de la necesidad, la empresa apela a una contratación que, al respetar importantes esferas de libertad de quien trabaja (horario, lugar de trabajo, criterios técnicos, etc.), aún leída *en clave laboral*, hace dificultosa su inclusión en el ámbito de las relaciones reguladas por el Derecho del Trabajo.

b) **La empresa separada del trabajo**

En cuanto a la segunda manifestación, el abanico de figuras es tan amplio, que ya parece que fuera insuficiente el lenguaje español para describirlas, y es así como el género descentralización empresaria aparece desgranado en especies tales como terciarización, subcontratación, intermediación, filialización, franquiciado, outsourcing, etc.

Lo cierto es que, por razones técnicas o de mercado y competencia, las empresas hoy aparecen organizadas en dispersión, y las reglas tradicionales del Derecho del Trabajo, que contemplan tales supuestos con una finalidad fundamentalmente desalentadora o preventiva del fraude, ya no parecen proveer la respuesta adecuada para esa nueva realidad.

En los hechos, la segmentación de la actividad de la empresa lleva a una mediatización entre el trabajo –esto es, la persona que lo ejecuta– y el beneficiario de su prestación, lo que en muchos casos se traduce en que a mayor distancia del núcleo empresario menor sea el grado de protección del trabajador.

Esta externalización del trabajo puede obedecer a dos grandes grupos de razones que, según que se vinculen o no con exigencias operativas de la empresa, pueden ser calificadas como necesarias o ficticias.

Entre las primeras cabría incluir a las que responden a exigencias de la producción o de la competencia, y que Racciatti, sintetizando las categorías conceptuales de Coriat, Piore y Sabel, divide a su vez en dos tipos, que califica como de especialización flexible y de flexibilidad dinámica .

Ficticia es, en cambio, la estrategia empresaria que tiene como único propósito excluirse y excluir al trabajador del ámbito de aplicación de la normativa laboral, y que se si se ha difundido –más allá de lo imaginable-, es porque en muchos casos contó con la complicidad de un marco normativo y criterios jurisprudenciales que hacen prevalecer la eficacia económica –de las empresas- sobre la lógica de la protección del Derecho del Trabajo.

Ejemplo grotesco de esta externalización ficticia bien podrían ser los repositorios externos de los hipermercados en la Argentina.

Ficción ésta a la que no podría reprocharse falta de sinceridad ya que, en lo profundo, como expresa Naomi Klein con la dureza que arrastra toda ironía, a medida que los antiguos puestos de trabajo se trasladan al exterior, algo más se va con ellos: la anticuada idea de que el fabricante es responsable de sus empleados⁷².

De todos modos, necesaria o ficticia, sincera o falsa, la desconcentración se inscribe en un crescendo de demolición de las estructuras empresarias, cuyo núcleo queda cada vez más distanciado de la mayoría de las personas que trabajan para ellas, y que, en sus modelos extremos, ya no fabrican, no producen, no venden, y sólo *promocionan sus marcas*⁷³.

D. Actualidad y necesidad de adaptación del Derecho del Trabajo

Aunque con un diagnóstico extremo, observa Rolando MURGAS que *no se trata, como es fácil advertir, de que la naturaleza de las cosas haya cambiado; es que al legislador se le ocurrió dejar de proteger*⁷⁴.

⁷² KLEIN, Naomi, *No Logo; el poder de las marcas*, Ed. Paidós, Bs. As., 2001, pág. 240. Ver además todo el Capítulo 9, *La fábrica abandonada*.

⁷³ KLEIN, N., *No logo ... (cit.)*, pág. 237 y ss.

⁷⁴ MURGAS, Rolando, *Problemática actual del contrato individual de trabajo; la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente*, en Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, setiembre 16-19, 2001, pág. 39 y ss., esp. pág. 50.

La consecuencia visible de este nuevo *mundo del* trabajo es que lo que debía ser la excepción tiende a convertirse en regla: *empresas sin trabajadores y trabajadores sin empleadores*.

Cambió así la empresa y cambiaron los vínculos establecidos con las personas que trabajan para ellas.

No cambió, sin embargo, la *persona que trabaja*, no cambiaron las razones que la llevan a trabajar, no cambiaron sus carencias ni sus necesidades.

Es cierto, sí, que por una concurrencia de causas –como en los más graves siniestros laborales-, y en un abanico de situaciones, ya no es fácil reconocer la *dependencia jurídica*.

Sin embargo, una mirada diferente de la tradicional podría llevar a que se considere que si el Derecho del Trabajo jerarquizó a la *dependencia jurídica* como la clave de bóveda que permite el acceso a su ámbito de protección, ello también se debió a que esa *subordinación* permitía suponer la previa *necesidad* de quien no pudo elegir entre trabajar y no hacerlo, así como tampoco pudo optar entre hacerlo en forma autónoma o dependiente y, finalmente, entregó *libertad* a cambio de *salario*.

Por eso la *protección*. Y también por eso la *protección frente al empleador*, beneficiario de la prestación personal y titular de los poderes jerárquicos a los que se subordina el trabajador.

Pero el fundamento último del Derecho del Trabajo podría encontrarse –y allí es donde probablemente haya estado y está- en la *necesidad económica* que provoca la *dependencia económica* y que, a su vez, es la que lleva a la *dependencia jurídica*.

Dependencia económica que, al mismo tiempo, es manifestación y consecuencia de la falta de *independencia económica*. Porque *independiente* económicamente es la persona que puede financiar, con recursos propios o anticipados por terceros, no sólo su *actividad* sino, antes aún, su *inactividad* laboral. Y puede entonces elegir entre trabajar personalmente o no hacerlo. Opción ésta cuya ausencia obliga a *depender* de otro, que sólo va a satisfacer la *necesidad* –económica- si se compromete a cambio una prestación personal.

En estos términos, si bien la *necesidad* se traduce finalmente en una situación de *desigualdad* –primero negocial y luego en la posición en el vínculo laboral que se establece-, no sería tal *desigualdad* el fundamento final del Derecho del Trabajo⁷⁵, sino la ausencia de *libertad* al celebrar y ejecutar eso que, como observaba KAHN-FREUND, sólo por una aceptada ficción se ha acordado en llamar *contrato de trabajo*⁷⁶.

⁷⁵ Como se afirma en OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.* punto 91, pág. 13.

⁷⁶ KAHN-FREUND, O., *Trabajo y derecho...* (*cit.*), pág. 52.

Pero el cambio producido en la estructura de las empresas y, especialmente, el tipo de vínculo que éstas pretenden establecer con las personas que trabajan para ellas, parecen haber llevado también a la ruptura del que Racciatti califica como el *pacto implícito* del modelo fordista⁷⁷: *una parte reconoce la autoridad empresarial y su derecho de propiedad, de dirección y de organización; mientras la parte de los empleadores acepta integrarse en un esquema de promoción del bienestar de los trabajadores, en el cual el Estado juega un papel importante.*

Sin embargo, la observación de las personas que *trabajan para otro* muestra que, para ellas, si algo ha cambiado, no es la *necesidad de protección*, sino la respuesta normativa y social a esa necesidad.

Bien entendido que, como también se ha visto, y al margen de los supuestos de *evasión, encubrimiento y deslaborización*, las modificaciones en el trabajo y los cambios – cuando *necesarios*- en la organización de las empresas, están reclamando del Derecho del Trabajo su reconocimiento y la consecuente adecuación del *modo de proteger*.

La mutación de los sujetos tradicionales del Derecho del Trabajo y la consecuente evanescencia de la *relación de trabajo* en los términos en los que se la conoció a lo largo del siglo XX, reclama una recuperación de la reflexión acerca de la razón de ser y el ámbito personal de esta disciplina.

Frente al que el ya referido Documento Técnico de la OIT⁷⁸ califica como *desenfoque*, en la inteligencia de que se ha producido un desplazamiento fuera del ámbito de aplicación de la norma laboral del sujeto que debe ser protegido por ella, las mejores respuestas parecen ser las que propician poner el acento en la *dependencia económica*, antes que en la *jurídica*, para identificar al sujeto que necesita protección⁷⁹.

Sin la pretensión de introducir un debate sobre la técnica de la fotografía o la filmación, y a partir de una coincidencia tanto en la necesidad de un *reenfoque* como en la preferencia por la *dependencia económica* como factor de identificación, parece más adecuado hablar de un *cambio de óptica* antes que de una corrección del *desenfoque*.

Así, con la sustitución del *lente normal* por un *gran angular*, no será necesario desplazar el punto de enfoque –con las consecuentes nuevas exclusiones que esto provocaría⁸⁰- y sí, en cambio, se ampliará el campo enfocado.

⁷⁷ RACCIATTI, O., *op. cit.*, pág. 567.

⁷⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*, pág. 25/26.

⁷⁹ Ver por ejemplo GOLDÍN, O., *op. cit.*, ALIMENTI, J. *op. cit.* y RODRÍGUEZ MANCINI, J. y FONTANA, B., *op. cit.*.

⁸⁰ Y como se evidencia en el gráfico incluido en la página 26 de OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*

Esta propuesta de ampliar el campo enfocado –en lugar de desplazar el punto de enfoque–, que permitiría incorporar nuevos sujetos al ámbito personal del Derecho del Trabajo, abre las puertas al abordaje de un segundo problema, que también fue planteado ya por la doctrina, y que supone asumir el debate sobre la *diversificación de la protección*.

Raso nos propone su *teoría de los círculos*⁸¹ sucesivos y concéntricos con diferentes grados de tutela por el Derecho del Trabajo, pero con el complemento necesario de la Seguridad Social.

También a esta inteligente propuesta yo le introduciría una corrección, pues más que la idea de los *círculos* me atrae la de la *estrella irregular*, cuyos rayos de protección tendrán la extensión que reclamen las diferentes situaciones que, en un punto intermedio entre la individualización y la generalización extremas, podrían regularse.

De cara a las muy serias críticas que se han dirigido a una *segmentación tutelar* de la que previenen tanto GOLDÍN⁸² como ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ- que temen a una *migración interna* que lleve a los trabajadores a las franjas de menor protección⁸³-, podría aclararse, una vez más, que el primer condicionante para esta protección diferenciada será la calidad y precisión de la estructura normativa que la instrumente y, producida ésta, deberán operar los medios tradicionales de control administrativo, judicial y sindical. Y, además y especialmente, deberá tenerse presente la necesaria *complementación* que podrá aportar la *Seguridad Social*⁸⁴.

En cuanto a la *moderna* estructura organizativa de las empresas, que arroja a los trabajadores extramuros de su esfera de interés y preocupaciones, la respuesta también deberá buscarse distinguiendo las responsabilidades de contenido económico –y en esta materia la técnica de la *responsabilidad solidaria* no parece inadecuada- de las obligaciones relacionadas con el cumplimiento de la prestación del trabajador y los límites al ejercicio de los poderes jerárquicos por su titular directo –y tampoco aquí habría que imaginar demasiadas novedades-

⁸¹ RASO, Juan, *Derecho del trabajo, Seguridad Social y Relaciones Laborales: hacia una teoría de los círculos*, en *Derecho Laboral* (Montevideo), T. XLI, N° 190 (abril-junio 1998), pág. 583 y ss.

⁸² GOLDIN, A., *op. cit.*, pág. 34/35.

⁸³ ERMIDA URIARTE, O. y HERNANDEZ ALVAREZ, O., *op. cit.*

⁸⁴ También Casas Bahamonde considera que ... *la técnica de la aplicación parcial y diferenciada sustituiría a la de la aplicación completa y uniforme del ordenamiento jurídico laboral, o si se prefiere, social con integración del Derecho de la Seguridad Social o de la protección social, dependiente de la calificación formal del contrato como de trabajo. Sería preciso componer un nuevo conjunto normativo, internamente diferenciado, con la colaboración de la ley y de la negociación colectiva, a la que también correspondería protagonizar esa ampliación subjetiva del Derecho del Trabajo hacia el trabajo no subordinado o no mercantil*. Y afirma finalmente que *el pluralismo de la realidad socioeconómica no puede revestirse con un ropaje jurídico monolítico* (Ver CASAS BAHAMONDE, María Emilia, *Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo*, en ALARCÓN, Manuel R. y MIRÓN, María del Mar (coord.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 189 y ss., esp. pág. 206)

Pero tanto con relación a las cuestiones que giran en torno de las diferentes modalidades de *descentralización empresarial*, como en orden a la ampliación del *ámbito personal de la relación de trabajo*, y según ya quedó insinuado, no basta con pensar desde el *Derecho del Trabajo*, porque en estas materias mucho es lo que tiene para decir la *Seguridad Social*.

El diseño protector deberá integrar, en una relación de complementación, los instrumentos del Derecho del Trabajo y los de la Seguridad Social.

Así, desde el reconocimiento del vínculo laboral y la relación de dependencia, podrían operar las reglas de mínimos y máximos del derecho del trabajo –con la necesaria adecuación a las peculiaridades de cada vinculación, como siempre-, los derechos y deberes relacionados con la protección de la integridad psicofísica del trabajador, la limitación a los poderes de quien efectivamente los ejerza y su responsabilidad económica directa.

Y a medida que se verifique el alejamiento de esa órbita nuclear de subordinación, la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones –para satisfacer las necesidades de los trabajadores- podrá desplazarse hacia las instituciones e instrumentos de la Seguridad Social.

Esta migración tutelar podrá comprender así, por ejemplo, la pérdida de ingresos por incapacidad temporaria o permanente, sea por causa laboral o ajena a ella, las vacaciones remuneradas, la situación de desempleo, etc.

También el sistema de *fondos de garantía* –tan desarrollado en Europa como ignorado en América Latina- podría no sólo liberar al trabajador del riesgo de insolvencia de su empleador sino, además, complementar –o sustituir- la responsabilidad solidaria de la empresa *descentralizada*.

Debe empero señalarse y destacarse –como seguramente ya se habrá advertido- que, en rigor, todo esto no remite a un debate *técnico*, sino *axiológico*.

Pues, en lo profundo, esto no supone hablar solamente de *protección de las personas que trabajan* sino, antes aún, de *distribución equitativa de la riqueza* y de la función del *Estado*, gestor excluyente del instrumento de política social que debe garantizarla.

Y esto es así porque *Seguridad Social* no es la *negación de la solidaridad* –como lo proponen e instrumentan los Sistemas Privados de Jubilaciones y Pensiones-, ni un *negocio corporativo* –como ocurre en la Argentina con el sistema de obras sociales-, ni la atribución de *responsabilidad individual al empleador con la imposición de un seguro obligatorio en una empresa privada con fin de lucro* –como lo es también en nuestro país el sistema de la Ley sobre Riesgos del Trabajo-.

No. No es eso.

Seguridad Social es solidaridad.

Y la *Seguridad Social* supone un *Estado protagonista y responsable*.

IV – EL CAMINO TRAZADO

Una vez más es orientador recordar a Italo CALVINO cuando enseñaba que

La memoria sólo cuenta verdaderamente –para los individuos, las colectividades, las civilizaciones- si reúne la impronta del pasado y el proyecto del futuro, si permite hacer sin olvidar lo que se quería hacer, devenir sin dejar de ser, ser sin dejar de devenir⁸⁵.

Mucho ha cambiado el mundo del trabajo, y es tan probable como deseable que las transformaciones no sólo no se detengan sino, antes bien, se aceleren.

La tarea que ahora se reclama al jurista laboral es la de leer adecuada y desprejuiciadamente esa nueva realidad que hoy le presenta –y mañana habrá de agregar- nuevos trabajadores y nuevos empleadores, muchos de ellos con novedosas apariencias y vinculados entre sí por relaciones también diferentes o, cuando menos, ya no tan sencillas y evidentes como aquellas que se trababan entre los sujetos que conocieron los orígenes y el desarrollo del Derecho del Trabajo a lo largo de casi todo el siglo XX.

La preservación de los valores humanistas que subyacen en el derecho laboral, no es compatible, sin embargo, con posiciones o actitudes nostálgicas que pretendan conservar o recuperar mecanismos protectores de las personas que trabajan ya obsoletos e inadecuados para las nuevas realidades.

Pero, al mismo tiempo, esa actualidad real no debe ser la excusa que pretenda justificar la inversión de la *lógica de la protección*, que es el signo de identidad del Derecho del Trabajo.

El desafío es, entonces, imaginar los instrumentos que, adecuando y combinando los institutos del Derecho del Trabajo y los de la Seguridad Social⁸⁶, permitan diseñar un modelo social que tienda a que el trabajo sea la consecuencia de un acto de *libertad* –y ya no de *necesidad*- de los seres humanos. Y, en el tránsito hacia ese objetivo ideal, habrá que pensar de qué manera el progreso tecnológico y una más equitativa distribución de la riqueza podrían incorporar progresivamente porciones de libertad en la vida de las personas que trabajan, para

⁸⁵ CALVINO, Italo, *Por qué leer a los clásicos*, Tusquets, Barcelona, 1997, pág. 22/23.

⁸⁶ Y, una vez más, es también Supiot quien observa que *El derecho laboral ha sido, con la seguridad social, la gran invención jurídica (del siglo XX) y sus planteamientos generales ... no han perdido ni un ápice de vigencia. Únicamente habrá que adaptarlos de manera continua al cambio socioeconómico, sin dejar de referirlos a los valores que constituyen sus cimientos* (Ver: SUPIOT, Alain, *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*, en Revista Internacional del Trabajo, vol. 115 (1996), N° 6, pág. 657 y ss., esp. 667)

lograr que sea ésta la que condicione el modo de trabajar y no, como ocurre en estos días –y en particular en los suburbios de occidente-, que la relación causal sea la inversa⁸⁷.

Así, el reconocimiento de los fundamentos, la razón de ser y las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo permitirán ese ideal de progreso que supone evolucionar sin perder identidad y, simétricamente, conservar la identidad sin renunciar a la evolución.

Bien entendido que, aún acordando sobre estas premisas fundamentales –acuerdo que en la Argentina, por el momento, no parece simple-, para empezar a andar el camino de la expansión y la reformulación de la protección, será necesario superar arraigados *desencuentros axiológico*.

87 La aspiración puede ser, así, por ejemplo, como lo expresa Casas Bahamonde, *la realización del trabajo elegido en el tiempo elegido, y la acomodación del tiempo de trabajo a quien lo realiza (y no al revés)* (Ver CASAS BAHAMONDE, M. E., *op.cit.*, pág. 207)

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD SINDICAL Y SU PROTECCIÓN: UNA MIRADA DESDE EL CONVENIO 87 DE LA OIT

Por Prof. Dr. Jorge Rosenbaum Rimolo

THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF ASSOCIATION AND ITS PROTECTION: A VIEW FROM THE PERSPECTIVE OF ILO CONVENTION 87

By Prof. Dr. Jorge Rosenbaum Rimolo¹

Resumen

Constituyendo la libertad sindical el principio central sobre el que se estructura el Derecho Colectivo del Trabajo, sus proyecciones involucran elementos esenciales como el concepto de libertad y su importancia para las personas, su consagración como derecho humano fundamental y su carácter innato en todo sistema democrático de organización de las sociedades. Por ello, excede la condición de un simple derecho y en la construcción dogmática de la disciplina, ocupa un espacio que lo diferencia del simple derecho de asociación, no resultando suficiente la mera consagración abstracta del mismo en el plano normativo, sin el soporte de garantías para su efectividad, así como de un control y tutela adecuada respecto de la observancia en la práctica que requiere toda libertad sindical. En el plano internacional, la acción de la OIT debe enfrentar distintos déficits, entre los cuales es posible apreciar durante la última década, cierto inmovilismo de la CAECR debido a los cuestionamientos del sector empleador y de algunos gobiernos, vinculados con el derecho de huelga como expresión de la

¹ Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República (ret); Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay; Miembro Correspondiente de la Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

libertad sindical consagrada por el Convenio Internacional 87. El reciente sometimiento del diferendo a la Corte Internacional de Justicia procura obtener una interpretación auténtica sobre si el objeto, el fin y la aplicación práctica observada en su funcionamiento durante años, confirman o no, la inherencia de este derecho al sentido amplio de la libertad sindical consagrada por aquella Convención Internacional.

Abstract

Since freedom of association is the central principle on which Collective Labor Law is structured, its projections involve essential elements such as the concept of freedom and its importance for persons, its consecration as a fundamental human right and its innate character in any democratic system of organization of societies. For this reason, it exceeds the condition of a simple right and in the dogmatic construction of the discipline, it occupies a space that differentiates it from the simple right of association. The mere abstract consecration at the normative level is not sufficient, without the support of guarantees for its effectiveness, as well as adequate control and protection with respect to the observance in practice that freedom of association requires. At the international level, the ILO's action has to face various shortcomings, among which it is possible to appreciate during the last decade, a certain immobility of the CEACR due to the questioning of the employer sector and some governments, linked to the right to strike as an expression of the freedom of association enshrined in International Convention 87. The recent submission of the dispute to the International Court of Justice seeks to obtain an authentic interpretation as to whether or not the object, purpose and practical application observed in its operation for years, confirm or not the inherence of this right with the broad meaning of freedom of association enshrined in that International Convention.

Palabras clave: Autarquía. Autonomía colectiva. Autotutela. CEACR. Convenio Internacional 87. Corte Internacional de Justicia. Derecho colectivo. Derecho de asociación. Derecho de sindicalización. Derechos fundamentales del hombre. Garantías de efectividad. Huelga. Interpretación. Libertad sindical. OIT. Sindicatos. Sistemas democráticos.

Key words: Autarchy. Collective autonomy. Self-tutelage. CEACR. International Convention 87. International Court of Justice. Collective law. Right of association. Right to organize unions. Fundamental human rights. Guarantees of effectiveness. Strike. Interpretation. Freedom of association. ILO. Trade unions. Democratic systems.

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD SINDICAL Y SU PROTECCIÓN: UNA MIRADA DESDE EL CONVENIO 87 DE LA OIT

Por Prof. Dr. Jorge Rosenbaum Rimolo

1. Introducción

El derecho a la libertad sindical y su protección, constituye un principio fundamental sobre el que se asienta el Derecho Colectivo del Trabajo para desenvolver relaciones laborales auténticamente democráticas en las sociedades contemporáneas.

Renovar el análisis de este principio, siempre es trascendental, especialmente luego de transcurridas más de siete décadas de la efectiva entrada en vigor del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (CIT 87), aprobado en la Conferencia de la OIT de 1948. Hecho que se produjo el 4 de julio de 1950, cuando se obtuvieron las dos ratificaciones necesarias para su vigencia objetiva (Reino Unido y Dinamarca). El Convenio cuenta al presente con 158 ratificaciones, de modo que, si se consiguieran 29 ratificaciones más, tendríamos un Convenio perfecto.²

Es importante destacar que, en el continente americano, todos los Estados han acogido el Convenio, salvo dos excepciones (que no son menores, por tratarse de países de la importancia de EE UU y Brasil). En el mundo tampoco lo han hecho otras dos potencias que, como India y China, poseen las poblaciones más numerosas, a las que se agrega Irán.

De todos modos, al adoptarse en 1998 la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, todos los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización en cuanto a respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que se enuncian en la misma. Y encabezando este elenco, se enuncian –precisamente- la libertad de asociación y la libertad sindical.

² VILLASMIL, Humberto, Conversatorio LLM en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Tema: “Convenio 87 de la OIT sobre Libertad Sindical: balance a los 70 años de su aprobación”, 6 de julio de 2020.

En suma, desde los pasos primigenios para consagrar a nivel internacional los derechos de libertad de asociación y de libertad sindical, recorrido éste que estuvo signado por conquistas progresivas y no exentas de dificultades, la civilización ha alcanzado un estadio en el que convivimos con un principio cuyo derecho sustancial posibilita y garantiza –como lo señala la OIT- la participación efectiva de los actores no estatales en la política económica y social, al tiempo que constituye el núcleo del estado de derecho de las sociedades que respetan auténticos valores democráticos individuales y colectivos.

Con estos datos introductorios, estamos en condiciones de plantear y responder algunas preguntas sobre lo que entendemos que conforman las principales ideas conceptuales sobre la libertad sindical y el derecho de sindicalización.

2. ¿Cuáles han sido las proyecciones más trascendentes involucradas por la libertad sindical?

Evocar la libertad sindical como derecho, involucra una serie de consecuencias trascendentes, que precisaremos a continuación.

2.1. Cuando se aborda el instituto, hablamos de libertad.

No es casual que la libertad sindical constituya una noción íntimamente vinculada al concepto más amplio y general de libertad, una condición inherente a la esencia de la persona. O mejor dicho aún, un valor consustancial a lo que conocemos como humanidad y que, como tal, posee una trascendencia permanente, en tanto se proyecta más allá de los límites del espacio y de los tiempos. ¿Por qué? Porque se trata de una cualidad de la vida, que le permite al individuo coexistir en sociedad “conforme a su condición humana”.

Rescatamos un pensamiento de la Iglesia Católica para conceptualizar la idea de que el hombre es una criatura indisponible: *“La teoría de los derechos humanos se fundamenta precisamente en la consideración del hecho que el hombre, a diferencia de los animales y de las cosas, no puede ser sometido al dominio de nadie”*.³

El valor de la libertad ha sido un objetivo que estuvo y estará presente a lo largo de toda la historia, constituyendo el fundamento de muchísimos acontecimientos políticos y sociales. ¡Cuántos hechos históricos relevamos en los que –precisamente- la libertad ha sido la bandera, el combustible del espíritu, el *leit motiv* de la movilización de las personas para cambiar el estado de cosas, alcanzar o recuperar los principios, valores e instituciones democráticas! Se

³ JUAN PABLO II, Encíclica *“Evangelium vitae: Sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana”*, Santa Sede, Vaticano, marzo de 1995.

trata de un estado de la razón y la voluntad que se internaliza en cada persona, pero se corporiza a través de la vida en la comunidad.

2.2. La libertad sindical encarna hoy día un derecho fundamental porque forma parte de los derechos humanos.

La libertad sindical ha pasado a integrar las bases conceptuales de la conciencia universal de nuestro tiempo. Aunque –bueno es reconocerlo- no siempre fue así: pensemos en la esclavitud, en el servilismo, en la colonización, e incluso en los inicios de nuestros procesos de formación como naciones independientes.

La propia Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 no garantizó la libertad general de asociación. Las Leyes le Chapelier en Francia (consagrando el delito de coalición y de huelga) y las Combination Acts en Inglaterra (penalizando la unión de trabajadores), cerraban los espacios para la libertad asociativa y/o sindical. Como suele expresarse, le correspondió al pueblo en las calles y al movimiento obrero en lucha, conquistar tras un largo proceso de enfrentamientos, esos derechos. Lo que demuestra incluso –como bien lo destaca Lastra- que la libertad sindical pudo vivir sin el reconocimiento de la libertad más general de asociación.⁴ Mantero expresa que la incorporación de la libertad sindical como derecho fundamental, se produce en medio de una profunda transformación del concepto mismo sobre un “derecho humano fundamental, centrado en el trabajo”.⁵ Este proceso está ligado -al menos- con dos grandes transformaciones: de un lado, el reconocimiento de las derechos sociales; por el otro, de un derecho que no es del hombre aislado, sino interactuando en un conjunto de personas.

2.3. Además, en el ámbito laboral, la libertad sindical constituye una proyección de primer orden de los derechos fundamentales del hombre.

En primer lugar, así sucede respecto de los derechos civiles y políticos (llamados de primera generación, propios del capitalismo liberal) y luego, de los derechos económicos, sociales y culturales (calificados como de segunda generación, que advienen con el estado social de derecho en la Segunda pos Guerra).

La importancia que adquiere esta condición está dada porque estos derechos se proyectan y desarrollan dentro de la relación de trabajo, en ambos niveles: el individual y el colectivo. Permítaseme señalar algo que se repite como una expresión de uso corriente, pero

⁴ LASTRA, Juan Manuel, “*La libertad sindical*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 98, UNAM, 2000.

⁵ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, *Derecho Sindical*, FCU, 2ª. edición, Montevideo, 2004, pág. 83.

que refuerza la conceptualización del instituto; me refiero a la interdependencia muy estrecha que existe entre los “derechos sindicales” (que están implícitos en el principio de libertad sindical) y muchos otros derechos humanos fundamentales (diríamos, la mayoría de ellos). De allí que no resulte posible el desenvolvimiento y desarrollo de la libertad sindical, sin la pre existencia efectiva de los demás derechos del hombre; pero también sucede lo mismo a la inversa.⁶

En esta misma dirección, cabe preguntarse si la libertad sindical es un derecho “autosuficiente”, porque, por un lado, para existir plenamente, requiere de otras libertades civiles y políticas, pero por el otro, condiciona la plenitud de los restantes derechos individuales. De ese modo, parece claro que no tendrían sentido el derecho de reunión o el derecho de libre expresión, si no se permitiese –entre otros- su manifestación a través del ejercicio del derecho a la libertad sindical (la actuación congregada del gremio y la voz del colectivo, sólo por ejemplificar estas dos hipótesis).

Con acierto, se atribuye a Verdier el haber afirmado que “la libertad de acción de que pueden gozar en la realidad las organizaciones sindicales, está ligada estrechamente a la medida en que las libertades públicas son efectivamente reconocidas”.⁷ En la doctrina uruguaya, Sarthou ratifica similar idea, al calificar el carácter complejo que asume esta libertad, en tanto para existir, requiere la “instrumentalidad” de otras libertades, civiles y políticas.⁸ De allí que se describa a la libertad como un “derecho bisagra”, en tanto se vincula a los derechos civiles y políticos, así como también lo dijéramos antes, a los derechos económicos, sociales y culturales.⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en asunto “Lagos del Campo vs. Perú, fallo emitido en noviembre de 2017), expone dos planos de proyección de los derechos fundamentales: el de “*la interdependencia*” y el de la “*indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí*”. Se subraya que se trata de derechos “*exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello*”, es decir, los Estados que deben resguardar, garantizar y efectivizar el desenvolvimiento de esas libertades.¹⁰

⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar (en colaboración con Alfredo Villavicencio), *Sindicatos en libertad sindical*, Lima, 3a. edición, 1991.

⁷ VERDIER, Jean-Maurice, “*Quelques reflexions sur les problèmes poses par les dispositions de l'avant-projet de Constitution espagnole relatives aux syndicats et au droit syndical*”, Sevilla, 1978.

⁸ SARTHOU, Helios, *Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical, Trabajo, derecho y sociedad, Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo*, vol. 2, FCU, Montevideo, 2004.

⁹ CIOSL/ORIT, *La Política de la CIOSL/ORIT para Derechos Humanos y Sindicales*, Asunción, 1999, pág.10.

¹⁰ Véase: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

En suma, sintetizaremos lo analizado transcribiendo palabras de Ermida Uriarte: “*La libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un requisito o condición de posesión y ejercicio de otros derechos. Usando una expresión a la moda, podría decirse que es “un derecho para tener derechos”, un derecho generador o creador de otros derechos*”¹¹.

2.4. Por eso -como adelantamos- la libertad sindical constituye el común denominador de los sistemas democráticos.

En los regímenes democráticos y pluralistas, se constata la existencia del principio de libertad sindical, a tal grado que reiteradamente se indica que ha pasado a conformar una variable de medición de la “efectividad” de la democracia en cada país, observándose como disvalores, -p. ej.- “los condicionamientos y la falta de controles para garantizar el disfrute de una libre afiliación sindical”.¹² Y ello es así porque se trata de un “componente esencial de toda sociedad pluralista y justa”.¹³

Ha de entenderse que un Estado de derecho está fundamentado en el principio de la legalidad, es decir, en la primacía de la ley sobre la voluntad de cualquier poder o voluntad política.¹⁴ Su faceta política constituye un elemento que rescata Baylos, indicando que “en la medida en que su reconocimiento efectivo en un país determinado, condiciona el carácter democrático del régimen político del mismo. La presencia institucional del sindicato, su garantía por los órganos judiciales y la legislación promocional de las facultades de organización constituyen el test definitivo para calificar a una sociedad como democrática”.¹⁵

Ciertamente, no debemos limitarnos a una mirada estrecha, ya que parece muy necesario detenerse a pensar la democracia en relación con el mundo del trabajo, preguntándonos si se agota en el reconocimiento del pluralismo político simplemente. Creemos que no es suficiente; la misma supone la actuación –además de los partidos políticos- de los sindicatos, como grupos intermedios entre la sociedad en su conjunto y los individuos que forman parte de aquella. Grupos que fortalecen a los actores más débiles, los que, a través de su actuación colectiva, pueden oponer un contrapeso a los intereses y al poder económico,

¹¹ ERMIDA URIARTE, Oscar, “*Crítica de la Libertad Sindical*”, revista Derecho Laboral N° 242, abril – junio 2011, Montevideo, Uruguay.

¹² ALARCON OLGUIN, Víctor, “*Libertad y democracia*”, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática N° 18, Instituto Nacional Electoral INE, México, 2008.

¹³ GIUZIO, Graciela, “*Protección, promoción y reglamentación de la libertad sindical en el Uruguay actual*”, Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR, N° 23, Montevideo, 2004.

¹⁴ TEZANOS, José Félix, “*Qué es democracia y qué no es democracia*”, Nueva Tribuna, 01.10.2017, España.

¹⁵ BAYLOS, Antonio, “*La libertad sindical en el mundo. Nuevos aspectos y problemas antiguos*”, Blog, 01.11.2019.

social y político.¹⁶ Porque quienes trabajan subordinadamente para obtener su sustento, se encuentran en una posición de desequilibrio real que el Derecho del Trabajo procura compensar. Por un lado, lo hace interviniendo legislativamente, cuando dicta normas protectoras, que limitan los poderes unilaterales del empleador, pero a la vez consagra niveles mínimos de suficiencia respecto de las necesidades económicas, sociales, de vida y salud. Para ello impone un salario mínimo y vital, restringe la jornada, obliga a descansar, genera seguridades contra la siniestralidad en el trabajo, etc.

Pero además de esa vertiente, la fenomenología social encausa otras vías, en el ámbito de la autonomía colectiva; sencillamente expresado, a través del grupo (la coalición, la unión, el gremio, la asociación, el sindicato), se propicia una distribución más equitativa de cuotas partes del poder social para crear y mejorar derechos y beneficios.

Por eso se justifica el breve pero descriptivo titular que empleara el ex Director General de la OIT, Francis Blanchard, en su Informe: “No hay libertad sin sindicatos libres”.¹⁷ A tal punto esto es así, que la libertad sindical conforma un eje central de los Estados sociales de derecho, en los que se han generado espacios para el desenvolvimiento pluralista y democrático de las relaciones laborales. Más aún; es posible hablar de una triple función democratizadora del sindicalismo: como elemento perfeccionador de la democracia formal, volviéndola más pluralista; como elemento constitutivo de la democracia material; y como elemento que extiende cuantitativa y cualitativamente las tutelas y avances del propio Derecho del Trabajo. Todo ello fundamenta el fin promotor del sindicalismo bajo el eje conductor del principio de libertad sindical en las relaciones colectivas de trabajo.

Ahora bien: se puede teorizar, se pueden evocar análisis doctrinarios, se puede conceptualizar filosóficamente. Pero pensemos por un minuto en la realidad de los hechos. La vida cotidiana confirma incontestablemente que, cuando se producen rupturas democráticas, la libertad sindical es una de las primeras libertades agraviadas.

¹⁶ Como señala Alain Supiot, “*la invención del Estado social ha garantizado la solidez de los regímenes democráticos frente a las dictaduras al combinar la representación política con la representación social. A diferencia de la democracia política, que confiere el poder a una mayoría electoral de individuos formalmente iguales, la democracia social permite expresar la diversidad de experiencias de la realidad que pueden tener las distintas categorías de la población*” (El despertar normativo de la OIT, Le Monde, 05.01.2024).

¹⁷ BLANCHARD, Francis, OIT, Ginebra, 1980.

3. ¿Qué rol juega la libertad sindical en la construcción dogmática del Derecho del trabajo?

3.1. La importancia de la libertad sindical concebida como principio más que como un simple derecho.

No resulta inopinado que hablemos de “principio de libertad sindical”; por el contrario, se trata de una elección consciente que efectuamos respecto del enunciado, puesto que refleja una corriente del pensamiento ius laboralista –con la que nos identificamos- según la cual, el instituto constituye la columna vertebral sobre la que se arma, respalda, estructura y anima el Derecho Colectivo del Trabajo¹⁸.

Estimamos que no existe otro principio más importante que el de la libertad sindical, para sustentar el funcionamiento dinámico de las relaciones colectivas de trabajo.

Es en torno a la libertad sindical que gira su reconocida estructura triangular, basada en el sindicato, la huelga y el convenio colectivo. O, para referirnos con mayor precisión, con los derechos a la auto-constitución, auto-organización y/o autarquía de las organizaciones sindicales, así como con las inter relaciones de conflicto para su auto tutela, y de negociación para la auto regulación normativa basada en la autonomía colectiva.

Es más; en nuestra opinión, el orden normativo laboral tiene un marcado, inevitable y necesario origen colectivo y autonómico, proceso que distingue al Derecho del Trabajo por su carácter extra étático.¹⁹ Entendemos que las normas constitucionales, legales e infra legales (de menor nivel), vienen –en realidad- a complementar aquellas regulaciones, a llenar los vacíos generados por las mismas, o a regular sectores, actividades y universos subjetivos no alcanzados por el desarrollo de los fenómenos colectivos. Este proceso convierte a las normas típicamente heterónomas (como el convenio colectivo), en una “legislación” (en el sentido más amplio del término) sobre mínimos imperativos (pisos), que traduce, desde el surgimiento de la disciplina, el interés de la sociedad en su conjunto (orden público) y los fines protectores que el Estado ha de priorizar en su condición de administrador, legislador y juez.

Por eso, más que un desgajamiento del Derecho común, el nacimiento del Derecho del Trabajo representa -en nuestro pensamiento-, la evolución autónoma (originaria) de una realidad social diferente, conformadora de la semilla de generación de un ordenamiento propio, que germinó y creció más allá y por fuera del Derecho Civil y Comercial.

¹⁸ Adjetivos extraídos de las enseñanzas de Américo Plá Rodríguez, cuando reflexiona sobre el valor de los principios del Derecho del Trabajo en general ("Actualidad de los principios del derecho laboral", La Justicia Uruguaya, Doctrina, N° 40).

¹⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, tomo I, vol. 1, Montevideo, Uruguay.

Sus notas tipificantes le resultan inherentes; aún la figura jurídica del denominado “contrato de trabajo” (que no es más que un intento de aproximación entre el Derecho del Trabajo –disciplina que regula relaciones sociales- y el Derecho privado común –disciplina que regula relaciones económicas-), no constituye una transformación del arrendamiento de obra o de servicios, sino la juridización de un vínculo laboral muy diferente (sustentado en la relación de trabajo libre, subordinado, por cuenta ajena y asalariado).²⁰ La relación de trabajo no encarna siquiera un contrato “de” o “por adhesión”; estas explicaciones constituyen entelequias que se alejan de la realidad, ya que aquella relación representa un “no-contrato” y está determinada por una situación de hecho, sin espacios para el libre consentimiento, que dura mientras subsista la misma (el trabajo como hecho).²¹

3.2. La construcción dogmática de la disciplina.

3.2.1. Un Derecho laboral conformado por dos sendas.²²

En anteriores análisis, tratamos de interpretar ese recorrido “a doble pista”, describiendo las vías a través de las cuales circula el Derecho del Trabajo; más concretamente las que corresponden al derecho individual y las que signan el desplazamiento del derecho colectivo

El trabajo está bajo la protección especial de la ley, como lo prescribe la Constitución uruguaya, pero también lo recogen casi todas las Cartas latinoamericanas. Así en Argentina, según el art. 14 bis dispone que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las

²⁰ Empleamos el neologismo “juridización” para traducir la tendencia de las sociedades modernas a generar un aumento del derecho, según Habermas, a través de la regulación del derecho de nuevos asuntos sociales.

²¹ Entre la vastedad de desarrollos sobre el tópico, puede verse: Fernando Suárez González, “*El origen contractual de la relación jurídica de trabajo*”, Cuadernos de política social, N° 48, México, 1960; Antonio Ojeda Avilés, “*La genealogía del contrato de trabajo*”, Revista española de derecho del trabajo No. 135, Civitas, España, 2007.

²² Según Américo Plá Rodríguez, “*Derecho individual y derecho colectivo del trabajo son simplemente distintas sendas para recorrer el mismo itinerario*” (Los Principios del Derecho del Trabajo, Depalma, 3a. edición, Buenos Aires, 1998, pág. 44).

garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

3.2.2. Diferencias entre derecho de asociación y derecho de sindicalización.

Una de las características que presenta el CIT 87, constituye un apartamiento respecto de lo enunciado en la Constitución de la OIT de 1919, donde no se hablaba de la libertad sindical como un derecho bifronte. En efecto, si se analizan los textos fundamentales constitutivos de la OIT, puede observarse que el Preámbulo de su Constitución incluye el reconocimiento del principio de libertad sindical como requisito indispensable para la paz y armonía universales, mientras que la Declaración de Filadelfia de 1944 señala que la libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso constante.

En realidad, le correspondió al CIT 87 consagrar la libertad de constituir sindicatos y también la libertad de constituir asociaciones patronales por parte de los empleadores.

Sin embargo, no podemos caer en confusiones, ya que pese a esta consideración mancomunada de la libertad para los trabajadores y la libertad como derecho de los empleadores, en su esencia, la libertad sindical va mucho más allá del derecho asociativo. Se trata –como lo indica Villavicencio- de un “complejo derecho”, principalmente colectivo y de actividad.²³ O, si se prefiere, siguiendo la definición de Ermida Uriarte, un auténtico medio - abarcativo de un haz o abanico de derechos- del que han de valerse los trabajadores para así ejercer otros derechos.²⁴

En consecuencia, la libertad sindical adquiere la característica de ser un derecho autónomo, independiente del derecho de asociación y por ello uno de los elementos identificadores de esta condición es, a vía de ejemplo, la “independencia genética del sindicato respecto del Estado”. De allí que podamos decir que una de las reglas de la libertad constitutiva, sea la necesaria condición de autenticidad de la organización; en otras palabras, la organización no puede ni debe ser creada por el Estado. La auto conformación del sindicato

²³ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: OIT-Plades, 2010.

²⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar, cit. en nota 11

por parte de los trabajadores, en el pleno usufructo y ejercicio de su libertad, constituye la justificación inherente de la libertad sindical (lo que calificamos como “autarquía sindical”).²⁵

Otro tanto sucede respecto de la independencia con relación a los empleadores y de allí que podamos decir que la libertad sindical está sujeta a una regla adicional, identificada como su condición de pureza. No se concibe la existencia del sindicato conformado por afiliados trabajadores y por afiliados o partícipes empleadores en mancomunidad, imbricándose en un mismo grupo. Por el contrario, la libertad sindical genuinamente lo que comporta es la unicidad del interés colectivo de los trabajadores, representado a través de la organización así constituida.

También expresa Ermida Uriarte que, mientras el derecho de asociación es uno de los clásicos derechos individuales, la libertad sindical es caracterizada como el más connotado derecho colectivo y social. Sucede que algunos derechos fundamentales -como la libertad sindical-, poseen esa característica que los identifica, los disgrega e independiza de la asociación.²⁶

Por eso, y sin perjuicio de reconocer que existen opiniones contrarias, no compartimos la idea de que la libertad sindical es simplemente una especie del género más amplio del derecho de asociación, trasladado al ámbito colectivo del mundo del trabajo. Baste simplemente con entender que ninguna asociación, de cualquier naturaleza que no sea la de la estructura contemporánea del sindicato, tiene la potestad de celebrar acuerdos que, como los convenios colectivos, poseen un alcance “erga omnes”, es decir, resultan oponibles a terceros que ni siquiera son sus afiliados. Tampoco se les reconoce una capacidad de auto tutela de sus intereses a través del ejercicio del conflicto y la causación de un daño que, curiosamente, resulta reconocido como legítimo por el derecho.²⁷

3.3. Insuficiencias de una descripción abstracta y conceptual de la libertad sindical.

En la realidad viva de la sociedad, la libertad sindical desborda los derechos meramente constitutivos (o asociativos). Nos referimos a nuestra libertad –como la de todos los trabajadores- para fundar sindicatos; nuestro derecho a afiliarnos; la facultad del sindicato para darse sus estatutos u obtener personería jurídica; etc.

²⁵ ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, *Curso de Legislación y Relaciones Industriales*, Sexta parte. Derecho Colectivo, Libertad sindical, Fuero sindical, Sindicatos (módulo I), Plataforma EVA de la Facultad de Ingeniería, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, 2010.

²⁶ Oscar Ermida Uriarte en comentario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

²⁷ SARTHOU, Helios, Rasgos ontológicos generales..., cit.

Por el contrario, la libertad sindical es un derecho “viviente”, que por inherencia brinda soporte a la actividad sindical. De allí que, para un desenvolvimiento efectivo de las relaciones colectivas de trabajo, se exija una correlación entre determinados medios o instrumentos colectivos y los fines que conlleva la libertad sindical.

¿Cómo se explica esto? Respondiendo una pregunta sencilla: ¿para qué sirve un sindicato?

Como lo expresa la OIT en sus documentos técnicos, el sindicato se crea para la defensa y promoción de sus derechos e intereses legítimos. Por eso debe contar con mecanismos de acción (auto tutela), lo que Villasmil denomina los “medios de acción directa que el derecho juridiza (al reconocer, p. ej., el derecho de huelga).²⁸ En otras palabras, contar con vías de ejercicio de su lucha, de sus reivindicaciones y de sus protestas, de forma que las organizaciones sean capaces de efectivizar la protección de los derechos e intereses de los trabajadores, lograr el progreso de sus derechos y beneficios y resguardar el cumplimiento de las normas. Por eso, De Buen caracteriza como un elemento indefectible la “función equilibradora de la huelga” como expresión omnicompreensiva de tales medios de acción. Más aún, Ermida Uriarte amplía el concepto y las modalidades de su ejercicio de manera que este derecho pueda seguir cumpliendo dicha función en un contexto de transformaciones como el contemporáneo.²⁹

La auto tutela propia de la libertad sindical permite transformar las relaciones de fuerza en relaciones de derecho, al reconocérsele al sindicato la capacidad de creación normativa (autonomía colectiva), lo que representa su función productora de normas. Capacidad ésta que Giugni describe como de auto regulación de los intereses privados entre grupos contrapuestos.³⁰ En concordancia, Baylos enseña que una de las funciones que se cumplen a través de esta autonomía colectiva, es la de limitar y condicionar la libertad de empresa respecto de la contratación individual.³¹ De allí que el convenio colectivo así generado, es la regla que habrá de regir las condiciones de los contratos individuales de trabajo, pasando a conformar una auténtica “ley entre las partes” (empleador y sus trabajadores).

Los elementos señalados admiten ser representados gráficamente, describiendo –con palabras sencillas- cuáles son las formas a través de las cuales se inter relaciona o actúa el sindicato: a veces lo hace conflictuando, otras veces negociando, o –más comúnmente- llevando adelante ambas acciones a la vez. Inter relaciones de conflicto y negociación que se

²⁸ VILLASMIL, Humberto, “*Fundamentos de derecho sindical venezolano*”, Univ. Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.

²⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar, *La flexibilización de la huelga*. FCU, Montevideo, 1999, pág. 32

³⁰ GIUGNI, Gino, Introducción al estudio de la autonomía colectiva (traducc.), Comares, Madrid, 2004

³¹ BAYLOS, Antonio, *Derecho del trabajo: un modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991

suman, claro está, a otras variadas actividades complementarias, de diferente naturaleza e importancia –obras sociales, formativas, culturales, de asesoramiento, etc.).

3.4. Sobre la efectividad del derecho.

Complementando el panorama antes expuesto, en cualquier concepción auténticamente democrática de la sociedad, allí donde imperan el estado de derecho y las libertades públicas y donde se reconocen las funciones que cumplen las organizaciones intermedias –como lo son los sindicatos que representan el interés colectivo de los trabajadores-, se torna exigible la implementación efectiva de **garantías de efectividad** para esa actuación colectiva.

Se trata del componente “inmunitario” o tuitivo del que habla Carballo, que exige instituir procedimientos, mecanismos asegurativos.³² Tapia reivindica el reforzamiento de la libertad sindical a través de normas represivas de las conductas antisindicales, sea que se trate o no de trabajadores amparados por el fuero sindical.³³

Y ello se logra a través de la formulación de “**normas de cierre**” (calificación que emplea Sanguinetti), lo que constituye una razón o fundamento esencial para que la libertad sindical se concrete, obtenga materialidad, convierta sus fines en sustancia. De otro modo, nuestra percepción es la de que permaneceremos en un estadio discursivo de los enunciados programáticos, lo que suena muy seductor, pero al fin de cuentas, no reciben aplicación y sirven para poco o para nada en la vida real.³⁴

En general se reconoce que la sola inclusión de preceptos de carácter sustantivo, no siempre constituye un elemento suficiente para lograr que la realidad dinámica de los hechos, se adecue a las previsiones de las propias normas jurídicas. Y ello resulta mucho más notorio y manifiesto en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, al menos en términos comparativos con otras disciplinas. El motivo que da fundamento a esta observación reside en un hecho innegable: la presencia de frecuentes **disfuncionalidades, patologías y conductas o prácticas anómicas** en el funcionamiento de los sistemas comparados de relaciones laborales.

Para la OIT, la efectividad de la libertad sindical exige un entorno propicio y para que el mismo sea logrado, se requieren una serie de circunstancias favorecedoras, entra las cuales

³² CARBALLO MENA, César, “*La libertad sindical como derecho fundamental*”, AA.VV., Anales del 8º Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Isla Margarita, Venezuela, 2015.

³³ TAPIA, Francisco, *Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, págs. 187-189.

³⁴ SANGUINETI, Wilfredo, *Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto ley 25.596)*, Conferencia en el Colegio de Abogados de Arequipa dictada el 18.08.1992.

destacan la existencia de instituciones que faciliten la negociación colectiva y traten los conflictos eventuales; una administración del trabajo que sea eficaz; organizaciones de trabajadores y de empleadores representativas; un marco legislativo que brinde la protección jurídica normativa con las garantías necesarias a tal fin. Eso lo sabemos, ya que algunos países, como ocurriera en Uruguay, demoraron en concretar de modo más eficiente la consagración instrumental de garantías apropiadas, siendo recién al sancionarse la Ley N° 17.940 recién en 2006 que se instituyó un procedimiento con el fin de concretar la reinstalación en casos de vulneración del derecho.³⁵

De allí que no puede obviarse que los gobiernos han de desempeñar un papel capital; eso es lo que precisamente vino a recoger el CIT 98, incorporando un año después de sancionado el CIT 87, mandatos claros y explícitos en materia de tutela de la libertad sindical. Como expresa la norma internacional, “...deberán crearse organismos adecuados...para garantizar el respeto al derecho de sindicación” (art. 3); “...los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” (art. 1); “... las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia” (art. 2).

Este tópico presenta particular relevancia si lo contextualizamos en la región, por la persistencia de prácticas lesivas, “debido al predominio de una cultura democrática deficiente, que circunscribe la democracia y la participación a los procesos políticos, pero que las limita severamente en los ámbitos social y económico. La libertad sindical y el sindicalismo, como expresiones del pluralismo y como vías hacia la democratización social y económica, no suelen contar con el reconocimiento y la aceptación estatal y empresarial necesarios. De esta forma, aunque los derechos sindicales aparezcan consagrados en casi todas las Constituciones americanas y en los convenios de la OIT, en la realidad, su efectividad está severamente restringida en muchas empresas o sectores de actividad, y muchos gobiernos niegan a las organizaciones sindicales el desarrollo del rol institucional que están llamadas a desplegar en un sistema auténticamente democrático”.³⁶

Concluiremos señalando que, en definitiva, se comprueba lo que Ermida Uriarte entendía que es un epifenómeno de Latinoamérica, es decir, la brecha –siempre presente– entre realidad y derecho.³⁷ Porque en efecto, **no asistimos a un déficit normativo, sino más bien a un déficit de cumplimiento de las normas.** Ello nos recuerda la descriptiva caracterización de Barbagelata, para quien el Derecho del Trabajo sufre la “tara de inanidad”,

³⁵ RASO DELGUE, Juan, “*Impacto de la ley de fuero sindical en las relaciones colectivas de trabajo*”, Revista de Derecho y Tribunales, N° 1, Montevideo, junio de 2006.

³⁶ OIT, La importancia de la libertad sindical en las Américas, Lima, 2009.

³⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar, Crítica y Comunicación. Las relaciones de trabajo en América Latina, OIT, Lima, 1999.

entendiéndose por tal "la que arrastra el derecho positivo reconocido como tal -estudiado y hasta elogiado como tal- pero que, a vista y paciencia de todos (incluso en algunos casos, de las autoridades internacionales), no se aplica, ni nadie espera razonablemente que se aplique".³⁸

4. ¿La libertad sindical se ve menoscabada cuando no se garantizan, con un debido control externo, el ejercicio de medios adecuados de auto tutela?

4.1 Algunos déficits que plantea el contexto contemporáneo respecto de la acción de la OIT.

En la última década, asistimos a un contexto controversial con relación a la legitimidad o no del control del respeto de la libertad sindical por los órganos de la OIT, muy particularmente en el contexto del ejercicio, por los trabajadores, de medidas colectivas de acción y de presión. En otras palabras, el debate ha sido puesto sobre la mesa y gira en torno al conflicto como medio de acción para la auto tutela de los intereses colectivos de los trabajadores en el marco del principio de libertad sindical.

Esta situación viene provocada a raíz de la postura que adoptara el sector empleador a partir del año 2012, cuando se controvirtieron las competencias de contralor de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). En realidad, se trata de un tema de vieja data que efectivamente se formalizó ante la protesta de la Organización Internacional de Empleadores respecto del Informe General sobre el CIT 87 que ese año debía formular el órgano de contralor. Durante la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de 2012, el Grupo de Empleadores hizo pública su negativa a aceptar una lista de 25 países que serían examinados por la CEACR, todos inclusivos de algún caso relativo o vinculado al derecho de huelga.

Filosóficamente, a partir de ese hito temporal, los empleadores asumen la posición de negar que el derecho de huelga se encuentre implícitamente reconocido por el CIT 87, por lo que –se dice– no existe a nivel internacional ningún derecho a la huelga acordado a través de un Convenio de OIT. En consecuencia, formalmente consideran inaceptable que la CEACR siga ampliando y definiendo el derecho de huelga y la aplicación de este derecho en base al CIT 87, lo que invalidaría cualquier tipo de interpretación o creación de obligaciones jurídicas que a ese respecto este órgano de control pueda generar.³⁹

³⁸ BARBAGELATA, Héctor-Hugo, "Sobre el derecho del trabajo y sus fuentes", Simposio del Derecho del Trabajo, Madrid 1978, pág. 84.

³⁹ Documento de la OIE del año 2014: "*Los Convenios 87 Y 98 de la OIT no reconocen el derecho de huelga - ni los constituyentes tripartitos pretendieron incluir este derecho en el proceso de la creación ni en la adopción de los instrumentos*".
(https://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe_documents/publications/Policy%20Areas/international_labour_

Comentando este debate en la OIT, Baylos vincula su origen a las patronales del Reino Unido, USA y Alemania, propuesta que acogiera luego el grupo empleador, para desligar de la protección del CIT 87, el reconocimiento del derecho de huelga.⁴⁰

4.2. El inmovilismo de la CAECR en cuestionamientos vinculados con el ejercicio del derecho de huelga provoca un escoramiento del tripartismo de la OIT.

Comencemos citando una afirmación de Raso Delgue que resulta axiomática: la importancia del rol de la OIT en la cuestión de la libertad sindical se proyecta en los controles sobre el cumplimiento de las normas internacionales.⁴¹

Como lógica e inevitable consecuencia, asumimos que el papel y la eficiencia de la OIT se han visto severamente socavados en una cuestión central para los sistemas de relaciones colectivas de trabajo, por lo que hemos tenido ocasión de opinar que, en cierto modo, este avance empresarial en el seno de la OIT, ha escorado el tripartismo sobre el que está estructurada la organización.⁴²

Obsérvese que, en la siguiente Conferencia del año 2013, el Director General hizo expresa referencia, en dos párrafos de su informe, a esta situación crítica. Transcribimos sus expresiones: *112. En segundo lugar, en esta coyuntura poco prometedora, en la reunión de la Conferencia del pasado año surgió, o volvió a surgir, una controversia de suma importancia cuyas consecuencias inmediatas y sin precedentes fueron impedir que la Comisión de Aplicación de Normas completase su labor. Este hecho por sí sólo es motivo de gran preocupación y debería unir a todos los mandantes en la determinación común de permitir a la Comisión finalizar satisfactoriamente su labor en la reunión de este año. De lo contrario, se corre un verdadero peligro de causar daños irreparables al sistema de control. 113. Lo que está en juego no es sólo la cuestión del «derecho de huelga», que fue el desencadenante inmediato de la controversia sino, desde una perspectiva más amplia, el mandato y la competencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la cuestión de qué se podría razonablemente hacer en caso de desacuerdo con la opinión de los expertos sobre el significado y la aplicación de los convenios.*

Se trata de un asunto que aporta por primera vez –y tras 60 años de estar vigente el CIT 87- un manto de duda y perplejidad jurídica, que –en nuestra opinión- ha generado un

standards/ES/_2014-10_08__IOE__Nota_de_la_OIE_sobre_el_derecho_de_huelga_en_los_Convenios_87_y_98_con_glosario.pdf).

⁴⁰ Blog de Antonio BAYLOS, Libertad sindical y derecho de huelga, 15.02.2015.

⁴¹ RASO DELGUE, Juan, AA.VV., El Centenario de la OIT y la legislación laboral uruguaya. Cap. III: Libertad sindical, OIT, IMPO, 2019, pág. 63.

⁴² ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, Conversatorio LLM en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Tema: “Convenio 87 de la OIT sobre Libertad Sindical: balance a los 70 años de su aprobación”, 06.07.2020.

inmovilismo de la OIT, ya que parece clara la existencia de cierto grado de inacción de sus órganos de control de cumplimiento, en materias concernidas por la huelga en el mundo.⁴³

En efecto, existen muchos países (de Europa y Latinoamérica principalmente) en los que las organizaciones sindicales -que en algunos casos no son poderosas o que recelan respecto del tratamiento que los gobiernos hacen respecto de sus acciones reivindicativas o de protesta- son las que suelen recurrir a los mecanismos de la queja o la reclamación por violación de las normas frente a la huelga y lo hacen basándose en la Constitución de la OIT y en el CIT 87. Se aprecia que temas como la huelga de funcionarios públicos, limitaciones que suelen imponerse respecto de servicios esenciales, acciones antisindicales por represalias hacia huelguistas, empleo de la fuerza pública, y otras de análogas características, dejaron de tener respuesta en la CEACR. No debe olvidarse que la Comisión de Aplicación de Normas, que es un órgano de integración política, es el que recibe los dictámenes de la CEACR, y ha quedado bloqueada por los empleadores, con la complacencia de algunos gobiernos francamente autoritarios, que no quieren someterse al control de los órganos de la OIT.

4.3. Apertura de la instancia interpretativa de la Corte Internacional de Justicia.

Sin embargo, no se ha soslayado que la Constitución de la OIT contiene una norma, su artículo 37, que prevé que “todas las dificultades de interpretación de sus convenios serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia”.

Es por ello que, logrando destrabar fuertes oposiciones, finalmente el Consejo de Administración de la OIT logró someter el diferendo a aquel órgano internacional alternativo, decisión que pudo adoptarse recién el 11 de noviembre de 2023.

Esta instancia ante la Corte Internacional, torna plausible la expectativa de que el órgano convalide la tradicional interpretación de la Comisión de Expertos, la que, a través de numerosos dictámenes, señala que la prohibición o limitación excesiva del derecho a ejercer la huelga, resulta incompatible con la libertad sindical, tal como se la define en el CIT 87. En otras palabras, resulta esperable que el CIT 87 sea interpretado atendiendo a su objeto y a su fin y teniendo en cuenta la práctica ulterior en su aplicación, criterios que emergen del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, abriendo la expectativa de una solución acorde con la inherencia de este derecho al sentido amplio de la libertad sindical.

⁴³ Pero a esto debemos agregar objetivamente que desde la sanción del CIT 189 en el año 2011 y hasta la aprobación del CIT 190 en 2019, transcurrieron 8 años sin que se aprobara ningún Convenio Internacional. Sólo se ha alcanzado consenso para emitir Recomendaciones, nada más ni nada menos que sobre temas cruciales, como los pisos de protección social, el trabajo forzoso o el combate a la informalidad. Lo que, además y a nuestro entender, se enlaza con el fallido Convenio Internacional sobre la relación de trabajo.

5. Consideraciones finales.

A modo de consideraciones finales, comenzamos por señalar que no debe omitirse que la efectividad de la libertad sindical para alcanzar altos grados de vigencia práctica, no depende enteramente del ordenamiento jurídico, sino que se trata de un derecho expuesto a soportar las alternancias de índole político, económico, y social propias de las realidades cambiantes, lo que demanda una especial atención y tutela de ciertas condiciones básicas para su sostén y supervivencia. Ese es el común denominador de todos los sistemas de relaciones laborales en el marco de su dinámica y de sus propias contradicciones.

Pese a esta constatación, no es posible perder de vista que la libertad sindical adquiere una particular relevancia institucional por tratarse, a nuestro entender, del principio cardinal en torno al cual giran las manifestaciones esenciales de las relaciones colectivas de trabajo: la libertad de constitución de organizaciones por todos los trabajadores, sin excepciones y de resguardo de la autarquía sindical; la atribución de un amplio reconocimiento para la generación de normas jurídicas que regulen las condiciones de trabajo, salariales, de empleo, así como las relaciones entre sindicatos y empleadores y sus organizaciones, en el más pleno ejercicio de la autonomía colectiva; y también el derecho de ejercitar la huelga y los mecanismos de auto tutela para el reclamo, la reivindicación, la defensa y la protesta que involucran intereses colectivos de los trabajadores.

En la medida, entonces, de que la libertad sindical participa como factor insustituible del gobierno del sistema político, económico y social, que comparte la responsabilidad de facilitar el más adecuado equilibrio para el funcionamiento de la sociedad, procurando una convivencia más justa y equitativa, hemos tenido ocasión de señalar algunas acciones indispensables que impliquen:

- a. profundizar el reconocimiento y observancia de este derecho humano colectivo, removiendo todo acto que entrañe una interferencia en el goce de la misma;
- b. resguardar a los individuos y a las organizaciones colectivas contra cualquier acto de obstrucción, a través de normas, procedimientos y garantías adecuadas;
- c. consensuar políticas de Estado y adoptar medidas específicas para fortalecer el acceso y goce de la libertad sindical por las personas y las organizaciones colectivas;
- d. poner en funcionamiento mecanismos para la realización práctica de la libertad sindical cuando los individuos o los colectivos no logren, por razones ajenas a su voluntad, su efectividad por los medios a su alcance.⁴⁴

⁴⁴ ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, “*Reflexiones sobre la efectividad de la libertad sindical en Uruguay*”, XXII Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, noviembre de 2011.

Como juristas del Derecho del Trabajo, tenemos la responsabilidad de continuar reflexionando y encontrar más caminos que viabilicen una mejor composición y funcionamiento de aquellas tutelas, ya que sólo con un entorno de justicia social y paz universal, se logrará perfeccionar el funcionamiento auténticamente democrático de nuestras sociedades.