

**EL EMPLEO ANTE LA NUEVA CRISIS ECONÓMICA Y LA  
RESILIENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO COMO EFECTO NO  
QUERIDO DEL NEOLIBERALISMO**

HUGO BARRETTO GHIONE

- |   |
|---|
| <p><b>I. DERECHO DEL TRABAJO: MODELO A RECOMPONER</b></p> <p><b>II. DERECHO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA: VIEJOS CONOCIDOS</b></p> <p><b>III. LA DESREGULACIÓN COMO DESTINO FINAL DE LA FLEXIBILIDAD. <i>III.1 La flexibilidad: signo y significado. III.3 Discontinuidades y permanencias</i></b></p> <p><b>IV. EL DERECHO DEL TRABAJO EN AMÉRICA LATINA DESDE LA ÚLTIMA CRISIS</b></p> <p><b>V. UNA SÍNTESIS PROVISIONAL PARA TRANSITAR LA CRISIS. <i>V.1 La Vida breve del proyecto neoliberal. V.2 La resiliencia del derecho del trabajo. V.2.1 La formación profesional como sostén de la adaptabilidad V.2.2 Valoración de la autonomía colectiva V.2.3 La reclusión constitucional y sus proyecciones dogmáticas y jurisprudenciales</i></b></p> <p><b>VI. APOSTILLA SOBRE EL CASO URUGUAYO</b></p> |
|---|

Colonia del Sacramento (Uruguay), abril de 2009

## I. DERECHO DEL TRABAJO: MODELO A RECOMPONER

En la presente contribución se ensayará una interpretación acerca de los efectos más perdurables que el neoliberalismo ha provocado en el mediano plazo en la transformación del derecho del trabajo.

Para ello reflexionaremos acerca de la dimensión dialéctica que se establece entre estructura económica y regulación jurídica del trabajo, con obvias repercusiones en el empleo.

Comenzando por el segundo de los términos anotados, debemos decir que la norma laboral fue instrumentada como parte de las políticas de salida de la crisis económica de los años setenta. En un primer momento, y en medio del rampante desempleo, fue objeto de cuestionamiento por entenderse que obstaculizaba la creación de puestos de trabajo a causa de su rigidez inmovilizadora; y luego, con reconocido fundamento en el neoliberalismo, comenzó una persistente tarea de desmonte de la regulación misma del trabajo, desplazando la protección que fue considerada como una rémora del paternalismo estatal.

Pasada la nueva ola del neoliberalismo, retraídas las aguas, quedan algunos restos en la orilla, fenómenos que permanecen más allá de la coyuntura<sup>1</sup>. Pero antes de ese necesario descarte, bueno es repasar las líneas generales del proceso de flexibilización y desregulación - cuando no de simple inaplicabilidad normativa, tal como se comportó el fenómeno en América Latina, provocando una precarización mayor del empleo - que algunos llamaron, recurriendo a la física, *entropía*<sup>2</sup> de la norma laboral.

Lo cierto es que al cabo de treinta años de sometimiento a fuertes presiones, el derecho del trabajo no salió indemne y hoy su configuración es diversa respecto a la conocida tradicionalmente. No podía ser de otra manera, porque en las situaciones más extremas, llegó a cuestionarse su misma existencia. Pero digámoslo desde ya: lejos de desaparecer o debilitarse, el ordenamiento jurídico y la dogmática laboral han encontrado nuevos resquicios y oportunidades para renovarse y mutar, sin soslayar su sentido último, en un proceso que llamaremos, empleando nuevamente un símil de la física, como *resiliencia* del derecho del trabajo, o sea, **la capacidad de salir fortalecido de una situación de crisis, o cualidad de mejorar que tienen ciertos materiales al ser sometidos a situaciones extremas.**

Ciertamente, la flexibilidad y la desregulación no han pasado sin dejar signos; antes bien, y como trataremos de demostrar, el derecho del trabajo asimiló algunos elementos, no necesariamente propios del neoliberalismo, pero que

---

<sup>1</sup> También puede expresarse que es hora de verificar cual es “la parte de verdad de las doctrinas erróneas”, como hubiere dicho J. MARITAIN.

<sup>2</sup> Paula SARDEGNA tituló de ese modo una original contribución: *Entropía de las Normas Laborales*. Eudeba, 2000

hicieron su aparición en el período de su hegemonía, y que ahora pasan a registrarse como aportes permanentes, sin pérdida del sentido original de la disciplina. Cómo se ha dado ese proceso, quienes han sido sus actores y cuales sus procedencias y opciones, cuales las elaboraciones que sostienen la nueva dogmática jurídica, son temas que quedan fuera de esta comunicación, y muy posiblemente sean materia para un análisis metateórico y de sociología jurídica.

Nos quedamos por tanto con la conveniencia de indagar y determinar, desde un nivel necesariamente general, cuales son las mutaciones que ha sufrido, y cuales son las características centrales de ese cambio (mejoramiento) y recomposición que verificamos en el derecho del trabajo post neoliberalismo, de modo de contar con un panorama más actualizado y real para acometer el estudio de los (probables) efectos laborales y en el empleo de la presente crisis. Es, en definitiva, armar el modelo de derecho del trabajo que encuentra la crisis, en una frase de evocación *cortaziana y manchega*<sup>3</sup>

Sin adherir a determinismo alguno, reconocemos que el dinamismo del derecho del trabajo se encuentra estrechamente vinculado al cambio en las formas de trabajar y de organizar el trabajo, que imponen la articulación de diversas estrategias y transformaciones en el mundo del derecho de modo de cumplir con el designio protector. Se trata de un proceso circular y recurrente, sujeto a tensiones y cuyo resultado, siempre provisorio, está en función del contexto circundante, compuesto por la correlación de fuerzas entre los actores, el sustrato ideológico y la situación política.

## II. DERECHO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA: VIEJOS CONOCIDOS

Las crisis económicas son consustanciales al capitalismo y la actual es provocada por determinados ciertos efectos del librecambio en la etapa de globalización.

Para J. Sapir, de la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales (París), contradiciendo la tesis de “crisis financiera”, la situación no debe atribuirse a la imprudencia de los bancos, sino que sus causas son más profundas y tienen que ver con la lógica inmanente al sistema, de la que el desorden financiero no es más que un síntoma. Esto sin desconocer que los mercados financieros han tenido incidencia en el desarrollo del empleo: Lyon – Caen decía, hace algunos años, que el dinero colocado en los mercados financieros rinde más que el invertido en los mercados de bienes y servicios, por lo cual formulaba la sorprendente paradoja exhortando a que “se fomente el beneficio procedente de la explotación del trabajo humano: al no ser posible que todos los hombres sean

---

<sup>3</sup> Antonio BAYLOS GRAU tituló una de sus contribuciones como “Derecho del Trabajo: modelo para armar”

empresarios, más vale que el capital vuelva a interesarse por hacer trabajar a los hombres”<sup>4</sup>.

La responsabilidad de la crisis actual ha de recaer sobre el librecambio, “que entraña un doble efecto depresivo: directo sobre los salarios e indirecto por medio de la competencia fiscal que hace posible”<sup>5</sup>. Y agrega Sapir: “el empobrecimiento relativo e incluso absoluto de los trabajadores de los países desarrollados engendró la crisis actual, con una contracción brutal del consumo, que terminó paralizándolo a los países exportadores. En el juego del librecambio, de las deslocalizaciones y de la deflación salarial nadie resulta ganador, salvo que los que se han embolsado las ganancias y han sabido preservarlas en lugares seguros”. El librecambio es destructor, decía Marx, y desde ese punto de vista es revolucionario; las crisis son recurrentes y en definitiva “*todo lo sólido se desvanece en el aire*”, decía, en una metáfora que fungió de título de una obra clásica de Marshall Berman.

Justamente Berman desarrolla esa idea: “todo está hecho para ser destruido mañana, aplastado o desgarrado, pulverizado o disuelto, para poder ser reciclado o reemplazado a la semana siguiente, para que todo el proceso recomience una y otra vez, es de esperar que para siempre, en formas cada vez más rentables”<sup>6</sup>.

Siendo el derecho del trabajo un producto de la evolución histórica de los modos de trabajar y del advenimiento de la economía de mercado, en cuanto comportó una respuesta a la hiposuficiencia del trabajador, es claro que ha

---

<sup>4</sup> LYON – CAEN, Gérard. “A modo de conclusión: la transición de una situación a otra en derecho laboral”. Revista Internacional del Trabajo, vol. 115/6, 1996, p. 755

<sup>5</sup> Sigue diciendo el analista: “para preservar el empleo, los gobiernos de los países donde las empresas están sometidas directamente a la competencia de la producción a bajo costo y con débil protección social tratan de presentar el nivel de las ganancias en su territorio (condición necesaria para evitar las deslocalizaciones) transfiriendo las cargas sociales de las empresas hacia los trabajadores. A la presión sobre los salarios se agrega una fiscalidad más injusta y una reducción de las prestaciones sociales (el salario indirecto). Esto incide en el ingreso de la mayoría de los hogares, que sólo pueden mantener su nivel de consumo recurriendo de manera creciente a endeudamiento, justo en un momento en que se hace más frágiles sus recursos financieros”. Ver el artículo de Jacques SAPIR “El retorno del proteccionismo y de sus adversarios. Tótems y tabúes. Le Monde Diplomatique, año X, núm. 117, marzo 2009

<sup>6</sup> Dice el autor: “Las inmensas cantidades de dinero y energía invertidas en la construcción, y el carácter conscientemente monumental de buena parte de ella - de hecho, a lo largo del siglo de Marx, en un interior burgués no había mesa ni silla que no pareciera un monumento - testifican la sinceridad y seriedad de esta pretensión. Y sin embargo, el fondo de la cuestión, en opinión de Marx, es que todo lo que la burguesía construye, es contraído para ser destruido. “todo lo sólido, desde las telas que nos cubren hasta los telares y los talleres que las tejen, los hombres y mujeres que manejan las máquinas, las casas y los barrios donde viven los trabajadores, las empresas que explotan a los trabajadores, los pueblos y ciudades, las regiones y hasta las naciones que los albergan -, todo está hecho para ser destruido mañana, aplastado o desgarrado, pulverizado o disuelto, para poder ser reciclado o reemplazado a la semana siguiente, para que todo el proceso recomience una y otra vez, es de esperar que para siempre, en formas cada vez más rentables”. En *Todo lo Sólido se Desvanece en el Aire*. Marshall BERMAN. Siglo XXI, 1992, p. 95

estado sometido a los vaivenes y crisis sistémicas y reiteradas. Ha sido la crisis económica un compañero de viaje del derecho del trabajo<sup>7</sup>.

Ya Sinzheimer anotaba que “la consideración de la dependencia del Derecho del trabajo de la economía, su concepción y ordenamiento, tiene una importancia más grande de lo que habitualmente se cree” y subrayaba que “esta crisis (escribe en 1933) que se ha desencadenado y que se recrudece por las actuales circunstancias económicas, descubre bruscamente la tensa situación en que se encuentra el Derecho del Trabajo, lo que para su futuro será decisiva importancia”<sup>8</sup>.

Y en un párrafo que parece escrito hoy mismo, dice Sinzheimer: “el sistema económico actual pese a todas las seguridades jurídico laborales ha fallado. No han podido evitar o reducir ese enorme déficit de esta economía: el paro. Los poderes dominantes vigentes del sistema económico no han sido capaces de implantar el más elemental derecho vital del hombre (...) mientras millones y millones son dedicados a la protección de la economía privada y se lleva a cabo antes nuestros ojos una casi grotesca paradoja (es decir, la conservación de la empresa económica individualista con medios socialistas, mientras los ingresos y fortuna de todo el pueblo eran arrancados para dar vida a la empresa individual y todo ello sin un severo control de las instancia superiores, sobre el empleo de estas subvenciones)”<sup>9</sup>.

Si el cambio y la crisis es permanente y consustancial al capitalismo, y la burguesía teje y desteje la trama y deja de ser (muy a su pesar) el partido del orden, según Berman, si todo ello muta y se transforma, el derecho del trabajo no podría dejar de hacerlo, y de ningún modo podría operar y mantener su actualidad si en cada caso todo se redujera a un retorno a su estado anterior como si nada hubiera pasado.

Verificar cual es el derecho del trabajo emergente del período neoliberal nos posiciona óptimamente para observar, con perspectiva y desde lo alto, cual es el probable impacto de la crisis actual en esa renovada estructura jurídica y en el empleo.

---

<sup>7</sup> La acertadísima referencia de Palomeque ha sido recordada por Mario ACKERMAN en “De ganadores y perdedores (para pensar la reconstrucción)”, su contribución al vol. Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al prof. Héctor – Hugo Barbagelata (p. 35) y más recientemente por Oscar ERMIDA URIARTE en “La crisis financiera global y el derecho del trabajo” en la web de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

<sup>8</sup> SINZHEIMER, Hugo. “La crisis del derecho del trabajo” en el vol. Crisis Económica y Derecho del Trabajo. MTSS España, 1984, p. 95

<sup>9</sup> Ob cit. p. 97

### III. LA DESREGULACIÓN COMO DESTINO FINAL DE LA FLEXIBILIDAD

#### III.1 La flexibilidad: signo y significado

Es una justificación harto conocida explicar el origen del debate sobre la flexibilidad laboral en la crisis económica y el desempleo emergente de los primeros años del decenio de los setenta del siglo pasado.

Es cierto que la demanda de flexibilidad preexiste a la crisis, y representa más bien un interés de los empleadores de mantener o expandir su radio de autonomía sin la interferencia molesta de la norma laboral. Pero lo que cambió en ese cuarto final del siglo XX fue la intensidad, complejidad y generalidad que adquirió el discurso flexibilizador, sostenido e impulsado por haber encontrado un campo fértil en los contextos ideológicos ya señalados, configurados en esa etapa histórica a partir del decaecimiento de los proyectos colectivos y emancipadores<sup>10</sup>, la “muerte del sujeto”<sup>11</sup> y el auge de las doctrinas del fin de la historia<sup>12</sup>.

Nótese que todo lo amable, ameno y seductor que puede predicarse de lo “flexible”, coexiste en América Latina de los setenta y primera mitad de los ochenta con la más brutal represión y supresión de las libertades políticas y sociales, a diferencia del escenario y del curso que toma el debate en Europa occidental. Trátese, seguramente, de un trasplante impostado, expresión de la dependencia y de la dificultad de situar los problemas en el contexto vernáculo.

La importación automática del término *flexibilidad* de manera descontextualizada permite avizorar, además, una característica central que adquirió el debate, como lo es el acentuado giro de indeterminación semántica, cierta cultivada ambigüedad que muchas veces fue presa perseguida como estrategia por los actores sociales y/o operadores jurídicos interesados. Por otra parte, y para adicionar mayor complejidad y filosas aristas, a menudo apareció en el horizonte un término y una dirección de política normativa decisiva y final: *desregulación*.

El juego de flexibilidad/desregulación pasó a ser motivo de amplios desarrollos e intentos de diferenciación, no siempre exitosos. Un esfuerzo de ese tipo fue el

---

<sup>10</sup> En los primeros años setenta se produce el avance de los gobiernos autoritarios en países tradicionalmente democráticos como Chile y Uruguay; pasada la mitad de la década se endurece la dictadura en Brasil y se produce el golpe militar en Argentina. Similar proceso se da en la mayoría de los países latinoamericanos, sostenidos por la política exterior norteamericana de la época. En los primeros años de la década siguiente, se sofoca la teología de la liberación merced al pronunciamiento del entonces Cardenal Ratzinger y hacia el final de los ochenta comienza la caída del socialismo existente.

<sup>11</sup> José Pablo FEINMANN en una obra reciente hace un recorrido muy didáctico del proceso de ascenso de las doctrinas que descentran al sujeto como eje de la reflexión filosófica. Ver *La Filosofía y el barro de la historia*, Planeta, 2008.

<sup>12</sup> Una crítica muy fundamentada y erudita a la tesis de Fukuyama puede verse en: TERRA, Juan Pablo. “Los nuevos profetas del fin de la historia”. Cuadernos del CLAEH, núm. 56 1991/1

que desplegó Salvador del Rey Guanter<sup>13</sup>, que por su agudeza seguidamente sometemos a la crítica.

En concreto, el autor entiende por desregulación la “necesidad de eliminar, en diferentes ámbitos de la sociedad, la presencia ordenadora de la norma estatal, en cuanto, se dice, coarta la iniciativa privada y, económicamente, tiene efectos paralizadores sobre el progreso de aquélla”<sup>14</sup>, y por flexibilidad “un proceso de revisión del patrimonio normativo tendiente a posibilitar la adaptación de aquél a las que se consideran como unas nuevas necesidades económico - sociales y ello esencialmente por medio de permitir un mayor protagonismo de la autonomía colectiva e individual”<sup>15</sup>.

Desregulación y flexibilidad pueden así considerarse “como alternativas excluyentes, en cuanto que sin excluir puntos de contactos, implican una clara diferenciación en sus objetivos. Más concretamente, la vía flexibilizadora aparece como una solución que no cuestiona la existencia del derecho del trabajo en cuanto rama jurídica que cumple entre otros, una función claramente protectora de los trabajadores por cuenta ajena”<sup>16</sup>.

El problema radica en la facilidad con que una práctica flexibilizadora puede deslizarse a la llana desregulación, o sea, no es tarea sencilla ni neutra dirimir las fronteras difusas entre una y otra geografía, ni hay dique que las contenga. El mismo autor sitúa como pregunta principal a responder “la de cual ha de ser la posición del ordenamiento laboral” ante un mercado de trabajo marcado por el desempleo masivo, y responde que la atención se centra en el inicio y final de la relación laboral y reconoce todavía que la influencia del factor desempleo en el debate no se ha detenido en los extremos de la relación laboral, sino que “muy pronto se pondría de relieve que la regulación jurídica del mercado interno en sí, esto es, de la ordenación del desarrollo de la relación laboral, puede tener también una influencia decisiva en el desempleo”<sup>17</sup>.

El pulcro intento de diferenciación parece encontrar dificultades inexcusables. La flexibilidad pasa a ser una figura simbólica de significados tan amplios que casi los pierde todos. En el nombre no está la cosa, como a contrario ocurre en el poema borgeano El Golem (si “el nombre es arquetipo de la cosa/en las letras de rosa está la rosa/y todo el Nilo en la palabra Nilo”).

El juego de significados es arbitrario y poco preciso, y al condenar a la desregulación del modo que se la define, se intenta salvaguardar o rescatar a la

---

<sup>13</sup> En lo que sigue, glosaremos el artículo de DEL REY GUANTER “Desregulación, juridificación y flexibilidad en el derecho del trabajo: notas para la caracterización de un debate”, publicado en el vol. La Flexibilidad Laboral en España. Juan Rivero Lamas (coord.) Fac. Derecho Univ. Zaragoza, 1993 pp 51 y

ss

<sup>14</sup> Ob cit. p. 53

<sup>15</sup> Ob cit. p. 55

<sup>16</sup> Ob cit. P. 64

<sup>17</sup> Ob. Cit. p. 60

flexibilidad, que puede terminar teniendo más o menos el mismo efecto en el empleo, de acuerdo al alcance que se le atribuya al término.

Lo artificioso de muchas de estas construcciones teóricas surge ni bien se advierte la continuidad que existe, casi como si se tratara de **distintas estaciones de un mismo trayecto**. Flexibilidad y desregulación no son compartimentos estancos, y muchos ítems de las reformas laborales ocurridas costaría mucho ubicarlas en uno u otro anaquel. Así, para el caso uruguayo, demandaría singular esfuerzo encontrar algún punto de acuerdo en torno a si la promoción del trabajo autónomo en “empresas unipersonales” constituye una “adaptación” (flexibilidad) o un “abatimiento” (eliminación) de los derechos laborales, o las dos cosas a la vez, y entonces estaríamos hablando de un mismo asunto. En el plano de los efectos, sea flexibilidad o sea desregulación, el trabajo autónomo provocó mayor precariedad en el empleo y mayor desprotección laboral

Resulta asimismo dudoso si la reimplantación flexible de márgenes de autonomía individual como postula del Rey Guanter no es el prolegómeno en América Latina al retorno a la desnuda hiposuficiencia.

El significado de “flexibilidad” y “desregulación” es más bien contingente y lo fundamental entonces es identificar el **uso o las referencias** que se hacen en cada caso, o sea, identificar las modalidades de empleo que intentan promoverse.

En particular, tratándose de descripciones acerca de la realidad (entendidas como las medidas concretas que se toman en orden a alterar el orden jurídico existente), la crítica al lenguaje empleado deberá ocuparse de descifrar los solapamientos u ocultamientos del discurso.

Se previene así, como dice Veneziani, sobre el papel de fetiche que convoca el término flexibilidad sin perder de vista que la discusión de fondo es antes que nada sobre cuales reglas e institutos jurídicos van a robustecerse para que el contrato de trabajo no pierda su función de restablecimiento del equilibrio de la asimetría de poder social de los actores<sup>18</sup>.

Por otra parte, es engañoso postular acerca de las propiedades de rigidez o flexibilidad de un sistema jurídico laboral según una miríada de modificaciones de detalle que eventualmente pueda demandar el mercado de trabajo, como la alteración del cálculo indemnizatorio, o a través de la creación de figuras de empleo “flexible” (¿o desregulado?) como los contratos con plazo determinado.

A menudo todo ello comporta una operación de afectación puntual y sistemática del orden jurídico laboral sin un previo diagnóstico de situación. Un

---

<sup>18</sup> VENEZIANI, Bruno. “La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti. Un^ análisis comparata. En *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 58, 1993, 2, p. 235

análisis jurídico riguroso, requiere de otros encares más generales, de modo que para “medir la rigidez o flexibilidad del derecho, para apreciar la libertad de gestión de la empresa y el peso de las limitaciones que pesan sobre la misma, para ubicar los lugares exactos en los que existe o no existe flexibilidad en el régimen de empleo (...) es conveniente analizar globalmente el sistema de las fuentes del derecho del trabajo” y relacionar la ley y el contrato individual, la ley y la convención colectiva, y la convención colectiva y el contrato individual<sup>19</sup>.

Pero no se trata de un diagnóstico “a ojo”, plagado de prejuicios y con un final consabido. La manera en que se implementó la reforma laboral flexibilizadora en América Latina da más bien razón a quienes aducen que se trata de la simple traslación mecánica del debate europeo, sin ajuste alguno a la realidad autóctona. Luego de señalar los vaivenes de la reforma en nuestro continente, Bronstein concluye que “puede darse por sentado que ninguna de las reformas flexibilizadoras hechas hasta ahora en América Latina fueron precedidas de estudios concluyentes sobre sus efectos económicos positivos. Es obvio que no se puede afirmar que esos efectos son inexistentes, pero sí que hasta ahora no están demostrados; motivo por el cual todo apunta a sugerir que la flexibilización laboral en América Latina se fundó antes en prejuicios que en juicios, y que quizás su principal motivación haya sido la necesidad de hacer un ajuste ideológico, consecutivo al económico”<sup>20</sup>.

El acuerdo en torno a la flexibilidad presenta otras dificultades provenientes de las diversas racionalidades que el tema convoca. Siendo *flexibilidad* un término tratado antes de los juristas por sociólogos, economistas e ingenieros industriales, la compatibilización de discursos de tan variopinta procedencia es compleja. En particular, para el caso de los economistas y laboristas, se ha buscado que la confrontación encuentre puntos de contacto en la ocurrencia de algunos fenómenos que se pretenden inevitables, como la producción de “un desplazamiento del centro de gravedad del derecho laboral, que de proteger al trabajador en su relación contractual con el empleador pasa a protegerlo en el mercado” (aquí el terreno común entre economistas y laboristas), y ello mediante el fortalecimiento de los mecanismos de empleabilidad (formación, adiestramiento, información al trabajador, etc)<sup>21</sup> que “liberarían” al trabajador de parte de los riesgos del desempleo, reforzando la protección en el mercado y abriendo consiguientemente las puertas del despido con mayor amplitud.

El enfoque revela, a nuestro juicio, una muy estrecha visión del universo de personas a ser alcanzadas por el derecho del trabajo, en momentos justamente que se replantean las fronteras, se revisa la noción del contrato de actividad, y

---

<sup>19</sup> LYON – CAEN, Gérard. “La batalla engañosa de la flexibilidad”. En Revista Derecho Laboral, año XXVIII, núm. 4, 1986, p. 145

<sup>20</sup> BRONSTEIN, Arturo. “Reforma laboral en América Latina: entre galantismo y flexibilidad”. Revista Internacional del Trabajo, vol. 116/1, 1997.

<sup>21</sup> ICHINO, Pietro. “Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas”. En Revista Internacional del Trabajo, vol. 117/3, 1998, p. 319

se debate sobre “el ámbito de la relación del trabajo”. La posición de acoger los “derechos en el mercado” parece un renunciamento a esta nueva circunstancia, facilita la terminación de trabajo y en consecuencia debilita el compromiso capital/trabajo en el seno de la empresa, sustrato último de los nuevos planteos sobre la estabilidad y no discriminación en el empleo.

Finalmente, todo el desarrollo de la seguridad social durante el siglo XX (la gran invención jurídica del siglo XX, para Durand) no ha hecho otra cosa que amparar al trabajador en el mercado - o desmercantilizar el trabajo, como diría Monereo Pérez<sup>22</sup> - por lo cual la contrucción de los “derechos en el mercado” no aporta gran novedad.

### *III.3 Discontinuidades y permanencias*

Los cortes en el calendario ocultan las continuidades profundas de ciertas tendencias históricas. Cuando Habermas recuerda las tendencias de larga duración que recorrieron el siglo XX, menciona, junto al desarrollo demográfico y el progreso científico y técnico, a *los cambios en el mundo del trabajo*<sup>23</sup>, y agrega que la introducción de métodos de producción que ahorran trabajo (aumento de la productividad) ha sido el motor de ese desarrollo, y que “la masa de trabajadores que desde hace siglos laboraba en el campo se desplaza primero al sector secundario, la industria productora de bienes, luego al sector terciario, el del comercio, el transporte y los servicios”.

El vector de los cambios en el mundo del trabajo es por tanto el otro motor de las transformaciones del derecho del trabajo de los últimos treinta años.

Para la OIT<sup>24</sup> “la revolución de las TIC es una innovación radical tan importante históricamente como la de la máquina de vapor o la electricidad (...) un destacado economista ha sostenido que el entorno empresarial del siglo XXI puede ser aquel en el cual el arma primordial de la competencia no sea el precio sino la innovación (...) tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados, las empresas se están moviendo rápidamente para perfeccionar al máximo sus productos y procesos a fin de mantenerse al nivel de los líderes del mercado. Sumada a la apertura de mercados de productos de capital a nivel internacional, la revolución de las TIC están dando lugar a una transformación de los procesos de producción y de la estructura del empleo por sector y ocupación, así como del contenido y las exigencias en materia de calificaciones de la mayoría de los puestos de trabajo”.

---

<sup>22</sup> MONEREO PEREZ, José Luis. Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral. CES. 1996

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. “Nuestro breve siglo”. En el sitio: [http://latinamerica.dpi.org/9HABERMANSJ-NUESTROBREVESIGLO\\_001.doc](http://latinamerica.dpi.org/9HABERMANSJ-NUESTROBREVESIGLO_001.doc) (consultado 11.04.09)

<sup>24</sup> Memoria del Director General a la 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2006)

El modelo Taylor fordista no ha podido dar cuenta de estos cambios, y se impone en consecuencia una nueva conceptualización del trabajo y de las exigencias que conlleva, concebidas éstas en términos de potencialidad del trabajador a la adaptación y al desempeño de funciones diversas de acuerdo a las demandas del mundo productivo. Las categorías y puestos laborales devienen obsoletos<sup>25</sup>, y con ellos debe revisarse la construcción jurídica del elenco de “obligaciones emergentes del contrato de trabajo” que muestra toda su artificiosidad si se la pretende enteramente autónoma y dependiente de la voluntad de las partes.

Para Supervielle<sup>26</sup>, parece que tiende a suplantarse la categorización socioprofesional fordista por otra fundada en niveles de problemas a resolver, o de niveles de objetivos a alcanzar. Esta nueva manera de concebir la realización del trabajo requiere de unas herramientas complementarias que permitan tanto normalizar y evaluar las competencias puestas en práctica para resolver problemas como para identificar las carencias o debilidades de formación profesional tendiente a la obtención de las competencias laborales demandadas.

La trama de categorías y descripciones de tareas prescriptas, producto de la organización del trabajo Taylor fordista había estructurado en espejo una correlativa serie de derechos y obligaciones emergentes del contrato. La ruptura de esa trama impone una readaptación del marco jurídico que muchos observan como una manifestación de la flexibilidad laboral “funcional”. Sobre esa flexibilidad en el empleo es que debemos hablar.

En este marco cobra una importancia determinante la formación profesional, que resulta la medida justa de equilibrio entre los derechos del trabajador, la necesidad de adaptación a los cambios y el manejo de la gestión de los recursos laborales por la empresa. La formación profesional es entonces la clave que permite transitar los cambios sin mengua de la protección y la flexibilidad o adaptabilidad, componiendo un concepto nuevo de profesionalidad<sup>27</sup>.

Aquí aparece con total claridad la estrecha relación (o sinergia) entre innovación tecnológica (en equipos y en gestión), adaptabilidad y norma laboral, en un sacudón del que nada sale indemne. La flexibilidad laboral presenta así una faz diversa al simple aflojamiento o eliminación de condiciones para la prestación de la energía de trabajo en mercados flexibles (cuando no precarios); se trata de revisar las estructuras conceptuales amarradas a una determinada forma de trabajar para sustituirla por otra sin mengua de la protección al trabajador.

---

<sup>25</sup> Pablo TOPET hace un pormenorizado repaso de la negociación colectiva de estos cambios en la forma de trabajar, Ver: Negociación Colectiva y Formación Profesional. Cinterfor/OIT, 2007

<sup>26</sup> SUPERVIELLE, Marcos. “Trabajo y derechos humanos. Nuevos desafíos de la sociedad del conocimiento”. Paper. 2008

<sup>27</sup> BARRETTO GHIONE, Hugo. La Obligación de Formar a cargo del Empleador. Una revisión del derecho del trabajo en clave de formación. FCU, 2001

#### IV. EL DERECHO DEL TRABAJO EN AMÉRICA LATINA DESDE LA ÚLTIMA CRISIS

La crisis económica encuentra al derecho del trabajo mutado tras soportar el asedio neoliberal durante más de veinte años. En ese mismo período, el mundo del trabajo se ha ido transformando y demandando cambios en razón de la aceleración de la innovación tecnológica.

Conviene repasar algunos de los aspectos tendenciales del derecho del trabajo en el período, que nos ofician de carta de presentación para enfrentar la presente crisis.

Haciendo un recuento de lo ocurrido, debe reconocerse que los principales autores que estudiaron el proceso han destacado cierta ambigüedad en el mismo, en tanto advierten una doble vía que corre en paralelo, y determina que junto a la desregulación de nivel legislativo (Argentina, Panamá, Colombia, Chile, etc) coexistió un reforzamiento de la protección constitucional, incluso en los mismos países (Argentina, Venezuela, Brasil, y más recientemente en Ecuador y Bolivia). Las constituciones devenidas desde 1988 comportaron un agregado de derechos o una incorporación de normas internacionales sobre derechos humanos laborales, ya mediante el reconocimiento expreso de esas normas, ya mediante la previsión de la aplicación directa de esas normas sobre derechos fundamentales<sup>28</sup>.

Hay en lo profundo un cambio de perspectiva para observar el mundo jurídico, expresada ejemplarmente por un economista, Amartya Sen<sup>29</sup>, cuando critica el vínculo binario entre derechos y deberes, que hace a muchos académicos soslayar o al menos considerar como “incompletos” a aquellos derechos que no encuentran un sujeto con obligaciones correlativas. El autor se pregunta “por qué exigir la necesidad absoluta de una obligación perfecta para que un derecho potencial pueda calificarse como derecho real”, o ¿por qué no puede haber derechos que se desconozcan, en determinadas circunstancias, y esperando que sean pocos, derechos que no puedan lograrse?. Modestamente agregamos que el derecho progresa justamente no mediante el encastramiento automático de derechos y deberes, sino con la postulación de pretensiones por sujetos que por ciertas mediaciones y procesos históricos, terminan por imponerse y concebirse como derechos perfectos.

La ética insufla contenidos para renovar el derecho: los derechos humanos y los principios ocupan un lugar central y determinante en la teoría y la dogmática jurídica. El mismo Sen es el principal teórico del *trabajo decente*. La construcción del bloque de constitucionalidad como síntesis de derechos, procedimientos y

---

<sup>28</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar. “Caracteres y tendencias del Derecho del trabajo en América latina y en Europa. Revista Derecho Social Latinoamérica, núm. 1, 2006, p. 7

<sup>29</sup> Discurso de AMARTYA SEN en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1999)

técnicas interpretativas representa una configuración teórica de relieve para dar curso a una jurisprudencia que, según se verá, viene fundándose en el “pensamiento fundado en derechos”.

Barbagelata<sup>30</sup> ha caracterizado este proceso como un “gigantesco paso adelante” en el orden de la protección social: “Es preciso destacar, además, la profunda renovación del sistema de protección laboral que resulta de la visión de los problemas concernientes desde la perspectiva de los derechos humanos. Se trata de un gigantesco paso adelante en ese campo, que todavía no se ha completado, el cual implica, a título pleno y con plena efectividad, la conjunción de normas constitucionales, internacionales y regionales que constituyen el *bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales*”. Recuerda que “Esta nueva perspectiva es el resultado de un largo proceso que comenzó a materializarse, casi simultáneamente, al final de la segunda década del siglo pasado y que gracias a los nuevos enfoques de la doctrina, puestos en práctica por los Tribunales Constitucionales, o los que hacen sus veces (como, entre otros, y en diversos grados, los de Alemania, Argentina, Colombia, Costa Rica, España, Francia, Perú, Portugal, o Sudáfrica), está alcanzando el reconocimiento de su juridicidad”.

La reorientación del derecho del trabajo termina incidiendo por tanto en la jurisprudencia, que recepta los nuevos enfoques y pasa a constituir un frente que comienza a cuestionar los costados más lesivos de la libertad sindical y de las conductas arbitrarias del empleador (fundamentalmente en lo referente a los despidos incausados o discriminatorios) en muchos países latinoamericanos.

En el seminario “Después del Neoliberalismo: Cambio Político y Derecho del Trabajo” (Montevideo, 2007), se analizaron los casos de Argentina, Costa Rica y Perú, que ahora reseñamos brevemente.

En el caso de Costa Rica<sup>31</sup>, anota Godínez que la reforma de 1989 que atribuyó competencias a la Sala Constitucional la concibió como un tribunal en materia de derechos humanos. Dice el autor que “en el ejercicio de estas competencias la Sala debe garantizar “la supremacía” de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario, especialmente, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país (art.1 L.J.C.)”; y agrega: “En este sentido, la Sala Constitucional se transforma en un Tribunal de Derechos Humanos, pues no solamente se limita a declarar las violaciones a los derechos constitucionales, sino a todo “el universo de derechos fundamentales” que forman parte del contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos que se encuentren vigentes”.

---

<sup>30</sup> BARBAGELATA, Héctor – Hugo. “Neoliberalismo vs Derecho Laboral”. Contribución al Seminario Después del Neoliberalismo: cambio político y derecho del trabajo, Montevideo, 2006

<sup>31</sup> GODINEZ, Alexander. “La protección de los Derechos Fundamentales en el Trabajo en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica”, a publicar en el vol. que recoge las ponencias del evento.

Por otra parte, con la reforma constitucional introducida (artículo 48 de la Constitución Política) se creó una nueva categoría de normas, compuesta por los “instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, los cuales, conforme al criterio que sostendría la Sala Constitucional, no sólo “tienen un rango superior” a la de los demás tratados, sino “complementan la Constitución Política en su parte dogmática”. En tal sentido, ha reconocido la jurisprudencia de la Sala que los instrumentos de Derechos Humanos “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”.

La experiencia de Perú<sup>32</sup> es tratada por Sanguinetti Raymond quien constata que el fin de la dictadura y la sucesión de gobiernos democráticos no produjeron cambio alguno de relieve en el modelo neoliberal, que permaneció inalterado en sus componentes fundamentales, dando así la impresión de irreversibilidad. Sin embargo, de forma paralela, venía consolidándose un proceso que “terminaría por alterar esta situación”. En concreto, fue el Tribunal Constitucional el que asumió la tarea que los gobiernos democráticos posponían: “llevar a cabo una revisión, sino de la obra legislativa de la dictadura en su conjunto, al menos sí de los aspectos más cuestionables de la regulación ofrecida por esta a las relaciones laborales”.

Esta notable transformación jurisprudencial ha sido alcanzada a través del mecanismo del amparo, “es decir, mediante la resolución de múltiples supuestos de presunta vulneración de derechos constitucionales laborales que han llegado a su conocimiento por esta vía”. El impacto es tan apreciable que el Tribunal Constitucional “está consiguiendo llevar a cabo, progresivamente, en un proceso que no puede considerarse todavía concluido, una autentica “recomposición” desde bases constitucionales del régimen jurídico de las relaciones de trabajo vigente en el Perú”.

Por último, en el caso argentino<sup>33</sup> se estudia la evolución reciente de la jurisprudencia constitucional y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina sobre la estabilidad laboral, o el derecho “al” trabajo, como prefiere denominarlo Meik. Dice al respecto que “no por ser un hecho cotidiano o frecuente en la realidad, el despido, injusto o caprichoso, deja de ser descarnadamente, en todos los casos, especialmente desde el lugar de quien lo sufre: un hecho descomunal, violento y despótico”.

Es con base en el derecho al empleo que debe analizarse la saga de importantes pronunciamientos de la justicia laboral argentina, que ha considerado nada menos que la nulidad de ciertos tipos de despidos, especialmente graves, “por ser hechos extremos que violentan derechos fundamentales, libertades públicas o que fueron discriminatorios, en forma directa, oculta o indirecta” En todos esos pronunciamientos el fundamento jurídico se asentó en el aporte de normas

---

<sup>32</sup> SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “La reconstrucción jurisprudencial del derecho del trabajo en la experiencia del Tribunal Constitucional Peruano”.

<sup>33</sup> MEIK, Moisés. “En el veneno está el antídoto”.

internacionales de derechos humanos en clave laboral y en disposiciones de derecho interno que recogen y desarrollan esa línea de la entidad universal de esos derechos. Entre las normas internas destaca en primer término la ley federal antidiscriminatoria núm. 23.592, que atiende a un aspecto sustancial de la dignidad de la persona (no sufrir discriminaciones injustas) sin soslayar el empleo del art. 47 de la ley 23551. En este último supuesto, la cuestionada ley de asociaciones sindicales, interpretada en este punto conforme a la estructura de los convenios internacionales de la OIT, comporta una inestimable tutela del trabajador “de a pie” (como le llama el autor), frente a actos de represalia patronal conculcatorios del ejercicio individual de derechos colectivos<sup>34</sup>.

En el plano legislativo, una reciente contribución de Von Potobsky<sup>35</sup> actualiza la regulación de las modalidades laborales en América Latina y Europa, denotando la evolución del derecho del trabajo en un sentido “des/constructor” del erigido en el período neoliberal.

Entre los aspectos que cabe rescatar para este ensayo, corresponde indicar que el autor encuentra una “clara tendencia a extender el ámbito de una cierta protección laboral a un número creciente y diversificado de relaciones de trabajo, que se caracterizan por una ausencia de la tradicional subordinación jurídica del trabajador”. Así subraya las modificaciones operadas en materia de relaciones triangulares de trabajo, a partir de novedades acaecidas en Colombia, Chile, Ecuador y Uruguay, en un sentido de contrarrestar el fenómeno del fraude laboral; y no menos importantes han sido las restricciones a la contratación a plazo que desmontaron la reforma flexibilizadora de los años ochenta y noventa.

El rebrote último de la flexibilidad es su supervivencia trasmutada en el concepto de “flexiseguridad”, noción también de origen europeo.

En un estudio comparado del Libro Verde de la Comisión Europea “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” y de la Recomendación de la OIT sobre la Relación de Trabajo (núm. 198), ambos de 2006, Mark Freedland<sup>36</sup> concluye que la orientación política de ambos documentos difiere sutilmente, y que los redactores de la Recomendación aspiran a modernizar el derecho del trabajo *robusteciéndolo*, mientras que en el Libro Verde se plantean hacerlo *adaptándolo*. La flexiseguridad plasma el propósito de conciliar los núcleos tradicionales del derecho laboral de protección del trabajador con otros objetivos procedentes de la lógica empresarial como lo es la flexibilidad para la empleabilidad y eficiencia.

---

<sup>34</sup> A los aportes de MEIK debería ahora adicionarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre libertad sindical.

<sup>35</sup> VON POTOBSKY, Geraldo. “Modalidades laborales y encuadramiento normativo (tendencias en Europa y en América Latina)”. Inédito

<sup>36</sup> FREEDLAND, Mark. “Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo”. En Revista Internacional del Trabajo, vol. 126/1-2, 2007, p. 3

La Recomendación núm. 198 marca el punto más alto de debate internacional acerca del alcance de la regulación laboral a las diversas modalidades de trabajar. Su art. 9º parece recoger la doctrina latinoamericana más tradicional de la relación de trabajo, al identificar a la ejecución del trabajo como una nota central a efectos de dirimir la naturaleza jurídica de la relación, por encima de las estipulaciones contractuales. Pese a tratarse de una norma que no aspira a su ratificación, su adopción recompone el escenario y la tendencia “expansiva” del derecho del trabajo que postulaban los clásicos de nuestra disciplina.

Para finalizar este rapidísimo recuento, no debe soslayarse la nueva realidad política del continente configurada a partir de los llamados “gobiernos progresistas” campantes desde El Salvador a Chile, dibujando un mapa fuertemente proclive a las políticas de protección laboral y a un relacionamiento más fluido con el movimiento sindical.

Con todo, deben reconocerse los claroscuros del proceso. La realidad latinoamericana aparece como contradictoria; el cambio político en curso provoca sentimientos tan encontrados como el entusiasmo y la oposición (no la previsible y predecible del conservadurismo, sino que hay un ejercicio crítico y una acritud *dentro* del progresismo), cuando no el desencanto. Por otra parte, el actual proceso político que transita casi todo el continente latinoamericano presenta algunos perfiles novedosos en su configuración. En concreto, todos los gobiernos progresistas son producto de elecciones genuinamente democráticas; sus políticas laborales tienen un efecto en muchos casos reconstitutivo de la trama sindical, que es legitimada en el orden social o es reconducida a mayores espacios de autonomía (fenómeno a veces ambivalente y no ajeno a las contradicciones que supone tener un “gobierno amigo”); y finalmente, sin que medie una decisión política explícita, se facilitan las condiciones que desatan un mayor protagonismo judicial en orden a quitar asidero a una legislación infraconstitucional contraria a las normas de derechos humanos laborales.

Queda por resolver la disyuntiva del rumbo de los procesos de integración en la región (Unión Andina, MERCOSUR), que en lo social/laboral han demostrado cierto estancamiento no ajeno seguramente a los paradójales desencuentros que han existido entre los gobiernos en su relación en los espacios de integración.

Una última referencia al derecho laboral pos neoliberalismo consiste en mirar a los actores y operadores del mundo del trabajo.

Desde noviembre de 2006 existe una nueva articulación sindical internacional que ha tenido una trabajosa implantación en América Latina. Nos referimos a la fusión de la CIOSL y la CMT (ORIT y CLAT) que edifica un actor social fortalecido y unificado.

Otros operadores del mundo jurídico que han demostrado dinamismo son los magistrados judiciales del foro laboral, que han confluído en la creación de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo.

En una declaración reciente, la asociación observa que la crisis provocará desempleo masivo y que frecuentemente las legislaciones muestran un déficit en la protección del derecho al trabajo merced a la posibilidad del “despido libre” o incausado, que es aplicado en la mayoría de los ordenamientos. Dice en concreto la declaración que

“A despedida sem causa é uma forma de violência do poder privado que expropria ilicitamente o trabalho como meio de acesso à cidadania em uma sociedade democrática, impossibilita a efetivação dos direitos constitutivos daquele status e trunca gravemente a concreção do projeto vital do trabalhador”.

En relación al riesgo del despido discriminatorio, la asociación se pronuncia sobre la necesidad de amparo del trabajador mediante la “reparación perfecta” consistente en la reinstalación en el lugar de trabajo, aún en casos de inexistencia de una norma nacional de soporte:

“No caso específico de despedida discriminatória, vige o princípio de direito internacional em virtude do qual toda violação de uma obrigação internacional que haja produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente, com o restabelecimento da situação anterior e a reparação das conseqüências que a infração produziu, assim como o pagamento de uma indenização pelos danos ocasionados.

A operatividade e auto-aplicação das normas internacionais de direitos humanos habilitam o trabalhador discriminado a demandar a nulidade da despedida discriminatória e a reparação dos danos e prejuízos sofridos, ainda quando não existam normas legais nacionais que regulem especificamente esta situação. Daí que a aplicação de normas estatais que só reconheçam ao despedido por motivos discriminatórios uma indenização tarifada ou integral ou sua interpretação nesse sentido restritivo, comprometeria gravemente a responsabilidade internacional do estado por violação aos direitos humanos e ao *jus cogens*.

A possibilidade de demandar a nulidade e a reintegração se funda ainda no fato de que a despedida de um trabalhador como represália ante o reclamo de seus direitos ou o exercício da liberdade sindical, ou por outros motivos discriminatórios, não só prejudica o despedido senão também os trabalhadores compreendidos no âmbito da empresa ou da ação coletiva por ele desenvolvida, que percebem objetivamente a ameaça de sofrer uma represália similar se exercerem aqueles directos”.

El listado no taxativo de modificaciones acaecidas en los últimos años nos abre el camino a considerar que parte de ellas pasan a integrar la estructura del derecho del trabajo y que parte pueden ser simplemente contingentes.

## V. UNA SÍNTESIS PROVISIONAL PARA TRANSITAR LA CRISIS

A modo casi de conclusión, ha de intentarse finalmente marcar algunos contornos del derecho del trabajo que emerge, resiliente, de la etapa neoliberal.

### *V.1 La vida breve del proyecto neoliberal*

En este punto conviene distinguir que, si bien la aplicación de las políticas neoliberales no dieron vías de solución para la salida de la anterior crisis desde el punto de vista del empleo (por el contrario, profundizaron la precariedad), sin embargo desde la perspectiva del derecho del trabajo el saldo final quizá pueda ser más rescatable.

La desregulación laboral afectó el derecho del trabajo pero al fin de cuentas no ingresó la recinto constitucional, última reserva de las directrices fundamentales tutelares del derecho del trabajo.

La constitucionalidad e internacionalidad del derecho del trabajo se mantuvo y hasta se vio reforzada: el neoliberalismo no asaltó esa ciudadela y quedó en el juego finalmente intrascendente y fácilmente desmontable del nivel infraconstitucional. La explicación de esa limitante del proyecto desregulador puede admitir múltiples causas.

En primer lugar, quizá se subestimó la normativa y los derechos, en una lógica, por otra parte, muy propia de quienes ven en las reglas simplemente obstáculos para el libre juego de la autonomía. No se vio necesario ingresar al nivel constitucional puesto que era suficiente con desalamburar las reglas heterónomas fundamentalmente aquellas relativas al ingreso y egreso al empleo.

Esto nos puede llevar a una segunda hipótesis y es que finalmente el proyecto desregulador parece haber asumido desde el inicio que tenía corto alcance temporal, y que simplemente se trataba de aprovechar el momento histórico y el contexto ideológico y cultural existente a partir de mediados de los setenta en América Latina (autoritarismo militar, primero, y crisis de los proyectos emancipatorios políticos, sociales y hasta teológicos, después) para imponer un brutal ajuste de cuentas en el devenir histórico del capitalismo.

Es posible también que sus ideólogos hubieran llegado a la certeza de que instalar el proyecto desregulador hasta los últimos confines del Estado de Derecho era políticamente imposible. Se trataba de un desembarco riesgoso,

dado que comportaba echar abajo 100 años de historia y progreso social, y en esa aventura no iba a contar con todos los apoyos necesarios.

## V.2 *La resiliencia del derecho del trabajo*

La nota editorial del segundo número de la Revista Derecho Social Latinoamericana luego de enumerar ciertos resultados de las políticas neoliberales – que pretendían la desaparición del derecho social “hasta el límite de lo políticamente posible” (Hayek) - avizoraba que había comenzado una modificación (¿sustantiva? ¿cosmética?) del paisaje.

Se señalaba que “a partir de Seattle y la emergencia de un movimiento *alterglobalizador* cuyo epicentro se fragua en Porto Alegre, se insinúa un cambio de vientos. Por lo menos el vendaval neoliberal ya no es tal, habiendo perdido parte de su fuerza, y se perciben fuertes ráfagas en dirección contraria o simplemente diferente”. Al inventariar los datos del nuevo escenario, a saber, las reformas constitucionales que aumentan el número de derechos laborales reconocidos a ese nivel, una jurisprudencia constitucional reciente receptora de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, y un retorno a una regulación protectora en la esfera legislativa, el editorialista se preguntaba si estamos realmente ante un cambio de rumbo o ante una reacción más o menos episódica o pasajera. Ensayó una respuesta que parece tomar partido no por una restauración del derecho laboral clásico, sino por “una búsqueda de refundación del sistema jurídico que ordena y explica política y socialmente el trabajo asalariado y su utilización en un sistema de economía de mercado. En ese proceso quizá se esté decantando un nuevo paradigma laboral que no se reduzca al que ya hemos ido conociendo a partir de la flexibilidad del trabajo y la desprotección y asistencialización social y en el que la dimensión colectiva del trabajo y la consideración de la ciudadanía social sean elementos básicos para calificarlo”.

En esa dirección se ubican las presentes reflexiones: el neoliberalismo a su paso dejó algunos restos en la orilla, decíamos al inicio, y es ahora el momento de trazar algunos elementos que pueden recogerse como aportes a la configuración del derecho del trabajo emergente. Es el derecho del trabajo que la nueva crisis encuentra como regulador del empleo; es también parte de la propuesta de salida, siempre provisional, de la crisis, a la espera de un nuevo ciclo.

La norma laboral se ha demostrado resiliente: no solo ha resistido en lo fundamental, sino que reiteremos, ha desplegado **la capacidad de salir fortalecido de una situación de crisis, e inclusive ha mejorado en su configuración luego de ser sometidos a una situación extrema.**

Hay que andarse con cuidado, no obstante. No se han superado totalmente algunas inercias que deja en el modo de pensar la lógica desreguladora.

Justamente sobre el punto alertaba Daubler<sup>37</sup> en su contribución al seminario “Después del Neoliberalismo”, mediante un sugestivo y paradójico ejercicio de la crítica. Recuerda que “Cuando he dicho a algunos colegas alemanes que voy dar una conferencia sobre el derecho del trabajo después del neoliberalismo me han preguntado: ¿Dónde es? ¿En que país del mundo? El mercado y el neoliberalismo son omnipresentes; ¿Son idealistas, los organizadores?”.

Los efectos no queridos del neoliberalismo son los “mejoramientos” que el derecho del trabajo muestra tras la “situación extrema” pasada. A nuestro juicio, tres son los caracteres fundamentales a rescatar:

#### *V.2.1 El derecho a la formación profesional como sostén de la adaptabilidad*

El derecho a la formación profesional es el punto de encuentro entre la protección laboral y la adaptabilidad del trabajador a los nuevos modos de trabajar. Sin negar la pertinencia de las nuevas demandas del mundo productivo, la formación comporta la respuesta idónea para aunar exigencias de procedencia diversa, como lo son las competencias laborales que el trabajador debe demostrar y el derecho a la estabilidad o al menos con la continuidad laboral.

La formación deviene en un derecho del trabajador<sup>38</sup> exigible en la relación laboral, cuyo sujeto pasivo es naturalmente el empleador, quien deberá agotar los medios para mantener el contrato en casos de innovación que requieran nuevas habilidades o competencias del trabajador. La formación es también parte de las políticas de protección social tendientes a coadyuvar en la “empleabilidad” de las personas, tal como se lo reconoce en la Recomendación de la OIT sobre Desarrollo de los Recursos Humanos núm. 195 (2004), y es también, de acuerdo a ese instrumento internacional, un espacio óptimo para el diálogo social y la negociación colectiva<sup>39</sup>.

#### *V.2.2. Valoración de la autonomía colectiva*

La instrumentación de la convención colectiva como vehículo de la flexibilización laboral (“disponibilidad colectiva”) constituye una reafirmación

---

<sup>37</sup> DÄUBLER, Wolfgang. Conferencia inaugural en el Seminario Después del Neoliberalismo: Cambio Político y Derecho del Trabajo. Montevideo, junio 2007

<sup>38</sup> Sobre el punto conviene traer a la memoria los trabajos pioneros del profesor Héctor – Hugo BARBAGELATA.

<sup>39</sup> En este punto, la bibliografía producida en CINTERFOR/OIT bajo la dirección de P.D. WEINBERG sobre formación y relaciones laborales en los últimos años fue especialmente profusa, destacándose los aportes en el nivel rioplatense de Héctor – Hugo Barbagelata, Oscar Ermida Uriarte, Jorge Rosenbaum, Pablo Topet, Mario Garmendia, Beatriz Cappelletti, el autor de esta comunicación, etc. La entidad publicó inclusive una serie que tituló “Aportes para el Diálogo Social y la Formación Profesional” con estudios de casos de México, Perú, Costa Rica, Argentina, Uruguay, Chile, Brasil, Colombia, Paraguay, España y Panamá.

de un instituto central del derecho del trabajo, con las proyecciones habituales para reglamentar las condiciones de trabajo y regular las relaciones entre los sujetos colectivos.

La referencia puede parecer demasiado obvia, pero si tenemos en cuenta el cuestionamiento que sufrieron otros institutos del derecho del trabajo, la autonomía colectiva queda como un común denominador de visiones tan contrapuestas, generando un trasfondo que difícilmente puede luego ser desconocido por esos mismos interlocutores sin entrar en contradicciones insalvables, tal como sucedió en la propia OIT recientemente.

Estamos haciendo mención a lo paradójico que resultó el empleo de la negociación colectiva como mecanismo de ajuste o disminución de los derechos y beneficios laborales durante el período neoliberal, para luego negar su legitimidad, en menos que canta un gallo, por parte de los mismos actores que impusieron esa funcionalidad. En concreto, cuando se presenta la iniciativa de incluir la formación profesional como tema objeto de negociación y diálogo social en el art. 5 lit. f) de la R. 195 de la OIT, muchos gobiernos y el grupo entero de los empleadores no acuerda con la inclusión, a tal punto que no vota enteramente la Recomendación<sup>40</sup>.

La valoración de la autonomía colectiva es importante porque además provoca inevitablemente la consideración hacia el derecho más global a la libertad sindical, y la apertura de nuevos espacios a la libertad sindical ha sido motivo justamente de la jurisprudencia latinoamericana más reciente.

### *V.2.3 La reclusión constitucional y sus proyecciones dogmáticas y jurisprudenciales*

La última línea de análisis tiene relación con la respuesta jurisprudencial al neoliberalismo. Una serie de pronunciamientos de los máximos tribunales nacionales viene configurando una especie de corriente jurisprudencial latinoamericana que rescata los valores de la protección del trabajo, recurriendo a la normativa de derechos humanos laborales internacionales que han estado muchas veces en colisión con una legislación nacional restrictiva.

Se trata de una evolución llamativa, que despliega efectos en direcciones bien diferenciadas y con consecuencias todavía difíciles de avizorar. Por un lado, junto a la reafirmación (¿reconstrucción?) de base constitucional del derecho del trabajo, la jurisprudencia objeto de comentarios comporta una inopinada estrategia de rodeo y “envolvimiento” del núcleo flexibilizador o directamente desregulador, sitiándolo y aislándolo del ordenamiento jurídico para juzgar severamente sus manifestaciones más ilegítimas. Se reconstituyen así márgenes

---

<sup>40</sup> Un repaso de los debates de la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo que trataron el tema puede verse en BARRETTO GHIONE, Hugo. La Recomendación núm. 195 de la OIT: Temas, Enfoques y Actores. CINTERFOR/OIT, 2006

de protección en temas como, por ejemplo, la duración del trabajo y la estabilidad laboral.

Por otro lado, la jurisprudencia aparece como un frente fuertemente cuestionador de una legislación – mayormente codificada – en América Latina, que ha traducido secularmente los intentos de control y restricción al ejercicio de la libertad sindical. La reciente jurisprudencia constitucional que aquí se reseña da muestras suficientes de apreciar esa secular estructura jurídica intervencionista y limitativa con criterios muy severos, sustentados en principios fundados en las normas internacionales sobre libertad sindical, básicamente el Convenio Internacional núm. 87<sup>41</sup>.

Sanguinetti<sup>42</sup> repara en las características comunes de esta “corriente” jurisprudencial, advirtiendo que se trata de una doble línea de tendencia, de origen netamente jurisprudencial, con decisivas consecuencias para la evolución futura de los ordenamientos laborales de los países de América Latina. Se trata de: a) una revalorización del “papel configurador” de las normas constitucionales; y b) de la importancia de los valores fundamentales, y en especial de la dignidad de la persona, en la interpretación y aplicación de las instituciones jurídico-laborales.

Atribuimos esta nueva consideración de los derechos fundamentales en la jurisprudencia como signo de los tiempos políticos y sociales en América Latina, y como otra consecuencia no deseada del neoliberalismo, que al desregular al solo nivel legislativo, terminó provocando que el derecho del trabajo se refugiara intramuros de la Constitución y de las normas de orden público internacional, lo que a su vez terminó configurando una manera de “leer” e interpretar el derecho laboral.

## VI. APOSTILLA SOBRE EL CASO URUGUAYO

La flexibilidad laboral en el caso uruguayo tuvo una tan original implantación que dos sociólogos que estudiaron el fenómeno le dieron el calificativo de “flexibilidad velada” hacia principios de los años noventa<sup>43</sup>.

No es del caso repasar ahora la voluminosa literatura que estudió el fenómeno; para nuestros efectos basta con recordar que se trató de un proceso de decaecimiento en la aplicación de las normas jurídicas, por inercia de los mecanismos de contralor o por

---

<sup>41</sup> La jurisprudencia fundada en las normas constitucionales e internacionales comienza a estudiarse con profundidad en estudios comparados como el que dirige la prof. Julia LOPEZ en la Universidad Pompeu Fabra, que reúne a investigadores de España, Reino Unido, Estados Unidos, Italia, Francia y de países latinoamericanos como México y Uruguay. En el ámbito de la OIT puede consultarse el sitio [http://training.itcilo.org/ils/CD\\_Use\\_Int\\_Law\\_web/default.htm](http://training.itcilo.org/ils/CD_Use_Int_Law_web/default.htm).

<sup>42</sup> SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima, 2007

<sup>43</sup> SUPERVIELLE, Marcos, GUERRA, Pablo. De la Producción en Masa a la Producción Ajustada. Los cambios en la organización del trabajo. CEALS, 1993

debilidad o inexistencia de las organizaciones sindicales en el período posterior al abandono del intervencionismo en materia salarial. Justo es reconocer además que, marginalmente, puede identificarse alguna normativa desreguladora, como la drástica reducción del plazo de prescripción laboral o la ya citada promoción de las empresas unipersonales, más alguna manifestación doctrinaria.

La recomposición sin embargo se hizo con total naturalidad a partir de 2005 mediante la convocatoria a los Consejos de Salarios y la notoria expansión de la negociación colectiva a sectores tradicionalmente privados de la misma, como los rurales, domésticos y administración central.

La práctica de los Consejos de Salarios tras cuatro años de actuación ha modulado unas relaciones laborales mucho más dinámicas que las anémicas conocidas en el período 1991 – 2004, y ese entorno es el que está tejiendo una trabajosa negociación sobre la crisis. Los mecanismos acudidos por la negociación han sido las cláusulas de “desenganche” y de “salvaguarda”, éstas previstas en la última ronda de negociación terminada en octubre de 2008.

Las cláusulas de salvaguarda significan la respuesta más inmediata a la crisis económica. Loustaunau<sup>44</sup> ha sintetizado su contenido diciendo que lo acordado dispone que en caso que variaran sustancialmente las condiciones macro económicas que dieron marco al convenio colectivo, cualquiera de las partes podrá convocar al Consejo de Salarios y plantear la situación. En una redacción o giro que nos parece de interpretación dudosa, los acuerdos dicen en general que una vez convocado el Consejo de Salarios, “el Poder Ejecutivo analizará a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Economía y Finanzas la posibilidad de revisar y convocar al Consejo de Salarios correspondiente para ello”.

La redacción parece sinsentido dado que el Consejo será convocado para que el Poder Ejecutivo a su vez lo convoque (¿?). Más que claridad, la norma aporta una señal que los actores sociales reconocen a efectos de procesar la eventual crisis del empleo en forma negociada.

En el terreno dogmático, la doctrina laboral uruguaya ha ido orientando su búsqueda hacia el terreno de los derechos humanos laborales y el bloque de constitucionalidad<sup>45</sup>, aunque todavía la jurisprudencia no ha hecho suya esa elaboración.

En otro orden, la crisis encuentra al derecho del trabajo con dos novedades legislativas de importancia:

- a) la ley núm. 17940 de protección a la libertad sindical, que evita el empleo de la crisis como ariete para afectar la actividad sindical;
- b) la norma sobre descentralización empresarial y relaciones triangulares de trabajo, núm. 18.251, que perfecciona y hace más exigente la responsabilidad subsidiaria del empleador, que puede trasmutarse en solidaria.

---

<sup>44</sup> LOUSTAUNAU, Nelson. “Breves comentarios sobre algunas novedades ocurridas en la reciente ronda de Consejos de Salarios”. En rev. Der. Lab. T. LI núm. 232 p. 749

<sup>45</sup> Son referentes en este camino los trabajos de Oscar ERMIDA URIARTE y Héctor – Hugo BARBAGELATA.

Por último, en lo que refiere a la protección social, podemos ubicar la ley núm. 18.406 de creación del Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional. El organismo tripartito sucede a la Junta Nacional de Empleo, ampliando sus cometidos y permitiendo una mayor autonomía de gestión.

Se trata de una nueva institucionalidad que se ocupará de asesorar al Poder Ejecutivo en materia de políticas de empleo y que tendrá a su cargo la formación y capacitación de trabajadores desempleados o con dificultades de inserción laboral o aún aquellos que teniendo un empleo deban acudir a la formación continua para mantenerlo o mejorar su desempeño. El organismo podrá además ejecutar programas de formación y apoyar iniciativas de generación de emprendimientos. Quedó sin preverse atribuciones en materia de intermediación laboral, lo que hubiera sistematizado acabadamente toda la problemática que va del desempleo a la formación e inserción laboral.

Solo resta una tensa espera de lo que vendrá.