

ISSN 2697-3170

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR
JORGE ROSENBAUM
COORDINADOR
FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 2

No. 4

Enero-Abril
2021

Abril de 2021.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

contacto@revistajuridicadeltrabajo.com / www.revistajuridicadeltrabajo.com

El contenido de los artículos publicados en la Revista Jurídica del Trabajo es responsabilidad exclusiva de los autores.

Esta obra está bajo una licencia internacional Creative Commons Atribución 4.0.



RESPONSABLES EDITORIALES

EQUIPO EDITORIAL

Director: Jorge Rosenbaum (Universidad de la República, Uruguay)

Coordinador: Federico Rosenbaum (Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

COMITÉ CIENTÍFICO

César Arese (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Héctor García (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Nelson Mannrich (Universidade de São Paulo, Brasil)

Rodrigo Palomo (Universidad de Talca, Chile)

Francisco Tapia (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile)

José Herrera (Universidad del Rosario, Colombia)

Ignasi Beltrán (Universitat Oberta de Catalunya, España)

José Antonio Fernández Avilés (Universidad de Granada, España)

Carlos Palomeque (Universidad de Salamanca, España)

Eduardo Rojo (Universidad Autónoma de Barcelona, España)

Wilfredo Sanguineti (Universidad de Salamanca, España)

Stefano Bellomo (Sapienza Università di Roma, Italia)

Patricia Kurkzyn (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Alfredo Villavicencio (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Alejandro Castello (Universidad de la República, Uruguay)

César Augusto Carballo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)

Oscar Hernández (Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Venezuela)

COMITÉ DE EVALUACIÓN

Miguel Ángel Maza (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Ricardo Seco (Universidad Blas Pascal, Argentina)

Carlos Ernesto Molina (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)

José Antonio Baz (Universidad de Salamanca, España)

Rosa Morato (Universidad de Salamanca, España)

Héctor Jaime (Universidad Católica del Táchira, Venezuela)

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DE EDICIÓN

Fábio Tulio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco, Brasil)

Nicolás Márquez (Universidad Católica del Norte, Chile)

Francisco Ruay (Universidad de Chile, Chile)

Luis Triguero (Universidad de Granada, España)

Raúl Saco Barrios (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Javier Suarez (Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana)

Iván Mirabal (Universidad Fermín Toro, Venezuela)



En memoria de Oscar Ermida Uriarte
1949 - 2011

ÍNDICE

EDITORIAL: Nuestro homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte	iii
Alfredo Villavicencio Ríos: Rasgos esenciales y fisuras de la libertad sindical: el estado constitucional en cuestión.....	1
Antonio Baylos Grau: OEU y la Revista de Derecho Social Latinoamérica ...	23
Emilio Morgado Valenzuela: Releyendo “Sindicatos en libertad sindical” al analizar ciertos contenidos de derecho colectivo en el Código del Trabajo de Chile	52
Manuel Carlos Palomeque López: Cuando conocí al Profesor Oscar Ermida Uriarte.....	83
Adrián Goldin: Segmentación tutelar o nueva expansión del ambito de cobertura del Derecho del Trabajo y la protección social	94
Francisco Tapia Guerrero: Dignidad de la persona y Derecho del Trabajo .	120
Antonio Ojeda Avilés: La ley del río: aportaciones de los grandes ríos de Europa y América al Derecho del Trabajo	134
Oscar Hernández: Semblanza de Oscar el bueno, por Oscar el malo.....	166
Héctor Omar García: Crítica de la libertad sindical de mercado	173
Wilfredo Sanguineti Raymond: El teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica	190
Cristina Mangarelli: El Derecho del Trabajo del futuro. Sistema de normas y vigencia efectiva.....	218
Juan Raso Delgue: La internacionalización del Derecho del Trabajo en la visión de Oscar Ermida Uriarte.....	234
Alejandro Castello: Formas de terminación del convenio colectivo.....	271

Jorge Rosenbaum Rimolo: Los rumbos de la negociación colectiva en Latinoamérica: ¿un mar sin orillas?	292
Iván Daniel Jaramillo Jassir: De la protección a la maternidad y las acciones afirmativas para superar las brechas de género en el sistema de relaciones laborales colombiano	312
Julio Ismael Camacho Solis: La libertad sindical en Mexico.....	336
Roy Alexis Quispe Agipe: El componente ético del Derecho del Trabajo....	367
Manuel Echeverría: El derecho de huelga de los jueces en Uruguay	394
Karla Varas Marchant: Modelos de regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales	427
Reynaldo Lam Peña: Trabajo decente, teletrabajo y precariedad laboral: los efectos de una pandemia	458
Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón: Crítica del derecho de acceso al trabajo en la realidad peruana.....	480
Marianela Boliolo; Zulmira Silva: Desafíos y oportunidades de las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical.....	508
Maria Aparecida Alkimim; Leda Maria Messias Da Silva; Rosely Camilo Pereira Gomes: Desarrollo humano, trabajo decente y empleo sostenible en el capitalismo contemporáneo: desafíos de la 4 ^a . revolución industrial	543
José Antonio Rueda Monroy: Descifrando la delimitación subjetiva de la LGDPD. Especial referencia al ámbito socio laboral del derecho	573

EDITORIAL: Nuestro homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte

Próximo a cumplirse el décimo aniversario de su fallecimiento, la **Revista Jurídica del Trabajo** quiere rendir un merecido homenaje al **Prof. Oscar Ermida Uriarte**, y lo hace editando el presente **Número 4** de su publicación periódica, que reúne numerosas contribuciones dedicadas a su memoria.

Docentes de una aquilatada trayectoria en el desenvolvimiento del conocimiento, la investigación y la enseñanza del Derecho del trabajo, de la Seguridad Social y de las Relaciones Laborales, se han hecho presentes en esta edición. Y también autores más jóvenes, quienes dieron respuesta a la **Convocatoria abierta e internacional** que efectuara la Revista para presentar trabajos originales relacionados con la obra del Prof. Ermida Uriarte.

La temprana desaparición física de Oscar ciertamente dejó un gran vacío, pero su figura sigue presente en el recuerdo de quienes tuvimos el privilegio de conocerle, compartir la cotidianeidad durante un gran trecho de su vida, así como aprender y admirar sus valores y acciones personales.

Además de rendirle el tributo espiritual de nuestro sentimiento fraterno, profesamos el orgullo de que este acometimiento editorial haya reunido tantas y tan valiosas expresiones sobre el legado que dejó quien fuera uno de los grandes juristas del cosmopolitismo universalista (tal como lo calificara el Prof. Antonio Baylos Grau en su Blog el 8 de junio de 2011).

A partir de este año 2021 y con el lanzamiento del Vol. 2 de la Revista, se ha estrenado una nueva plataforma web (www.revistajuridicadeltrabajo.com) que aloja todos los contenidos pasados (Vol. 1, Números 1, 2 y 3 y el Número especial), así como también los próximos números a editarse en el futuro, utilizando el sistema OJS/PKP. Para más información, la dirección de contacto es contacto@revistajuridicadeltrabajo.com.

Finalmente, el Equipo editorial de la RJT se complace en anunciar que la Revista ha sido recientemente indexada en [WorldCat](#), [Directory of Open Access Scholarly Resources](#) y [Directory of Research Journals Indexing](#).

Equipo editorial de la RJT

**RASGOS ESENCIALES Y FISURAS DE LA LIBERTAD
SINDICAL: EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN CUESTIÓN**

**ESSENTIAL FEATURES AND CRACKS IN FREEDOM OF
ASSOCIATION: THE CONSTITUTIONAL STATE IN QUESTION**

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

Doctor en Derecho, Universidad de Sevilla, España. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (julio 2014-diciembre 2020).

alfredo.villavicencio@pucp.edu.pe

Fecha de envío: 29/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

RASGOS ESENCIALES Y FISURAS DE LA LIBERTAD SINDICAL: EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN CUESTIÓN

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El trabajo desarrolla los elementos componentes de la libertad sindical bajo la influencia del pensamiento “ermidiano”. Entre ellos, examina la importancia del conflicto, el carácter multiforme en su rol distributivo que resulta clave para el equilibrio social y económico, su complejidad como derecho principalmente colectivo y de actividad, la condición de derecho fundamental que exige remover los obstáculos que puedan entorpecer su ejercicio, la rémora de los modelos de relaciones laborales fuertemente intervenidos y de la promovida descentralización de la autonomía colectiva, la imposición de una legalidad compatible con las normas internacionales y el carácter funcional para la modalización del trípode de sostén de la libertad sindical. Se concluye que fortalecer la relevancia de la acción sindical permite avanzar significativamente en las condiciones de trabajo y de vida.

Palabras clave: Libertad sindical - Estado constitucional - Conflicto colectivo - Sindicatos

Sumario: 1. Introducción. 2. Rasgos esenciales y fisuras de la libertad sindical: el Estado constitucional en cuestión.

Abstract: The work develops the component elements of freedom of association under the influence of "Ermidian" thinking. Among them, it examines the importance of conflict, the multiform nature in its distributional role that is the key to social and economic balance, its complexity as a mainly collective and active right, the condition of fundamental right that requires removing obstacles that may hinder its exercise, the remora of strongly intervened models of industrial

relations and the promoted decentralization of collective bargaining , the imposition of legality consistent with international standards and the functional character for the modalisation of the freedom of association tripod. It is concluded that strengthening the relevance of trade union action, makes significant progress in working and living conditions.

Key words: Freedom of association - Constitutional State - Collective conflict - Unions

Summary: 1. Introduction. 2. Essential features and cracks in freedom of association: the constitutional state in question.

1. Introducción

A mediados de mayo del 2011 viajé a Montevideo y Oscar Ermida tuvo la deferencia, otra más, de permitirme visitarlo. Pasamos un par de horas inolvidables, recordando los viejos tiempos y mirando el futuro de las relaciones laborales desde su privilegiada atalaya. Ya se había publicado su “Crítica a la Libertad sindical” y me instó a que escribiera ‘una crítica académica’ a su texto. Le di mi palabra a regañadientes y a mucha insistencia. Muy poco después falleció y me quedó el compromiso que pienso honrar en esta oportunidad, aunque no en los términos aceptados inicialmente, sino intentando darle una mirada complementaria a su estupendo ensayo, sobre este colosal instrumento de justicia social, tan grato para ambos, pero tan venido a menos.

Agradezco sentidamente a Jorge y Federico Rosenbaum, organizadores de este merecidísimo homenaje que la Revista Jurídica del Trabajo le rinde al más importante laboralista latinoamericano de las últimas décadas, que fue mucho más que una voz académica extremadamente rigurosa y fecunda. Fue, también, un gran maestro de diversas generaciones de laboralistas a lo largo y ancho de América Latina, un gran aglutinador de inteligencia alrededor del mundo del trabajo, un notable impulsor de investigaciones y un militante prominente de los fundamentos y principios de una disciplina puesta al servicio de la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos. Vaya pues, nuevamente, mi cariño y reconocimiento indelebles en estas ideas, que por convicción y finalidad tienen una fuerte raigambre ermadiana.

2. Rasgos esenciales y fisuras de la libertad sindical: el Estado constitucional en cuestión

1

El primer rasgo esencial en el campo de la libertad sindical, pasa por tener siempre presente, como lo hiciera notar KAHN-FREUND, que en las relaciones laborales *el conflicto es el padre de todas las cosas*.

Este rol genético del conflicto se expresa no únicamente en su condición de connatural, intrínseco y necesario en el mundo de las relaciones laborales, al punto que OJEDA (2008, pág. 445) afirma que *negar su existencia en las relaciones laborales es una insensatez que nadie mantiene*. Se expresa también (el rol genético) en que por su presencia surgen las organizaciones de los trabajadores para fortalecer a la parte laboral (sindicalización), cuya acción reivindicativa va creando el proceso de interacción dirigido a funcionalizarlo a partir de una búsqueda de puntos de encuentro entre los intereses de empleadores y trabajadores (negociación colectiva), búsqueda en la que la expresión descarnada del conflicto, la huelga, juega un rol claramente equilibrador, exacerbando el conflicto pero para componerlo (huelga).

Por lo tanto, como señala ERMIDA (1999, págs. 11-13), *en nuestra atípica parcela del ordenamiento jurídico, el conflicto es uno de los tipos, es normal, es el principio o la regla. Porque la razón de ser, la naturaleza de las cosas (de esas cosas) es el pluralismo, la autonomía, el conflicto, la protección o tutela, la autotutela, la huelga*. En función de ello, *el conflicto es sin duda, el elemento dinamizador de sistema de relaciones laborales y, más aún, le es funcional en el sentido de hacerle viable a través de su papel compensador o equilibrador*. De este modo, lo genético se funde con lo funcional, puesto que permite la negociación y el alumbramiento de acuerdos colectivos que democratizan la toma de decisiones y mejoran las condiciones de labor y de vida de los trabajadores.

Este “**sentido común**” laboralista viene siendo puesto en cuestión por la narrativa dominante de *deslaborización* de las relaciones de trabajo, irradiada por visión neoliberal de las relaciones de trabajo, según la cual ya no tenemos trabajadores sino colaboradores, tampoco remuneración, sino compensación ni despido, sino desvinculación. Esta categorización responde a la “superación” del conflicto de intereses antes referido, dado que hay un solo interés: el de la empresa, al que el colaborador se suma libremente (VILLAVICENCIO, 2016, págs. 17 y ss.). El embate es de hondo calado, pero no es el único y se encuentra trenzado con otros entre los que cabe resaltar los provenientes de la globalización, las transformaciones en la propia organización del trabajo, la

introducción de nuevas tecnologías. Todo ello en un marco de agudización de las premisas del capitalismo, que ha vuelto a entronizar a la competitividad como el valor máximo (ERMIDA, 2010) al que se vienen rindiendo grandes valores civilizatorios conseguidos esforzadamente a lo largo del siglo pasado.

2

El segundo rasgo esencial es que la libertad sindical, condensación jurídica de la tutela colectiva, es una institución multifuncional y caleidoscópica que cumple un papel decisivo en los procesos de producción y distribución de la riqueza y de asignación y ejercicio del poder, jugando un rol muy pronunciado de contrapeso.

En tal sentido, ha trascendido el ámbito de las relaciones laborales para convertirse en un componente esencial del Estado Constitucional de Derecho, en un instrumento clave de equilibrio social y económico general, en la medida en que cumple un fin central: la consecución de cuotas cada vez mayores de igualdad sustancial (tengamos siempre presente que el paradigma constitucional tiene en sus cimientos el Estado Social de Derecho). En tal sentido, ERMIDA (1985, pág. 26) acoge elocuentes citas en las *que se ha admitido sin vacilaciones que la libertad sindical es un elemento indispensable a la democracia real: VERDIER comprueba la libertad sindical es una constante un denominador común, de los regímenes democráticos, a tal punto que GIUGNI considera que la efectividad del orden democrático puede ser medida por la eficacia de la libertad sindical, la Declaración de Querétaro la proclama como elemento constitutivo de la democracia y LYON-CAEN concluye que no hay democracia sin libertad sindical.*

Sin embargo, en la actualidad hay corrientes especialmente agresivas, sobre todo en los países más liberales como Chile, Colombia o Perú, que venden la idea de que este derecho fundamental es una antigualla, una pieza de museo a la que habría que jubilar de una buena vez por inútil.

Para responder esta pregunta en la actualidad hay que buscar referencias en las opiniones de los que se encuentran en las atalayas más elevadas. No cabe ninguna duda de que los veinte destacados académicos que forman la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

(CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuentran en tal élite y tenemos la suerte de contar con el Estudio General sobre los Convenios Fundamentales (2012), en cuyo primer párrafo referido al convenio 87 afirman:

“La libertad sindical es esencial para la búsqueda de la justicia social en el proceso de globalización y está estrechamente vinculada con todos los demás derechos fundamentales a los que se refiere este Estudio General. Se trata de un derecho humano fundamental de alcance universal, indispensable para el ejercicio de otros derechos. Es un proceso, dotado de un contenido sustantivo, que permite por medio de acciones colectivas, tomar medidas para combatir el trabajo forzoso, proteger a los menores de abusos y adoptar medidas contra la discriminación y en favor de la igualdad que beneficien a todos. La libertad sindical está en la esencia de la democracia, desde la base hasta lo más alto de la cúspide del poder.” (OIT, 2012, pág. 17)

Qué duda cabe que ERMIDA también es un referente obligado y en su último trabajo afirmaba rotundamente que:

“es que si hubiera que elegir uno solo de los derechos humanos laborales, habría que escoger la libertad sindical, porque con ella existe al menos la posibilidad de crear los otros derechos o algunos de ellos. La inversa no se da. Se puede reconocer la limitación de la jornada o el descanso semanal o el derecho de vacaciones, sin que ello genere el surgimiento de otros derechos. En cambio, el reconocimiento –y sobre todo el ejercicio- de la libertad sindical si tiene esa potencialidad creativa de los otros derechos, tanto que así fue como nacieron algunos de los otros derechos laborales y el derecho laboral mismo” (2012, pág.36).

En esta medida, es un relevante vehículo para generar igualdad sustantiva. Véase cualquier estadística sobre las condiciones de trabajo, sobre las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores sindicalizados y los que no lo están, en el país que se quiera, para entender la importancia de la tutela colectiva como instrumento no sólo de mejora de las condiciones de trabajo sino de ciudadanía social (por su actualidad, puede verse ANNER, 2020).

Sin embargo, no podemos desconocer que la libertad sindical viene perdiendo eficacia a causa principalmente de la difuminación del empleador y la

fragmentación del interés colectivo (descentralización productiva, deslocalización, subcontratación), la creciente automatización del trabajo, que viene disminuyendo la presencia e importancia del factor humano y ampliando las posibilidades de actuación empresarial (desregulación y flexibilización), así como por la tolerancia de formas de organizar el trabajo (como las plataformas tecnológicas) que ni siquiera reconocen la condición de trabajadores a quienes prestan servicios bajo su égida. Salvo en el caso de la automatización, se ha tratado de reducir a mínimos el ámbito subjetivo y objetivo de la protección laboral, individualizándola y desjuridificándola, diluyendo la normativa laboral, individual y colectiva, o llevándola a ámbitos mercantiles o civiles donde la regulación de las prestaciones es casi toda disponible para las partes.

Son tiempos de desmontaje de la protección brindada por el Derecho del Trabajo a partir de la política económica neoliberal, tras la caída del muro de Berlín y el fin de la bipolaridad, la cultura postmoderna individualista, la informalidad y los problemas intrasindicales, que marcan la crisis del sindicato y la autotutela colectiva, en apretado resumen de lo señalado al respecto por ERMIDA, (2012, págs. 47-48). Lo que a nivel macro se articula en un mundo globalizado en el que, en términos de SUPLOT (2011, pág. 26) *“el objetivo de la justicia social ha sido sustituido por el de la libre circulación de los capitales y de mercancías, y la competencia sin trabas. En lugar de amoldar la economía a las necesidades de los hombres, y el mundo financiero a las necesidades de la economía, se amolda la economía a las exigencias del mundo financiero y se trata a los hombres como ‘capital humano’ al servicio de la economía”*.

Por eso, las consecuencias de este desmontaje, no sólo conducen a un Derecho del Trabajo diezmado y anémico, sino que ponen en jaque el modelo de estado constitucional y democrático de derecho de nuestros países, en la medida que se le está privando de su principal instrumento de equidad, de ciudadanía social, de reparto tendencialmente equilibrado del poder y la riqueza, y de expresión de la democracia material.

En tal dirección, ha señalado FERRAJOLI que *“hoy asistimos a la crisis del paradigma constitucional determinada esencialmente por el fin del monopolio estatal de la producción normativa y del desarrollo, a escala global, de los*

poderes públicos y sobre todo de los económicos y financieros que se sustraen al gobierno de las instituciones políticas de la democracia representativa y a los límites y vínculos jurídicos del estado de derecho, tanto legislativo como constitucional". Agregando que "el futuro del estado de derecho y de la democracia, como alternativa a la quiebra de ambos también en el interior de los estados nacionales, depende de la progresiva expansión del paradigma constitucional a los ordenamientos supranacionales, a la altura de los nuevos poderes extra- o supraestatales" (2014, p. 22).

En la misma línea, la OIT a través de los informes *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos* (2004), *Trabajar por un futuro más prometedor* (2019) y el Estudio General sobre los Convenios Fundamentales (2012), *Dar un rostro humano a la globalización*, reclama el cambio del curso de la globalización, para imbuirla del respeto de las formas democráticas y dotarla de un enfoque basado en las personas, por lo que se debería aprovechar la ventana de oportunidad que también significa la tragedia global que estamos viviendo, ocasionada por la pandemia del corona virus, para dar pasos efectivos en esa dirección.

Hay que salir del curso puramente económico de la globalización para tamizarla a través de las reglas democráticas y del respeto a los derechos fundamentales, habida cuenta que, como afirma rotundamente HÄBERLE (2019, pág. 89) estos son una respuesta a una realidad antisocial: *"ellos buscan solucionar iusfundamentalmente la 'cuestión social'"*, tema frente al que los laboristas no podemos ponernos de perfil.

3

Como tercer rasgo esencial, debemos apuntar que estamos ante un derecho muy complejo, insuperablemente descrito por ROMAGNOLI (2006, pág. 18) cuando afirma que:

"la libertad sindical es una fórmula lingüística abreviada de la que nadie podía sospechar su exuberancia. La libertad sindical engendra el derecho a regular las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva y el derecho a condicionar su dinámica recurriendo a la huelga. Engendra el derecho al pluralismo organizativo y concurrencial a la vez que el derecho al autogobierno

del mismo. Engendra el derecho de los individuos a ejercitarla (la así llamada libertad positiva) junto a la de no ejercitarla (libertad negativa) y los derechos del sindicato a la vez que los derechos de los representados dentro del sindicato y respecto de él” (2006, pág. 18).

Involucra, por tanto, distintos binomios indisolubles, individual/colectiva, positiva/negativa, de organización/de actividad, que debemos tener presente siempre para poder dar cuenta de su riqueza.

Al respecto, debemos dejar indicado que el más relevante instituto de atribución de poder y equilibrio social de nuestras democracias, la tutela colectiva, funciona de manera sistémica: tiene como presupuesto la creación libre de sujetos colectivos, a la negociación colectiva como medio de expresión y a la huelga como garantía de eficacia.

Por tanto, si bien podemos dividir este derecho a efectos de estudiarlo con más acuciosidad, debemos afirmar que puestos en acción sus tres componentes (auto-organización, auto-regulación y auto-tutela) no sólo son inescindibles sino que deben poder materializarse efectivamente, ya que se trata de un trípode que para tenerse en pie requiere no sólo de sus tres pilares sino también de que ninguno sufra restricciones sensibles. Todo ello porque en realidad la parte orgánica o estática de la libertad sindical tiene una función de soporte del objeto de la tutela colectiva, que es la actividad de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Desde el haz de derechos y binomios que trae consigo la libertad sindical, podemos afirmar que, si bien todos son necesarios, estamos frente a un derecho principalmente colectivo y de actividad, cuya efectividad presupone el surgimiento libre de sujetos colectivos. De allí que en América Latina las principales restricciones no sólo se encuentren en el plano orgánico o estático (número mínimo de trabajadores, categorías excluidas, registro discrecional, etc), sino que las hallamos también en el plano negocial (obstáculos para negociar por rama de actividad, por ejemplo) o en el conflictual (aceptación legal sólo de la huelga típica: suspensión total de actividades con abandono del centro de labores). Con esas dos últimas restricciones, muy difundidas en las legislaciones de nuestro subcontinente lleno de microempresas, se habrá

desmontado la efectividad de este medular instrumento de atribución de poder y consiguiente equilibrio social de nuestras sociedades.

Vuelvo al tema desde otro ángulo. Podríamos reducir a mínimos la exigencia de número de afiliados para constituir un sindicato y a la par abrir la posibilidad para crear organizaciones sectoriales, con lo que se levantan los cuestionamientos derivados del Convenio 87 de la OIT. Pero si exijo simultáneamente la aquiescencia de los empleadores para negociar por rama de actividad y la huelga sigue siendo aquella clásica (suspensión de labores con abandono del centro de trabajo), para la cual los empleadores encontraron el antídoto hace dos siglos, el resultado está cantado: el mantenimiento de la estructura sindical atomizada, la maldición de no superar el 10% de afiliación y la consiguiente atrofia del más importante instrumento de equilibrio social inventado por el propio capitalismo (cuando se sintió amenazado por las ideologías revolucionarias y particularmente por la revolución rusa).

4

Como cuarto rasgo esencial queremos dejar sentado que el rol del Estado frente a la libertad sindical ha sido y sigue siendo no sólo diverso, sino que es una tradicional zona sísmica del Derecho del Trabajo, para usar los términos de VENEZIANI (1992, pág. 67), con movimientos permanentes de fronteras. En virtud de lo expuesto, hay modelos de *abstention of law* y modelos fuertemente intervencionistas, siendo el signo de la presencia estatal también variado, puesto que puede ser restrictivo o promocional, existiendo, por cierto, muchas variedades intermedias o mixtas.

La definición del rol del Estado en materia de libertad sindical no depende de la opinión de nadie, por importante que sea, y no es una materia de libre disposición para quienes ejercen el poder. El rol del Estado lo debemos encontrar, en primerísimo lugar, en las normas constitucionales, habida cuenta que la llegada del siglo XXI puede verse un período de sustitución de nuestros estados legales de derecho o “legicentristas” -para utilizar la expresión de PRIETO SANCHÍS (1998, pág. 16)-, por los respectivos estados constitucionales de derecho, con todo lo que ello significa en el ámbito de un fuerte proceso de revisión de todas las disciplinas jurídicas, que tienen que pasar ahora por el tamiz

de la norma suprema y su fuerte impronta en materia del principio de *fuerza inmediatamente vinculante de los derechos fundamentales* (HESSE, 1995, pág. 57).

En este contexto, partamos de la constatación de que estamos ante un derecho fundamental unánimemente reconocido por las constituciones latinoamericanas, y ello trae consigo necesariamente un conjunto de garantías negativas, dirigidas a la remoción de todos los obstáculos que puedan impedir o entorpecer su ejercicio. Pero, como derecho fundamental, también trae consigo relevantes garantías positivas, que implican la actuación estatal dirigida a construir el andamiaje necesario para asegurar su efectividad y que así este derecho pueda cumplir la finalidad para la que ha sido concebido; deberes estatales que llevan a revisar toda la actuación estatal en clave promotora, no sólo legal y no sólo de libertad sindical, dado que hay muchas normas precarizadoras en el ámbito individual que impactan directamente en la libertad sindical y que también deben ser revisadas. Estamos, pues, ante la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que como normas institucionales obligan al Estado a adoptar complejos marcos procedimentales y funcionales para concretar los valores en ellos encarnados (HÄBERLE, 2003, pág. 97).

A mayor abundamiento, la esfera positiva tiene además, mandatos explícitos en diversas constituciones latinoamericanas en los que se ordena garantizar o promover el derecho a organizarse en sindicatos a quien ejerza el poder público (artículo 159 de la Constitución de Bolivia, artículo 326.7 de la Constitución de Ecuador, artículo 28.1 de la Constitución de Perú, y artículo 57 de la Constitución de Uruguay). A ello habría que agregarle lo dispuesto por el artículo 11 del Convenio 87 de la OIT, ratificado por todos los países latinoamericanos con la excepción de Brasil, que establece la obligación estatal de *adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación*. Y esta confluencia entre normas internacionales y constitucionales alrededor de los derechos humanos, es otro de los signos de los tiempos, de gran trascendencia, en la medida en que el valor y la importancia jurídica de tales normas internacionales viene incrementándose no sólo entendiéndose como absolutamente exigibles en los ordenamientos

internos dado que todos somos monistas, sino porque es cada vez mayor el número de países latinoamericanos que les otorgan rango constitucional, como sucede con Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela o Perú.

Adicionalmente, es importante tener siempre presente lo que significa el deber de garantía de los derechos fundamentales, en los términos establecidos por la Corte Interamericana de Justicia en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras:

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.

*Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de **organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.***

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (el resaltado es propio).

En el ámbito internacional, hay que indicar que los convenios 87 y 98 son el núcleo duro de la regulación de estos derechos, dado que son los primeros en trascender el ámbito individual para reconocer también la titularidad colectiva y los que regulan con mayor detalle el haz de potestades vinculadas a este derecho. Además de ello, hay que indicar que las normas aludidas involucran tanto la esfera estática u orgánica de la libertad sindical, como la dinámica o de actividad, debiendo poner especial énfasis en el campo tutelar, la intervención del Estado dirigida a garantizar (proteger y facilitar) el ejercicio del derecho, librándolo efectivamente de cualquier afectación en sí o en otros derechos laborales, que pueda sufrir un titular concreto por el hecho de ejercerlo. Tengamos siempre presente que, como señaló ERMIDA (1987, pág 23), *“las medidas de protección de la actividad sindical, por una parte, derivan, del*

principio de libertad sindical, son una consecuencia de éste, pero, por otra parte, constituyen presupuestos esencialísimos del ejercicio real y efectivo de la actividad sindical, porque si tales medidas de protección no existen o son ineficaces, ello determina que, en los hechos, la actividad sindical no pueda ser practicada”.

Y esta concepción, que compartimos plenamente, tenía aparejada la convicción de que en la dimensión orgánica la regulación internacional resulta prácticamente suficiente en la medida en que estamos hablando de espacios de máxima libertad frente a los cuales esta regulación busca cumplir únicamente una función de resistencia a las injerencias estatales en materia de creación y configuración del sujeto colectivo. En tal sentido, reglamentar el Convenio 87 es casi sinónimo de injerir indebidamente, en la medida en que la regla es que todas las materias están dejadas en manos de la autonomía sindical, salvo, de ser necesaria, una regulación mínima y formal sobre la obtención de la personería jurídica a través de un registro y las reglas de mayor representatividad, que deben ser pocas, sencillas y no dejar lugar a la discrecionalidad.

Sin embargo, ahora tenemos que matizar en alguna medida el mandato de abstención en el plano orgánico, por la irrupción de la globalización y su paradigma de descentralización productiva, así como de las nuevas tecnologías. La emergencia del empleador novatorio o fungible, o si se quiere el estallido de la empresa tradicional puso en jaque a las estructuras sindicales tradicionales, exigiendo su adaptación a la nueva situación. Como señala SUPIOT (2001, pág. 687) *“los derechos colectivos de los trabajadores deben poder adherirse a las formas que los empresarios imprimen a la organización del trabajo”.*

Y para lograr tal fin se requiere más que las iniciativas de auto-reforma sindical en que se encuentran inmersas la Confederación Sindical Internacional y la Confederación de Sindicatos de las Américas. Se necesita que el propio Estado se comprometa con medidas de fomento, estímulo o incentivo que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de organizarse a trabajadores de diversas contratistas, plataformas, cadenas internacionales de producción etc., entre ellos o conjuntamente con el personal de la empresa principal, lo mismo

respecto de trabajadores autónomos o parasubordinados que participan en la cadena productiva.

Además de ello, resulta imprescindible que se estimule la negociación colectiva supraempresarial, particularmente a nivel de rama, porque permite mayor fortaleza y mejor capacidad de sortear los retos generados por la nueva estructura empresarial en red (incluso dentro de las cadenas productivas internacionales). Basta ver las 6 ventajas de la negociación colectiva centralizada y las 8 desventajas de la descentralizada, señaladas por ERMIDA (2021, págs. 55-56), para apostar firmemente por ello. Y, simultáneamente, para que esta tutela colectiva sea realmente efectiva resulta perentorio permitir que la huelga pueda ejercerse en todas sus expresiones, con la sola exigencia planteada por el Comité de Libertad Sindical, de no perder su carácter pacífico. Seguir manteniendo que la única posible es la suspensión colectiva de labores con abandono del centro de trabajo, es una reducción a mínimos no sólo inconstitucional sino también impúdica, puesto que esconde el doble rasero frente al conflicto: su admisión en teoría y la negación de su ejercicio efectivo en la práctica, impidiendo en los hechos que cumpla su función compensadora o de equilibrio. Tengamos siempre presente que, a través de la huelga, en todas sus manifestaciones, *“participan los trabajadores en las decisiones y obligan al poder político y económico a contar con ellos”*, con afirma con claridad y contundencia OJEDA (2014, pág. 238).

Sólo así podremos salir del síndrome del 10% como tope que no podemos superar en ningún país latinoamericano que no sea Argentina, Brasil y Uruguay, que no por coincidencia son los 3 países que tienen sindicatos, negociación colectiva y huelga a nivel de rama o sectorial. Del mismo modo que se debe redefinir la figura del interlocutor empresarial para efectos colectivos, de manera que más allá de la pluralidad de empresas participantes haya una contraparte en la que estén todos los que tienen que ver con las condiciones de trabajo de la cadena, con una predeterminación propia de los pesos en la representación.

Si bien hasta hace poco tiempo bastaba con una mirada sólo de garantías negativas, la situación de emergencia que vivimos nos conduce a plantear la necesidad de actuación estatal promoviendo formas de organización y actuación

sindical que puedan permitir hacer frente a las nuevas relaciones laborales precarias, descentralizadas, bajo plataformas tecnológicas, etc., que vienen trastornando los postulados clásicos del Derecho del Trabajo y no sólo en materia colectiva.

5

Como quinto rasgo esencial, debemos indicar que en la realidad los países latinoamericanos, con la honrosa excepción de Uruguay, manejan una lógica invertida respecto de las estipulaciones constitucionales que acabamos de tratar. Es decir, por regla general intervienen donde no deben y con un sentido contrario al mandado, pues han visto ordinariamente al sindicato como un sujeto bajo sospecha, al que hay que delimitarle muy claramente el estrecho campo en el que puede moverse, generando un modelo de relaciones laborales fuertemente intervenido pero con un claro signo restrictivo. Son muchas normas limitativas en las esferas de autonomía y muy pocas en las de tutela.

Las causas de esta situación son diversas y han sido ampliamente tratadas por la doctrina, y han dado origen a modelos muy descentralizados, que tienen a la empresa como eje, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, con una afiliación mínima que se ha visto además muy afectada por la descentralización productiva. Por estas razones, la conclusión principal de los debates de auto-reforma de la CSA indican que el principal empeño debe ser cambiar la tutela colectiva de empresa por la supraempresarial (rama, grupo de empresas, empresas en red), con las articulaciones que haga falta, pero con una mucho mayor cobertura y fuerza, habida cuenta del peso de la micro y pequeña empresa en nuestros países. Tema que no es nada fácil porque el *estatus quo* beneficia ampliamente al empresariado, cuya fuerza se ha visto muy acrecentada en las últimas décadas, al punto que están poniendo un jaque fuerte a la OIT en materia de huelga.

En este marco, además, tenemos todavía como asignatura pendiente el tránsito de un modelo intervencionista y restrictivo, a un modelo democrático de relaciones laborales, donde la presencia estatal deje el máximo espacio a la autonomía sindical, como esfera de auto-organización, y a la autonomía colectiva, como esfera de regulación y gobierno de las relaciones laborales, y

siente presencia activa a través de un conjunto de garantías eficaces para el ejercicio de la actividad sindical individual y colectiva.

Esta tarea es tan ardua como urgente y hay que llevarla a cabo, ya se ha dicho, en medio de la vorágine de cambios introducidos por la globalización, la revolución tecnológica y los nuevos paradigmas de organización del trabajo, pero no hay que temerle ni correrle, porque así como la crisis económica ha sido una compañera histórica de nuestra disciplina, los cambios en la estructura y en la organización productiva también son permanentes y hay que tratar de ir dándoles respuesta metidos en el ojo mismo de la tormenta.

No nos sirven las “posiciones inmovilistas” ni las que lo consideran al sindicato como una pieza de museo. En todo caso, sobre todos estos temas PALOMEQUE recientemente ha dicho con autoridad que “los problemas han cambiado naturalmente, pero la necesidad de que la ordenación jurídica de las relaciones laborales adapte su respuesta compensadora de desigualdades al tiempo presente y a sus nuevos desafíos sigue siendo una exigencia permanente”, razón por la cual “la revitalización del sindicato y del sindicalismo como instrumento imprescindible para la tutela colectiva de los trabajadores y el progreso social del siglo XXI, también en las sociedades complejas contemporáneas, sigue siendo un objetivo inaplazable para la consecución de un sistema social cada día más libre y más justo” (2010, pág. 29).

6

Como sexto rasgo esencial debemos señalar que es más o menos común encontrar en las normas latinoamericanas que los derechos de creación y configuración de los sindicatos debe hacerse libremente pero “con la condición de sujetarse a la ley”, para decirlo en los términos del artículo 212 del Código de Trabajo de Chile.

Esta situación ha sido aceptada como expresión del *sentido común* relativo a que el ejercicio de cualquier derecho sólo puede ser amparado cuando se ejerce conforme a derecho, en su versión doméstica. Y en nombre de tal *sentido común* las muchas legislaciones latinoamericanas establecen regulaciones que colisionan reiteradamente con las normas del Convenio 87 y que se aplican por encima de cualquier enjuiciamiento de validez. Hemos de

decir al respecto, que esta situación no puede ser aceptada por los propios términos del artículo 9 del Convenio 87, que señalan:

“Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio”.

Hay que prestarle especial atención al segundo párrafo que viene a decirnos que, así como hay que respetar la legalidad, ésta debe respetar en su texto y en su aplicación las garantías previstas en el propio convenio. No estamos, pues, ante un mandato unidireccional de respeto de la legalidad, sino de uno bidireccional que conlleva un doble condicionamiento entre el ordenamiento nacional originario y el que tiene origen internacional, pero se incorpora como norma interna a partir de la adopción del monismo como teoría adoptada unánimemente en América Latina. Y lo hace en muchos casos (Colombia, Argentina, Venezuela, Guatemala, Perú, etc), con rango constitucional, dando cabida a la institución del bloque de constitucionalidad, que, además de otorgarle el máximo rango a las normas constitucionales de origen internacional, les permiten el acceso a los procesos constitucionales que de manera célere y preferente se han establecidos en nuestros países para garantizar la tutela efectiva de los derechos constitucionales.

Ello, además, viene absolutamente respaldado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuando, tras establecer que los países deben cumplir de buena fe los tratados que ratifican (artículo 26), agrega que no cabe alegar ninguna norma interna para justificar el incumplimiento de un tratado en vigor para un país (artículo 27). Por tanto, debe quedar totalmente claro que la regla es en principio la contraria: la legalidad está en la obligación de respetar el tratado sin menoscabo de que en el ejercicio de los derechos involucrados se respete el ordenamiento jurídico en general; muestra de ello son los innumerables pronunciamientos de los órganos de control de la OIT respecto de leyes que infringen los derechos o su ejercicio a través de normas legales.

Finalmente, como séptimo rasgo esencial, debemos tener en cuenta que sindicación, negociación colectiva y huelga no conforman un triángulo y mucho menos equilátero, como tantas veces se ha referido. Los tres pilares de la libertad sindical tienen diferente tamaño, y la figura que mejor los grafica no es el triángulo (escaleno, con tres lados desiguales), sino el trípode, porque la mirada funcional no puede ser obviada nunca. Así, estos tres componentes no sólo son inescindibles, sino que su diferencia de tamaño no puede ser tal que impida que el pedestal se tenga en pie.

En esta estructura, la sindicación es el pilar más extenso, porque el derecho a constituir organizaciones y configurarlas libremente, se atribuye hasta a los trabajadores autónomos (“los trabajadores, sin ninguna distinción”, señala el Convenio 87), con la única posibilidad de que los países puedan limitar o excluir de este derecho a policías y militares. La negociación colectiva, en cambio, puede ser modalizada económicamente en el caso de los trabajadores del Estado (a partir de la necesidad de que el presupuesto público pueda cumplir todas sus finalidades). Y, finalmente, la huelga, puede llegar hasta prohibirse, en el caso de los servicios esenciales (en sentido estricto, según la OIT).

Siendo de distinta extensión los tres pilares de la libertad sindical, la modalización y recorte de dos de ellos, no puede ser tan aguda como para impedir que cumpla su función de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. En tal sentido, se debe entender que la modalización salarial de la negociación colectiva de los trabajadores del Estado no puede equipararse con prohibiciones de pactar remuneraciones o condiciones de trabajo que tengan trascendencia económica. Y similar mirada hay que tener respecto de la huelga en los servicios esenciales en sentido estricto, cuya prohibición, de ser el caso, debe venir acompañada del otorgamiento de garantías compensatorias, como un arbitraje célere e independiente, puesto que, de no ser así las organizaciones creadas y la negociación llevada a cabo tendrían una existencia fantasmagórica. Es decir, que sólo tienen restringido el pilar de la autotutela, en función de la protección de bienes jurídicos de igual o mayor valor que la propia huelga, por lo

que la restricción para ser válida debe venir acompañada de un instrumento sucedáneo que impida que el ejercicio de la libertad sindical sea infértil.

Concluimos alertando que de la mayor extensión de la parte orgánica de la libertad sindical no refuerza su importancia frente a la de actividad, sino fortalece, aunque parezca paradójico, la relevancia de la acción sindical. La libre creación y configuración del sujeto colectivo viene a ser un derecho de libertad, que no se diferencia en sustancia del genérico derecho de asociación, y cuya amplitud no es un fin en sí mismo sino una garantía de eficacia de la acción sindical. A organizaciones sindicales más fornidas mejores condiciones para el ejercicio de las facultades que hacen singular a la libertad sindical, le negociación y la huelga, a lo que viene aparejado un avance significativo en las condiciones de trabajo y de vida.

Bibliografía

- ANNER, M. (2020). "What difference does a unión make". Center for global workers rights, The Pennsylvania State University, Pensilvania.
- ERMIDA URIARTE, O. (1985). "Sindicatos en libertad sindical", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1987). "Protección de la libertad sindical", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1999). "La flexibilización de la huelga", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2003). "Derechos laborales y comercio internacional", en Globalización y derechos laborales, Salamanca.
- ERMIDA URIARTE, O. (2010). "Globalización y derechos laborales", en Revista Relaciones Laborales, N° 21, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2012). "Crítica a la libertad sindical", en revista Derecho PUCP,
- FERRAJOLI, L. (2014). "La democracia a través de los derechos", Editorial Trotta, Madrid.
- HÄBERLE, P. (2003). "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn", Editorial Dickinson, Madrid.
- HÄBERLE, P. (2019). "Los derechos fundamentales en el Estado prestacional", Editorial Palestra, Lima.
- HESSE, K. (1998). "Ley, principios, derechos". Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III/Editorial Dykinson, Madrid.
- OJEDA AVILÉS, A. (2008). "Derecho Sindical", Editorial Tecnos, Madrid.
- OJEDA AVILÉS, A. (2014). "Compendio de Derecho Sindical", Editorial Tecnos, Madrid.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. (2010). "El sindicalismo el siglo XXI y sus objetivos en transformación". En VV.AA., Hacia un sindicalismo en el siglo XXI (págs. 19-29). Editorial Congreso de la República del Perú, Lima.

- PRIETO SANCHÍS, L. (1998). Ley, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III/Editorial Dykinson, Madrid.
- ROMAGNOLI, U. (2006). “El renacimiento de la palabra sindicato”, en Revista de Derecho del Trabajo, N° 2, Caracas.
- SUPIOT, A. (2001). “Revisiter les droits d’action collective”, en revista Droit Social, N 7, Paris.
- SUPIOT, A. (2011). “El espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total”, Editorial Península, Barcelona.
- VENEZIANI, B. (1992). “Stato e autonomia collettiva” Cacucci Editore, Bari.
- VILLAVICENCIO, A. (2016). “La «desvinculación asistida» y el derecho al trabajo. El choque entre la *lex mercatoria* y el Estado Constitucional de Derecho, en Revista Trabajo y Derecho, N° 19-20, Madrid.

OEU Y LA REVISTA DE DERECHO SOCIAL LATINOAMÉRICA

OEU AND THE LATIN AMERICA SOCIAL LAW REVIEW

Antonio BAYLOS GRAU

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Castilla La Mancha (UCLM), España.
Director del Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDS), instituto de
investigación de esa Universidad.*

Antonio.Baylos@uclm.es

Fecha de envío: 02/04/2021

Fecha de aceptación: 07/04/2021

OEU Y LA REVISTA DE DERECHO SOCIAL LATINOAMÉRICA

Antonio BAYLOS GRAU

Universidad de Castilla La Mancha (España)

Resumen: El artículo evoca, con un trazo anecdótico pero pleno de sustantividad, las cualidades más salientes de Oscar Ermida Uriarte en distintas facetas, teniendo como punto de partida las circunstancias principales del conocimiento personal que uniera al autor con el extinto jurista uruguayo. Se da cuenta de las numerosas actividades, proyectos e intercambios encarados en común, entre los cuales resaltan principalmente la edición de la Revista de Derecho Social Latinoamérica, de la que Ermida fuera co-director, así como los eventos académicos que vincularon a las Universidades de Castilla La-Mancha, la Universidad de la República y múltiples ámbitos institucionales u organizativos, que dieron cabida a una pléyade de estudiosos de los grandes temas jurídicos del mundo del trabajo y de las relaciones laborales, con especial acento en la realidad viva del derecho sindical. En ese marco resulta descripto el nacimiento y el cultivo de un estrecho vínculo de amistad que recíprocamente se profesaron Oscar Ermida y el autor, colmado de propuestas teóricas y académicas, así como de acciones prácticas, que continúan influyendo en la profundización de derechos nucleados en torno al trabajo y a su subjetividad colectiva.

Palabras clave: Oscar Ermida Uriarte - Recuerdo - Revista de Derecho Social Latinoamérica - Editorial Bomarzo Latinoamericana

Sumario: 1. El recuerdo de Oscar Ermida Uriarte, Oscar Ermida Uriarte en el recuerdo. 2. La Revista de Derecho Social Latinoamérica y la Editorial Bomarzo Latinoamericana. 3. El primer número de RDSLAT y la codirección de la Revista. 4. La RDSLAT y las conferencias internacionales organizadas en la Facultad de Derecho de la UDELAR.

Abstract: The article evokes, with an anecdotal stroke but full of substantivity, the most protruding qualities of Oscar Ermida Uriarte in different facets, taking as a starting point the main circumstances of personal knowledge that uneded the author with the extinct Uruguayan jurist. He realizes the many activities, projects and exchanges in common, among which are mainly the edition of the Journal of Social Law Latin America, of which Ermida was co-director, as well as the academic events that linked the Universities of Castilla La-Mancha, the University of the Republic and multiple institutional or organizational scopes, which accommodated a plet of scholars of the great legal issues of the world of work and industrial relations , with special emphasis on the living reality of trade union law. This framework described the birth and cultivation of a close bond of friendship professed by Oscar Ermida and the author, full of theoretical and academic proposals, as well as practical actions, which continue to influence the deepening of nucleated rights around work and its collective subjectivity.

Key words: Oscar Ermida Uriarte - Memory - Latin American Social Law Review - Latin American Editorial Bomarzo

Summary: 1. The memory of Oscar Ermida Uriarte, Oscar Ermida Uriarte in memory. 2. The Latin American Social Law Review and the Latin American Editorial Bomarzo. 3. The first issue of LASLR and the co-address of the Journal. 4. The LASLR and the international conferences organized at the UDELAR Law School.

1. El recuerdo de Oscar Ermida Uriarte, Oscar Ermida Uriarte en el recuerdo

El 7 de junio del 2021 se cumplirán diez años ya del fallecimiento de Oscar Ermida Uriarte (OEU en adelante). El acontecimiento conmocionó a todos los académicos, magistrados, funcionarios y profesionales dedicados al derecho del trabajo en el área cultural latinoamericana. Era sin duda alguna el profesor y experto iuslaboralista más conocido y reconocido en toda el área cultural hispano parlante, y de los pocos juristas del trabajo latinoamericanos que frecuentaban permanentemente los medios europeos. OEU, como acostumbraba a firmar los mensajes, había tenido una larga experiencia profesional en la OIT. Desde el año 1986 hasta 2005 fue funcionario técnico de la OIT, ocupando sucesivamente los puestos de Consejero Regional en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales para América latina, Director de Relasur, Especialista Principal en Normas Internacionales del Trabajo y Relaciones Laborales y, en fin, especialista del Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional de la OIT – Cinterfor/OIT. Ante todo un universitario que sabía aunar teoría y práctica colectiva. Catedrático de Derecho del trabajo en la Universidad de la República del Uruguay en Montevideo, discípulo de Américo Pla, del que heredó la dirección del famosísimo "Grupo de los miércoles", fue distinguido con la pertenencia a varias asociaciones de mérito. Era miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y miembro correspondiente de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Fue además, director de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de su país y presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Su contribución teórica y práctica a los movimientos sociales representativos del trabajo o que buscaban la consolidación y el desarrollo de una ciudadanía social plena, rescatada de la mercantilización profunda de la existencia humana, fue impresionante. En relación con la Confederación Sindical de las Américas, su participación doctrinal y teórica resultó extraordinariamente relevante en el tema de los derechos sociales como eje estratégico del sindicato.

Su posición *pro labour* era bien conocida, sostenida por su enérgica capacidad crítica de las regulaciones restrictivas de la acción colectiva de representación de los y las trabajadoras, y su potente aptitud para formular marcos institucionales alternativos y profundamente democráticos. En la última sesión del Tribunal Internacional de la Libertad Sindical, reunido en México, en mayo del 2011, se le dedicó un recuerdo solidario reconociendo su importancia en la delimitación de estos lugares de resistencia y de denuncia.

Las obras de Ermida son inmensas e importantes. Es preciso un examen detenido de su producción científica para dar cuenta del vigor y de la inteligencia de su hacer doctrinal. Sus discípulos son muchos y atestiguan su forma suave pero contundente de dirigir sus investigaciones. En este mismo número de la revista dedicada a su homenaje serán múltiples los testimonios sobre la extensión y la intensidad de su producción científica, sobre su magisterio indudable que se extendía por todos los eventos académicos de América Latina. Su hijo Martín se dedicó con esmero a recolectar toda la obra escrita de su padre, que muy correctamente atinó a presentar como “el pensamiento iuslaboralista de OEU”, porque en efecto se trata de su “capacidad de formar ideas y representaciones de la realidad en su mente, relacionando unas con otras”, una forma de abordaje general y completo de las relaciones de trabajo y del modelo de sociedad que le subyace.

Lo primero que leí de OEU fue un libro coordinado por él y por Antonio Ojeda que publicó Trotta sobre la negociación colectiva en América Latina, en 1993. Pero casi inmediatamente un amigo me hizo llegar su impresionante texto sobre las Empresas multinacionales y el Derecho laboral, una obra publicada en 1981 y desde muchos puntos de vista un trabajo anticipatorio de materias determinantes en el futuro, que me reveló a un escritor magnífico y un jurista excelente. Pero sólo llegué a conocerle personalmente gracias a Adrián Goldín, que me invitó a un congreso de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo en Córdoba, y desde allí me ofreció la oportunidad de acudir a Brasilia, donde se celebraba una convención internacional en la que se debatía la ratificación del convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical por el Estado brasileño, en donde participaba Oscar. En esa extraña ciudad se fundó nuestra amistad, paseando

posiblemente de manera imprudente por lugares donde la presencia de ambos resultaba un tanto insólita e inhabitual, mientras charlábamos y nos informábamos recíprocamente sobre nuestros respectivos enfoques sobre la regulación jurídica y la problemática derivada del trabajo y su valencia política y social, que constituía la clave de la existencia de una democracia real.

Desde entonces pudimos recorrer un largo trecho juntos, siempre beneficiándome de su saber, de su prudencia en la administración de las cosas y la evitación de litigios, de su inteligencia aguda para saber mostrar el lado más sugerente de aproximarse a los fenómenos de regulación del trabajo y de la relación social que se genera alrededor. Era un hombre de ingenio, pero modesto en sus expresiones y en su propia presencia. Tenía un muy acentuado sentido del humor, y creo que ese gusto suyo por la ironía, también sobre él mismo, nos permitió un amplio espacio de complicidades.

Trabajamos mucho en común, nos sentíamos bien en esa tarea de lograr un espacio de cooperación y de discusión que compartíamos con un amplio grupo de expertos y expertas en ambos lados del océano. Los viajes y los encuentros surcando el Atlántico se multiplicaron, formaron parte de la cotidianeidad de las relaciones entre los equipos de trabajo fundamentalmente basados en la triangulación La Mancha / Montevideo / Buenos Aires, pero con importantes anclajes en Brasil, Chile, Perú y México principalmente. Académicamente fue muy relevante su participación en un Congreso europeo que puso punto final a un Proyecto de Investigación dirigido por Isabelle Daugareilh sobre la responsabilidad social empresarial en su vertiente externa, celebrado en Burdeos en el 2007, donde formamos un grupo compacto de compañerismo y amistad entre el colectivo hispano parlante, con Guillermo Gianibelli, Rafael Carvallo y Oscar junto a Joaquín Aparicio y Margarita Barañano, que eran los directores españoles del proyecto ESTER, y otros integrantes del campo de la sociología y del derecho. Un grupo que concitó enseguida la admiración y la sana envidia del resto de las delegaciones del congreso por la capacidad de simultanear intervenciones rotundas que orientaban la discusión colectiva junto con la empatía y socialidad positiva de todos sus miembros entre sí y frente al exterior del mismo.

Un elemento muy importante de conexión lo supuso el lanzamiento de un Curso de Postgrado en Derecho en la UCLM que todos los meses de enero, a partir del 2001, reunió durante tres semanas a un numeroso grupo de expertos de toda Latinoamérica en la sede del convento de San Pedro Mártir en Toledo, y en el que la presencia estelar de OEU fue constante hasta el 2011, el año de su muerte. El curso estaba financiado por las matrículas de los inscritos, pero contaba también con una importante ayuda de la Consejería de Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, cuya titular era entonces Mari Luz Rodríguez, ella misma profesora de Derecho del Trabajo en esta Universidad, lo que repercutió en un amplio seguimiento y la incorporación de muchas personas que de otro modo no habrían podido beneficiarse de este proyecto que facilitó la conexión entre diferentes espacios de organización académica, profesional y sindical de Latinoamérica. Esos eneros en Toledo entraron dentro del calendario reservado de OEU, que cambió por tanto el verano austral por el frío del invierno toledano, en muchas ocasiones felizmente acompañado de Marisa. Su presencia permanece aún hoy, pues el Curso de posgrado dedicado al Derecho laboral se denomina “Oscar Ermida Uriarte” a partir de la edición de 2012, al año siguiente de su fallecimiento.

Toledo fue también el lugar en el que presentamos juntos, ya en el 2010, el resultado de un proyecto planeado por Jose Vidal Beneyto en el marco de la Fundación AMELA, que tenía por objetivo un análisis crítico con el desorden mundial dando relieve a una nueva categoría geopolítica, la del “área ecocultural” basada en las sociedades civiles, a la que confiaba la movilización de la integración macrorregional de las grandes sociedades geopolíticas. Es decir, gobernar la globalización desde el reconocimiento de la multipolaridad y desde la afirmación global de la justicia y el derecho¹. En ese proyecto que Vidal Beneyto inició desde su etapa como Director del Colegio de Altos Estudios Europeos Miguel Servet de París, el área del sindicalismo y de los movimientos sociales se podía contemplar desde la perspectiva del “progreso sostenible y la integración regional” y como era previsible, Oscar se integró en este proceso de

¹ C. Rougier-Vidal, “Presentación” en A. Baylos y G. Giannibelli, *Convergencia sindical, movimientos sociales e integración latinoamericana*, Fundación Amela / Ed. Pretextos, Valencia, 2011, p. 13

discusión y debate, aportando un texto a mi juicio fundamental sobre la definición de la libertad sindical según la OIT, en el que efectuaba una crítica a la propia doctrina del Comité de Libertad Sindical por insuficiente y trazaba un plano del sindicalismo latinoamericano en el que destacaba sus insuficiencias, en lo que denominaba una situación de “subdesarrollo sindical”².

Pero probablemente, el trabajo en común más relevante y significativo de nuestra relación lo constituyó la idea de crear una revista latinoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que posibilitara una puesta en común del debate teórico en nuestra materia ante un panorama general marcado por la hegemonía cultural y política del neoliberalismo tanto en Europa como en América Latina. Cuando Jorge Rosenbaum me propuso participar en este número de la revista de homenaje a OEU en el décimo aniversario de su desaparición, me indicaba, muy acertadamente, lo siguiente

Más allá de los afectos personales que siguen siendo muy fuertes, también valoramos que hoy día ya contamos con generaciones que están iniciando la docencia y sus cursos de Maestría en Uruguay, sin haberle conocido físicamente. Es que el tiempo pasa volando y las generaciones se renuevan. Pero con la satisfacción de que la presencia referencial de Oscar y su pensamiento, siguen ocupando un sitio de primera línea en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Es cierto que diez años ya es un lapso de tiempo lo suficientemente largo como para que la familiaridad con el pensamiento de OEU en los académicos uruguayos – y más aún en los de otros países – se circunscriba a la estela de sus trabajos nacionales, a sus planteamientos jurídicos sobre el marco institucional uruguayo que acompañaron de manera muy relevante el curso de su desarrollo político a partir del 2005 con la victoria del Frente Amplio. Menos conocida sin embargo puede resultar su actividad científica volcada en el espacio de encuentro cultural entre diferentes ámbitos nacionales de América Latina y de éstos con Europa, en especial entre España e Italia, que tradicionalmente han

² O. Ermida Uriarte, “Crítica de la libertad sindical”, en A. Baylos y G. Giannibelli, *Convergencia sindical, movimientos sociales e integración latinoamericana...* cit., pp. 45-79. De más fácil acceso para el público uruguayo en *Derecho Laboral* n° 242 (2011), pp. 225-253, que fue el último artículo de OEU publicado en su revista.

tenido una fuerte presencia en la dogmática iuslaboralista suramericana. Por ello el objeto principal de esta evocación de OEU va a centrarse en su aportación decisiva en la construcción de la Revista de Derecho Social Latinoamérica, un proyecto ilusionante que se mantuvo entre el 2006 y el 2011.

2. La Revista de Derecho Social Latinoamérica y la Editorial Bomarzo Latinoamericana

Un primer intento de lanzar una publicación especializada que recogiera aportaciones latinoamericanas y europeas críticas con los planteamientos neoliberales del ajuste de la crisis surgió en medio de la década ominosa de finales del siglo XX, en 1997 en Argentina, en torno a un grupo de profesores, jueces y abogados que quisieron organizar una “obra colectiva y plural” que buscaba “la extensión de los derechos y la construcción de una sociedad donde las exclusiones y las discriminaciones no sean aceptadas como parte del ‘orden natural’ del mercado; una sociedad en la cual todos los hombres y mujeres de carne y hueso que la conforman no puedan pensarse como libres e iguales sino serlo efectivamente”. La plasmación por tanto de la revista implicaba la apertura de lugar en el que se consolidara una práctica de discusión y debate entre especialistas comprometidos con la democracia social que desbordara las fronteras nacionales de la República Argentina. Este experimento se materializó en una publicación denominada “Contextos” y subtitulada “Revista Crítica de Derecho Social”, editada por Editores del Puerto, la casa editorial de Alberto Bovino, cuyo primer número vio la luz en 1997³. La revista solo publicó tres números, uno por año, y se extinguió con la llegada del nuevo siglo, tras la publicación del número 3, cuando las políticas neoliberales y el ajuste de la crisis sumieron al país en un caos indescriptible y en una convulsión política acelerada.

³ El consejo de redacción lo componían Victor Abramovich, Christian Courtis, Viridiana Díaz Aloy, Beatriz Fontana, Guillermo Gianibelli, Moisés Meik, Alicia E. C. Ruiz, Carlos Sztternsztejn y Oscar Zas. En el Consejo Consultivo de la Revista estaban Joaquin Aparicio y Antonio Baylos por España, Stephanie Bernstein de Canadá, Jose Eduardo Faria y Tarso Genro por Brasil, Antoine Jeammaud por Francia, Umberto Romagnoli por Italia, Javier Neves y Jorge Rendón por Perú y Pancho Tapia por Chile. A partir del número 2, en 1998, se incorporaron a dicho Consejo consultivo Luigi Ferrajoli por Italia y Boaventura de Sousa Santos por Portugal.

Aunque en su composición no formaba parte ningún profesor uruguayo, la revista publicó interesantes aportaciones de Hugo Barretto Ghione y de Helios Sarthou en sus números 2 y 3, en donde la reflexión crítica sobre el marco laboral del Mercosur fue predominante⁴.

En esa misma época, en España nació, en 1998, una nueva revista especializada en Derecho laboral, como el producto principal de una nueva editorial, Bomarzo, localizada en Albacete y en cuyo cuadro directivo estábamos Joaquín Aparicio y Luis Collado además de yo mismo. Se trataba de la Revista de Derecho Social, que surgió del esfuerzo compartido de un grupo de personas dedicadas a la enseñanza universitaria, a la magistratura y a la abogacía, que quería afirmarse como una forma de acotar un espacio de análisis, comunicación y debate, que reflexionara sobre la regulación del trabajo en el marco español y europeo desde un enfoque crítico desde la teoría pero también desde la práctica del derecho, en una línea de preservación de los valores democráticos y ciudadanos derivados de la centralidad del trabajo como elemento decisivo para la cohesión social y la emancipación de las personas. El lanzamiento de la Revista se insertaba en un momento histórico de transición o de cambio de los paradigmas fundamentales que sustentaban el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social tanto en España como en la Unión Europea, utilizando el concepto de derecho social para partir del valor de la igualdad como elemento fundante de un proceso reconstructivo del conjunto normativo que regula el trabajo.

El propósito que animaba la creación de la RDS y su desarrollo concreto en los primeros números captó el interés del espacio teórico de los juristas del trabajo latinoamericanos como una forma de manifestación del pensamiento crítico iuslaboralista⁵. En concreto, el de OEU, como pude atestiguar en las

⁴ Un derecho laboral minimalista, era la expresión utilizada por H. Barretto Ghione, “El derecho laboral minimalista del Mercosur”, *Contextos* n° 2 (1998), pp. 13-32, aproximación crítica reiterada por Sarthou, que sin embargo en su trabajo propone alternativas para la vigorización de un espacio inédito también cohesionado socialmente sobre la base de un garantismo de los derechos laborales con tendencia a expandirse más allá del acuerdo de integración económica. H. Sarthou, “Primeras reflexiones sobre trabajo, derecho, integración Mercosur y globalización ante las puertas del nuevo siglo”, *Contextos* n° 3 (1999), pp. 177 – 201.

⁵ De hecho “la clara orientación editorial, aglutinando, promoviendo e impulsando un derecho de trabajo alternativo” y la oportunidad de su aparición, fue saludada como un “hecho de suma significación” en la nota que G. Gianibelli escribió en la revista *Contextos* informando y

conversaciones que manteníamos todos los eneros desde la primera edición de los Cursos de Postgrado. Me consta que mi trabajo sobre la repolitización del despido que se publicó en el 2000⁶, le pareció especialmente sugerente. La frecuencia de nuestros intercambios no sólo se acentuó desde Toledo, sino que también pusimos en marcha algunas iniciativas muy estimulantes, como la red de intercambio y movilidad de profesores financiada por la Agencia Española de Cooperación Internacional, liderada por la UCLM, que enlazaba a la UDELAR uruguaya, la UBA argentina y la PUCP peruana con la Universidad de Sevilla, la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y claro está, la UCLM, permitiendo la realización de seminarios conjuntos a un lado y a otro del océano, conectando así las corrientes más pujantes del iuslaboralismo español y latinoamericano. En esos años además pude asistir por invitación de Oscar al mítico seminario que se celebraba en horas insólitas para un madrileño en la casa de Américo Pla, y compartir tantos momentos de amistad y camaradería con él y su familia, además de tomar contacto directo con la mayoría de los magníficos exponentes del extenso grupo de investigadores y docentes del Instituto de Derecho del Trabajo y sus grandes maestros – Pla, Barbagelata, pero ya en aquel momento de manera indiscutible OEU – con los que desde entonces he mantenido una intensa conexión.

Que la experiencia de *Contextos* no tuviera continuidad debido a la enorme crisis argentina del 2000-2001, no impidió que la idea siguiera presente, y que se desplazara esta vez hacia el polo editorial que significaba la Editorial Bomarzo, que se estaba consolidando como un centro de publicaciones especializadas en Derecho laboral en España, a través de varias colecciones, además de ser la casa editora de la Revista de Derecho Social, ya en esos años (2000-2005) afianzada como revista de impacto en Derecho del Trabajo, ocupando el segundo puesto, inmediatamente detrás de *Relaciones Laborales* en el primer cuartil de estas publicaciones periódicas. Surgió así la idea de crear una revista de alcance latinoamericano que se apoyara en un colectivo de

resumiendo los contenidos de los ocho primeros números de la RDS. Cfr. G. Gianibelli, "Revista de Derecho Social", *Contextos* nº 3 (1999), pp. 349-331

⁶ A. Baylos, "Por una (re)politización de la figura del despido", *Revista de Derecho Social* nº 12 (2000), pp. 9-34.

juristas del trabajo de diferentes nacionalidades que garantizaran no sólo la alimentación de los contenidos de la revista a partir de las problemáticas nacionales, sin que contribuyeran eficazmente a su distribución en sus respectivos ámbitos de influencia. Y de esta manera se fue afianzando esta idea como proyecto colectivo cultural que se quería sostener sobre la contribución fundamental de Bomarzo. El cambio de ciclo político que se estaba produciendo en una buena parte de los países centrales en América del sur, desde Brasil a Argentina, pasando por el triunfo del Frente Amplio en Uruguay, y el establecimiento de democracias derivadas de amplios movimientos ciudadanos en Venezuela, Ecuador y Bolivia, hacía concebir esperanzas del cambio de paradigma ideológico articulado hasta el presente en torno al neoliberalismo, con desdichadas consecuencias para el derecho del trabajo.

En el despliegue de esta idea, OEU tuvo un papel determinante, que compartió con los otros cuatro integrantes de lo que se podría llamar grupo promotor: dos españoles, Joaquín Aparicio y yo mismo, dos uruguayos, Oscar Ermida y Hugo Barretto, y un argentino, Guillermo Gianibelli. Oscar compartiría la dirección de la revista conmigo y los otros tres serían los secretarios de redacción de la revista proyectada. La gestión de la edición de la misma correría a cargo de la Editorial Bomarzo en Albacete, que enviaría luego lo que nosotros todavía llamábamos fotolitos a Argentina, para su impresión a papel. Desde allí a su vez se distribuiría al resto de los países de América Latina, utilizando principalmente a los contactos de la Revista en cada uno de los países, sin perjuicio de envíos directos por suscripciones y de distribución (residual) por la vía tradicional de librerías. Para ello se constituyó una sociedad – Editorial Bomarzo Latinoamericana – que posibilitara la edición en Argentina, pensada no sólo para la Revista, sino también para publicar libros que recogieran el resultado de congresos o seminarios organizados por la propia editorial⁷. Tuvimos algún

⁷ Realmente sólo se llegó a publicar un libro, por lo demás muy significativo: G. Gianibelli y O. Zas (Coords.), *Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo (Inspirados en Moisés Meik)*, Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires, 2006, en donde participaron una amplia muestra de iuslaboralistas españoles, argentinos y uruguayos. Entre estos, Oscar Ermida con una exposición sobre la nueva legislación laboral uruguaya, Hugo Barretto con un interesante estudio sobre el modo de regulación de los conflictos colectivos, y Helios Sarthou con una crítica a la negación de la filosofía de la estabilidad en el empleo.

problema con el nombre de la Revista, porque en el 2005 se había publicado el primer número de la *Revista Latinoamericana de Derecho Social* a cargo de la UNAM mexicana, lo que impedía que se pudiera adoptar esta misma denominación para la nuestra. Como el proyecto original partía de una conexión directa con la Revista de Derecho Social, el nombre que le asignamos fue el de *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, manteniendo asimismo la misma grafía de la que convertimos en la *petite soeur* de la RDS.

Con gran optimismo, como luego se habría de comprobar, pensamos que la revista debía ser semestral, y que hablara en las dos lenguas dominantes en América Latina, el español / castellano y el portugués. Este bilingüismo era fundamental para afirmar el alcance regional propuesto, conscientes de que tanto los brasileños podían leer correctamente el español como a la inversa, el portugués escrito era muy accesible al lector castellano, y además porque la aportación desde y para un Brasil en pleno cambio político era fundamental para el conjunto de temas que se querían abordar en la revista. Además constituía un guiño favorable al uso de estas dos lenguas frente al predominio aplastante del inglés como idioma académico global.

3. El primer número de la RDSLAT y la codirección de la Revista

De esta forma, a mediados del año 2006, se publicó el número 1 de la *Revista de Derecho Social Latinoamérica* (RDSLAT en adelante), en cuyo editorial se explicaba detalladamente una parte del proceso que había llevado a sus promotores a lanzar este producto. En efecto,

“El intercambio entre integrantes de aquel grupo de españoles y sus colegas de Latinoamérica, plasmado en recíprocas visitas, seminarios, cursos, textos, etc., fue gestando la natural idea de dar forma a una publicación que sirviera de vehículo y recepción de ese flujo de pensamiento, expresión y debate entre España y Europa y América Latina. Confluyen para ello no sólo un sentido de la fraternidad aquilatada por el afecto, sino el convencimiento en algunas ideas, comunes y compartidas: la defensa del Estado Social y Democrático de Derecho, el rol sustantivo del sujeto sindical, tanto en la acción expansiva de los

derechos y su efectividad en el trabajo, como en la de representación general de la ciudadanía social, la cotidiana construcción de un proyecto emancipador, que se actúa en el marco de cada conflicto y se articula a escala local, regional, nacional y global. La globalización y la transnacionalización, que afectan severamente la protección laboral vía deslocalizaciones, privatizaciones –incluso de la seguridad social–, descentralización productiva, desregulación y flexibilización, justifican la creación de una red de análisis, acción e intercambio que trascienda el acotado espacio de nuestros países, todos ellos afectados y presionados, en mayor o menor medida, por similares problemas. Se trata en definitiva de interactuar científicamente en el marco de un claro compromiso con los objetivos de justicia social y protección que animan al Derecho social”.

La subsistencia de la RDSLAT se hacía depender de la acción conjunta de los dos codirectores y de los tres secretarios de redacción – es decir del núcleo promotor del proyecto – pero a su vez la revista preveía un consejo de redacción con funciones de coordinación y de impulso de intervenciones en los contenidos de los sucesivos fascículos de la misma, en donde estaban representadas las culturas jurídico-laborales de Chile, Perú, Costa Rica, Paraguay, México, Colombia y Brasil⁸ y un consejo asesor en el que se localizaban juristas de referencia tanto a nivel americano como europeo⁹. Se trataba por tanto con ello de que fuera posible

“...reconocer un espacio común, que se extiende a lo largo de toda Latinoamérica, de reflexión y de coordinación a partir de diferentes grupos insertados en este proceso de identificación con los valores e intereses que han

⁸ Se trataba de Martín Carrillo (Perú), Rafael Carvallo (Chile), Alexander Godínez (Costa Rica), Roberto Ingles (Paraguay), Enrique Larios (México), Alberto León Gómez (Colombia), Reginaldo Melhado (Brasil) y Luis Carlos Moro (Brasil). Como se puede apreciar, y era un empeño insistente de OEU, la integración de los iuslaboralistas del MERCOSUR se cuidaba especialmente, además de extender a México y a América Central la incidencia de la revista en el cono sur y en la región andina, aunque que no se encontraron exponentes idóneos para cumplir los objetivos de la RDSLAT en los estados plurinacionales recién instalados, como Bolivia o Ecuador, teniendo en cuenta además la especificidad venezolana de juristas enfrentados en torno al chavismo o al antichavismo entonces muy polarizados.

⁹ Entre ellos, por parte americana, tres brasileños, Ericson Crivelli, Mauricio Godinho Delgado y J. Francisco Siqueira Neto, tres argentinos, Moisés Meik, Mario Ackerman y Hector O. García, un chileno, Pancho Tapia, un mexicano, Oscar Alzaga, un paraguayo, Carlos Alberto González, un peruano, Javier Neves, y un panameño, Rolando Mugas. Por parte europea, la española Maria Emilia Casas, el francés Antoine Jeammaud y el italiano Umberto Romagnoli.

hecho nacer el derecho del trabajo y los sistemas de seguridad social. Abogados y sindicalistas, magistrados y funcionarios de la administración de trabajo, exponentes de la política y del mundo de la economía que convergen en un modelo democrático de relaciones laborales, son los sectores a los que se dirige esta Revista y con los que va a desarrollar un diálogo fecundo. En el que se ha correctamente definido como un “tiempo de derechos” sobre el trabajo es posible debatir y profundizar en cada una de las diferentes realidades nacionales, políticas y sociales de este continente, coincidiendo en lo esencial en el enunciado de los derechos que se nuclean entorno al trabajo y a su subjetividad colectiva. El trabajo como elemento de ciudadanía y como factor de nivelación social, y los derechos sindicales e individuales como el instrumento para su realización material”

Y así surgió el número 1 de la RDSLAT, que fue presentado en sociedad con ocasión de una larga gira en octubre de 2006 que nos condujo a Joaquin Aparicio y a Umberto Romagnoli conmigo desde Lima y Arequipa a Buenos Aires y Montevideo, con la presencia de Oscar en el inicio y en la final de este largo trayecto tan productivo también en términos de vivencias y afectos en el marco del compañerismo con tantos y tantas colegas dedicadas al Derecho del Trabajo de todas partes de América que fueron convocados a Lima y Arequipa en el marco del Encuentro de ex becarios de Bolonia, Turin y Castilla la Mancha, dirigidos por *il nonno* Pedro Guglielmetti y organizado por Martin Carrillo¹⁰.

La estructura de la publicación se basaba en cinco grandes apartados, además del editorial que abría cada número. En un primer lugar la sección de estudios o trabajos teóricos, seguidos de una que pretendía recoger “los itinerarios latinoamericanos en donde se expresa la acción sindical –sea por la vía del conflicto o de la negociación, en el nivel local, nacional o internacional– de manera de ir componiendo un mosaico en el que las construcciones y experiencias de cada uno puedan ser aprovechadas en otros espacios”, junto a

¹⁰ Son muchos los recuerdos de este viaje, pero conservo nítidamente la escena de OEU conversando en una cena en Arequipa con los jóvenes – y menos jóvenes – laboristas peruanos, una escuela de pensamiento del derecho del trabajo sobre la que Oscar siempre tuvo una enorme ascendencia e influencia, en gran parte derivada de su productiva larga estancia en Lima como funcionario de la OIT.

un apartado dedicado a tendencias presentes en la regulación de las relaciones laborales contempladas desde diferentes realidades nacionales. A estas tres secciones seguía un apartado novedoso dedicado a entrevistar a los maestros del Derecho del Trabajo aún vivos, de forma que se anotara a través del intercambio de preguntas y de respuestas el recorrido vital que había surcado la obra de los entrevistados y sus vicisitudes particulares de vida, y los fascículos se cerraban con una sección de noticias breves, en donde se incluían también comunicados o anotaciones sobre aspectos concretos de interés, y un apartado destinado a la reseña de libros.

El primer número era muy impactante. Ofrecía cuatro estudios importantes. El que abría la revista lo firmaba OEU y efectuaba una exposición general sobre los caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo mediante un examen comparativo entre América Latina y Europa, un texto, como puede suponerse, de enorme claridad y lucidez que acababa con la enunciación de una serie de perspectivas de futuro de extremo interés y que aun hoy ofrece pistas muy seguras para la reconstrucción teórica de la materia¹¹. Acompañaban a este primer estudio otro de Umberto Romagnoli sobre “Los derechos sociales en la Constitución”, un texto de Tarso Genro sobre la posibilidad de combinar las nociones de democracia y socialismo¹², y otro de quien escribe en el que se planteaba el problema de la responsabilidad legal de las Empresas Transnacionales. En la parte dedicada a Conflictos, Guillermo Gianibelli exponía un trabajo muy elaborado sobre la capacidad de construir una subjetividad colectiva a través precisamente del conflicto laboral y social, analizando tanto la experiencia en el período neoliberal argentino como en el inmediatamente posterior a la crisis del 2000/2001, y en la sección dedicada a analizar las tendencias de derecho comparado, se incluían dos temas. El primero, de enorme interés estratégico en el momento ante el predominio de la solución indemnizatoria como forma de reparar la lesión de derechos fundamentales o de conductas discriminatorias, era la calificación y las consecuencias que llevaba

¹¹ O. Ermida Uriarte, “Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica* n° 1 (2006), pp. 7-28.

¹² “E possível combinar democracia e socialismo?”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica* n° 1 (2006), pp. 43 - 67

aparejadas el despido discriminatorio y la sanción de nulidad del mismo¹³, el segundo, el estudio de “nuevos derechos” entendiendo por tales el establecimiento de los “cyber-derechos” en el ámbito laboral, anticipándose quince años a que este tema revistiera la importancia y la dedicación de los juristas que hoy conocemos¹⁴.

El primer laboralista que inauguraba la sección era el maestro Hector Hugo Barbagelata, entrevistado por Hugo Barretto, en el que se resaltaba el *oficio* del profesor en el escenario del mundo de trabajo y en la que el maestro respondía con la inteligencia (y la ironía) que le caracterizaba. Ponían fin al número una crítica al sistema de pensiones chileno y sus propuestas de reforma llevada a cabo por la Asociación de Abogados Laboralistas de Chile, y una crónica del importante Congreso de unificación entre la CIOSL y la CMT que dio lugar, en Viena, a la constitución de la Confederación Sindical Internacional (ITUC-CSI), efectuada también por Hugo Barretto. Las reseñas de los libros venían firmadas por Gianibelli, OEU y yo mismo, ante respectivas obras cuyo contenido se resumía críticamente.

Se trataba por tanto de un producto muy cuidado y de un evidente impacto teórico, también de concepción de la RDSLAT como un instrumento mediante el cual se podían hacer circular enfoques a la vez críticos y propositivos sobre el flujo legislativo y jurisprudencial de los respectivos países, desde un tratamiento teórico y práctico que suministrara modelos y orientaciones que pudieran contribuir a la construcción de un proyecto de transformación social en torno al Estado Social de Derecho y a la vez al desarrollo de una cultura jurídica y política solidaria y emancipatoria, como señalaba el Editorial de presentación del primer número. De esta manera, la RDSLAT se concebía como un producto *complementario* del trabajo académico y teórico que en cada uno de nuestros países de origen se iba desarrollando en esa misma dirección convergente.

¹³ Con exposiciones del tratamiento del despido antidiscriminatorio en Perú (Martín Carrillo), en Argentina (Moisés Meik) o en España (María Dolores Santos).

¹⁴ Desarrollados desde la experiencia italiana (Antonio Loffredo) o alemana (Ulrich Zachert), por parte europea, y, en el lado americano, por el marco institucional que brindaba Uruguay (Juan Raso) o Chile (Sergio Gamonal). En Brasil, se analizaba por separado “el trabajo prestado por internet” (Roberto Rezende) o el monitoreo del e-mail en el lugar de trabajo (Jorge L. Souto Maior).

4. La RDSLAT y las conferencias internacionales organizadas en la Facultad de Derecho de la UDELAR

Como se ha anotado antes, la idea de hacer una revista semestral pecaba de optimismo, y pese al pronóstico favorable del grupo promotor, resultaba muy difícil conseguir encargar a diversos autores la realización en tiempo hábil de los textos requeridos, siendo así que tampoco funcionaba adecuadamente la iniciativa proveniente de los diferentes países contemplados. De hecho, su numeración, que debía ser correlativa y corresponder a las inscripciones (anuales) efectuadas por los abonados, no coincidía con la entrega real de los ejemplares, que se producía siempre más tarde. Por otra parte, los temas seleccionados no debían corresponder a un enfoque exclusivamente “interno” del problema, sino que deberían tener la suficiente dosis de generalidad y de ejemplaridad como para que pudieran servir de contraste o de inspiración como aportaciones o ejemplos en diferentes contextos nacionales de la región latinoamericana, y no era fácil por tanto encontrar este sesgo en los artículos que se disponía. Por otro lado, la capacidad de trabajo de los juristas concernidos estaba también muy volcada en la propia realidad legislativa nacional, por lo que abordar una escritura diferente requería una confección específica del texto para la revista, para lo que no siempre había tiempo disponible.

No es el momento de hacer ahora un seguimiento del contenido de los números de la Revista, que sin duda podría merecer una investigación específica como producto original en si mismo considerado y en la selección de los temas abordados¹⁵. La confección de los índices de cada número, los temas que se querían privilegiar y que eran por tanto objeto de encargo a sus posibles autores, el seguimiento de estas gestiones y la posterior entrega de los originales a la editorial para su maquetado, el envío a Buenos Aires para su impresión, todo ello era un ciclo que se efectuaba sobre la base de un trabajo colectivo en el que Oscar tenía una participación dirigente y activa.

¹⁵ Todos los números publicados están disponibles en a página web de la Editorial Bomarzo y por tanto son accesibles para quien quisiera emprender esta investigación.

Al menos desde el 2008 están documentadas como “actas” o “síntesis” las reuniones emprendidas con esta finalidad, cuyo examen permitiría ver de manera plástica como varía el contenido propuesto y se va modificando en función no solo de la disponibilidad personal de la irrupción de nuevos temas que suscitan la curiosidad y la conveniencia de abordarlos¹⁶. Las “síntesis” de las reuniones que se conservan comienzan en Toledo en enero del 2008 – ya publicado por tanto el número 2 en el 2007 – y sin que todavía haya visto la luz el número 3 – y continúan tras la conveniencia de unificar en un número doble el correspondiente a la serie de 2008 – el número 4/5 – preparando trabajosamente un número 6 que es el objeto de discusión tanto en su primer diseño en una reunión doble entre Montevideo y Buenos Aires, en junio del 2009, como unos meses después, ya precisado un poco más, en Colonia de Sacramento en Uruguay, aprovechando el XVIII encuentro del grupo de ex becarios Bolonia-Castilla La Mancha-OIT, a finales de septiembre del 2009. El contenido del número 6, que correspondería al año 2009, se sigue abordando en enero del 2010 en Madrid, tras la participación de OEU en el Curso de Toledo, o de nuevo en mayo de ese mismo año en Barcelona, donde Oscar había acudido al congreso de la AEDTSS invitado por su amiga Mar Serna, entonces consejera de Trabajo de la Generalidad de Cataluña en el gobierno presidido por José Montilla. La preparación de un Congreso internacional en Toledo, para septiembre del 2010, patrocinado por la Fundación AMELA sobre Convergencia sindical y de movimientos sociales en América Latina, del que ya se ha hablado, hizo que esta publicación fuera prioritaria sobre el fascículo proyectado, y el conocimiento de la enfermedad de Oscar tan repentino como inevitable su desenlace, hizo que este tema quedara pospuesto.

¹⁶ Las “síntesis” de las reuniones indican el lugar en el que se celebraban, normalmente fuera de los espacios académicos, salvo la de enero de 2008, en el despacho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de Toledo, en San Pedro Mártir. El resto se distribuyen entre el hotel Radisson en Colonia de Sacramento (donde se tomó la imagen que se acompaña a este escrito), una reunión desdoblada en el Café Gran Sportman de Montevideo y el Café Británico de Buenos Aires, en Jose Luis, en el Paseo de la Habana de Madrid, o la champañería “La Viña del Señor”, frente a la iglesia Santa Maria del Mar, en Barcelona. La última reunión, a la que se refiere el texto más adelante, se celebró en el restaurante “El Fogón” en Montevideo, ya sin la presencia de OEU.



(El directorio de RDSLAT reunido en Colonia de Sacramento (Uruguay), en septiembre del 2009)

Pero junto con la elaboración de los números de RDSLAT, podría decirse que como un elemento adicional y consustancial a este esfuerzo, se preparaban unos encuentros internacionales que reunían en Montevideo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, a un grupo muy importante de profesores, magistrados y abogados de diferentes países de América Latina y de España, para estudiar y debatir alguno de los temas que se consideraban de mayor relevancia e interés en ese momento. Con el auxilio económico de la Fundación Ebert, y el apoyo fundamental de la Facultad de Derecho, OEU organizó en Montevideo, con la Facultad y la Revista como organizadores centrales del mismo, un primer seminario del 20 al 22 de junio de 2007, con el título “El Derecho del Trabajo después del neoliberalismo”, y que se conectaba directamente con el editorial del número 2 de la RDSLAT que se dedicaba a ese mismo tema, el de pensar el marco institucional laboral que podría prefigurarse después del neoliberalismo, enlazando cambio político, que se estaba produciendo en el cambio de ciclo presente en aquel momento en América del Sur y su repercusión sobre el derecho del trabajo. De esta forma, el seminario internacional convergía plenamente con los objetivos de la RDSLAT en fomentar y extender una propuesta de regulación alternativa de las relaciones laborales

liberada de los patrones inducidos por la perspectiva neoliberal hegemónica económica y políticamente en la región. Con ello además se pretendía explícitamente que los materiales que se manejaran en el seminario y las discusiones abiertas que en él se mantuvieran, se volcaran posteriormente en nuevas reflexiones y debates sobre estos procesos de cambio y de refundación de los sistemas de relaciones laborales después de la etapa neoliberal en Latinoamérica que alimentaran nuevas aportaciones a la RDSLAT.

Se concebían por tanto las reuniones de juristas y especialistas en derecho laboral que convocaba la RDSLAT como un complemento indispensable de la labor efectuada a través de las páginas de esta. Y dada la periodicidad programada, se pretendía que cada año se pudiera efectuar una reunión internacional de este tipo. De hecho, se intentó preparar una para el 2008 en Sao Paulo, donde se hallaba la sede de la CSI que previsiblemente podría contar con financiación de la siempre disponible Fundación Ebert, y se diseñó también el tema que se debería examinar en la misma, “Derechos Humanos y Derecho del Trabajo”, pero este proyecto no fue posible y se trasladó al año siguiente a Montevideo, en donde el grupo de profesoras y profesores del Derecho del Trabajo estaban de luto ante el fallecimiento del maestro Pla Rodríguez que se había producido en julio del 2008.

OEU organizó el seminario de Montevideo en la Facultad de Derecho del 22 al 24 de junio del 2009, aunando los proyectos que deberían haber correspondido a dos reuniones separadas. De esta forma el seminario, de nuevo convocado bajo los auspicios de la Facultad y de la Revista, se presentaba en una fórmula doble. En un primer día, el tema abordado fue el de los Derechos humanos y el Derecho del Trabajo, con la presentación del libro de Hector Hugo Barbagelata a cargo de OEU¹⁷ seguido de una conferencia sobre el tema básico a discutir: la consideración de los derechos laborales como derechos humanos. A esta presentación del tema se añadía una sesión académica en la que se abordó una cierta tipología de los derechos humanos laborales atendiendo a los instrumentos y el alcance de los mismos, y en donde intervendrán, entre otros,

¹⁷ H.H. Barbagelata, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, FCU, Montevideo, 2009.

el propio Oscar Ermida, junto con Wilfredo Sanguinetti, Miguel Canessa y Joaquín Aparicio. A continuación el debate se dedicó al examen de los problemas de interpretación y de aplicación, con especial atención a la jurisprudencia de los órganos constitucionales y de las Cortes Supremas de los países de América del Sur y del Centro. Al día siguiente, 24 de junio, se procedía a un análisis concreto de alguno de estos derechos laborales como derechos humanos. El primero fue el derecho al trabajo, aspecto central en la definición del contenido del Seminario, y en este punto intervinieron Hugo Barretto (Uruguay), Moises Meik (Argentina), Alfredo Villavicencio (Perú) y Alexander Godínez (Costa Rica) junto a mi mismo, para, en una segunda fase, abordar las migraciones laborales desde el enfoque de los derechos humanos, con la intervención del profesor uruguayo Osvaldo Mantero y los profesores de la UCLM Laura Mora y Francisco Trillo. Una exposición final de síntesis corría a cargo de los codirectores de la RDSLAT, cuyo número doble 4/5, correspondiente al año 2008, (y último en publicarse, aunque ese extremo no se contemplaba en aquel momento) se distribuyó entre los asistentes.

El formato original del encuentro consistía en que el último día la Fundación Ebert y la rama americana de la CSI, la CSA, en colaboración con la Facultad de Derecho y la RDSLAT, proponían un seminario con el atractivo título de “El sindicalismo latinoamericano en su laberinto”, al que asistiría el Secretario General de la CSA, Víctor Báez, y un grupo extenso de sindicalistas de otros países latinoamericanos, destacando desde luego la presencia de PIT - CNT de Uruguay y con la participación española de CCOO representada por Laureano Cuerdo. Se pretendía debatir entre juristas y sindicalistas sobre aspectos centrales del sindicalismo en esa región asignando un papel estelar a lo que se venía a denominar la autorreforma sindical, entendiendo por tal un movimiento impulsado tanto desde las bases sindicales como por la estructura sindical internacional que reformulara de manera más funcional a la era global la estructura y las formas de acción del sindicalismo latinoamericano. La acción sindical internacional y en concreto la posición respecto de la OIT, constituyeron dos nuevos puntos de debate en este seminario.



(OEU junto a Víctor Báez, en el seminario de junio de 2009 en Montevideo sobre el sindicalismo latinoamericano)

Los acontecimientos posteriores que se produjeron durante el 2010, con la irrupción de la crisis de la deuda soberana en España subsiguiente a la crisis financiera iniciada dos años antes, y el inicio de las reformas laborales derivadas de la austeridad, junto con los hechos ya narrados y la enfermedad de Oscar, ralentizaron el proceso de confección del número 6 de la RDSLAT, a la vez que hacía urgente intentar un nuevo encuentro de iuslaboralistas para analizar colectivamente este nuevo rumbo de las reformas laborales, tanto en Europa como en América Latina. El seminario se convocó bajo la fórmula habitual de la Facultad de Derecho y la Revista, con el título “Rumbos de la(s) reforma(s) laboral(es) en América Latina y España”, para el 23 y 24 de junio de 2011 en Montevideo, sin que Oscar Ermida pudiera llegar con vida al mismo.

Fue un encuentro muy emotivo y lleno de tristeza, al que asistieron un gran número de reputados especialistas y profesores de derecho laboral de América Latina (Chile, Argentina, Brasil, Perú, Venezuela, Costa Rica, Guatemala y México) con un grupo de juristas de la UCLM. El seminario se abrió la tarde del día 23 de junio con dos intervenciones sobre el recuerdo y la memoria de Oscar Ermida Uriarte desde el que entonces era el director del Instituto de Derecho del Trabajo, Jorge Rosenbaum, y yo mismo en mi calidad de codirector de la RDSLAT.

Tras este acto de apertura, el seminario partió con una mesa redonda que ofrecía el panorama de la reforma laboral en América del Sur, y en donde se examinaban las tendencias en acto en Argentina, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, a cargo de los profesores Gianibelli, Moro, Tapia, Villavicencio, Barretto e Iturraspe. La orientación de los procesos de reforma y un cierto "cambio de rumbo" respecto de lo que hasta comienzos de siglo venía a significar la expresión "reforma laboral" como sinónimo de restricción de derechos ciudadanos, tanto colectivo-sindicales como individuales y en especial en lo que se refiere a la garantía del empleo, constituyó la base del debate que siguió a las intervenciones, junto con problemas más generales de eficiencia de los derechos y la función de la interpretación de las normas que desempeñan los jueces y magistrados.

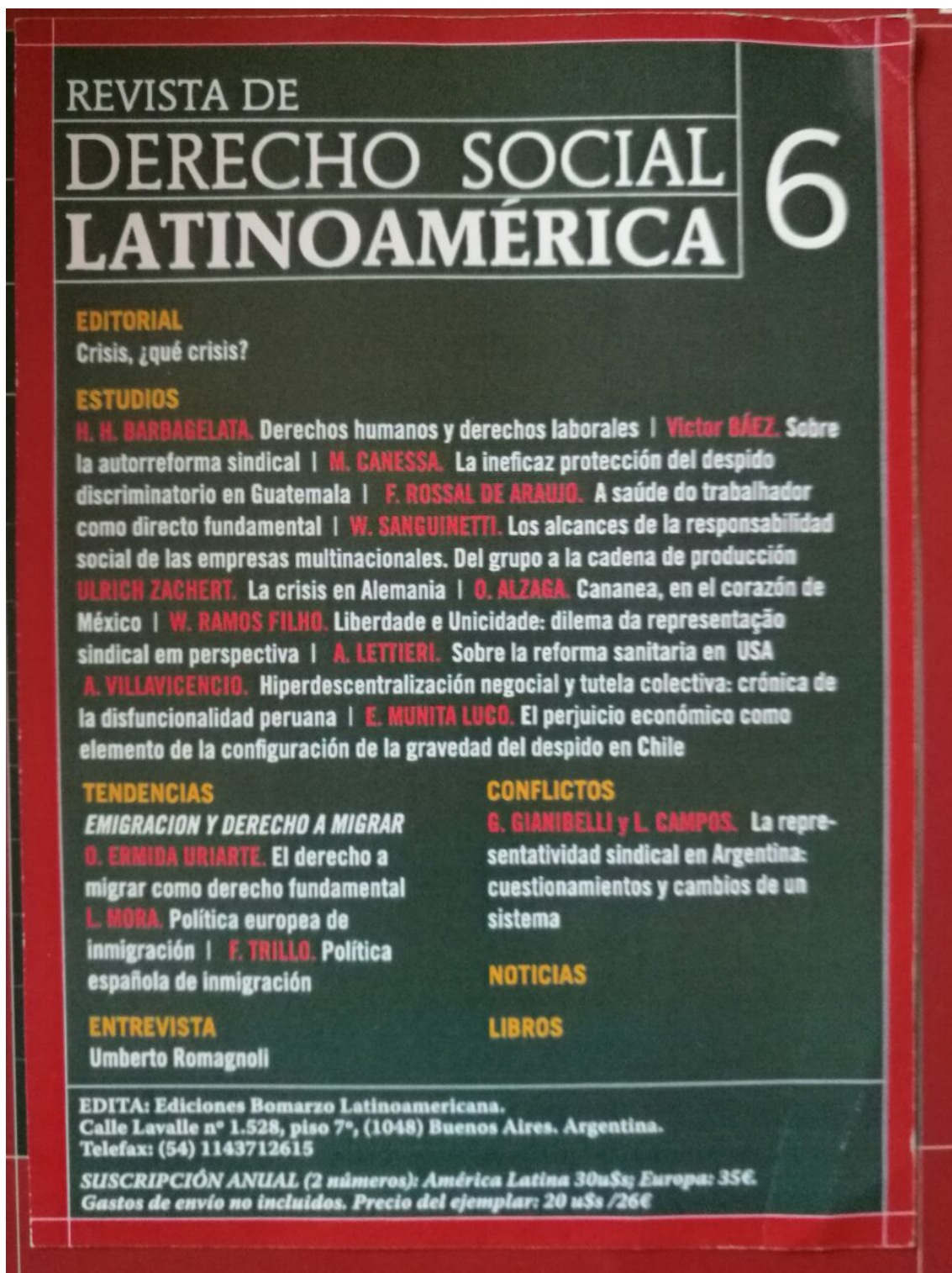
Al día siguiente, el seminario conoció un cierto paréntesis mediante la defensa pública de dos tesis de maestría, la de Natalia Colotuzzo sobre Derecho Penal del Trabajo, y la de Luján Charruti, sobre un análisis comparativo entre España y Uruguay de los límites jurídicos al poder de dirección del empleador con especial consideración a la profesionalidad del trabajador, una tesis de maestría para mi especialmente importante, puesto que la profesora Charruti habría de proseguir sus estudios de doctorado en la UCLM bajo mi dirección y lograr finalmente el título de doctora en derecho por aquella universidad¹⁸. A continuación, se realizó otra mesa de exposición sobre los procesos de reforma en Costa Rica, Guatemala y México, a cargo de Godínez, Canessa y Alzaga. En todos los casos, la debilidad del sindicalismo o en ciertos casos la agresión constante a la presencia sindical constituyó un *leit motiv* en estos países que recorrió cualquier reflexión sobre los proyectos de reforma en acto y su motivación real.

Una tercera mesa de cierre sobre el panorama latinoamericano se dedicó, de forma monográfica, a la implantación y mejora del proceso laboral como eje de la garantía judicial de los derechos laborales, analizando las experiencias

¹⁸ M^a Luján Charruti Garcén, *Los límites jurídicos al poder de dirección del empleador con especial consideración de la profesionalidad del trabajador: una visión comparada España-Uruguay*. Tesis doctoral, UCLM, 2016. Hay publicación del texto, revisado, en FCU, Facultad de Derecho, Montevideo, 2018.

legislativas de Argentina, Brasil, México y Uruguay, que expusieron respectivamente, Zas, Robinson, Larios y, de manera conjunta, Rossi y Fernández Brignoni. Por último, la experiencia de la reforma laboral española - con alguna reflexión adicional sobre las reformas europeas en curso - fue analizada por Joaquín Aparicio, Paco Trillo y yo mismo, ofreciendo un punto de contraste con la experiencia latinoamericana que ha dejado atrás en una buena parte de sus ordenamientos internos los planteamientos desreguladores de las relaciones laborales y la debilitación del poder sindical que caracteriza hoy las exigencias de la Comisión Europea y del FMI en la Unión europea. H.H. Barbagelata conmigo cerró el Seminario con algunas reflexiones finales sobre la orientación general del impulso reformista en América Latina y sus características más relevantes.

La Revista, sin embargo, faltó a su cita en esta última convocatoria de los Seminarios de Montevideo en los que participaba. Con todos los textos ya preparados y maquetados, faltaba sin embargo enviarlos a Buenos Aires para su edición definitiva. Así que se distribuyó en la reunión un impreso en el que se daba cuenta de los contenidos del número 6. En él se recogían buena parte de los materiales que se habían debatido en el encuentro de Montevideo de dos años antes, empezando por un texto de Barbagelata sobre la consideración de los derechos laborales como derechos humanos, y, en la sección de tendencias, un último trabajo de OEU, el derecho a migrar como derecho fundamental, junto a los textos de Laura Mora y Francisco Trillo, que contemplaban este problema desde la perspectiva europea y española. El jurista que resultaba entrevistado era Umberto Romagnoli, y el número contaba con una importante aportación doctrinal desde Chile, Guatemala, Brasil y México, pero también desde Alemania, Italia y España, junto con una intervención de Báez sobre la autorreforma sindical en América Latina. Pero permaneció inédito.



(Impreso que anunciaba los contenidos del número 6 de la RDSLAT)

En la última de las “síntesis” de las reuniones del grupo, fechada en Montevideo el 23 de junio del 2011, se habla de la necesidad de cerrar el número 6 añadiendo una necrológica sobre Oscar, cambiar la mancheta de la Revista

suprimiendo la asignación de puestos (directores, secretarios de redacción) y crear un directorio horizontal al que se integrarían Alfredo Villavicencio, de la PUCP peruana, y Sayonara Grillo Coutinho de Almeida, de la UFRJ brasileña, rompiendo el monolitismo masculino de la dirección de la RDSLAT. En la reunión se enumeraban los temas que habrían de componer el número 7, que, en la parte de Estudios, se quería dedicar de forma monográfica a Oscar Ermida Uriarte. Se trataría de hacer intervenir a unas diez personas, con especial relación con nuestro amigo y que escribieran sobre temas que OEU había frecuentado. Entre ellas incluíamos a Alfredo Villavicencio y Jorge Rosenbaum, a Adrian Goldín, Sergio Gamonal y Pedro Weimberg, Manuel Ramón Herrera Carbuccia y Rolando Mugas, así como a Mar Serna, Isabelle Daugareilh y Alvaro Orsatti y Víctor Báez. Pero nunca se llevó a efecto.

La muerte de Oscar Ermida supuso la desaparición de este proyecto. El número 6 no llegó a imprimirse y distribuirse, aunque la Editorial Bomarzo, al recuperar cinco años después este proyecto como revista digital, publicara en el blog de su página la mayoría de los textos que lo componían. Un proyecto que sin embargo tiene un valor intrínseco tanto en lo que contenía de propuesta de organización y de desarrollo de una cultura jurídica garantista y activista en favor de la vigencia efectiva de los derechos sociales en toda la región como en lo que supone de emanación de la personalidad y de la capacidad de trabajo de Oscar Ermida Uriarte, de su concepción abierta y positiva sobre el derecho como forma de asegurar la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas que trabajan.

En su necrológica, escribí las siguientes palabras finales:

“Normalmente las palabras no pueden dar cuenta de la desolación que deja la pérdida de un amigo. Sé que su figura como teórico y doctrinario no sufrirá apenas por su desaparición física, y que deja un grupo cohesionado de amigos, colegas y discípulos que preservarán su legado. También nosotros, desde la UCLM, desarrollaremos esta labor. Pero nada podrá aplacar la certeza terrible de que con él desaparece uno de los grandes juristas del cosmopolitismo universalista, una persona que empeñó tantos esfuerzos en justificar y defender un sistema de derechos protegidos y garantizados en todas las partes por el

mero hecho de formar parte de una cultura civilizatoria de emancipación social y humana”.

Es cierto que su legado perdura, diez años después. Pero también la tristeza y el vacío ante su ausencia. Este escrito pretende que las generaciones que no lo han conocido tengan acceso a una de las facetas de su personalidad, una señal de sus inquietudes y de la potencia de sus propuestas teóricas y académicas, pero también de la convicción y el talento para disponer instrumentos idóneos para llevar a cabo una labor colectiva y simultáneamente, dirigir su orientación y su alcance. Ojalá este texto cumpla la finalidad anunciada.

Bibliografía

- BARBAGELATA, H.H. (2009). *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, FCU, Montevideo.
- BARRETTO GHIONE, H. (1998). “El derecho laboral minimalista del Mercosur”, *Contextos*, nº 2.
- BAYLOS, A. (2000). “Por una (re)politización de la figura del despido”, *Revista de Derecho Social*, nº 12.
- CHARRUTI GARCÉN, M. (2018). *Los límites jurídicos al poder de dirección del empleador con especial consideración de la profesionalidad del trabajador: una visión comparada España-Uruguay*, FCU, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2006). “Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, nº 1.
- ERMIDA URIARTE, O. (2011). “Crítica de la libertad sindical”, en A. Baylos y G. Giannibelli, *Convergencia sindical, movimientos sociales e integración latinoamericana*, Fundación Amela / Ed. Pretextos, Valencia.
- ERMIDA URIARTE, O. (2011). “Crítica de la libertad sindical”, *Derecho Laboral*, nº 242.
- GENRO, T. (2006). “E possível combinar democracia e socialismo?”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, nº 1.
- GIANIBELLI, G. (1999). “Revista de Derecho Social”, *Contextos* nº 3.
- GIANIBELLI, G. y ZAS, O. (Coords.) (2006). *Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo (Inspirados en Moisés Meik)*, Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires.
- ROUGIER-VIDAL, C. (2011). “Presentación” en A. Baylos y G. Giannibelli, *Convergencia sindical, movimientos sociales e integración latinoamericana*, Fundación Amela / Ed. Pretextos, Valencia.
- SARTHOU, H. (1999). “Primeras reflexiones sobre trabajo, derecho, integración Mercosur y globalización ante las puertas del nuevo siglo”, *Contextos*, nº 3.

**RELEYENDO “SINDICATOS EN LIBERTAD SINDICAL” AL
ANALIZAR CIERTOS CONTENIDOS DE DERECHO
COLECTIVO EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE**

**RE-READING “UNIONS IN FREEDOM OF ASSOCIATION”
WHEN ANALYZING CERTAIN CONTENTS OF COLLECTIVE
LAW IN THE CHILEAN LABOR CODE**

Emilio MORGADO VALENZUELA

Doctor Honoris Causa de la Université de Bordeaux, Francia. Miembro de Número, Ex Presidente y Presidente de Honor de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Vicepresidente (América del Sur) de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Director Adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe.

mormauemilio@gmail.com

Fecha de envío: 19/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

RELEYENDO “SINDICATOS EN LIBERTAD SINDICAL” AL ANALIZAR CIERTOS CONTENIDOS DE DERECHO COLECTIVO EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE

Emilio MORGADO VALENZUELA

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Al presentar el contenido y alcance de algunas normas contenidas en el Código del Trabajo vigente en Chile, en lo referente a la libertad sindical y el ejercicio del derecho a la actividad sindical a través de la negociación colectiva y la huelga, examino exclusiones y limitaciones para el ejercicio de esos dos derechos, en el marco de una histórica presencia estatal en la fijación normativa de los contenidos y alcances del derecho colectivo del trabajo en Chile; todo ello evocando importantes proposiciones doctrinarias de Oscar Ermida Uriarte, expresadas -con su habitual claridad y reconocida maestría- en su sólido estudio “Sindicatos en Libertad Sindical”. Entre otras materias, esas proposiciones doctrinarias se refieren al intervencionismo estatal, la heteronomía y autonomía, la libertad sindical positiva y negativa, la unicidad y pluralidad sindical y, la titularidad en la representación y la representatividad.

Palabras clave: Intervencionismo - Libertad sindical - Autonomía - Actividades sindicales

Sumario: 1. Introducción. 2. Primera Parte. Principales rasgos de la trama normativa y de los principios referidos a la libertad sindical en Chile. 2.1. Intervencionismo o abstencionismo estatal (heteronomía y autonomía). 2.2. Libertad sindical positiva o negativa. 2.3. Unicidad o pluralidad sindical. 2.4. Titularidad sindical, representación y representatividad. 3. Segunda parte. Exclusiones y limitaciones en la negociación colectiva y la huelga contenidas en el código del trabajo de Chile. 3.1. Introducción. 3.2. Exclusiones y limitaciones

en el ejercicio del derecho de negociación colectiva reglada. 3.3. Exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de huelga.

Abstract: In presenting the content and meaning of some of the Chilean Labor Code's norms regarding freedom of association and the right of trade unions to exercise their activities through collective bargaining and strike, this paper examines exclusions and limitations to said rights. This is done in view of the State's historic interventionist role in labour matters. In doing so, the paper calls on key doctrinary propositions established by Oscar Ermida Uriarte. These ideas were originally expressed, with his habitual clarity and mastery of the subject, in his foundational study "Sindicatos en Libertad Sindical". Amongst other matters, professor Ermida's key postulates refer to State intervention, heteronomy and autonomy, positive and negative freedom of association, unicity and plurality, and trade union titularity of representation and representative determination.

Key words: Interventionism - Syndical liberties - Autonomy - Syndical activities

Summary: 1. Introduction. 2. First Part. Main features of the normative framework and principles referring to freedom of association in Chile. 2.1. State interventionism or abstentionism (heteronomy and autonomy). 2.2. Positive or negative freedom of association. 2.3. Union uniqueness or plurality. 2.4. Union ownership, representation and representativeness. 3. Second part. Exclusions and limitations in collective bargaining and strikes contained in the Chilean labor code. 3.1. Introduction. 3.2. Exclusions and limitations in the exercise of the right to regulated collective bargaining. 3.3. Exclusions and limitations in the exercise of the right to strike.

1. Introducción

En Chile, el derecho colectivo del trabajo está regulado en los Libros III (de la organización sindical) y IV (de la negociación colectiva) del Código del Trabajo. Nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo es muy descentralizado y, desde sus orígenes, el Estado interviene en esas relaciones con diversos matices de intensidad, según las circunstancias políticas y económicas predominantes en el período histórico que se estudie.

En la primera parte de esta monografía, presentaré las principales características de nuestra normativa legal en lo concerniente al intervencionismo estatal y la relación autonomía sindical-heteronomía, a la libertad sindical positiva y negativa, a la unicidad o pluralidad sindical y, a la titularidad en la representación y la representatividad, contrastando esos contenidos con lo aportado doctrinariamente en esas materias por Oscar Ermida Uriarte en su extraordinario doctrinario “Sindicatos en Libertad Sindical”.¹

En el entorno de ese marco referencial, en la segunda parte focalizaré mi análisis en lo referido a las restricciones y limitaciones establecidas en la legislación chilena respecto del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga.

2. Primera Parte. Principales rasgos de la trama normativa y de los principios referidos a la libertad sindical en Chile

Lo concerniente a la libertad sindical en Chile, tiene lugar en un marco legal y fáctico de estrecha interdependencia entre el sistema de relaciones colectivas de trabajo y la trama normativa que lo regula. Sus características y orientaciones son influidas por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo y éste experimenta cambios derivados de experiencias y prácticas que suelen coexistir o substituir los marcos legales. Ello adquiere mayor notoriedad,

¹ Oscar Ermida Uriarte: *Sindicatos en Libertad Sindical*. Fundación de Cultura Universitaria. Quinta Edición. Montevideo – Uruguay, mayo de 2016.

por ejemplo, en las relaciones colectivas de trabajo en la administración pública y en ciertos sectores vitales de la actividad económica.

Cabe advertir, además, que el contenido y alcances de las normas y prácticas colectivas presenta una estrecha relación con el entorno político en el que se han producido. A la vez, son beneficiados o perjudicados por el talante de los sujetos y operadores, públicos y privados, a cargo de su aplicación y control.

Focalizaré mi análisis en los efectos de esas interrelaciones en los siguientes aspectos de la libertad sindical: intervencionismo o abstencionismo estatal (heteronomía y autonomía), libertad sindical positiva y negativa, unicidad o pluralidad sindical y titularidad en la representación y representatividad sindical.

2.1. Intervencionismo o abstencionismo estatal (heteronomía y autonomía)

Sin duda, el intervencionismo estatal ha estado presente en el sistema normativo de nuestras relaciones colectivas de trabajo desde sus orígenes. Pero en ese intervencionismo se advierte la presencia de propósitos e intensidades variadas. Por ejemplo, en el proyecto presentado al Senado en 1919, por senadores del Partido Conservador, existía un claro propósito de limitar la autonomía de los sindicatos de empresa, cuya creación se proponía, mediante la intervención de autoridades públicas en su creación y administración, a la vez que se preveía la intervención del empleador en la gestión de parte de las finanzas sindicales y en el desarrollo de ciertas actividades sindicales.² En cambio, en el proyecto gubernamental, de la Alianza Liberal, presentado a la Cámara de Diputados en 1921³, no había la mencionada intervención de la parte

² En ese tiempo, los trabajadores estaban principalmente agrupados en ‘mancomunales’ -de declarada orientación reivindicacionista y contestataria, que promovía cambios sociales y económicos profundos para solucionar ‘la cuestión social’, y en ‘sociedades de resistencia’, de clara orientación anarquista. Además, un importante porcentaje de trabajadores continuaba afiliado a sociedades de socorros mutuos, llamadas ‘mutuales’, constituidas desde mediados del siglo XIX.

³ Elaborado a petición del Presidente Arturo Alessandri Palma, por el jurista Moisés Poblete Troncoso, quien más tarde fue funcionario de la OIT y Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Chile.

empleadora y la intervención estatal no estaba necesariamente encaminada a dirigir la creación ni el funcionamiento del sindicato, sino que, como se expresaba en el Mensaje que precedía al propuesto texto normativo, con ella se pretendía garantizar y facilitar la existencia de sindicatos y el desarrollo de sus actividades sindicales, 'como ocurría en las naciones civilizadas'. En cierto sentido, la intervención estatal cumpliría la función, cuasi docente, de guía encauzadora. En apoyo de esa interpretación procede recordar que los textos internacionales básicos sobre libertad sindical datan de 1948 y 1949, por lo que esos anticipados propósitos, aparentemente, no la violentaban abiertamente.

Como uno de los resultados de la conmoción política causada por la presencia armada de oficiales del ejército en las tribunas del Congreso ('la revolución del ruido de sables'), se precipitó la adopción, en un solo día y sin debate, de parte del contenido normativo del proyecto de Código del Trabajo de 1921, en forma de leyes específicamente referidas a capítulos del mismo. Una de esas leyes fue la 4057, promulgada el 8 de septiembre de 1924. En su Título I, reguló al sindicato industrial inspirándose en lo propuesto en el proyecto del Partido Conservador, de 1919. A la vez, pero inspirada en el proyecto liberal de 1921, en su Título II normó al sindicato profesional. Algo similar ocurrió con el contenido de la Ley 4056 sobre los conflictos entre el capital y el trabajo.

Mediante un decreto reglamentario de noviembre de 1928, el texto de la Ley 4057 fue revisado 'para subsanar dificultades en su aplicación' y 'establecer normas de control con el fin de hacer más eficiente el cumplimiento de la ley'. En 1931, al aprobarse el Código del Trabajo, la tarea codificadora no consistió en una simple recopilación de la legislación existente, sino que se revisaron sus contenidos y redacción, intentando dar al conjunto un adecuado nivel de coherencia. Pero, lo esencial de las leyes 4057 y 4056, se mantuvo.⁴

En consecuencia, la intervención estatal podía asumir tanto un papel moderado, casi promotor, o uno exigente y obligatoriamente preceptivo, según fuere conveniente para armonizar el tono interventor con la naturaleza cambiante de las relaciones del Estado con el movimiento sindical.

⁴ Desde 1924 hasta 1933, hubo numerosos cambios de gobierno y hasta una 'República Socialista', de brevísima duración.

De otra parte, se estima que el absentismo total del Estado en la regulación de las relaciones de trabajo -individuales y colectivas- en situaciones de claros y profundos desequilibrios y desigualdades entre las partes de esas relaciones, contribuye a perpetuar o agravar esas circunstancias. Evitar o, por lo menos, aminorar su magnitud, puede justificar la existencia de 'una intervención para no intervenir', esto es, una intervención para tornar innecesaria la aplicación de una política interventora 'con vocación de permanencia', sino que fundamentada en el deber social de proteger la defensa, promoción y mejoramiento de los derechos e intereses de los trabajadores.

Hasta el golpe de estado de 1973, tales propósitos se expresaron, por ejemplo, en la legislación y -especialmente- las prácticas '*pro labour*' habidas en los gobiernos de los Presidentes Pedro Aguirre Cerda (1938-1941), Eduardo Frei Montalva (1964-1970) y Salvador Allende Gossens (1970-1973).

Durante la dictadura (1973-1990), se instaló -de facto y mediante legislación adoptada en un régimen no democrático, sin Congreso- un modelo de relaciones colectivas de trabajo fuertemente intervenidas por el Estado, orientado a preservar 'la seguridad interior', y a favorecer la implantación y consolidación de un modelo de desarrollo económico abiertamente contrario a la existencia de organizaciones sindicales y a sus actividades.

Luego, durante el proceso de restauración de la democracia, los gobiernos de los partidos de la Concertación para la Democracia (1990 a 2010) y de la Nueva Mayoría (2010-2014), lograron notorios avances en la construcción de un sistema normativo más acorde con los principios y normas internacionales sobre libertad sindical. Para ello, desde 1990, en sucesivas reformas legislativas, se intentó y se logró reemplazar parte de la normatividad impuesta por la dictadura, acercando así nuestro Código a lo establecido, principalmente, en los Convenios 87 y 98, ratificados por Chile en 2001.

Lo expresado, no impide reconocer la actual existencia de un importante nivel de intervencionismo estatal, con fuerte preeminencia de fuentes normativas heterónomas y limitadas expresiones de autonomía colectiva.

Así, por ejemplo, en el Código del Trabajo existen ciento setenta y nueve artículos para regular lo referido a las organizaciones sindicales, especialmente

en lo que se refiere a: (i) los trámites y ‘quorum’ de constitución, las observaciones que puede formular la Inspección del Trabajo y las sanciones aplicables; (ii) las materias que deben contener sus estatutos, incluyendo lo relacionado con la elección y censura del directorio⁵ y, (iii) la composición del patrimonio sindical y los requisitos para disponer de bienes inmuebles.

En lo concerniente a las normas generales sobre la negociación colectiva, en el Código se regula; (i) lo referido al derecho de las organizaciones sindicales de recibir de la empresas ciertas informaciones económicas y, (ii) los contenidos, aplicación, extensión, duración, vigencia, ultraactividad y exigibilidad de las convenciones colectivas y laudos arbitrales (denominados ‘instrumentos colectivos’), resultantes de la negociación colectiva. También, y en forma detallada, en el Código se regula lo que concierne a los regímenes de procedimientos negociales no reglados, reglados y especiales.

Lo referido a la huelga es regulado como parte del procedimiento de negociación colectiva reglado.

Por su relevancia, en la segunda parte de esta monografía analizo lo atinente a las exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y a huelga.

Doctrina sustentada por Ermida. En primer lugar, es necesario tener presente que Ermida destaca que: (i) “el Convenio 87 establece el más irrestricto y general derecho a la sindicación, a la autonomía y autarquía sindical y a la independencia respecto del Estado y, (ii) en el Convenio 98 se protege la libertad sindical y a la negociación colectiva, a la vez que se establece que *“los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación, tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo (lo que apunta en primer lugar, a la imposición del fuero sindical) y que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de*

⁵ Cabe destacar que tras la reforma de la Ley 20.940 (2016), en el artículo 231 del Código del Trabajo se ordena que el estatuto del sindicato debe “incorporar un mecanismo destinado a resguardar que el directorio esté integrado por directoras en una proporción no inferior a un tercio del total de sus integrantes con derecho al fuero y a las demás prerrogativas que establece este Código, o por la proporción de directoras que corresponda al porcentaje de afiliación de trabajadoras en el total de afiliados, en el caso de ser menor.” Similar obligación se establece respecto de los estatutos de federaciones y confederaciones (artículo 272) y centrales sindicales (artículo 278).

adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras (prácticas desleales).⁶

A la vez, sostiene: (i) que “la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos y viceversa”; (ii) que “*el derecho a la libertad sindical depende los demás derechos fundamentales, porque es prácticamente imposible desarrollar una actividad sindical auténtica, si no se pueden ejercer derechos tales como, por ejemplo, el de reunión, el de expresión del pensamiento, etc.*” y, (iii) “*que la libertad sindical “no resulta autosuficiente”, en el sentido de que necesita, para existir, de otras libertades civiles y políticas.*⁷

En segundo lugar, se debe tener presente que, rotunda y claramente, Ermida resume su opinión expresando “*A mayor libertad sindical, menor reglamentación*”.⁸

Como fundamento de esa opinión, resulta útil recordar que en el prólogo de la segunda edición de su ‘Sindicatos en Libertad Sindical’, Ermida aclaró que en la primera edición había procurado “*describir los principios fundamentales de la libertad sindical y el marco dentro del cual sería posible una reglamentación heterónoma de lo sindical sin afectar esos grandes principios, las normas internacionales y las tradiciones nacionales.*” Y, en el prólogo a la primera edición, afirmó que en el derecho sindical contemporáneo, “*más que reglamentar limitando, se tiende a promover o facilitar el desarrollo de la actividad sindical*”.⁹

Luego, al referirse al derecho a la autonomía sindical, también llamada autarquía sindical, la concibe “*como el derecho de los sindicatos a autogobernarse, a darse sus propias normas y estructura, a fijar libremente su programa de acción, a elegir libremente sus autoridades, a vincularse libremente con otras organizaciones, nacionales e internacionales*”.¹⁰

A la vez, sostiene que en el ejercicio de este derecho, “*el sindicato debe mantenerse independiente frente a los empleadores, frente a las organizaciones patronales y frente al estado, en su origen. desarrollo y estructura. Debe nacer y*

⁶ Ob.cit, p. 17.

⁷ Ob.cit, pp. 24- 25.

⁸ Ob.cit, p. 97

⁹ Ob.cit, p. 9.

¹⁰ Ob.cit, p. 39.

*vivir con independencia, dándose sus propias normas de forma (estructura) y funcionamiento”.*¹¹

Asimismo, afirma que el principio de autonomía “*contiene una serie de reglas o subtipos, a saber: a) la facultad constituyente, proyección del principio de autonomía en el aspecto normativo según el cual el sindicato tiene el derecho de darse su propio estatuto y delinear su estructura y organización; b) la autonomía interna o autarquía propiamente dicha según la cual la organización profesional tiene la facultad de designar sus dirigentes y ejercer directamente y por sí misma su administración, al margen de interferencias externas; c) la facultad de acción sindical referida a la actividad del sindicato que debe ser elegida, proyectada y realizada libremente por éste, utilizando los medios necesarios para la realización de sus fines, tales como la negociación colectiva, la huelga, etc., y d) la facultad federativa, que se refiere al derecho del sindicato a vincularse con otras organizaciones, formando federaciones o confederaciones, nacionales e internacionales”.*¹²

2.2. Libertad sindical positiva o negativa

La reiterada posición secundaria -asignada en la legislación heredada de la dictadura - al derecho y ejercicio de la libertad positiva de asociación, en general, y de la libertad de sindicación en particular, se manifiesta en el lenguaje y el estilo utilizados en la redacción de las correspondientes normas constitucionales y legales, lenguaje que resulta funcional a la política de reducir al máximo la presencia y acción sindical, fortalecer la individualización de las relaciones de trabajo y consolidar la existencia en ellas de un claro desequilibrio entre las partes.

Así, por ejemplo: (i) al regular lo concerniente al derecho de asociación en general, en el inciso segundo del artículo 19 N° 15° de la Constitución de 1980 se establece: “*Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación*”; (ii) en el inciso tercero del artículo 19 N°16 de esa Constitución se dispone: “*Ninguna*

¹¹ Ob.cit, p. 60.

¹² Ibid.

ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos” y, (iii) en el artículo 19 N° 19 de ella, al regular el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley, se afirma: “La afiliación sindical será siempre voluntaria.”

Siguiendo esa orientación constitucional, en los incisos segundo y tercero del artículo 214 del Código del Trabajo se expresa que la afiliación a un sindicato “*será siempre voluntaria, personal e intransferible*”, y que “*nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad. Tampoco podrá impedirse su desafiliación.*”

Doctrina sustentada por Ermida. Al referirse a las interacciones entre los derechos sindicales y los demás derechos fundamentales, Ermida sostiene que los derechos individuales dependen de la libertad sindical y que “*para los trabajadores, el poder nuclearse en y actuar a través de organizaciones representativas es indispensable para poder acceder al goce de derechos que de otro modo, les serían, si no inaccesibles, por lo menos difícilmente alcanzables*”.¹³ En ese marco conceptual, afirma que “*el aspecto individual de la libertad sindical estaría constituido por todos aquellos derechos de los individuos a afiliarse (o no) a las organizaciones de su elección y a desafiliarse de las mismas, así como a constituir (o no) tales organizaciones, sin autorización previa y en total libertad. Dentro de esos derechos individuales a la sindicación, existe, a su vez, un aspecto positivo y un aspecto negativo, por lo cual se habla de libertad sindical positiva y “libertad sindical negativa”*”.¹⁴

Además, Ermida recuerda que la libertad sindical positiva está expresamente mencionada en los Convenios 87 y 98, y que esos convenios de la OIT “*no edictan expresamente la libertad sindical negativa.*” En su opinión: (i) esa libertad negativa “*consistiría en el derecho a no afiliarse a un sindicato y a desafiliarse de él*” y, (ii) que “*la admisión sin reservas de la existencia de tal libertad sindical negativa, implica la interdicción total o parcial, de las*

¹³ Ob.cit, p.25.

¹⁴ Ob.cit. p. 31.

denominadas “cláusulas sindicales” o “cláusulas de seguridad sindical”, tema sumamente polémico”.¹⁵

2.3. Unicidad o pluralidad sindical

En la legislación vigente el 11 de septiembre de 1973, se regulaba la existencia de los siguientes tipos de sindicatos: (i) sindicatos industriales: únicos, por empresa o establecimiento, de afiliación obligatoria e integrados por trabajadores que tuvieran la condición jurídica de obreros. Ellos fueron establecidos en la Ley 4057, del 8 de septiembre de 1924, codificada en mayo de 1931; (ii) sindicatos profesionales (también establecidos en la Ley 4057): plurales, de libre afiliación y de variados niveles de implantación según la igual, similar o conexas profesión, industria o trabajo desarrollada por sus miembros; (iii) sindicatos de trabajadores en las empresas de la Gran Minería del Cobre, establecidos en el Decreto 313, de 1956 y, (iv) sindicatos de trabajadores agrícolas: plurales, de libre afiliación y de variados niveles de implantación. Fueron establecidos en la Ley 16.625 de 1967.¹⁶

Es importante recordar que en las normas sobre organizaciones sindicales contenidas en el Decreto-Ley 2756, de 1979, se establecieron sólo las siguientes cuatro formas de organización sindical, cuya denominación corresponde a los trabajadores que afiliaren: (i) sindicato de empresa, que agrupa sólo a trabajadores de una misma empresa; (ii) sindicato interempresa, que agrupa a trabajadores de a lo menos tres empresas distintas; (iii) sindicato de trabajadores independientes, que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno y, (iv) sindicato de trabajadores de la construcción, que agrupa a trabajadores de esa rama de actividad, cuyo objeto especial era proveer de puestos de trabajo a sus asociados, actuales o futuros, en las condiciones previamente acordadas con los distintos empleadores.

Sólo los sindicatos de empresa podían negociar colectivamente. En el listado de las únicas finalidades asignadas a los demás sindicatos, no se

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Las normas de la Ley 16.625 se inspiraron principalmente en los Convenios 87 y 98 de la OIT.

estableció la de representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos colectivos.

Tras sucesivos cambios legislativos habidos desde 1990 hasta 2001, en el párrafo 31 del artículo único de la Ley 19.759, se modificó el encabezamiento del artículo 216 por el siguiente: *“Las organizaciones sindicales se constituirán y denominarán en consideración a los trabajadores que afilien. Podrán, entre otras, constituirse las siguientes”*. Al incorporarse la expresión “entre otras”, se puso término a la rígida enumeración de tipos o formas sindicales que podían ser constituidos, la que pasó a ser un listado de modalidades que no excluye la existencia de otras.

Doctrina sustentada por Ermida. Al referirse al sindicato, Ermida afirma que su trascendencia *“está dada por la naturalidad e inevitabilidad del hecho sindical”*, y que éste *“deriva de la tendencia natural de agregación de los individuos condicionados a una misma situación socioeconómica”*. Además, sostiene que la importancia del sindicato deriva de su condición de ser *“uno de los sujetos del derecho del trabajo”* y *“protagonista principalísimo del derecho colectivo del trabajo”*.¹⁷

A esas valoraciones de la importancia del sindicato, Ermida agrega: (i) *“su carácter de instituto de autotutela y -en tal función- de condición de eficacia del derecho laboral”*; (ii) su necesidad e importancia *“incluso para llevar adelante los fenómenos participativos”* y, (iii) no menos trascendental e importante, *“su efecto democratizador”*.¹⁸

En lo concerniente a la naturaleza jurídica del sindicato, Ermida señala que al *“enfoque asociacionista del sindicato se ha contrapuesto la visión institucionalista del mismo”*, concluyendo que *“sin perjuicio de las serias reservas que plantea la tesis institucionalista aplicada a otros ámbitos del derecho laboral- en los que lleva a interpretar como comunes intereses contrapuestos- corresponde reconocer que el sindicato puede ser una categoría susceptible de explicarse en base al concepto de institución”*.¹⁹

¹⁷ Ob.cit, pp. 65-66.

¹⁸ Ob.cit, pp. 67-69.

¹⁹ Ob.cit, pp. 70-71

Y, en lo específicamente referido a la unicidad o pluralidad sindical, Ermida afirma que quienes favorecen la unicidad invocan su función de *“fortalecimiento del movimiento sindical, en cuanto dicho sistema evitaría el divisionismo que llevaría a la “pulverización sindical”*. A la vez, recuerda que *“en contra de la unidad sindical preceptiva, se señala: a) que ella anula la libertad sindical y que puede promover o facilitar la injerencia y arbitrariedades gubernamentales privilegiando a una determinada organización en perjuicio de otras, b) que por lo demás, el artículo 2 del 87 liquida la cuestión a favor de la pluralidad sindical”*.²⁰

Evocadas esas consideraciones, Ermida concluye sosteniendo que la pluralidad sindical es parte del concepto de libertad sindical, pero que *“también, la unidad sindical es deseable si es espontánea (“lo que se ha de evitar es que sea impuesta o por intervención estatal” y, (ii) que el concepto de sindicato más representativo ha surgido “como un recurso que permite arribar o acercarse a una conciliación o concurrencia entre el pluralismo necesario a la libertad y la eficacia unitaria para la acción”*.²¹

A la vez, Ermida advierte que el concepto de sindicato más representativo *“sólo debe operar en el terreno de la representatividad -cuando se trata de atribuir a un sindicato determinada facultad- y que nunca puede hacerse valer en el plano del reconocimiento del sindicato, ya que si importara un desconocimiento o una excesiva limitación al reconocimiento de sindicatos múltiples, estaría imponiendo la “unicidad sindical”, es decir, la unidad preceptiva, en contra del pluralismo exigido por la propia noción de la libertad sindical”*.²²

2.4. Titularidad sindical, representación y representatividad

Hasta la adopción de los Decretos-Leyes 2756 y 2758, de junio de 1979 - más tarde incorporados al Código del Trabajo de 1987- la titularidad en la representación de los trabajadores en sus relaciones con el empleador y con el

²⁰ Ob.cit, p.42

²¹ Ob.cit, pp. 42-43

²² Ob.cit, p. 44.

Estado siempre estuvo radicada en las correspondientes organizaciones sindicales.

En el artículo 1° del Decreto-Ley 2758, de 1979, se definió a la negociación colectiva como *“el procedimiento a través del cual un empleador se relaciona con uno o más sindicatos de la respectiva empresa, o con trabajadores que presten servicios en ella y que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones para los involucrados en dicho procedimiento, por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en esta ley.”*

La inclusión de *“trabajadores que se unan para negociar colectivamente”*, en un pie de igualdad de derechos con los sindicatos, fue reiterada en el Código del Trabajo de 1987.

Desde el inicio del retorno a la democracia (1990), variados esfuerzos se han realizado para que nuestro derecho colectivo del trabajo se ajuste a los principios y normas de la OIT. Es así como, por ejemplo, durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, con la adopción de la Ley 19.759 (septiembre de 2001), se logró modificar muy positivamente diversas normas en materia de sindicatos, negociación colectiva y huelgas. Uno de los cambios más relevantes aportados por esa ley fue la incorporación del artículo 314bis -a continuación del artículo 314, sobre la negociación colectiva no reglada. En él se estableció un régimen de negociación semi-reglada aplicable a los grupos de trabajadores que se unan para negociar. En dicha modalidad se establecieron las siguientes normas mínimas de procedimiento: (i) la participación de ocho o más trabajadores, los que debían ser *representados “por una comisión negociadora, de no menos de tres integrantes ni más de cinco, elegida por los involucrados en votación secreta celebrada ante un inspector del Trabajo”*; (ii) *“el empleador estaba obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de 15 días. Si no daba respuesta, sería multado;* (iii) la aprobación de la propuesta final del empleador debía efectuarse mediante votación secreta realizada en una asamblea especialmente convocada, con presencia de un ministro de fe. Todo acuerdo adoptado sin sujeción a esas

normas mínimas *“tendrá la naturaleza de contrato individual de trabajo y no producirá el efecto de un convenio colectivo.”*

Con esa norma se fortaleció la titularidad del sindicato como representante de los trabajadores en la negociación colectiva, sin perjuicio de establecer un procedimiento de negociación semi-reglada a cargo de los grupos de trabajadores. Ese procedimiento no daba acceso a los *“derechos, prerrogativas y obligaciones”* de la negociación colectiva reglada, aplicables sólo en las negociaciones colectivas a cargo de los sindicatos.

Tan importante modificación fue necesaria para impedir pseudo negociaciones colectivas a cargo de grupos de trabajadores.

Pero, la experiencia demostró que la existencia de esa negociación semi-reglada no bastaba para evitar distorsiones y simulaciones. Por tal motivo y, además, para vigorizar la titularidad sindical y atender las reiteradas observaciones formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la Presidenta Bachelet, en 2014, envió al Congreso un proyecto de ley para modernizar las relaciones laborales. Al terminar la tramitación del proyecto en el Congreso -y antes de la intervención del Tribunal Constitucional- en el artículo 303 del texto sustitutorio del antiguo Libro IV del Código del Trabajo, se definía la negociación colectiva como *“aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas contenidas en el presente Libro.”* En ese mismo artículo se disponía: (i) que *“los trabajadores tendrán derecho a negociar colectivamente con su empleador a través de la o las organizaciones sindicales que los representen, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en el Título IV de este Libro”* y, (ii) *“en todas aquellas empresas en que no exista organización sindical con derecho a negociar, podrán hacerlo grupos de trabajadores unidos para ese efecto.”* Sobre el particular, en dicho artículo se disponía que en las empresas en que no existiera organización sindical con derecho a negociar colectivamente, *“los trabajadores podrán unirse para el solo efecto de negociar con su*

empleador”, conforme a las reglas mínimas de procedimiento del sistema semireglado de negociación colectiva, precedentemente recordadas.

Como explicaré en la introducción de la segunda parte de este documento, al ser parcialmente acogidos los requerimientos de inconstitucionalidad presentados ante el Tribunal Constitucional, fue necesario vetar las normas recién evocadas. Por lo tanto, los grupos de trabajadores no pueden negociar colectivamente.

Doctrina sustentada por Ermida. Al analizar lo concerniente al aspecto colectivo de la libertad sindical y los contenidos de esa libertad ante el Estado, los empleadores y otras organizaciones de trabajadores, Ermida destaca el derecho de los sindicatos *“al ejercicio de facultades y funciones típicamente sindicales, colectivas o gremiales, tales como la negociación colectiva, la huelga, la reivindicación y la participación”*.²³ En otros términos, la representación de los trabajadores radica en el sindicato.

Planteada así la titularidad sindical en el ejercicio de los derechos sindicales recién mencionados, surge el problema de identificar al sindicato habilitado para ejercer dicha titularidad en un régimen de pluralidad sindical. Como ya lo he recordado precedentemente, Ermida estima que *“el concepto de sindicato más representativo “sólo debe operar en el terreno de la “representatividad” y no imponer el criterio de la unicidad sindical preceptiva.”*²⁴

3. Segunda parte. Exclusiones y limitaciones en la negociación colectiva y la huelga contenidas en el código del trabajo de Chile

3.1. Introducción

En diciembre de 2014, en cumplimiento del programa de gobierno ofrecido a la ciudadanía por la coalición denominada “Nueva Mayoría”, durante la campaña electoral que permitió a Michelle Bachelet acceder, por segunda vez, a la Presidencia de la República, la Presidenta envió a la Cámara de Diputados

²³ Ob.cit, p.37.

²⁴ Ob.cit, p. 44.

un proyecto de ley para modernizar el sistema de relaciones laborales fortaleciendo el derecho de sindicación y la libertad sindical, protegiendo y promoviendo el efectivo ejercicio del derecho de negociación colectiva y, actualizando las normas reguladoras del derecho de huelga.

La tramitación del proyecto fue larga, difícil y objeto de diversas vicisitudes y variados compromisos en torno a indicaciones formuladas en ambas Cámaras del Congreso y por el Poder Ejecutivo. Constitucionalmente aprobado el proyecto por el Congreso, miembros de la entonces oposición presentaron al Tribunal Constitucional requerimientos para que se declarara la inconstitucionalidad de algunas de las normas del proyecto de ley aprobado. Uno de los argumentos utilizados fue la violación de la libertad de los trabajadores para no afiliarse a un sindicato, lo que ocurriría si se establecía la titularidad preferente del sindicato en la negociación colectiva, como estaba previsto en el proyecto de ley.

Al respecto, cabe evocar que, hasta la fecha, los contenidos laborales establecidos en la Constitución de 1980 (adoptada durante la dictadura), no han sido objeto de reformas. En ellos se privilegia la libertad sindical negativa, la radicación de las relaciones colectivas del trabajo en la empresa o establecimiento de ella, y se propician o declaran -expresa o implícitamente- excepciones y limitaciones en el ejercicio de los derechos de sindicación, de negociación colectiva y de huelga.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional acogió algunos de los requerimientos formulados. Como el cumplimiento de lo sentenciado obligaba a suprimir normas esenciales tenidas en cuenta para la debida aplicación de normas no objetadas de inconstitucionalidad, éstas y los respectivos institutos jurídicos, sin duda, resultarían desnaturalizadas y hasta provocarían efectos perversos y contrarios a los anunciados objetivos de promoción y protección de los derechos colectivos de los trabajadores. Adicionalmente, ocasionarían repercusiones negativas en sus derechos individuales. Habida cuenta de estas y otras consideraciones, se procedió a vetar aquellas normas.

Aprobado el veto presidencial por el Congreso y publicada la Ley 20.940 en el Diario Oficial del 8 de septiembre de 2016, el nuevo texto del Libro IV del Código del Trabajo contenido en ella, substituyó al existente hasta esa fecha.

Sin desconocer que son importantes los perjuicios derivados de la aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional, es conveniente poner de relieve que en el nuevo texto del Libro IV del Código del Trabajo se recogieron y perfeccionaron importantes avances normativos logrados durante los Gobiernos de los Partidos de la Concertación para la Democracia desde marzo de 1990, presididos por los Presidentes Patricio Aylwin Azócar (1990-1994), Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000), Ricardo Lagos Escobar (2000-2006) y Michelle Bachelet Jeria (2006-2010). A esos avances se debe sumar la ratificación de los Convenios núms. 144 (en 1992), 87 y 98 (en 1999), y 151 (en 2000).

En lo concerniente a las estructuras procedimentales de la negociación colectiva, en el actual Libro IV se norman los siguientes: (i) la negociación colectiva no reglada (artículo 314)²⁵ ; (ii) el procedimiento de negociación colectiva reglada (artículos 327 al 344); (iii) las reglas especiales para la negociación colectiva de los trabajadores afiliados a sindicatos interempresa, la negociación colectiva de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (artículos 364 al 373) y, (iv) la negociación iniciada por federaciones y confederaciones (artículos 408 al 411). A esas modalidades puede agregarse la particular forma de negociar los llamados pactos sobre condiciones especiales de trabajo, regulados en los artículos 374 al 377 del Código del Trabajo.

Uno de los temas que requiere un nuevo esfuerzo reformador, es el atinente a las exclusiones y limitaciones en el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga. Centraré mi análisis en las normas sobre la negociación colectiva reglada, porque es la modalidad negocial más utilizada debido a consideraciones históricas y prácticas como, por ejemplo, ser el medio al que necesariamente se debe recurrir para poder declarar una huelga legal. Ello suele conducir a que cada una de las fases formales del proceso negocial constituya, en la práctica, una estación de paso en un viaje en el que la estación

²⁵ En el artículo 314 del Código del Trabajo se establece que en cualquier momento “y sin restricciones de ninguna naturaleza podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones voluntarias, directas y sin sujeción a normas de procedimiento, para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.” La condición de ser “voluntarias” supone la presencia de la voluntad concurrente de organizaciones sindicales y de uno o más empleadores.

final querida es la huelga. Además, en alguna medida, esa circunstancia profundiza los contenidos conflictivos propios de toda negociación colectiva.

3.2. Exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de negociación colectiva reglada

A. Exclusiones referidas a los sujetos.

1. En el artículo 1° del Código del Trabajo se dispone que sus normas no se aplicarán a los funcionarios de la administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso nacional y del Poder Judicial. Esta exclusión general y permanente también comprende a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. No obstante, se les aplicarán las normas del Código del Trabajo en los aspectos o materias no reguladas en esos estatutos, en lo que no fueren contrarias a ellos.

2. Junto a las mencionadas exclusiones generales, existen otras específicas, establecidas en función de la naturaleza de la entidad empleadora o en función de la naturaleza de la relación de trabajo.

3. Atendiendo a la naturaleza de la entidad empleadora, se excluye a: (i) los trabajadores de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionan con el Gobierno a través de ese Ministerio; (ii) los trabajadores de empresas del Estado en las que leyes especiales establezcan la prohibición de negociar colectivamente y, (iii) los trabajadores de las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más de un cincuenta por ciento por el Estado - directamente o a través de derechos o impuestos- a menos que se trate de establecimientos educacionales particulares subvencionados conforme a la ley, o de establecimientos educacionales técnico-profesionales administrados por corporaciones privadas, si concurren las condiciones previstas en la legislación.

Corresponde al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo determinar las empresas en las que el Estado tiene aporte, participación o representación mayoritarios. En ellas, la negociación colectiva sólo puede tener lugar en el establecimiento correspondiente, al que se asigna el carácter de empresa.

4. En función de la naturaleza de la relación de trabajo, se excluye: (i) a los trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje en las micro, pequeñas y medianas empresas, si éstas se excusan de negociar con esos trabajadores y, (ii) a los trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como los gerentes y subgerentes. De la existencia de esta exclusión se debe dejar constancia escrita en el contrato de trabajo. A falta de tal estipulación, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente.²⁶

5. Las exclusiones de carácter temporal son dos: (i) para negociar colectivamente en una micro o pequeña empresa, mediana empresa o gran empresa se requiere que hayan transcurrido -a lo menos- dieciocho, doce o seis meses, respectivamente, desde el inicio de las actividades de la empresa y, (ii) ningún trabajador puede ser parte de más de un contrato colectivo celebrado con el mismo empleador. En consecuencia, terminada la vigencia de un contrato colectivo el trabajador puede ser parte de otro distinto con el mismo empleador.

B. Exclusiones referidas a las materias.

1. En forma perentoria, en el penúltimo inciso del artículo 306 se dispone que no serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

²⁶ El trabajador, o el sindicato al que esté afiliado, podrán reclamar ante la Inspección del Trabajo acerca de la circunstancia de no poder negociar colectivamente. La resolución de la Inspección del Trabajo podrá reclamarse judicialmente, dentro del plazo de quince días desde su notificación.

No obstante, tal restricción es relativa si se tiene presente lo dispuesto en los tres primeros incisos del mismo artículo, en los que se establece que son materia de la negociación colectiva: (i) aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones de trabajo; (ii) las referidas a acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares; el ejercicio de la corresponsabilidad parental; planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad; acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores; constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversias, entre otros; (iii) acuerdos de extensión, a todos o parte, de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical, para la aplicación general o parcial de estipulaciones de un instrumento colectivo y, (iv) pactos sobre condiciones especiales de trabajo regulados en los artículos 374 al 376 del Código del Trabajo.²⁷

C. Limitaciones en el ejercicio del derecho de negociación colectiva.

1. Aunque el derecho de negociar colectivamente en niveles superiores al de la empresa no está prohibido, tampoco está eficazmente promovido y protegido. Más aún, en la normativa constitucional, en forma expresa, se hace referencia al derecho de los trabajadores de negociar colectivamente “con la empresa en que laboren, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar”. (Artículo 19 N° 16 de la Constitución).

²⁷ Esos pactos pueden celebrarse en las empresas con una afiliación sindical igual o superior al treinta por ciento del total de trabajadores. Conjunta o separadamente, las respectivas organizaciones sindicales pueden acordar con el empleador, en forma directa y sin sujeción a las normas de la negociación colectiva, pactos sobre: (i) la distribución de la jornada y, (ii) los sistemas de jornadas que combinen tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de ella, para los trabajadores con responsabilidades familiares. También esta modalidad de pacto puede ser convenida para aplicarla a trabajadores jóvenes que cursen estudios regulares, a mujeres, a personas con discapacidad o, a otras categorías de trabajadores que definan el empleador y la organización sindical, de común acuerdo.

2. No cabe duda de que el sistema chileno de relaciones colectivas de trabajo es fuertemente descentralizado, no sólo en el nivel de la empresa sino que hasta el nivel de los establecimientos de ella. Si a tal característica se agregan los problemas de identidad real de la empresa, derivados de la definición de ella contenida en el artículo 3° del Código del Trabajo²⁸, la posibilidad de negociar en niveles supraempresariales, principalmente depende de la voluntad del empleador, grupo de empleadores, asociación o asociaciones de empleadores.

3.3. Exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de huelga

A. Exclusiones.

1. En el ya mencionado artículo 19° N° 16 de la Constitución se establece que no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tal prohibición también se aplica a *“las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la*

²⁸ En el artículo 3° del Código del trabajo se establece que para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social: (i) *“se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”* y, (ii) que dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador *“cuando tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común”*. Esta figura jurídica de unidad de empresa no se entiende presente por la *“mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas.”* Además, en el artículo 3° se dispone que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador: (i) *“podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes”*; (ii) *podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas.”* Además, en ese artículo del Código se expresa: (i) que *“los sindicatos interempresa que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador, podrán presentar proyectos de contrato colectivo, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos”* y, (ii) que *“la presentación y tramitación de los proyectos de contrato colectivo se regirán por las normas de la negociación colectiva reglada.”*

población o a la seguridad nacional.” La determinación de los trabajadores sometidos a esta prohibición corresponde a la ley.

2. En la misma norma constitucional se dispone que la ley “*señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse “a arbitraje obligatorio”,* a cargo de tribunales especiales de expertos establecidos por ley.

3. Cabe advertir que estas normas constitucionales excluyentes, están expresadas inmediatamente después de la norma constitucional referida a la negociación colectiva. A la vez, en el Código del Trabajo, lo concerniente a la huelga está normado en los Capítulos VI (Derecho a huelga) y VII (Limitaciones al ejercicio del derecho a huelga), que forman parte del Título IV (El procedimiento de negociación colectiva reglada) del Libro IV del Código del Trabajo (De la negociación colectiva). Ello permite suponer que en la legislación chilena el derecho a huelga no solo constituye un derecho inherente al derecho de sindicación y de libertad sindical, sino que, además, es parte integrante de uno de los procedimientos establecidos para negociar colectivamente.

4. A las mencionadas exclusiones de rango constitucional, se debe agregar la exclusión de carácter general establecida en el ya mencionado artículo 1° del Código del Trabajo.²⁹

5. Finalmente, en el artículo 362 del Código del Trabajo se dispone que no podrán declarar la huelga “*los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.*”

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas, es efectuada cada dos años mediante una resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento

²⁹ En él se dispone que sus normas no se aplican a: (i) los funcionarios de la administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial; (ii) los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. No obstante, se les aplicarán las normas del Código del Trabajo en los aspectos o materias no reguladas en esos estatutos, en lo que no fueren contrarias a ellos.

y Turismo, *“previa solicitud fundada de parte.”* Tal solicitud se debe poner en conocimiento *“de la contraparte empleadora o trabajadora para que formule las observaciones que estime pertinentes.”*

La mencionada resolución se debe publicar en el Diario Oficial y puede ser reclamada ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre el reclamante, según lo establecido en las normas del Código del Trabajo sobre los procedimientos judiciales en la negociación colectiva, Sólo por causa sobreviniente se puede revisar la permanencia de una empresa en la mencionada resolución ministerial conjunta.

B. Limitaciones.

Las normas que limitan el ejercicio del derecho a huelga están contenidas en los artículos 359 al 362 del Código del Trabajo, referidas a la calificación y provisión de servicios mínimos y equipos de emergencia, y 363, que regula la reanudación de faenas ordenada judicialmente.

1. *La provisión de servicios mínimos y equipos de emergencia.*

Al inicio del artículo 359, en forma categórica se afirma que la obligación del sindicato de proveer servicios mínimos no debe *“afectar el derecho a huelga en su esencia”*. Por lo tanto, sin duda, se debe entender que la provisión de esos servicios es excepcional y que las normas que la regulan deben interpretarse restrictivamente.

En consecuencia -teniendo presente el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena- los servicios mínimos requeridos deben ser los *“estrictamente necesarios”* para: (i) *“proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes”*; (ii) garantizar: (a) *“la prestación de servicios de utilidad pública”*, (b) *“la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas”*, y (c) *“la prevención de daños ambientales o sanitarios.”*

El equipo de emergencia encargado de atender los servicios mínimos durante la huelga estará integrado *“por trabajadores involucrados en el proceso de negociación”*, los que deben *“percibir remuneraciones por el tiempo trabajado.”*

Si el sindicato no provee el equipo de emergencia, *“la empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios.”* No obstante, esas medidas *“no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato, salvo que la Inspección del Trabajo autorice fundadamente uno distinto.*

Según lo establecido en el artículo 360 del Código, antes del inicio de la negociación colectiva, *los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberán ser calificados.* La calificación consiste en identificar: (i) *los servicios mínimos de la empresa y, (ii) el número y las competencias profesionales o técnicas de los trabajadores que deberán conformar los equipos de emergencia.*

La calificación debe ceñirse a las siguientes normas centrales: (i) corresponde al empleador proponer por escrito al sindicato o sindicatos, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, con una anticipación mínima de ciento ochenta días antes del vencimiento del instrumento colectivo vigente en la empresa, enviando copia de ella a la Inspección del Trabajo; (ii) los sindicatos tienen un plazo de quince días para responder, conjunta o separadamente; (iii) si se produce acuerdo, éste debe constar en un acta firmada por el empleador y los sindicatos concurrentes a la calificación, enviándose copia a la Inspección del Trabajo, *“dentro de los cinco días siguientes”*; (iv) si no se produce acuerdo o éste no involucra a todos los sindicatos, cualquiera de las partes puede requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo; (v) La Dirección Regional del Trabajo debe: (a) oír a las partes; (b) *“solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda”*; (c) *“realizar visitas inspectivas, a requerimiento de parte”* y, (d) recibir los informes técnicos acompañados por las partes; (vi) la correspondiente resolución que dicte la Dirección Regional del Trabajo debe ser fundada y emitida dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento”. Tal resolución

es reclamable ante el Director Nacional del Trabajo y, (vii) en presencia de una solicitud fundada de parte *“la calificación podrá ser revisada si cambian las condiciones que motivaron su determinación”*.³⁰

La fase calificatoria recién evocada, es seguida por otra de confirmación y provisión de los equipos de emergencia, regulada en el artículo 361 del Código. Esta fase comienza cuando el empleador, en su respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por el sindicato o sindicatos, propone a la comisión negociadora sindical *“los trabajadores afiliados al sindicato que conformarán los equipos de emergencia, cuando corresponda.”*

La comisión negociadora tiene un plazo de cuarenta y ocho horas para responder. Si no responde, se entiende aceptado lo propuesto por el empleador.

Si la respuesta es negativa o existe discrepancia *“en el número e identidad de los trabajadores del sindicato que deben conformar los equipos de emergencia”*, el empleador -dentro del plazo de cinco días de recibida la respuesta- debe solicitar a la Inspección del Trabajo que se pronuncie. Ésta debe resolver ese requerimiento dentro del plazo de diez días. En contra de su resolución sólo procede el recurso de reposición.

2. La reanudación de faenas.

Según lo dispuesto en el artículo 363 del Código del Trabajo, si se produce *“una huelga o el cierre temporal de la empresa, que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional”*, el Tribunal de Letras del Trabajo respectivo podrá decretar la reanudación de faenas, previa solicitud de parte. En tal caso, las

³⁰ A esas normas centrales se agregan las siguientes normas complementarias: (i) si en la empresa existe más de un instrumento colectivo vigente, el plazo mencionado se aplica considerando a aquél *“más próximo a vencer”*; (ii) tratándose de sindicatos recién constituidos se establecen plazos especiales; (iii) si existen establecimiento o faenas de la empresa en dos o más regiones, el requerimiento de calificación debe formularse en la correspondiente al domicilio del requirente; (iv) si ha sido requerida la intervención de dos o más Direcciones Regionales, corresponde a la Dirección del Trabajo determinar cuál de ellas resolverá todos los requerimientos formulados” y, (v) en el mes de abril de cada año, la Dirección del Trabajo debe publicar *“los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia.”*

faenas se reanudan en las mismas condiciones vigentes en el momento en que fue presentado el correspondiente proyecto de contrato colectivo.

Si atendemos a sus resultados, en esencia esta norma establece una modalidad de exclusión del ejercicio del derecho de huelga, regulada por dos categorías de consideraciones. Una, referida a las características, oportunidad o duración de la huelga. La otra, relacionada con los bienes jurídicos gravemente afectados por ella: (i) la salud; (ii) el medio ambiente; (iii) el abastecimiento de bienes o servicios de la población; (iv) la economía del país o, (v) la seguridad nacional.

Lo solicitado se tramita aplicando el procedimiento abreviado denominado “monitorio”, regulado en los artículos 496 al 502 del Código del Trabajo, con excepción del procedimiento preliminar ante la Inspección del Trabajo.

La sentencia definitiva del Tribunal se debe notificar a la Dirección Regional del Trabajo para la designación del correspondiente tribunal arbitral, de común acuerdo entre las partes. La audiencia se realiza con cualquiera de las partes que asista o en ausencia de ellas. En la audiencia se designa a tres árbitros titulares y dos suplentes, entre aquellos inscritos en la Nómina Nacional de Árbitros. En ausencia de las partes, corresponde a la Dirección Regional del Trabajo designar a aquellos que más se acerquen a las preferencias de las mismas. Si las partes no manifestaren preferencias, la designación se hará por sorteo”.³¹

Doctrina sustentada por Ermida. Como ya lo evoqué en la primera parte de esta monografía, al precisar el contenido de la autonomía sindical, Ermida expresa que una de sus expresiones es *“la facultad de acción sindical referida a la actividad del sindicato que debe ser elegida, proyectada y realizada libremente por éste, utilizando los medios necesarios para la realización de sus fines, tales como la negociación colectiva, la huelga, etc.”*

Al examinar lo referido a los derechos sindicales ante el Estado y los empleadores y sus organizaciones, Ermida afirma: que *“es absolutamente obvio que la libertad sindical incluye el derecho a la acción sindical, esto es, a ejercer efectivamente los hechos, las funciones atribuidas a los sindicatos. Así, en el*

³¹ Artículos 363 y 387 del Código del Trabajo.

marco de la llamada libertad sindical colectiva y dentro de ella, entre los derechos colectivos que posee el sindicato frente al estado y a los empleadores, que se incluyen, sin hesitaciones, la acción reivindicativa y participativa, así como el ejercicio de la negociación colectiva y de la huelga".³²

Asimismo, afirma que *"el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva es uno de los aspectos más relevantes del derecho a la libertad sindical"*. En apoyo de esta aseveración, Ermida subraya que *"el propio Convenio 98 de la OIT haya dispuesto el estímulo y fomento de la negociación colectiva hasta alcanzar su pleno desarrollo", lo que ha sido recientemente reafirmado por el Convenio 154 sobre fomento de la negociación colectiva*".³³

A la vez, Ermida sostiene que *"el derecho de huelga es actualmente reconocido como uno de los derechos esenciales para la defensa y promoción de los intereses profesionales"*.³⁴

También recuerda que *"en sus orígenes el movimiento sindical adoptó exclusivamente una acción de reivindicación o contestación, actitud que aún predomina, siendo esencial e irrenunciable, modernamente ha venido a agregársele, con carácter más o menos subordinado, accesorio o complementario, una acción participativa. Si bien es cierto que en el seno del propio movimiento sindical se discuten aún la procedencia teórica y la conveniencia táctica de abordar la acción participativa, no es menos cierto que hoy en día la participación del sindicato en la vida pública de los países ya es una de las funciones sindicales importantes. Hoy el sindicato participa ampliamente en la vida social, económica y política de numerosos países, poseyendo representantes en gran cantidad de órganos gubernamentales y de las propias empresas, públicas y privadas"*.³⁵

Finalmente, enfática y acertadamente, Ermida nos recuerda que "el sindicato, la negociación colectiva y la huelga" son "los tres pilares indispensables e interdependientes sobre los que se basa todo el derecho

³² Ob.cit, p. 45.

³³ Ob.cit, pp. 45-46.

³⁴ Ob.cit, p.46.

³⁵ Ob.cit, p. 47.

colectivo del trabajo, al extremo de que la ausencia de cualquiera de ellos impida el funcionamiento de éste”.³⁶

³⁶ Ob.cit, p. 46.

Bibliografía

ERMIDA URIARTE, O. (2016). *Sindicatos en Libertad Sindical*, FCU, Quinta Edición, Montevideo – Uruguay.

CUANDO CONOCÍ AL PROFESOR OSCAR ERMIDA URIARTE

WHEN I MET PROFESSOR OSCAR ERMIDA URIARTE

Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca, España. Miembro de
Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

carpa@usal.es

Fecha de envío: 29/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

CUANDO CONOCÍ AL PROFESOR OSCAR ERMIDA URIARTE

Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ

Universidad de Salamanca (España)

Resumen: El autor recorre, con fluidez narrativa, las circunstancias y recuerdos de un encuentro que marcaría el nacimiento de una amistad y el conocimiento de la persona de Oscar Ermida Uriarte.

Palabras clave: Oscar Ermida Uriarte - Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Salamanca - Juan Carlos Onetti - El astillero

Sumario: Cuando conocí al profesor Oscar Ermida Uriarte¹.

Abstract: The author recount, with narrative fluidity, the circumstances and memories of an encounter that would mark the birth of a friendship and the knowledge of the person of Oscar Ermida Uriarte.

Key words: Oscar Ermida Uriarte - Pontifical Catholic University of Peru - University of Salamanca - Juan Carlos Onetti - The Shipyard

Summary: When I met Professor Oscar Ermida Uriarte.

¹ El presente texto, debidamente revisado para esta ocasión, recibió una primera versión que fue publicada en AA.VV., *Homenaje a Oscar Ermida Uriarte. Uruguay 1949-2011*, Red Eurolatinoamericana de Análisis sobre Trabajo y Sindicalismo (RELATS), 2019. De acuerdo a las normas editoriales, se hace constar que el Resumen, Palabras clave y Sumario de la publicación de este trabajo han estado a cargo de la Dirección de la RJT.

El Derecho del trabajo no es un ordenamiento jurídico igual para todos, sino desigualador o compensatorio.

Oscar Ermida Uriarte, *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*, Montevideo, 2011, póstumo.

Pero si dialogar con Oscar no es ya posible, sí lo es con su pensamiento, con su inmenso y fértil legado intelectual.

Wilfredo Sanguineti Raymond, «Oscar Ermida o la dignidad del laboralismo latinoamericano», *D&J*, Montevideo, septiembre 2012.

Conocí en persona al profesor Oscar Ermida Uriarte en Lima. Era el mes de mayo del ya lejano 1989 y yo, que por entonces era decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, había aceptado con gusto una invitación de la Pontificia Universidad Católica del Perú para impartir dos conferencias en sus aulas.

Era la primera vez que yo visitaba el país, aunque en lo sucesivo tendría la fortuna de hacerlo en nueve ocasiones más, pudiendo empaparme a lo largo de todas ellas de la historia, la cultura y la infinita belleza de su territorio, recorrido por mí con largueza y arrobo hasta muchos de los confines de sus Cuatro Caminos. La última de las cuales, lo que no deja de ser harto simbólico treinta años después, a punto de ser cerrado por lo tanto el círculo que entonces se abría, para recibir en junio de 2019, el doctorado *honoris causa* de aquella misma universidad, como resultado de la generosa iniciativa del que era entonces decano de su Facultad de Derecho, el profesor Alfredo Villavicencio Ríos, quien tuvo a bien “convencer” para ello al Consejo Universitario de la corporación que otorgó su parecer unánime a la propuesta, y habiendo contado en tan solemne momento para mi satisfacción con una emotiva *laudatio* a cargo del profesor Wilfredo Sanguineti Raymond.

Aquella visita iniciática a la Universidad Católica, y al Perú por ende, contó con la colaboración de la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo

(OIT) en Lima, de la que Oscar Ermida era, vital y entusiasta como lo fue siempre, consejero regional en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales para América Latina. Su periplo como funcionario técnico de la Organización durante veinte años de fructífera labor habría de llevarlo asimismo, más adelante, a través de Montevideo, Santiago de Chile y de nuevo Montevideo, a su nombramiento de especialista principal en Normas Internacionales del Trabajo y del Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional, así como a la dirección de RELASUR, de sus programas y su revista de relaciones laborales. Esta especialización motivaría a la postre la publicación de numerosos trabajos sobre la materia, algunos de los más importantes fueron recogidos en el libro *Mercosur y Derecho Laboral* —Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.

En consecuencia, él mismo desempeñó un papel relevante en la preparación y el desarrollo de las actividades que iban a dar contenido a mi visita académica. Así fue como lo conocí en su despacho de la primitiva sede de la Oficina Regional en Lima, acaso la primera jornada después de mi viaje, una templada y húmeda mañana de aquel mes de mayo, en que el tibio sol capitalino pugnaba por hacerse presente en derredor sin apenas conseguirlo a pesar de su mucho empeño para que fuese posible. Me había acompañado al encuentro Alfredo Villavicencio, ellos ya grandes amigos que disponían en su haber de un importante activo de colaboración científica en común, y los dos lo serían míos sin mucha tardanza. El propio profesor Villavicencio dejaba constancia por escrito, un año después del fallecimiento del amigo —«La igualdad en el centro del Derecho del Trabajo. Breves reflexiones acerca de la *Meditación sobre el Derecho del Trabajo* de Oscar Ermida Uriarte», *D&J*, Montevideo, septiembre 2012—, de la larga amistad que los unió: «una relación cercana con Oscar Ermida Uriarte por más de un cuarto de siglo como discípulo siempre atento a su magisterio».

Oscar Ermida había publicado en 1985 su importante libro *Sindicatos en libertad sindical* —Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª ed. 1988—, que veía en Lima una tercera edición en 1991 —Asociación Laboral para el Desarrollo— con la incorporación de Alfredo Villavicencio a la autoría en la

cubierta de la publicación y la asunción por parte de este del tratamiento sobre los sindicatos y su regulación legal en el Perú, así como la inserción de dos importantes anexos, legislativo y bibliográfico, sobre el sistema institucional peruano elaborados por Martín Carrillo Calle. El libro originario de Oscar Ermida era objeto finalmente de una traducción italiana —*Sindacati in regime di libertà sindacale*, Istituto per lo Studio Comparato sulle Garanzie dei Diritti Fondamentali, Editoriale Scientifica, Napoli, 1989— a cargo de las profesoras Graciela Porta Sicardi y Concetta Serino. De 1988 es, en fin, la primera edición del *Derecho colectivo del trabajo. Materiales de enseñanza* de Oscar Ermida, realizado en colaboración con Alfredo Villavicencio y Juan Carlos Cortés.

Pero volvamos al encuentro con Oscar Ermida. Nuestro anfitrión puso de manifiesto a lo largo la reunión, que se prolongó con calidez más allá de lo que es esperable de las reglas de aproximación y protocolo, los rasgos que componían decididamente su personalidad. La amabilidad y el afecto desbordantes, la preocupación sostenida por el agrado y comodidad del interlocutor, la precisión racional en el despacho de los asuntos por tratar, el interés sincero por las circunstancias personales de quienes nos sentábamos a su lado y, en fin, siempre como rasgo de su identidad, la inteligencia diáfana en conversaciones y razonamientos. Todos los extremos de interés mutuo fueron aclarados y despachados a conveniencia los pormenores administrativos de mi estancia. Y quedamos para seguir viéndonos en los días siguientes. Nuestra relación personal comenzaba con fuerza. Almorzamos varias veces durante la semana, solos o en compañía de otros amigos y colegas, y él asistía a varios de los actos en que intervine, mostrando siempre en los coloquios que los siguieron su opinión atinada y convincente acerca de lo tratado.

Durante esta estancia desarrollé, dicho sea de paso, un programa intenso y esforzado, aunque sin duda gustoso, de actividades que fueron más allá de las conferencias que impartí en la Facultad de Derecho de La Católica para cuyo desempeño había sido invitado en realidad. Baste decir que en tan solo cuatro días llegué a pronunciar siete, aderezadas por algún seminario adicional. Pasé para ello, así pues, por auditorios repletos de expectación viva en la Universidad Católica —ya lo he dicho—, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, el

Colegio de Abogados de Lima, el Fuero de Trabajo, la Confederación General de Trabajadores del Perú y las sedes de varias organizaciones no gubernamentales. Permanecí esos días en Lima, me complace recordarlo ahora, en medio de atenciones continuadas y agasajos sin fin.

Bajo el magisterio del profesor Javier Neves Mujica, a quien más adelante invité a Salamanca —todos sus amigos, discípulos y deudos lloramos sin consuelo hoy su reciente fallecimiento por causa de la terrible covid-19—, se venía formando en la Universidad Católica un grupo sobresaliente de jóvenes y pujantes investigadores, la mayor parte de ellos antiguos estudiantes en sus aulas —Alfredo Villavicencio, Juan Carlos Cortés, César Gonzáles Hunt, Guillermo Boza, Martín Carrillo, que luego habría de estar dos años en Salamanca con nosotros, Orlando de las Casas, Elmer Arce y otros más—, con quienes habría de mantener en el futuro una relación prolongada, de amistad profunda inclusive con alguno de ellos.

Imbuidos estos de convicciones progresistas y transformadoras, además de preocupados de modo singular por los derechos fundamentales de los trabajadores, publicarán por entonces un importante libro colectivo —*Trabajo y Constitución*—, a modo de presentación exterior del grupo, para el que me habían pedido, y yo realicé con agrado, un texto introductorio sobre la función histórica del Derecho del Trabajo. Uno de los integrantes de este grupo había sido precisamente Wilfredo Sanguineti Raymond, peruano y luego también español, que en el tiempo de mi visita preparaba ya conmigo una tesis doctoral en la Universidad de Salamanca. La defendía dos años después en nuestra facultad con la obtención posterior del premio Trabajo y Seguridad Social del ministerio homónimo, así como la publicación en este sello editorial con prólogo a mi cargo. El profesor Sanguineti es hoy, sabido es, catedrático de Derecho del Trabajo y director de Departamento en la Universidad de Salamanca.

También recuerdo con cariño las veces que durante aquella visita departí con Mario Pasco, mediando o no manteles y al amparo de su vasta cultura e interés sumo por todas las cosas, acerca de literatura peruana y española. O, cuando Jorge Rendón me llevó a la *La rosa náutica* del espigón de Miraflores — con él había participado en París en un seminario sobre Derecho del Trabajo,

crisis económica y democracia—, para ponernos al día de las muchas cosas en común, entre la mirada de las gaviotas y cormoranes que, circundantes, se empeñaban en compartir tanto esplendor para los sentidos.

Pero, en verdad, no todo fue plenitud académica y expansión festiva durante la visita. La mitad del país vivía entonces los años de plomo del terror de Sendero Luminoso y de la guerra sucia. Y estos habían llegado ya a Lima pese a todo y sin miramientos. Algún incidente tuve en este sentido en el hotel en que me alojaba en Miraflores, sin intuir yo siquiera al llegar al mismo que el establecimiento fuese a jugar un papel no precisamente secundario durante los últimos días de mi estancia en Lima. Ya he relatado esto con algún detalle, por cierto, en mi discurso de agradecimiento del doctorado *honoris causa* que, ya lo he mencionado, recibí de la Universidad Católica del Perú —*Como el viento acumula la arena en el espinazo de las dunas*, Lima, junio 2019—, sin que por descontado el asunto sea ahora del caso.

Era el tiempo negro de las explosiones de torres de alta tensión y de las “velas para el apagón” que vendedores de toda índole anunciaban a gritos a un lado y otro del jirón de la Unión o bajo los soportales de la plaza de San Martín. Algún relato escribí sobre ello después. Yo los veía al detenerme en esos lugares, tantas veces como recorría a pie la distancia entre mi hotel y la plaza de Armas en el Cercado, ida o vuelta durante una hora larga —el otro trayecto lo hacía en taxi— a través de las avenidas de Arequipa, Wilson y Tacna, sin que estos paseos contasen con el beneplácito de mis hoteleros y su advertencia frente a asaltos y secuestros. Basta leer ahora las páginas de Alonso Cueto, Jeremías Gamboa o Renato Cisneros —visto que, como Balzac creía en sus *Pequeñas miserias de la vida conyugal*, la novela es la vida privada de las naciones—, para recrear la angustia y obsesión que sacudían entonces el alma de la ciudad resistente, sin que yo llegase a darme cuenta de ello por completo.

De todas formas, yo conocía bien con anterioridad al profesor Oscar Ermida naturalmente a través de buena parte de sus escritos. Y él había de confesar lo mismo sobre mí y mi obra publicada. Había leído desde luego su libro *Empresas multinacionales y Derecho laboral* —Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981—, que contaba con un premonitorio prólogo de

Américo Plá Rodríguez, su maestro y también —junto a Francisco de Ferrari y Héctor-Hugo Barbagelata— del conjunto de la llamada “escuela uruguaya de Derecho del Trabajo”, quien certificaba en aquellas páginas preliminares «la consagración definitiva de un joven maestro, al que le auguramos una brillante carrera científica». En nuestro encuentro limeño Oscar Ermida me hizo entrega de un ejemplar de esta obra, que conservo con añoranza y cariño grandes por contar con la cariñosa dedicatoria manuscrita que tuvo a bien incorporar a su página de respeto. También había leído con interés sus *Apuntes sobre la huelga* —Montevideo, 1983—, *La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia?* —Montevideo, 1983— e igualmente, creo, *La protección contra los actos antisindicales* —Montevideo, 1987, con traducción portuguesa y edición brasileña posterior—.

El maestro Plá Rodríguez no se equivocaba, desde luego, en su pronóstico inicial acerca de Oscar Ermida y la certeza de su futuro prometedor. Más aún, el profesor Ermida Uriarte completaba en pocos años una carrera académica plena —profesor principal de la Universidad de la República, director del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de su Facultad de Derecho, presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo, miembro numerario de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, funcionario técnico de la OIT, codirector de *Derecho Laboral*, la revista que muestra su prestigio consolidado desde su fundación en 1948—, durante la que desarrolló con minuciosidad y talento una obra científica original y variada, acreditada e influyente como pocas en la doctrina latinoamericana y europea, además de guiada en su sólida construcción por los valores de justicia, libertad, igualdad, dignidad y progreso social —de los principios éticos y valores fundamentales del Derecho del Trabajo en suma, como a él le gustaba concluir—, que tan solo se vería cercenada en su progresión constante por su fallecimiento en 2011, cuando contaba con 61 años de edad —había nacido en 1949— y se encontraba en la plenitud de su madurez creativa.

La aportación de Oscar Ermida a la inteligencia de nuestra disciplina común ha pasado a la posteridad, así pues, acompañada por las señas de

identidad del método que adornó su quehacer científico: su carácter racional, discursivo y problematizador, su claridad expositiva encaminada a la comprensión de cuanto quería transmitir y, a fin de cuentas, su honradez intelectual inmensa. Ahí está como prueba final y póstuma de todo ello, por si fuera necesario, su *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*—Fundación Electra, Montevideo, 2011—, la nueva versión del importante artículo que había publicado en *Derecho Laboral* unos meses antes de su triste final.

Durante el primer almuerzo que disfruté en casa de Oscar Ermida, en que tanto él como Marisa Fernández hicieron gala de su cariño, amabilidad y buena compañía para conmigo y los demás invitados, tuve ocasión de admirar la imponente colección de huacos prehispánicos originales que atesoraba y que exhibían su belleza dentro de anaqueles dispuestos con lucimiento para resaltarla, sobre la que guardaba por cierto una razonable preocupación acerca de cuál habría de ser la suerte de estas piezas, cuando concluyera su misión en el país y tuviera que regresar a Montevideo, lo que sucedería por cierto en 1992. Lo llegué a saber de sus labios algunos años después, en Salamanca, tras surgir de nuevo este asunto en una de nuestras conversaciones.

Oscar Ermida fue naturalmente un hombre de su tiempo, cultivado y sensible, cuyo talento le dio con creces para amar la música, la pintura y la literatura. De entre los escritores, mostró especial predilección por el gran Juan Carlos Onetti, de Montevideo como él.

El profesor Juan Raso Delgue ha referido una deliciosa anécdota acerca de la supuesta dificultad que ofrece el acercamiento a la prosa de Onetti y de cómo Oscar Ermida lo ayudó a superarla a través del consejo de una guía de lectura. Para el escritor español Antonio Muñoz Molina, si bien, leer a Onetti no es difícil, pues «tan solo exige lo que debería exigir siempre la lectura, una atención incesante, un ensimismamiento que cancele cualquier otro acto, que suprima el mundo exterior» —«Sueños realizados: invitación a los relatos de Juan Carlos Onetti», prólogo a la edición de los *Cuentos completos (1933-1993)* de Onetti, Santillana, Alfaguara, Madrid, 1994—.

Sea como fuere, el diálogo entre Raso y Ermida sobre este asunto no tiene desperdicio. Es el primero quien lo refiere —«Oscar Ermida Uriarte», *D&J*, Montevideo, 2012—, ya se ha dicho:

Le comenté. “Considero que tengo una asignatura pendiente: nunca logré comprender a Onetti, nunca superé la lectura de dos o tres páginas de este autor, que francamente me aburre”. No dijo nada y regresamos a hablar de temas laborales. Nos reencontramos la semana siguiente: traía una gruesa carpeta titulada “Onetti”, donde conservaba recortes, críticas, fotos del gran escritor uruguayo. Al entregármela me dijo: “Es algo difícil leer Onetti, pero una vez alcanzada esa lectura, más difícil es prescindir de ella. Si querés acercarte a él, es bueno seguir un camino de aproximación”. Y en un papel me escribió cómo emprender esos primeros pasos: «tenés que comenzar con *El Pozo*, seguí con *Los Adioses* y luego descansá algunas semanas; retomá la lectura con algunos de sus cuentos: te aconsejo *Un sueño realizado* y *El infierno tan temido*”.

Y el resultado del experimento no pudo ser en verdad más exitoso, en propio reconocimiento de Juan Raso:

Me guió con su habitual tacto en esa lectura difícil y desde entonces ya no puedo separarme de ella.

En fin, Oscar Ermida, amigo respetado que fuiste, así te conocí y completé el conocimiento de tu persona a lo largo de otros encuentros y lecturas durante décadas. Ya no estás entre nosotros, ¡ay!, pero sí lo está tu obra en nuestras bibliotecas —la biblioteca, ese «almacén de víveres para la espera del fin del mundo», como propone Muñoz Molina, vuelvo a él, en su magnífica novela *Tus pasos en la escalera*, 2019— y tu recuerdo en nuestros corazones. Estos sí, obras y recuerdos, para siempre.

«El viento giraba arremolinado y por juego sobre el techo del cafetín, las rectas calles de barro, el edificio de la fábrica de conservas; pero ya enroscaba su mayor violencia encima de la Colonia, de los trigales de invierno, del tren lechero que corría tartamudeante por la planicie negra al otro lado de la ciudad»... Juan Carlos Onetti, *El astillero*, 1961, aunque no esté en la guía de iniciación.

Bibliografía

- ERMIDA URIARTE, O. (1981). *Empresas multinacionales y Derecho laboral*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1983).
- *Apuntes sobre la huelga*, Montevideo.
 - *La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia?*, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1987). *La protección contra los actos antisindicales*, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1988). *Sindicatos en libertad sindical*, FCU, Montevideo, 2ª ed.
- ERMIDA URIARTE, O., VILLAVICENCIO, A. y CORTÉS, J. (1988). *Derecho colectivo del trabajo. Materiales de enseñanza*.
- ERMIDA URIARTE, O. (1989). *Sindacati in regime di libertà sindacale*, Instituto per lo Studio Comparato sulle Garanzie dei Diritti Fondamentali, Editoriale Scientifica, Napoli.
- ERMIDA URIARTE, O. (2011). *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*, Fundación Electra, Montevideo.
- MUÑOZ MOLINA, A. (1994). “Sueños realizados: invitación a los relatos de Juan Carlos Onetti”, prólogo a la edición de los *Cuentos completos (1933-1993)* de Onetti, Santillana, Alfaguara, Madrid.
- MUÑOZ MOLINA, A. (2019). *Tus pasos en la escalera*.
- ONETTI, J. C. (1961). *El astillero*.
- RASO, J. (2012). “Oscar Ermida Uriarte”, *D&J*, Montevideo.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2012). “Oscar Ermida o la dignidad del laboralismo latinoamericano”, *D&J*, Montevideo.
- VILLAVICENCIO, A. (2012). “La igualdad en el centro del Derecho del Trabajo. Breves reflexiones acerca de la *Meditación sobre el Derecho del Trabajo* de Oscar Ermida Uriarte”, *D&J*, Montevideo.

**SEGMENTACIÓN TUTELAR O NUEVA EXPANSIÓN DEL
AMBITO DE COBERTURA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA
PROTECCIÓN SOCIAL**

**PROTECTIVE SEGMENTATION OR NEW EXPANSION OF THE
SCOPE OF LABOR LAW AND SOCIAL PROTECTION**

Adrián GOLDIN

*Profesor Emérito, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Presidente honorario de la
Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

adriangoldin@derecho.uba.ar

Fecha de envío: 26/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

SEGMENTACIÓN TUTELAR O NUEVA EXPANSIÓN DEL AMBITO DE COBERTURA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL

Adrián GOLDIN

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Resumen: Reconocido que el régimen normativo tradicional de la protección del trabajo respondió a la idea de la “dependencia laboral” como unidad conceptual que definía a los sujetos protegidos, hoy día se verifica una tendencia obsolescente respecto de la subordinación jurídica, existiendo un número creciente de trabajadores, ahora autónomos, aunque predispuestos a situaciones de sujeción económica. Paralelamente la segmentación o pluralización del sistema de protección del trabajo parece indicar que el tradicional trabajador subordinado, habrá de constituir sólo una categoría más entre algunas otras y ya no la única. Apartir de estas constataciones, se propone en primer lugar, una hipótesis para sostener el surgimiento de un Derecho del Trabajo de mayor alcance, que no prescindiría del concepto de dependencia como calificador inclusivo, pero que sin embargo no sería un excluyente de otras alternativas. Se agregaría la construcción de un derecho mínimo y común del trabajo, identificado con la Garantía Laboral Universal que ha sido postulada en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Comienza así a involucrarse a todos los que prestan trabajo personal y necesitan protección, de modo que la universalidad de la protección social adquiere el carácter de factor de unificación del sistema. Un segundo mecanismo unificador, es identificado a través del denominado contrato de actividad –surgido en Francia- que consiste en un contrato marco con una persona moral (asociación, grupo de interés público, estados locales, empresas estatales, organismos de formación público o privados) que coordina sus políticas de empleo y sus necesidades y garantiza al trabajador durante su desempeño dependiente, pero también en otras instancias de su carrera en momentos de alternancia en la continuidad de la prestación subordinada. Constituye la concepción de un sistema más complejo,

que no se limita al trabajo dependiente, sino a todas las manifestaciones del trabajo personal, asegurando ciertos grados de ingresos y de protección social por “todo el tiempo”.

Palabras clave: Ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo - Trabajadores autónomos - Cobertura del Derecho del Trabajo - Derecho común del trabajo - Protección social universal

Sumario: 1. Introducción. 2. Segmentación o pluralización del sistema de protección del trabajo. 3. La situación de los trabajadores autónomos. 4. Una hipótesis provisoria; nueva expansión del ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo. 5. Un derecho mínimo y común del trabajo. 6. Una protección social universal y por tanto desvinculada de la situación ocupacional. 7. La universalidad de la protección social como factor de unificación del sistema. 8. Un segundo mecanismo unificador. 9. El sistema resultante.

Abstract: Recognizing that the traditional normative regime for labour protection responded to the idea of “labour dependency” as a conceptual unit defining protected subjects, today an obsolescent trend is verified with regard to legal subordination, with an increasing number of workers now self-employed, although predisposed to situations of economic subjection. At the same time, the segmentation or pluralization of the system of labour protection, seems to indicate that the traditional subordinate worker should constitute only one more category among some others and no longer the only one. Apart from these findings, it is proposed, first, a hypothesis to support the emergence of a more far-reaching labour law, which would not dispense with the concept of dependency as an inclusive qualifier, but would nevertheless not be an exclusionary of other alternatives. It would add the construction of a minimum and common labour right, identified with the Universal Labour Guarantee that has been nominated in the Report of the World Commission on the Future of Work. This begins to engage all those who provide personal work and need protection, so that the universality of social protection becomes a factor in unifying the

system. A second unifying mechanism is identified through the so-called contract of activity – which arises in France – and consists of a framework contract with a moral person (association, public interest group, local states, state-owned enterprises, public or private training bodies) which coordinates his employment policies and needs and guarantees the worker during his dependent performance, but also in other instances of his career in times of alternation in the continuity of the subordinate benefit. It is the conception of a more complex system, which is not limited to dependent work, but to all manifestations of personal work, ensuring certain degrees of income and social protection for “all time”.

Key words: Scope of Labor Law - Self-Employed - Labor Law Coverage - Common Labor Law - Universal Social Protection

Summary: 1. Introduction. 2. Segmentation or pluralization of the labor protection system. 3. The situation of self-employed workers. 4. A provisional hypothesis; new expansion of the scope of coverage of Labor Law. 5. A minimum and common right to work. 6. A universal social protection and therefore unrelated to the occupational situation. 7. The universality of social protection as a unifying factor of the system. 8. A second unifying mechanism. 9. The resulting system.

1. Introducción

Las estimaciones anuales de la séptima edición del “*Observatorio de la OIT; la COVID 19 y el mundo del trabajo*”¹ ponen de manifiesto efectos adversos generalizados en los mercados del trabajo a lo largo de 2020, período durante el cual la cantidad de horas de trabajo a escala mundial se redujo en un 8,8% (con respecto al cuarto trimestre de 2019), lo que equivale a 255 millones de empleos a tiempo completo-. Esta pérdida es aproximadamente cuatro veces mayor que la que provocó la crisis financiera mundial de 2009. Dicha pérdida de horas de trabajo obedece a la reducción de horas de trabajo de personas ocupadas o a la disminución "sin precedentes" del nivel de ocupación, que afectó a 114 millones de personas. Expresa el informe que la disminución de la ocupación (81 millones de personas) constituyó, en el 71% de los casos, *una salida de la fuerza de trabajo, más que desempleo propiamente dicho*; es decir, se produjo una salida del mercado de trabajo por no poder trabajar, probablemente debido a las restricciones de la pandemia, o porque las personas afectadas dejaron de buscar trabajo (aclara el informe que el análisis del desempleo por sí solo subestima drásticamente el impacto de la COVID-19 en el mercado laboral).

En ese marco tan preocupante, ¿qué le sucede al sistema de protección laboral y social?; ¿qué rasgos habrá asumido cuando se supere la pandemia y se restablezca la actividad?

Hace algún tiempo² - antes aún del desencadenamiento de la pandemia – yo había señalado dos tendencias que veía ya en curso y que me parecían por entonces divergentes, hasta quizás contradictorias. En primer lugar, *una tendencia hacia la segmentación del sistema de protección del trabajo y consiguiente pluralización de los estatutos de protección*; simultáneamente, plantée que era posible reconocer *una tendencia hacia la universalización de la*

¹ Emitida el 25 de Enero de 2021, véase en https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_767045/lang-es/index.htm.

² En Goldin, Adrián, “Sur les droits du travail en Amérique latine. Évolution et perspectives” en “Le Travail au XXI Siècle” Livre du centenaire de l’Organisation internationale du travail sous la direction de Alain Supiot » Les Éditions de l’Atelier, Ivry-sur-Seine 2019, págs 236-239. 2019.

protección social. Revisada la cuestión, esta vez ya en pleno desarrollo del proceso pandémico, desestimé aquella hipotética contradicción³; me pareció, por el contrario que esa protección universal sería, precisamente, el mecanismo que podría dotar al sistema en su conjunto de la propiedad de involucrar en un régimen de algún modo *unificado* a todos los que prestan trabajo personal y necesitan protección.

Vuelvo ahora, en el marco del justiciero homenaje que la Revista Jurídica del Trabajo tributa al Profesor Oscar Ermida Uriarte al cumplirse 10 años de su fallecimiento⁴, a examinar esta misma cuestión. En ella creo identificar esta vez otros rasgos relevantes que estarían delineando este proceso de evolución del Derecho del Trabajo; procuraré dejarlos a la vista en las líneas que siguen.

2. Segmentación o pluralización del sistema de protección del trabajo

Erigido en torno de la idea dominante de la “dependencia laboral”, el régimen normativo de la protección del trabajo respondió en su tiempo a esa unidad conceptual que definía a los sujetos protegidos (en otras palabras, a su propio centro de imputación normativa) mediante una lógica correlativa de “*unicidad regulatoria*”. Por decirlo de otro modo, a una única categoría de sujetos protegidos - *los trabajadores dependientes* - debía corresponderle un único régimen de protección. Existían (y aún existen) algunos regímenes especiales que regulan a trabajadores de ciertos sectores profesionales particulares (sólo a título de ejemplo en el derecho argentino, entre varios otros, los de los trabajadores de la Construcción, los periodistas profesionales, los trabajadores del campo, los trabajadores al servicio de casas particulares, los encargados de edificios en propiedad horizontal, etc.). Pero su existencia no alteraba aquella condición *dominante* del trabajo dependiente, como principal y virtualmente única expresión laboral genérica y de alcances amplísimos.

³ En “Segmentación de la tutela laboral y Universalización de la protección social”, publicada en Derecho de las Relaciones Laborales (Madrid, Ed. Lefebvre) No. 6, Junio de 2020, página 844 - 850.

⁴ Y al que adhiero sin reservas, con el afecto, la admiración y el respeto de toda una vida de convivencia académica y fraterna amistad.

Vale la pena recordar que esa categoría histórica de la “*dependencia*” no fue sino la réplica o proyección conceptual y abstracta de un modo concreto de trabajar; aquel del *trabajador industrial de la primera revolución industrial* que fue, por cierto, el que dio lugar a la llamada *cuestión social* y a las consiguientes respuestas que el Derecho del Trabajo hubo gradualmente de proveer⁵. Categoría que supuso el reconocimiento de unas ciertas constantes consideradas definitorias de aquel modo de trabajar, que fueran elevadas a nivel de abstracción para configurar conceptualmente esa categoría y *que habría de actuar desde allí como “calificador inclusivo/excluyente” para decidir la inclusión de un vínculo en el ámbito de la tutela laboral.*

Ese modo de configuración de la categoría conllevaría la *estilización* de la idea de la *dependencia* que permitió la ulterior expansión del ámbito personal del Derecho del Trabajo a otros sectores (además del de los trabajadores industriales) tales como los trabajadores del campo, los de los servicios, los trabajadores a domicilio, los vendedores, los profesionales liberales en relación de dependencia, hasta los cuadros y directivos. Esa categoría de tal modo estilizada habría de servir para el cotejo caso por caso de los vínculos que se pretenden incluidos en el ámbito del Derecho del Trabajo, que se someten a examen para la formulación de juicios de identidad o semejanza (en relación a la categoría de la “*dependencia*”) y permiten – o excluyen – su inclusión en el sistema de protección.

Si bien fue tempranamente señalada la validez sólo *relativa* de aquella categoría⁶, ella resultó de gran utilidad: basada en un *tipo social dominante*, la mayoría de los vínculos se encontraban claramente dentro o fuera del mismo; es por ello que la presencia de la dependencia se reconocía en forma *simple, evidente y casi intuitiva*, haciendo en la mayor parte de los casos innecesaria la

⁵ En mi “Las Fronteras de la Dependencia” publicado en la revista Relaciones Laborales (Madrid) y en su versión en inglés en “Labour subordination and the subjective weakening of labour law”, contenido en *Boundaries and frontiers of labour law: goals and means in the regulation of work*, Ed. By Guy Davidov and Brian Langille, Oxford, Hart Publishing, 2006.

⁶ Conf. Gérard Lyon-Caen, “*Le droit du travail non salarié*” Ed. Sirey, París 1990 y Mario L. Deveali, en “*El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*” Ed. Astrea 1983 Tomo 1 pág. 179; en algún caso, hasta su potencial falsedad (Cfr. Paul Davies, “*El empleo y el autoempleo. El punto de vista del common law*”, en Actas del VII Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo, pág. 175 y sgtes).

compleja operación de su sumisión a la técnica del *haz de indicios*. En rigor, esta técnica sólo se usa para los denominados “casos grises”⁷ y no afecta la eficacia y eficiencia del sistema.

Hay que decir, no obstante, que la del *haz de indicios* es una técnica adecuada si se la usa de modo marginal, pero lo es menos cuanto más se requiera su utilización⁸; dicho de otro modo, si se la usa de forma recurrente tiende a perder su utilidad. Y lo que sucede actualmente es que la creciente necesidad de explorar *las fronteras de la dependencia* deja a la vista que esta idea ya no permite acceder a su objeto calificadorio de aquel modo simple y que, por lo tanto, transita problemas en el ejercicio del reconocimiento.

Junto a esos problemas de identificación– que hemos considerado manifestaciones de cierta “*penuria inclusiva de la dependencia*” - se generalizan los contratos de trabajo *atípicos* dando lugar a un proceso de *desestandarización contractual* y se profundizan de ese modo las dificultades para el reconocimiento de la naturaleza de los vínculos. Junto a las atipicidades *objetivas* – las que se corresponden con necesidades sustantivas de los procesos de trabajo, como por ejemplo su limitada duración - se generalizan otras atipicidades que no tienen esa justificación objetiva y causal: responden en cambio a demandas de flexibilidad, desregulación, apertura de los mercados. También las crisis, las necesidades – reales o hipotéticas - de la competencia, los requerimientos del “*abaratamiento de la laboralidad*”. Se constituye así el denominado *precariado*⁹, convocando a considerar sus efectos sociales¹⁰.

⁷ Son aquellos en los que conviven indicios de *dependencia* con otros de *autonomía*, convivencia que dificulta precisamente el encuadramiento “*simple, evidente y casi intuitivo*” de ciertos vínculos en, alternativamente, una u otra categoría.

⁸ Así lo sugerí en op. y loc. cit en nota 5.

⁹ Es la designación que le adjudicara Guy Standing en su obra “*El precariado. Una nueva clase social*”, Barcelona: Pasado y Presente, 2013.

¹⁰ Esas atipicidades son también atribuibles a las tendencias de “*huida del Derecho del Trabajo*” (trabajo “en negro”, fraude y simulación - remedo de atipicidades admitidas por la ley -, interposiciones y descentralización productiva, individualización (huida del Derecho Colectivo), el recurso – real o artificial – al *trabajo independiente*, la *desestandarización*. El propio Estado *deslaboriza* y *desalariza*. En la concepción de esta idea de la “huida del derecho del trabajo” véase M. Rodríguez Piñero, ‘La huida del derecho del Trabajo’ [1992] Relaciones Laborales (Madrid) 85. En “The Legal Construction of Personal Work Relations” (Mark Freedland and Nicola Kountouris OUP Oxford 2011), hacen referencia al “flight from labour law...lamented by several of our continental European colleagues...” mencionando en particular la noción italiana de “fuga dal diritto del lavoro”, en P. Ichino, “La fuga dal diritto del lavoro”, en Democrazia e diritto, 1990, 69 y F. Liso, “La fuga dal diritto del lavoro” en Industria e sindacato, 1992, N° 28, pág. 1 y sgts.

Por todo ello, ese concepto de *dependencia laboral* como calificador *inclusivo/excluyente* para identificar la pertenencia al centro de imputación del Derecho del trabajo parece en trance de perder su condición de unívoco criterio de acceso al sistema de protección

Se genera así un contexto que da lugar a lo que me parece constituye un *debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo*, tres de cuyas manifestaciones más significativas¹¹ son

1ª. la de la ya sugerida *penuria inclusiva* de la idea de *dependencia laboral*,

2ª. la de una *cierta contracción del ámbito personal del DT* (proceso contrario al de expansión antes descrito), resultante ahora de la dificultad para reconocer el vínculo de dependencia y

3ª. la del *desdibujamiento de las fronteras entre dependencia y autonomía* atribuible a los fenómenos mencionados y otros que se van agregando a medida en que se procesan cambios en las tecnologías y las formas de organizar el trabajo.

Esas son otras tantas manifestaciones de la tendencia obsolescente que exhibe en los últimos tiempos el concepto de la *subordinación jurídica* como factor de identificación de los sujetos protegidos por el Derecho del Trabajo. *Tendencia que tiende a poner al margen del sistema de protección laboral a un número creciente de trabajadores, antes dependientes y ahora autónomos aunque muy frecuentemente sujetos a férreas situaciones de sujeción económica.*

Es en ese marco que aparecen nuevas modalidades de reclutamiento del trabajo humano también distantes de aquella histórica *tipicidad*; y es notable que buena parte de ellas procuran para ello ampararse en esos vínculos que no definen con claridad el tipo de relación que media entre quien presta el servicio y quien lo recibe. Se vislumbra, de modo algo menos nítido, otro efecto

También "The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries" 1945-2004 Bob Hepple, Bruno Veneziani Hart Publishing, Oxford, 2009.

¹¹ Orientaciones y tendencias del Derecho del Trabajo que examiné en "Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo, Ensayo sobre un itinerario..." publicado en "Derecho de las Relaciones Laborales, Madrid, Ed. Lefevre Eds, Núm 10 Noviembre de 2017.

sobreviniente como sería el de la *segmentación y pluralización de los regímenes de protección laboral*, en cuyo marco el del tradicional *trabajador subordinado* que venimos de evocar – es el que en especial consagran la mayor parte de los ordenamientos laborales - *habrá de constituir sólo una categoría más entre algunas otros y ya no la única*¹² y *virtualmente excluyente*, pues v.gr., y por ahora, podrían sumarse otras – y sus respectivos estatutos normativos - como los de los *teletrabajadores*¹³ o, más ampliamente, trabajadores “a distancia”, los

¹² Me parece, en efecto, que el trabajo dependiente subsistirá como una especie (por un buen tiempo, incluso mayoritaria) de esa pluralidad de categorías y consecuentes estatutos de tutela. Seguiremos administrando por bastante tiempo todavía el régimen de protección del trabajo dependiente, núcleo hasta hoy casi excluyente del tradicional Derecho del Trabajo.

¹³ Una categoría ya instalada con ámbitos específicos y que, probablemente, tenga luego de la pandemia que le dio un nuevo protagonismo, una extensión mucho más amplia. El tema merece una más minuciosa consideración pero no es ese el objeto de estas líneas. Baste decir, por el momento, que múltiples ordenamientos han abierto renovados espacios para el teletrabajo y otras formas de trabajo a distancia que pueden ahora aparecer como una variante de emergencia. La discusión del tema ha abierto campos en contradicción; unos valoran la supresión de los traslados y los tiempos que estos insumen, el incremento y mayor calidad del tiempo familiar y la posibilidad de lograr un mejor balance entre el trabajo y la vida familiar (también, la reducción del riesgo de exposición y contagio), en tanto los escépticos replican que tal flexibilidad se torna en flaqueza, desde que hace posible el debilitamiento de la interacción social. *Asistidas mediante recursos financieros y no financieros, es probable que muchas empresas quieran continuar más adelante esa instancia de prestación de los trabajos*. Lo cierto es que se han incorporado arreglos y regulaciones para teletrabajo en Brasil, Chile, Colombia, República Dominicana (Resoluc 007/2020), El Salvador, Oman, Trinidad Tobago, entre otras naciones (ILO ACTRAV Analysis: Governments' Responses to COVID-19 (6 April 2020) accesible en https://www.ilo.org/actrav/info/pubs/WCMS_740916/lang--en/index.htm). En Francia, por ejemplo, el diseño ergonómico era indispensable para la instalación y organización del lugar de trabajo, así como el conocimiento de las reglas de operación por parte de los usuarios era indispensable para la instalación y organización de la estación de trabajo. En Irlanda, la adecuación del ambiente de trabajo fue supervisada por los Inspectores de la Autoridad de Seguridad y Salud que visitan los lugares de trabajo para verificar el cumplimiento de la Ley de 1989 y del Reglamento de aplicación general de 1993. De acuerdo con el artículo 8 del Acuerdo Marco Europeo sobre el *teletrabajo* firmado en 2002, el empleador es responsable por la protección de la salud y seguridad en el trabajo del teletrabajador y debe informar a éste de la política de la compañía en materia de salud y seguridad en el trabajo, en particular los requisitos sobre unidades de visualización. Este acuerdo también estipula el derecho del empleador a acceder al lugar de trabajo a distancia y el derecho del trabajador a solicitar visitas de inspección. El teletrabajador es, a su vez, responsable de aplicar correctamente estas políticas de seguridad. Es, claramente, el caso del teletrabajo definido en el Código de Trabajo de Rusia como desempeño de una función laboral determinada en el contrato de trabajo fuera de la ubicación del empleador, su subsidiaria, oficina de representación u otra unidad estructural independiente que se encuentra directa o indirectamente bajo el control del empleador, siempre que se utilicen las redes de información y telecomunicaciones comúnmente compartidas (incluida Internet) para el desempeño de esta función. Tanto estas últimas referencias al caso de Rusia como las anteriores (Francia, Irlanda, Unión Europea) están registradas en el **DISPATCH No. 7, "The Peculiarities of Telework in Post-Soviet Space: Russia, Kazakhstan, Belorussia, and Ukraine,"** by Elena Sychenko May 8, 2018 publicado en <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches>

*trabajadores reclutados por medio de plataformas informáticas*¹⁴, los de los “call centers”, los autónomos (¿sólo los económicamente dependientes?), y otros por venir.

Fácil es advertir que no se trata en estos casos de los antes evocados estatutos profesionales o sectoriales que rodean de modo complementario la categoría dominante del *trabajo dependiente* - que de todos modos en muchos casos integran - sino de *otra morfología estatutaria* cuyo centro de imputación se define por *tecnologías determinantes, formas de procesamiento de la información, modos de reclutamiento y de prestación*.

Si se reconoce y verifica un rumbo como ése, ello conllevaría una asignación de estatutos de protección diferenciados *que resquebrajaría aquella lógica histórica de la virtual “unicidad reglamentaria” que tuviera centro de imputación en una única y dominante categoría como lo ha sido hasta hace no mucho la del trabajo dependiente*. No es desdeñable, entonces, la hipótesis de que el ordenamiento laboral podría estar evolucionando en tal caso en el sentido de la *diversificación creciente de sus contenidos*, concibiendo normas y estatutos

¹⁴ Consideré el tema en “Los Trabajadores de Plataforma y su regulación en Argentina” Signatura: LC/TS.2020/44 74 p. Editorial: CEPAL junio 2020. Michael Rawling y Sarah Kaine, en “A new definition of “worker” could protect many from exploitation”, publicado en The Conversation, February 13, 2018 <https://theconversation.com/a-new-definition-of-worker-could-protect-many-from-exploitation-91083> sostienen que “...si queremos que los *gig workers* tengan condiciones de trabajo y de pago decentes, *puede ser el tiempo de crear una nueva categoría legal que cubra tanto a los contratantes como a los empleados*. De ese modo tendrían derecho a salarios mínimos y condiciones de trabajo aun cuando no fueren categorizables como empleados de las plataformas para las que se desempeñan. Más específicamente, nuevos tipos de auto-empleo, tales como *gig workers* o trabajadores de plataformas si así se los considera, junto a trabajadores en otros ámbitos precarios podrían tener derecho a salarios mínimos y condiciones adecuadas aunque no se les pudiera considerar como empleados de las plataformas para las que trabajan”. En este nuevo contexto estatutario, no deberá dejar de advertirse el rol singular que asume esta *economía de plataformas*, en sus dos variantes más fácilmente distinguibles. De un lado, el trabajo “*on line*” a través de plataformas que funcionan en un nivel global – *crowdworking* - en las que se ofrece un número infinito de trabajadores y clientes esparcidos en grandes distancias (sin límite geográfico alguno) y da lugar a prestaciones que no conllevan expectativa alguna de seguridad en el puesto de trabajo y con costos laborales también minimizados en razón de la ilimitada competencia. De otro, los trabajadores “a pedido” (*on demand*) *vía apps*, que llevan a cabo trabajos localmente basados y delimitados geográficamente para tareas tales como envío de comidas o mercaderías, transporte automotor de personas, trabajo doméstico, reparaciones en el hogar, etc. Difícil no advertir que el *trabajo a distancia* que tiende a generalizarse durante la pandemia no se distingue siempre nítidamente del *crowdworking* y el crítico momento del Covid-19 puede alimentar la idea de la aptitud (y el menor costo) de este último para reemplazar al primero, en tanto que el *trabajo “a pedido” vía apps* se revela apto para protagonizar o cuanto menos *coprotagonizar* buena parte de las tareas de distribución y logística, asistidas, por otra parte, por las formas también digitalizadas de venta de los productos.

distintos para categorías diferenciadas - una forma, como queda dicho, de *pluralización o segmentación tutelar* - adquiriendo por ello una conformación que probablemente haga necesaria la construcción ulterior de una nueva dogmática jurídica.

3. La situación de los trabajadores autónomos

Aquella tendencia de segmentación o pluralización tutelar deriva de la evocada "*penuria inclusiva*" del concepto de *dependencia laboral*, que ya lleva algo más de un par de décadas y que la OIT comenzó a estudiar en 1994, en un proceso de proposición de normativa internacional que culminó – insuficientemente en las expectativas inicialmente alentadas – en la recomendación 198 sobre la relación de trabajo¹⁵. Esa "*penuria...*" expresa, entre otros fenómenos concurrentes, la situación sin duda precaria de vastas cohortes de personas – entre ellos, los trabajadores de plataformas - que prestan servicios personales *en una real o pretendida condición de autonomía* que los pone al margen del sistema de protección laboral¹⁶.

Esos y otros trabajadores autónomos que prestan personalmente sus servicios escasa o nulamente dotados de recursos de capital y sin el auxilio de terceras personas son, como lo está poniendo en evidencia la pandemia del Covid-19, uno de los sectores más desprotegidos del sistema de la producción

¹⁵ Fenómeno que en los primeros años del milenio procuré ilustrar en mi en "Labour subordination and the subjective weakening of labour law" En *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Davidov and Langille, eds) Hart Publishing, Oxford 2006 citado antes en nota 5. Entre las contribuciones a la tarea que concluyera con la recomendación 198, evoco (por la importancia de sus contribuciones) la de Mark Freedland en relación al Reino Unido. También, pero en este caso sólo por ser antecedente de estas reflexiones, la que produjimos sobre Argentina juntamente con el sociólogo Silvio Feldman. Ambos estudios fueron considerados en el Informe V (El ámbito de la relación de trabajo) elaborado para la 91a Conferencia Internacional del Trabajo de 2003.

¹⁶ Conf. Contouris, Nicola, Valerio De Stefano, Keith Ewing and Mark Freedland (2020) en "Covid-19 Crisis makes clear a new concept of "worker" is overdue", Social Europe del 9 de abril de 2020 accesible en <https://www.socialeurope.eu/covid-19-crisis-makes-clear-a-new-concept-of-worker-is-overdue>. Desde la perspectiva de estos autores "esta nueva definición debe incluir no sólo empleados tradicionales sino también todos esos auto-empleados que no conforman "empresas" (no emplean personal y no dan cuenta de una cantidad sustancial de activos para realizar lo que es claramente personal). Es tiempo de que todos los derechos laborales y de seguridad social se apliquen a cada trabajador que provee trabajos o servicios de un modo predominantemente personal y no lo hacen operando realmente una empresa comercial por su propia cuenta".

y los servicios¹⁷. Mientras que para otras categorías los impedimentos de la salud (o los de la economía que de ellos derivan) implican licencias y salarios de enfermedad u otras formas de reemplazo salarial y acceso a sistemas de cobertura (entre otros derechos), los que ahora nos ocupan están sujetos al brutal dilema del “*work or lose your income*”¹⁸ (“trabaje o pierda su ingreso”) de modo análogo al que padecen los trabajadores informales. Lo que la pandemia ha dejado a la vista de modo exacerbado es la necesidad dominante de la protección laboral y social de los autónomos (*los self-employed*)¹⁹ por ser de *los más desprotegidos entre quienes prestan servicios personales*, junto a los informales, los ocasionales y los trabajadores de plataformas, tanto por no gozar de la protección de derechos y garantías del Derecho del Trabajo como por no acceder a los recursos de la protección social. Ha quedado en evidencia en este doloroso contexto y “al por mayor” lo que se veía con menor nitidez cuando se manifestaba “caso por caso”. Los estados y los gobiernos – no siempre sensibles ante estos requerimientos – han tenido que asumirlos en plenitud en el contexto de la pandemia, pues por su generalidad y por sus consecuencias extremas, no permiten refugiarse en la indiferencia.

Si esta cuestión se impone por su evidencia y era ya antes objeto de debate, son precisamente los hechos que hoy se enfrentan los que permiten adivinar la apertura de un “rumbo” en el sistema tutelar para incorporar un estatuto de protección de los autónomos, con la singularidad de que *aquella tendencia de segmentación tutelar habilita su ingreso al sistema de protección laboral*, ahora no menoscabados como “*trabajadores dependientes por adscripción*” – con menos derechos, en realidad - sino cada uno de ellos en la

¹⁷ Conf. Patrick Belser, ILO Senior Economist, Geneva, (ILO news) March 30, 2020 “COVID-19 cruelly highlights inequalities and threatens to deepen them”.

¹⁸ Así se lo caracteriza en op. cit en nota anterior.

¹⁹ La crisis actual afecta fuertemente a los *trabajadores por cuenta propia*. Ocupan un lugar separado en la gama de las situaciones de empleo. Es que el derecho del trabajo se desarrolló para afrontar la protección de los asalariados; no se aplicó a los trabajadores que no estaban subordinados. Sin embargo, gradualmente se hizo claro que había necesidad de extender al menos algunas garantías a los autónomos, y de hacerlo no solamente cuando el estatus oficial de independientes *podía ocultar una* genuina dependencia económica.

categoría que les corresponde por su propia condición²⁰. En esta lógica, aceptada que sea la necesidad de deferir protección, la impresión es que cada categoría ha de tener su propio estatuto, *sin necesidad de intentar asimilar lo que no necesariamente puede asimilarse*.

Resta, desde luego, discernir cómo será el estatuto de regulación de esos *trabajadores autónomos* que, como categoría diversa a la de los *trabajadores dependientes*, seguramente no tienen los mismos requerimientos de protección laboral. Si bien esa tarea de discernimiento no constituye el objeto de esta reflexión, se impone como evidencia adicional que bien distinto será el tratamiento de la relación de trabajo cuando se pueda reconocer en ella un dador de trabajo que detente un poder contractual superior al del prestador, respecto de esos otros casos en que tal desigualdad no se manifieste, o no se pueda constatar que sucede. En aquél supuesto no parece necesario pretender que existe allí un vínculo de dependencia sino, más ampliamente, un fenómeno de *desigualdad contractual* que deberá tener el tratamiento consiguiente²¹.

4. Una hipótesis provisoria; nueva expansión del ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo

Permítaseme a esta altura de mi reflexión, plantear la hipótesis de que si este – el de la segmentación y pluralización - fuera el rumbo del sistema de protección, se podría estar configurando una nueva etapa, incluso una nueva estructura del mismo.

²⁰ Para Freedland et al (ver op. cit en nota 16) se trata de los que están incluidos en la categoría de *personal work relation* que, según su propia construcción, incorpora a todos, con un problema: tratan a todos como miembros de la misma categoría. El fenómeno de la pluralización tiene la ventaja de que no necesita asimilar conceptualmente, sino sólo en la pertenencia a un sistema plural de tutela. Véase, en su más minucioso tratamiento, “The Legal Construction of Personal Work Relations” Mark Freedland and Nicola Kountouris, Oxford Monographs on Labour Law, OUP 2012.

²¹ Si bien no es esta la oportunidad elegida para precisar en esos contenidos, y para dar “una idea”, baste recordar que para estos casos, no se trata de asignar nuevos contenidos a la idea de “dependencia laboral”. En esta lógica de pluralidad estatutaria, será tal vez posible comprobar, en cambio, que la tradicional ecuación (*trabajo personal + dependencia jurídico-laboral*) habría sido reemplazada por otra que podría más bien ser representada mediante nuevos términos (*Trabajo personal + desigualdad contractual*), fórmula esta última cuyo tratamiento normativo deba probablemente reconocer otros contenidos. Pero, insisto, no es este el momento para emprender esa tarea.

Luego del recordado primer trayecto expansivo del sistema de protección, habilitado por la *estilización* y consecuente mayor capacidad abarcativa de la idea de *dependencia como calificador inclusivo- excluyente*, subsiguió– y se encuentra todavía en curso - un período de contracción del ámbito del Derecho del Trabajo atribuible al descrito proceso de *debilitamiento subjetivo del mismo* y a la *penuria inclusiva* del concepto de la *dependencia laboral*, a cuya presencia se encuentra condicionada desde siempre la apertura de la puerta de acceso al sistema de protección.

Pero ahora, aquel proceso de *resquebrajamiento de la unicidad reglamentaria* y consiguiente *segmentación y pluralización del régimen de protección del trabajo y agregación de nuevos estatutos*, podría estar albergando *una nueva tendencia expansiva* – un Derecho del Trabajo de mayor alcance - que si bien no prescindiría del concepto de *dependencia como calificador inclusivo*, sí estaría desembarazándose del mismo como calificador *excluyente* (hasta ahora, la ausencia de la dependencia excluía del sistema). La *dependencia laboral* configuraría una de las categorías y ya no la única ni necesariamente la determinante central de pertenencia al sistema de tutela.

En ese proceso expansivo del sistema de protección del trabajo humano, el *trabajo dependiente* - y la categoría que lo define - de ningún modo desaparece e incluso seguirá siendo por un tiempo impredecible, en tanto es el centro de imputación de uno de los estatutos, mayoritario y de algún modo (tal vez decreciente) el estatuto dominante. Seguirá siendo, como dijimos antes, un *calificador inclusivo*, pero ya no necesariamente *excluyente*. El sistema de protección, hasta ahora encorsetado en torno del concepto de dependencia laboral, no parece renunciar a él pero tampoco acepta quedar a él confinado. Otros estatutos pueden albergar la posibilidad de incluir el vínculo de dependencia, *pero también formarán parte del sistema de protección aún al margen de ese vínculo*.

En otras palabras: el derecho del trabajo parece reorganizarse para acoger a todos los que viven de su trabajo personal y en tal condición necesitan protección (están, como se suele decir, en la literatura comparada, “in need of protection”).

Para ello, extraer del concepto histórico de la *dependencia laboral* los rasgos definitorios de las nuevas categorías que necesitan protección puede ser un artificio, pues los vínculos que hoy se incorporan al sistema de protección no son necesariamente derivación de anteriores relaciones de dependencia. Aquel modelo dominante de vinculación – que se reconocía desde la perspectiva de la dependencia de modo “*simple, evidente y casi intuitivo*” –ya no necesariamente prevalece.

Una vez más: la dependencia subsistiría como calificador *inclusivo* (el que acredita sus rasgos se beneficia del sistema de tutela específico de los dependientes), pero no sería ya un calificador *excluyente*: quien no detenta la condición de dependencia no necesariamente tiene cerrado el acceso al ordenamiento tutelar.

5. Un derecho mínimo y común del trabajo

En cualquier caso, el Derecho del Trabajo en expansión parece inclinarse a incluir también un esquema básico y generalizado de tutela – una suerte de derecho mínimo y común del trabajo, que incluye la *Garantía Laboral Universal* postulada de modo harto sugerente en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo²², los *Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT* (libertad sindical, prohibición del trabajo infantil, prevención de la discriminación y del trabajo forzoso), y los demás componentes regulatorios propuestos como parte de aquella Garantía Laboral Universal (condiciones de trabajo básicas, salario vital adecuado, límites a las horas de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo)

Todo ello, junto a los derechos personalísimos o inespecíficos²³ de las personas en el trabajo, estos últimos producto de la jurisprudencia y también de

²² Sobre la Comisión, véase https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_569909/lang-es/index.htm. A su informe (“Trabajar para un futuro más prometedor”) puede accederse en https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_662442/lang-es/index.htm.

²³ Tal el modo en que les llama Manuel Carlos Palomeque (“Los derechos laborales en la Constitución Española”, Madrid, CEC, 1991) en terminología que “ha hecho carrera”. He estudiado el despliegue en Argentina de esos derechos personalísimos en « **Droits fondamentaux de la personne et relations du travail en Argentine**” fue publicado en Philippe

la legislación, definitivamente incorporados al plexo tutelar (*sólo a modo de ejemplo, y para ilustrar este concepto, derecho a la propia imagen, derechos a la intimidad y la privacidad, libertad de elección de la orientación sexual, libertad de expresión y opinión, libertad ideológica y religiosa, etc*).

6. Una protección social universal y por tanto desvinculada de la situación ocupacional

Mientras tanto, los ya evocados fenómenos de la *desestandarización contractual* y del *debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo*, incluyente del *desdibujamiento de las fronteras entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo*, sumado todo ello a la *reconocida opción preferente de los empleadores por el trabajo independiente*²⁴ y también a la introducción de tecnologías disruptivas, son factores altamente incidentes en la *dificultad creciente para el sostenimiento de los sistemas contributivos de protección social*. La base impositiva sufre erosión en tanto la fuerza del trabajo formal decrece, y los gastos por pensiones y servicios de cuidado – producto del envejecimiento de la población - se incrementan.

Sobreviene por ello mismo la necesidad de concebir, junto al tradicional sistema contributivo de la seguridad social de signo claramente profesional, *un componente del régimen de cobertura social desvinculado de la cada vez más elusiva condición ocupacional* – un sistema con tendencias efectivas y no sólo declamatorias de universalidad²⁵ – en la que los recursos contributivos del sistema tradicional, que convendrá preservar en todo lo que se pueda²⁶, tendrán que integrarse, y de modo decisivo, con recursos provenientes de fuentes que

Auvergnon, « Libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit » Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux , 2011.

²⁴ Una de las manifestaciones de la tendencia de “huida del Derecho del Trabajo”, evocada más arriba (ver, en especial, nota 10).

²⁵ La *universalidad* ha sido siempre enunciada como uno de los principios de la seguridad social. Tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Art. 22) como en los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo se establece este relevante compromiso para orientar las políticas de protección social.

²⁶ Pues ello permitirá preservar otras fuentes de financiación para el sistema, además de las que provienen del erario público.

no podrán ya depender - cuanto menos, no centralmente - de la *situación ocupacional de los beneficiarios*²⁷.

Sin embargo, del mismo modo en que la aparición de estatutos de trabajadores no necesariamente dependientes *no significa que ya “no cuente” la dependencia*, la tendencia a la desvinculación de los sistemas de seguridad social respecto de la situación ocupacional del beneficiario, *no significa la desaparición de los sistemas contributivos* que son, por el contrario, derivación de la situación ocupacional de aquél. Y los sistemas contributivos tienen un rol importante que cumplir²⁸.

7. La universalidad de la protección social como factor de unificación del sistema

Empieza por esta vía a develarse *de qué modo la descrita universalidad que se despliega en el sistema de protección social viene a dar la primera señal de unificación al régimen de protección que en lo sucesivo podría albergar también a los trabajadores autónomos*²⁹. *Por derecho propio, y no por mera asimilación “resignada” al trabajo dependiente.*

De ese modo, *segmentación tutelar y universalización de la protección social* no serían, contra lo que yo mismo había inicialmente creído ver, *unas*

²⁷ A esta perspectiva responde el encendido debate universal sobre el denominado Ingreso Básico Universal (en su variante inglés, el UBI) y también los Pisos de Protección Social propuestos por la OIT por medio de su recomendación 202. Algunas medidas adoptadas en estos últimos años en Argentina – bien que sin que se hubiera expresado su deliberada adscripción al modelo de los PPS - parecen responder a los requerimientos de esa recomendación 202. De ese modo, en Argentina la Asignación Universal por Hijos (AUH) destinada a cubrir a los niños de menos de 18 años o discapacitados que son hijos de personas desocupadas o incluso de aquellas que trabajan en condiciones de informalidad y cuyos ingresos son inferiores al salario mínimo vital (decreto 1602/09). En el mismo sentido, la asignación universal por embarazo (AUE) acordada a las futuras madres que están en las 12 semanas o más de gestación. En el caso de las personas de mayor edad, está hoy en vigor la prestación universal de vejez instituida por la ley 27260 de junio de 2016. El acceso a ese beneficio incluye la cobertura de Salud.

²⁸ Véase, en particular, nota 26.

²⁹ Y en este “juego”, el traslado a la protección social universal muestra no ser una tendencia divergente y es, por el contrario, uno de los modos de integración de la categoría de los *independientes* en el sistema de protección; aquí el UBI (y no las prestaciones resultantes de un sistema contributivo), han de ser de la máxima relevancia. Los gobiernos deberían usar el “*momentum*” creado por la pandemia para hacer rápidos progresos hacia sistemas de protección social colectivamente financiados, comprensivos y permanentes.

*tendencias divergentes*³⁰. Por el contrario, esa protección universal es, precisamente, *el primer mecanismo que puede dotar al sistema en su conjunto – incluyente de la protección laboral y la protección social universal – de la propiedad de involucrar a todos los que prestan trabajo personal y necesitan protección.*

8. Un segundo mecanismo unificador

El conjunto de tendencias que vengo de destacar implica que el vínculo laboral agrega a su innata discontinuidad y, en particular, a la creciente diversidad y discontinuidad de las carreras profesionales, otros fenómenos como el tránsito entre la dependencia, la autonomía, la semiautonomía, entre estatutos diversos, entre las más diversas – tradicionales y modernas – formas de atipicidad (entre las cuales, el *trabajo de plataformas*) el desempleo, la informalidad, junto con otras presentes desde siempre, como el cumplimiento de obligaciones familiares o cívicas, la formación profesional, etc.

En esa hipotética *nueva contextura segmentada y plural* del ordenamiento, entre las diversas manifestaciones y categorías del sistema de protección se replica y profundiza la necesidad de asegurar la unidad y continuidad de este último y, más precisamente, del acceso al mismo. El sistema de protección, en efecto, se diversifica y multiplica en los particulares regímenes a que da lugar su tendencia de segmentación y pluralización, y procura recuperar su unidad, mediante unos productos institucionales que vienen siendo explorados desde hace unas pocas décadas orientados a asegurar la continuidad de la asignación de la tutela respecto de cada uno de los sujetos incluidos y que examinaremos sólo superficialmente en las próximas líneas. También, por cierto, mediante las antes evocadas tendencias de universalidad del sistema de protección, de dónde estas últimas junto a esos mecanismos institucionales que evocaremos seguidamente, estarían contribuyendo a la configuración de la *unidad y continuidad* del sistema

³⁰ En op. cit. en nota 2.

De ese modo, junto con el desenfoco conceptual generado por la evocada “penuria de inclusión” de la idea de dependencia – que parece ahora profundizado por la tendencia hacia la *ruptura de la unicidad tutelar y la consiguiente segmentación y pluralización estatutaria del sistema de protección laboral* - se hace evidente un desenfoco adicional procedente del otro término de la ecuación de protección. Este último desenfoco se refiere a la pérdida de eficacia del régimen de protección en razón de la paradoja de la asimetría temporal entre las necesidades de amparo y el desempeño en el trabajo: *la continuidad de las necesidades de tutela padece el menoscabo de la creciente discontinuidad de desempeños y carreras*; se trata de saber, esta vez desde una visión diacrónica, *cómo se protege a cada uno todo el tiempo*. Debemos hacernos cargo ahora de la pérdida de efectividad del sistema de protección debido a la asincronía entre las necesidades de protección – *que constituyen un requerimiento constante* - y el desempeño laboral ahora más segmentado; me refiero a la continuidad de las necesidades de tutela, que obviamente no se corresponde con las crecientes segmentaciones y discontinuidades de los desempeños, las carreras y los estatutos de regulación.

De modo que si en el caso del *desdibujamiento de la dependencia laboral*, del *debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo*, de la *huida del derecho del trabajo* y de su *desestandarización contractual creciente*, se plantea el problema acerca de cómo, desde una perspectiva sincrónica, podemos lograr que el sistema ampare *al mismo tiempo* a todas las personas que lo necesitan, el nuevo modelo que parece configurarse deja a la vista un nuevo dilema: cómo se hace, desde una perspectiva *secuencial*, para que ese sistema proteja *a cada una de esas personas todo el tiempo* (junto a los requerimientos de *unidad e integralidad*, los de *continuidad* del sistema tutelar). Dicho en otros términos, el problema consiste ahora en asegurar la continuidad de la protección durante las brechas entre un empleo remunerado - diríamos ahora, *una ocupación remunerada* - y otras situaciones del sujeto. En otros términos, de cómo llenar los intersticios de carencia³¹.

³¹ Alain Supiot sostiene que los derechos de los hombres en el trabajo deberían alcanzar a todas las formas de actividad personal al servicio de otro, formas que podrían tener lugar en la vida de cualquiera de ellos. Ello incluye el trabajo benévolo que, en la opinión del autor, es fundamental

Es, sin dudas, en Francia donde se ha reflexionado de modo más persistente sobre esta cuestión. Ya hace más de dos décadas que en ese país, el denominado “Informe Boissonat”³² había establecido que situaciones como esas pueden ser tratadas con técnicas tradicionales de aseguramiento, una solución que no introduciría rupturas significativas con las formas corrientes de gestión. Sin embargo, debía tenerse en cuenta que una solución como esa sólo sería apta para dotar de respuesta a esas situaciones que se encuentren bajo la forma del contrato de trabajo clásico y, por lo tanto, excluiría otras que están al margen del mismo (por ejemplo, las del trabajo autónomo y sus propias discontinuidades o intersticios).

Por ello, en el contexto de un escenario de transformación radical del marco jurídico que se viene configurando y que la pandemia parece profundizar, se han propuesto soluciones tales como el ya evocado diseño de una nueva categoría jurídica – el *contrato de actividad* - que consiste³³ en un contrato marco con una persona moral (asociación, grupo de interés público, estados locales, empresas estatales, organismos de formación público o privados) que coordinan sus políticas de empleo y sus necesidades y garantizan al trabajador (cualquiera fuera su perfil contractual) durante su desempeño dependiente, pero también en otras instancias de su carrera como las que venimos de recordar, la continuidad de un mínimo remuneratorio y cierta protección social³⁴.

Se superaría de ese modo la limitación que deriva del encerramiento de la relación individual en un contrato entre asalariado y empleador jurídicamente definido como responsable de una sola empresa, para dar unidad y continuidad a un conjunto de fenómenos novedosos que se expresan, simultánea y

para la supervivencia de una cierta sociedad (Supiot ofrece como ejemplo el trabajo dentro de la familia para la reproducción de la fuerza de trabajo). En la medida en que el puesto de trabajo es útil para la sociedad, sería conveniente asignarle un conjunto de derechos sociales y un estatuto de protección (de su introducción a “Le Travail en perspective”, LGDJ, Paris, 1998, página 1.).

³² Ése es el modo en que se denomina habitualmente al informe de investigación “*Le travail dans vingt ans*”, rapport de la Commission présidée par Jean Boissonnat, La documentation française, Editions Odile Jacob 1995.

³³ Elijo a los efectos de esta mención una caracterización groseramente esquemática, aún a riesgo de incurrir en una simplificación desleal.

³⁴ Cfr. Gaudu, Francois en “*Travail et activité*”, Droit Social, Fev. 97 No. 2 págs. 119 y sgtes. Del mismo autor, y sobre el mismo tema, véase también “*Du statut de l’emploi au statut de l’actif*” en Droit Social No. 6 Junio 1995, pag. 535.

paradójicamente, en una pluralización estatutaria del sistema tutelar y una tendencia de universalización del sistema de protección social. Desde esa perspectiva, el *contrato de actividad* (o bien, el que con similar inspiración lleve alguna otra designación inclusiva) favorecería una movilidad que no sería sinónimo de precariedad, inseguridad o exclusión; el sistema, a su vez, se beneficiaría con las capacidades de adaptación requeridas, y las empresas con una flexibilidad y una reactividad que contribuirían a mejorar su competitividad. Con ese objeto, el *modelo* conciliaría flexibilidad productiva, evolución del trabajo y continuidad de las trayectorias personales³⁵.

Una aproximación ulterior, la del Informe Supiot,³⁶ agrega que la construcción del *contrato de actividad* materializa la idea de definir un estatuto profesional que integre las demandas de individualización y movilidad de las carreras profesionales requeridas por los empleadores y que el Derecho del Trabajo debe tener en cuenta para no interponer obstáculos insuperables al despliegue de los métodos modernos de organización del trabajo; en ese marco, concluye, se procura de todos modos garantizar la continuidad de la protección, pero no necesariamente sobre la base de la detentación de un empleo, sino sobre la continuidad de una condición profesional que trascienda la diversidad de las situaciones que atraviesa el trabajador a lo largo de su carrera (el así designado “*estado profesional de las personas*”).

Una reciente concreción normativa que se propone atender esas preocupaciones (aunque sólo en parte) es la que contiene la ley francesa 2016-1088 (conocida como ley El Kohmri”) publicada el 8 de agosto de 2017 relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la “*sécurisation des parcours professionnels*”³⁷ mediante “*les comptes personnels d’activité*”.

³⁵ Son condiciones reclamadas en el denominado Informe Boissonat (véase nota 32).

³⁶ Véase Alain Supiot « Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe », Flammarion, Paris, 1999, dit « le rapport Supiot ».

³⁷ Sigo para la breve referencia a esta norma que consignamos en el próximo párrafo al dispatch No. 4, France—“The new French labor law: Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels,” by Gwenola Bargain march 25, 2017, publicado en <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches>. Esta ley, en efecto, se propone garantizar la seguridad de las carreras mediante la creación de la cuenta personal de actividad (*compte personnel d’activité*) que reúne diversas cuentas personales accesibles en una plataforma online: se trata de la cuenta personal de formación, la cuenta personal de prevención de la penosidad y la nueva cuenta del compromiso cívico. La primera de ellas (que fuera creada en 2014) permite a los trabajadores acceder a derechos de

9. El sistema resultante

Estaríamos pues rumbo a un sistema más complejo que no se limita al trabajo dependiente sino a todas las manifestaciones del trabajo personal³⁸ *pero que se estructura en torno de una construcción de pluralidad estatutaria y por lo tanto, incluyente de diversos regímenes que, no obstante cuentan con al menos tres relevantes factores de unificación y continuidad.*

En primer lugar, la Garantía Laboral Universal propuesta – o más bien, *reconocida* – por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo que funcionara en el marco de la OIT, que procura consagrar una suerte de derecho mínimo y común del trabajo que hice parte de esta construcción líneas arriba³⁹.

Desde el cometido de *la protección social*, y desde una perspectiva sincrónica, *la que con sesgos de universalidad* y con el trabajo como identificador de referencia, alcanza a todas las categorías. Todas ellas – todos los estatutos – se vinculan a un sistema de protección social cuya *vocación de universalidad* unifica esa variedad de situaciones (por mucho que unas tengan acceso a variantes contributivas y otras no, o bien que tengan acceso a variantes contributivas diversas).

Pero parece posible reconocer otro elemento de unificación y principalmente de continuidad, que sirve de *“trait d’union”* entre cada categoría y su estatuto, para proveer – también en términos de protección social - la extensión de su tutela por *“todo el tiempo”* (esto es, en una dimensión diacrónica) a través de sistemas que, como los que evoca la vigente legislación francesa, sirven a este fenómeno de la segmentación tutelar como otro elemento unificador, esta vez *secuencial*.

entrenamiento que pueden usar a lo largo de sus carreras³⁷. La de prevención de la penosidad, permite a los trabajadores expuestos a duras condiciones de trabajo, acumular puntos como consecuencia de ello y convertir esos puntos en esquemas de entrenamiento vocacional, remuneración adicional en caso de desempeño *part-time* o para su retiro. La cuenta de compromiso cívico, finalmente, permite a quienes están involucrados en trabajo voluntario obtener por ello derechos de entrenamiento.

³⁸ Freedland et al en ops. cit. en notas 16 y 20.

³⁹ Para acceder al informe, véase nota 22.

Bibliografía

- DEVEALI, M. (1983). “*El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*”, Ed. Astrea, Tomo 1.
- FREEDLAND, M. y KOUNTOURIS, N. (2011). “The Legal Construction of Personal Work Relations”, OUP, Oxford.
- GAUDU, F. (1997). “Travail et activité”, *Droit Social*, Febrero, No. 2.
- GAUDU, F. (1995). “Du statut de l’emploi au statut de l’actif”, *Droit Social*, Junio, No. 6.
- GOLDIN, A. (2006). “Las Fronteras de la Dependencia” *Revista Relaciones Laborales*, Madrid.
- GOLDIN, A. (2006). “Labour subordination and the subjective weakening of labour law”, *Boundaries and frontiers of labour law: goals and means in the regulation of work* , Ed. By Guy Davidov and Brian Langille, Oxford, Hart Publishing.
- GOLDIN, A. (2011). “Droits fondamentaux de la personne et relations du travail en Argentine”, en Auvergnon, P., *Libertés individuelles et relations de travail: le possible, le permis et l’interdit* Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux.
- GOLDIN, A. (2017). “Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo, Ensayo sobre un itinerario...”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, Madrid, Ed. Lefevre Eds, Núm 10.
- GOLDIN, A. (2019). “Sur les droits du travail en Amérique latine. Évolution et perspectives”, *Le Travail au XXI Siècle. Livre du centenaire de l’Organisation internationale du travail sous la direction de Alain Supiot*, Les Éditions de l’Atelier, Ivry-sur-Seine.
- GOLDIN, A. (2020). “Segmentación de la tutela laboral y Universalización de la protección social”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, No. 6, Madrid, Ed. Lefebvre.
- GOLDIN, A. (2020). “Los Trabajadores de Plataforma y su regulación en Argentina”, Signatura: LC/TS.2020/44 74, CEPAL.

- HEPPLE, B. y VENEZIANI, B. (2009). "The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries", Hart Publishing, Oxford.
- ICHINO, P. (1990). "La fuga dal diritto del lavoro", *Democrazia e diritto*.
- LISO, F. (1992). "La fuga dal diritto del lavoro", *Industria e sindacato*, N° 28.
- LYON-CAEN, G. (1990). "*Le droit du travail non salarié*", Ed. Sirey, París.
- PALOMEQUE, M. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, CEC.
- RODRIGUEZ PIÑERO, M. (1992). "La huida del derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, Madrid.
- STANDING, G. (2013). "*El precariado. Una nueva clase social*", Barcelona: Pasado y Presente.
- SUPIOT, A. (1998). "Le Travail en perspective", LGDJ, Paris.
- SUPIOT, A. (1999). "Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe", Flammarion, Paris.

Recursos electrónicos

- BARGAIN, G. (2017). "The new French labor law: Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels," *Comparative Labor Law & Policy Journal*, DISPATCH No. 4, March 25. Disponible en <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches>.
- CONTOURIS, N., DE STEFANO, V., EWING, K. y FREEDLAND, M. (2020). "Covid-19 Crisis makes clear a new concept of 'worker' is overdue", *Social Europe*, 9 de abril. Disponible en <https://www.socialeurope.eu/covid-19-crisis-makes-clear-a-new-concept-of-worker-is-overdue>.
- ILO ACTRAV (2020). Analysis: Governments' Responses to COVID-19 (6 April 2020). Disponible en https://www.ilo.org/actrav/info/pubs/WCMS_740916/lang--en/index.htm.
- RAWLING, M. y KAINE, S. (2018). "A new definition of 'worker' could protect many from exploitation", *The Conversation*, February 13. Disponible en

<https://theconversation.com/a-new-definition-of-worker-could-protect-many-from-exploitation-91083>.

SYCHENKO, E. (2018). "The Peculiarities of Telework in Post-Soviet Space: Russia, Kazakhstan, Belorussia, and Ukraine", Comparative Labor Law & Policy Journal, DISPATCH No. 7, May 8. Disponible en <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches>.

DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DERECHO DEL TRABAJO

HUMAN DIGNITY AND LABOR LAW

Francisco TAPIA GUERRERO

Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

franciscotapiaguerrero@gmail.com

Fecha de envío: 23/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DERECHO DEL TRABAJO

Francisco TAPIA GUERRERO

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Resumen: Oscar Ermida en un trabajo acerca de la no discriminación, desarrolla en forma previa los conceptos de Dignidad, Igualdad, Libertad y Protección, como fundamentos del derecho del trabajo como disciplina jurídica, en tanto valores o principios constitutivos, construyendo lo que estimamos una teoría general del derecho del trabajo. Las relaciones de mutua vinculación entre estos valores o principios explican, además, su contenido tutelar, que se resume a juicio del autor de este artículo en la afirmación de que el trabajo no es una mercancía, conforme lo establece la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, en tanto expresión de la dignidad de la persona.

Palabras clave: Dignidad - Igualdad - Libertad - Protección - Derecho del Trabajo

Sumario: 1. Oscar Ermida, valores y principios del derecho del trabajo. 2. La concepción dinámica de los valores y principios del derecho del trabajo, en el pensamiento de Oscar Ermida. 3. La dignidad, valor y principio en las constituciones. 4. La dignidad y los valores en el derecho del trabajo. 5. La dignidad y el principio de protección. 6. El trabajo no es una mercancía.

Abstract: Oscar Ermida, in a work on non-discrimination, develops previously the concepts of Dignity, Equality, Freedom and Protection, as foundations of labor law as a legal discipline, as constitutive values or principles, building what we consider to be a general theory of labor law. The relationships of mutual linkage between these values or principles also explain their tutelary content, which is summarized in the opinion of the author of this article in the statement

that work is not a commodity, as established in the Constitution of the International Labor Organization, as an expression of the dignity of the person.

Key words: Dignity - Equality - Freedom - Protection - Labor Law

Summary: 1. Oscar Ermida, values and principles of labor law. 2. The dynamic conception of the values and principles of labor law, in the thought of Oscar Ermida. 3. The dignity, value and principle in the constitutions. 4. Dignity and values in labor law. 5. Dignity and the principle of protection. 6. Labor is not a commodity.

En homenaje a Oscar Ermida, querido amigo que ha partido hace ya diez años, pero cuyo legado intelectual y personal permanece. Incansable demócrata y gran jurista, Oscar lideró una generación de académicos en la búsqueda de la justicia social con gran solidez intelectual, promovió la reflexión académica, y sus escritos se mantienen indelebiles en la doctrina *iuslaboralista* contemporánea. Un cariñoso recuerdo a su familia, Maritza y sus hijos Martín, Paula y Ana Laura.

1. Oscar Ermida, valores y principios del derecho del trabajo

A propósito del examen que hace de la no discriminación, Oscar Ermida explica que necesariamente ha debido analizar previamente la dogmática general del derecho del trabajo, especialmente en cuanto a los valores y principios en los que se sostiene, igualdad, protección, dignidad y libertad¹.

En breves páginas, estimamos que formula una teoría general del derecho del trabajo que llega a su esencia como disciplina jurídica, con una visión renovada a la vez que crítica, que revela su contenido autónomo, pero a la vez, integrado en el sistema de derechos.

Hace la diferencia entre el derecho del trabajo en tanto derecho social, del derecho privado clásico a partir del cual se construye una igualdad formal que pugna con el contenido de realidad en el que se sitúan las relaciones del trabajo, configurado por el desbalance entre las partes del contrato.

Sostiene entonces que la igualdad es el valor inicial del derecho del trabajo y la protección el instrumento de igualación², a la vez que su fundamento último.

¹ Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación. En, Primera aproximación al pensamiento *iuslaboralista* de OEU. (en homenaje al Prof. DR. Oscar Ermida Uriarte). Martín Ermida Fernández. Septiembre 2014. También publicado en la Rev. Derecho Laboral, Tomo LIV núm. 241, Montevideo; y también bajo el título "Meditación sobre el derecho del trabajo" en Cuadernillos de la Fundación Electra, núm. 1, Montevideo, 2011.

² Siguiendo la expresión de Jorge Rosenbaum Rimolo ("Los problemas actuales de la justicia del trabajo en América Latina", en revista Derecho Laboral t. XXXVI Nro. 169, Montevideo 1993, pág. 120).

Plantea también que el principio de protección no se justificaría si no existiesen las desigualdades y que los demás principios del derecho del trabajo que menciona – primado de la realidad, irrenunciabilidad y continuidad - pueden reconducirse bajo el de protección.

Refiere a la libertad como uno de los valores o *metaprincipios* del sistema de derechos humanos, aunque precisa que su contenido esencial es objeto de amplio debate, dada la extensión que es posible reconocer del significado que se le atribuye, vinculándola al derecho del trabajo en la perspectiva de que éste regula esencialmente una relación de poder, por lo que cumple una función de garantía de la libertad del trabajador.

Tratándose de la dignidad, también la considera como un valor o *metaprincipio* cuyo concepto entiende, siguiendo un fallo de la magistratura constitucional española, como el respeto debido a todo ser humano y su derecho a vida digna que incluye condiciones mínimas que deben asegurarse y en lo laboral, un trabajo decente, por lo que es objeto de la tutela del derecho del trabajo.

2. La concepción dinámica de los valores y principios del derecho del trabajo, en el pensamiento de Oscar Ermida

Interesa destacar la concepción dinámica que Ermida expresa de los valores y principios del derecho del trabajo, en tanto se vinculan y condicionan unos y otros.

Es así como ya se ha señalado, plantea la relación entre la igualdad y la protección, a la vez que entiende que sin igualdad no hay dignidad, en tanto agrega que la libertad (del trabajador) se entrelaza estrechamente con la dignidad y la igualdad, del modo que afirma el derecho del trabajo a través de la protección, su pertenencia al sistema de derechos humanos.

A propósito de la fundamentación del derecho del trabajo que Ermida plantea en el referido trabajo³, aparecen algunas otras cuestiones que llevan a reflexionar desde el punto de partida que expresa: la existencia de una disciplina

³ Limitamos el análisis de esta temática sólo al documento ya referido.

jurídica con valores y principios enraizados en la realidad, que dan cuenta de una necesaria reacción normativa que carecería de justificación si no los tuviera.

En otras palabras, si el derecho del trabajo existe, es porque se da en un contexto en el que quienes forman parte del mismo requieren de la protección, la que se funda precisamente en esos valores y principios. Desprendemos de esas afirmaciones que un derecho del trabajo sin tutela, carecería de un contenido esencial.

A propósito de la igualdad plantea Ermida que, discutiéndose su exclusividad en cuanto al derecho del trabajo, en todo caso se constituye en valor inicial que le da fundamento, así como al resto de los principios, aunque no la limita, desde que también le considera como un objetivo o meta y no solo como un supuesto o punto de partida.

Tratándose de la protección, le sitúa como el principio básico o central del derecho del trabajo, que se deduce del principio de igualación y del que pueden reconducirse todos los demás principios a que se ha referido.

En el caso de la libertad, la entiende como uno de los valores o *metaprincipios* del sistema de derechos humanos, que la extiende a una concepción positiva de reconocimiento de una esfera de poder, no limitada a la clásica de carácter defensiva en cuanto ausencia de coerción, propia de la visión liberal.

Respecto a la dignidad, la sitúa como una compañera de la igualdad, como un valor o *metaprincipio* de los derechos humanos, que se ubica en el tronco mismo del sistema de derechos humanos, un valor muy próximo a la igualdad, desde que no hay dignidad sin igualdad.

De este modo, entendemos que en la teoría general del derecho del trabajo que plantea Ermida coloca la igualdad como valor inicial y fundamento de los principios del derecho del trabajo; la dignidad y la libertad se constituyen en los fundamentos de la protección desde el sistema de los derechos humanos como valores o metaprincipios, y la tutela como el principio más propio del derecho del trabajo, en el que se pueden reconducir los restantes principios que indica.

3. La dignidad, valor y principio en las Constituciones

La cuestión ha sido planteada de diversas formas en la experiencia comparada.

Barak observa que la dignidad puede considerarse como un valor social, un valor constitucional y un derecho constitucional⁴. Advierte que su conceptualización constitucional es de menor extensión que aquella social, desde que aquella comprende los derechos que - expresa o implícitamente - recogen los textos constitucionales. Señala también que puede darse el caso que la constitución reconozcan la dignidad y sin embargo no se la incluya en el catálogo de derechos fundamentales, como es el caso de la Constitución española de 1978, mientras que en otras, es más amplia la dignidad en tanto valor constitucional, lo que se explica en la estructura de la Constitución, como ocurre con la alemana⁵.

Alexy se plantea desde una visión crítica a propósito de algunos fallos del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en cuanto si la dignidad constituye un valor absoluto o relativo en la Constitución alemana, afirmando que, a su juicio, ésta última concepción es la correcta, sin desconocer que tiene la Carta Fundamental ciertas características que la mueven en dirección a un carácter absoluto, sosteniéndose, además, en la teoría de los principios⁶.

En las constituciones de la América del Sur⁷ se consagra la dignidad como un valor, como un principio, o como un derecho.

En el caso de la Constitución de Bolivia, la reconoce como principio y como principio, en tanto la de Brasil la reconoce como principio, a propósito de los derechos de familia. En algunas constituciones como la actualmente vigente en Chile y la de Paraguay, se la reconoce como un valor.

⁴ BARAK, Aron. *Human dignity*. Cambridge University Press. 2015. Página. 12.

⁵ Ob. Cit. Páginas 13 y 14.

⁶ ALEXY, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra Editores. Lima, 2019. Página 284.

⁷ En esta materia, un mayor desarrollo en el documento de trabajo sobre consideraciones para una Constitución laboral, elaborado por el autor de este artículo para la Oficina en Chile de la Organización Internacional del Trabajo, próximo a publicarse al tiempo de envío del mismo.

También se la reconoce como un valor que constituye el fundamento y fin del Estado. En el primero de esos casos, las constituciones de Brasil y de Colombia; en el segundo, las constituciones de Perú y de Venezuela.

También se la reconoce como justificación de los derechos fundamentales, como ocurre en las constituciones de Ecuador y también en la de Perú.

Incluso, en algunas constituciones, el reconocimiento es relativo a determinados colectivos, como es el caso de las ya citadas constituciones de Bolivia, Perú y Venezuela.

Destaca la Constitución de Colombia, en cuanto se refiere a la dignidad como un límite y por lo mismo en un valor, cuando se trata de las relaciones del trabajo, tanto aplicable a la ley como a las partes de ella, en tanto la Constitución de Perú tiene similar consideración.

Las constataciones precedentes dan cuenta de la diversidad de situaciones que se pueden plantear a propósito de la dignidad en las constituciones.

Barak sostiene que la dignidad como un valor constitucional es el factor que unifica los derechos humanos como un todo, lo que se expresa en cuanto sirve de base al catálogo de derechos fundamentales (expresamente reconocidos y aquellos implícitos), constituye un principio de interpretación que contribuye a la determinación del alcance de los derechos fundamentales incluido el derecho de la dignidad de la persona, y tiene una importante función al momento de determinar la proporcionalidad de una norma que limita el contenido de un derecho fundamental⁸.

4. La dignidad y los valores en el derecho del trabajo

Siendo la dignidad un valor que preside el ordenamiento constitucional, le es también aplicable entonces a la persona (del trabajador), en su dimensión laboral, aunque obviamente, no queda limitada sólo a ella, pues, también quien ejerce el poder de dirección está revestido de dignidad, en virtud de su

⁸ BARAK, ob. cit. Páginas 103 y 104.

universalidad. De este modo, la dignidad como valor constitucional preside las relaciones entre las personas, en un primer nivel, sin exclusiones, pues constituye fundamento de los derechos fundamentales, desde que engloba de forma universal su aplicación, pues se dirigen a la persona misma⁹.

Entonces, ¿cómo explicar el reconocimiento privilegiado de la dignidad del trabajador en las relaciones del trabajo?

Pareciera ser que una respuesta posible surge de la interdependencia que anuncia Ermida acerca de los demás valores y principios.

Entendida la relación laboral como una de desiguales, en que precisamente una de sus manifestaciones es el ejercicio del poder que una de las partes tiene sobre la otra, es que la legislación retoma la debida consideración a la persona, desde que le impone a quien lo detenta, una obligación de carácter extrapatrimonial, especialísima desde que se trata de una relación jurídica en que su objeto y causa radica en la persona misma, la que se obliga a prestar el trabajo contratado.

Sin embargo, sería posible sostener que ello también se produce cuando se trata de otras relaciones de desigualdad o incluso cuando se está en presencia de relaciones interpersonales sin que medie vínculo jurídico alguno, en que también aparece la debida consideración a la dignidad de la persona.

La diferencia probablemente radique en la complejidad de la relación de trabajo, que traslada desde su núcleo central (dado por los intereses que se expresan en los derechos de las partes) a la ejecución misma del contrato, esto es, la verificación misma de lo pactado con el involucramiento mismo de la persona, en un contrato que se cumple en ejecución sucesiva. Es la relación jurídica misma la que hace inescindible el objeto del contrato de quien lo presta.

Ello pareciera también aplicable a la libertad.

Cuando se trata de la cesión de espacios de libertad que el trabajo por cuenta ajena compromete y que se expresa en diversas manifestaciones, ajustadas a la forma de cumplimiento de las obligaciones, una de las cuales es

⁹ Siguiendo a Ferrajoli a propósito de la crítica que hace a la concepción de los derechos fundamentales basada en los derechos de ciudadanía con omisión de los derechos de la personalidad. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Editorial Trotta. Madrid, 2006. Página 97 y siguientes.

la actividad que debe desarrollar el trabajador, y que, por lo mismo, comprende su propia persona, es que la misma no debe comprometer la dignidad del trabajador, entendida también en el ejercicio de la voluntad, por lo que también se traslada el núcleo duro del contrato a las condiciones en las que debe ejecutarse.

Ermida señala que, limitando la libertad del empleador, el derecho del trabajo garantiza un espacio de libertad del trabajador.

Todo ello lleva a la protección, en tanto principio fundamental del derecho del trabajo.

5. La dignidad y el principio de protección

No debe omitirse un antecedente relevante de referencia habitual entre los laboristas: la declaración contenida en el preámbulo de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo¹⁰, el que se produce en paralelo a manifestaciones ya consolidadas de ruptura de la coalición obrera frente a legislaciones sostenidas en la autonomía de la voluntad como principio esencial del derecho de los contratos, como también de los procesos iniciales de reconocimiento constitucional de los derechos sociales, todo ello en las primeras décadas del siglo pasado.

Dicha declaración contiene una definición central, en tanto la paz universal y permanente¹¹ sólo puede basarse en la justicia social. La paz universal referida a la especie humana, en consecuencia, a la convivencia social de las personas, que se ve amenazada por la injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos, agrega.

Asume plenamente el preámbulo de esta Declaración la dignidad de la persona como valor fundamental y la reivindica, concluyendo en la necesidad de adoptar regímenes de trabajo realmente humanos, con lo cual ratifica la centralidad del hombre y la necesidad de atender a su naturaleza social, con

¹⁰ Complementada después por la Declaración de Filadelfia de 1944.

¹¹ Objeto del tratado de paz en el que se inserta.

pleno respeto de los derechos y principios cuyo reconocimiento exige en modo ejemplar, relativos a las condiciones de empleo.

Décadas después vendrían los pactos de derechos humanos referidos a los derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales¹².

De este modo, el reconocimiento de la dignidad de las personas conforme a la declaración de 1919 se coloca en la vanguardia de lo que constituiría en la época contemporánea, el sistema de derechos humanos, en el que su contenido esencial - en lo que se refiere al derecho del trabajo en tanto disciplina jurídica que lo expresa - estará dado por la protección normativa heterónoma, aunque no limitada a ella¹³.

Claramente la desigualdad afecta a la dignidad.

Ermida agrega que la igualdad forma parte de la dignidad, de su contenido esencial, probablemente queriendo enfatizar una afirmación previa de que la dignidad es un valor muy próximo y condición de la dignidad. En ese marco, un matiz posible a esta última afirmación es que, si bien la desigualdad contribuye al desconocimiento de la dignidad de la persona, ésta es anterior a las condiciones en las que la persona se desenvuelve en la relación de trabajo como en toda otra actividad propia de la convivencia social, puesto que ella emana de la sola circunstancia de ser, cuestión que precede a sus relaciones sociales.

Dignidad y desigualdad constituyen fundamento de los derechos humanos de acuerdo al preámbulo de la Declaración Universal de los derechos del hombre: siendo la dignidad intrínseca y la igualdad de derechos, inalienables de la familia humana, su desconocimiento y menosprecio golpea la conciencia de la humanidad, constituyéndose como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

¹² Es coincidente el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre con la citada constitución de la OIT, al comenzar haciendo referencia a la libertad, la justicia y la paz en el mundo, que tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

¹³ Es el caso de la autonomía colectiva que, si bien reconoce fundamento en ciertos derechos englobados en el principio de libertad sindical, se constituye en fuente en sí, para la obtención de condiciones dignas de vida y trabajo. La propia Declaración hace expresa referencia a la libertad sindical.

En perspectiva de los derechos laborales, las desigualdades afectan la dignidad de las personas y sus intereses, en el marco de una relación de intercambio, cuando se trata de la parte más débil.

De ahí que entendamos que es posible advertir ciertas líneas en el marco del principio protector, unas dadas a los intereses que protege, otras en consideración a la persona, aunque las fronteras son de algún modo permeables en unas y otras, en razón de la misma definición de dignidad¹⁴. Ellas se expresarán en líneas que reconocen acentos diferentes, pero vinculados al objeto de la protección.

La presencia de los valores sitúa al derecho del trabajo en el marco del sistema de derechos humanos y no le limitan a los derechos con expresión patrimonial, a la vez que se entrelazan con otros derechos fundamentales no laborales radicados en el lugar de trabajo¹⁵.

A la vez, el contenido protector de los intereses comprometidos y los derechos a que da lugar, se sitúan en una perspectiva más bien de limitación del derecho común, imponiendo una definición de política de derecho en cuanto el bien común, expresado en las normas de orden público que desplazan en el contenido coercitivo del derecho, a la autonomía de la voluntad.

Todo ello - a nuestro juicio - en espacios delimitados por fronteras permeables, pues es evidente que las condiciones dignas de empleo, constituyen objeto de protección a través de los derechos de contenido o significado patrimonial, a la vez que éstos últimos, constituyen un presupuesto de las condiciones de empleo acordes a la dignidad de la persona.

6. El trabajo no es una mercancía

Es posible sostener entonces, que, siendo el trabajo inseparable del hombre, inescindible por tanto la actividad que se presta de quien la realiza, la

¹⁴ Como ocurre, por ejemplo, con el salario mínimo, representa tutela normativa relativa a las condiciones de empleo que aseguren un mínimo, pero también las mismas dicen relación con la dignidad de la persona.,

¹⁵ En esta materia, la obra clásica y fundamental de Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

relación de trabajo jurídicamente reconocida no puede prescindir de la afirmación básica incorporada a la Constitución de la Organización del Trabajo, en cuanto el trabajo no es una mercancía, pues, no resulta posible desconocer la circunstancia de que el trabajo, por tratarse de la actividad del hombre, queda revestido de dignidad.

La dignidad en tanto valor o principio, constituye el fundamento de los derechos fundamentales, propiamente laborales como de aquellos otros explícitos o implícitos contenidos en los instrumentos de derechos humanos y en los textos constitucionales, que, aplicados a la relación de trabajo, constituyen expresión del reconocimiento a la persona y su dignidad, objeto además de la protección en cuanto principio esencial del derecho del trabajo.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra Editores, Lima.
- BARAK, A. (2015). *Human dignity*, Cambridge University Press.
- ERMIDA URIARTE, O. (2014). “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, *Primera aproximación al pensamiento iuslaboralista de OEU* (en homenaje al Prof. Dr. Oscar Ermida Uriarte), Recopilación de Martín Ermida Fernández, Montevideo.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Derechos y garantías*, Editorial Trotta, Madrid.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ROSENBAUM RIMOLO, J. (1993). “Los problemas actuales de la justicia del trabajo en América Latina”, *rev. Derecho Laboral*, t. XXXVI, N° 169, Montevideo.

**LA LEY DEL RÍO: APORTACIONES DE LOS GRANDES RÍOS
DE EUROPA Y AMÉRICA AL DERECHO DEL TRABAJO**

**THE LAW OF THE RIVER: CONTRIBUTIONS OF THE GREAT
RIVERS OF EUROPE AND AMERICA TO LABOR LAW**

Antonio OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Sevilla, España.

Doctor honoris causa por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.

ojedaviles@me.com

Fecha de envío: 24/02/2021

Fecha de aceptación: 01/03/2021

LA LEY DEL RÍO: APORTACIONES DE LOS GRANDES RÍOS DE EUROPA Y AMÉRICA AL DERECHO DEL TRABAJO

Antonio OJEDA AVILÉS
Universidad de Sevilla (España)

Resumen: El trabajo articula la idea de que hay ríos que se identifican con la historia de un país y que, por su importancia, la trascienden. Desde la óptica del derecho del trabajo, representan lo negativo de la explotación de los nativos, pero también lo positivo en cuanto al mejoramiento de las condiciones de trabajo debido a la acción de las organizaciones sindicales y la fuerza de sus reivindicaciones. Se discurre sobre sobre varios ejemplos de lo primero, para luego historiar realidades sobre experiencias de sindicalización, mediación y arbitraje, regulación de la salud y seguridad del trabajo marítimo y la negociación colectiva. Y si bien los trabajadores involucrados en esas actividades han podido organizarse para luchar contra la precariedad de sus empleos, hoy día enfrente los desafíos de la automatización y aplicación de tecnologías, tanto en los puertos de mar como en los grandes ríos.

Palabras clave: Trabajo marítimo - Derechos humanos - Sindicación - Negociación colectiva - Mediación - Arbitraje

Sumario: 1. ¿Doble faz de los grandes ríos, o refuerzo integrado del Derecho del Trabajo? 2. Derechos humanos antes del Derecho del Trabajo. 2.1. Pescadores del río de las Perlas y alrededores. 2.2. Explotación de los bogas del río Magdalena: la Visita y Ordenanza de 1560. 2.3. Sindicación. 3. Mediación y arbitraje. 4. Salud y seguridad en el trabajo marítimo. 5. Negociación colectiva.

Abstract: The work articulates the idea that there are rivers that identify with the history of a country and that, because of its importance, transcend it. From the point of view of labour law, they represent the negative of the exploitation of the

natives, but also the positive in terms of improving working conditions due to the action of trade union organizations and the strength of their claims. Several examples of the former are discussed, and then realities of experiences of unionization, mediation and arbitration, regulation of the health and safety of maritime labour and collective bargaining are discussed. And while the workers involved in these activities have been able to organize the the precariousness of their jobs, today they face the challenges of automation and application of technologies, both in seaports and in large rivers.

Key words: Maritime labor - Human rights - Unionization - Collective bargaining - Mediation - Arbitration

Summary: 1. Double face of the great rivers, or integrated reinforcement of Labor Law? 2. Human rights before Labor Law. 2.1. Fishermen from the Pearl River and surroundings. 2.2. Exploitation of the Magdalena River bogas: the Visit and Ordinance of 1560. 2.3. Syndication. 3. Mediation and arbitration. 4. Health and safety in maritime work. 5. Collective bargaining.

1. ¿Doble faz de los grandes ríos, o refuerzo integrado del Derecho del Trabajo?

Hay ríos que trascienden su función primaria y decantan la historia de un país, e incluso lo llegan a personificar en las leyendas, la literatura y la música. El Volga en la literatura rusa, desde Gorki, Ostrobsky o Nekrasov, o el Magdalena con García Márquez o Vargas Llosa, pasando por el Mississippi con Mark Twain, o el Danubio con Claudio Magris, han plasmado para la memoria colectiva de todo el mundo el paisaje humano y geográfico del país al que representan. En algún caso forman parte inescindible de la mitología del propio pueblo, o incluso de varios, como ocurre con el Rhin para los alemanes y noruegos. Esos ríos son, pues, patrimonio de la Humanidad, y a su través conocemos a las gentes que los habitan y donde trabajan, sus hazañas y fechorías, y el modo de relacionarse con el resto del país.

Pero en el Derecho del Trabajo de los países por donde discurren parecen significar algo contradictorio. Pues si por un lado encontramos en ellos lo peor de las relaciones laborales, comenzando por la explotación de los nativos, por el otro han avanzado en la mejora de las condiciones de trabajo para todos los trabajadores con el apoyo de sus organizaciones sindicales y la fuerza de sus reivindicaciones. Tenemos la sensación de hablar del mito, surgido en las orillas del Mississippi, del caballo caimán (alligator horse), un monstruo que podría representar los peligros de ese río, si no fuera porque el mito iba referido a los hombres de él, a los marineros que exponían sus vidas en los bateles y almadías antes del advenimiento de los barcos de vapor, legendarios por su enorme valor y su fuerza con las pértigas, pero también por su comportamiento bronco en los establecimientos licenciosos de las riberas¹. Esos hombres parecían centauros

* Este artículo forma parte de las actividades del proyecto de investigación “Desarrollo tecnológico, cambio socio-laboral y trabajo sostenible” (“Technological development, social change and sustainable work”), SOSTECLAB, con referencia PGC2018-095263-B-I00, financiado en España por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación, y con ayuda comunitaria del Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

¹ Los describe Mark Twain en su libro *Life on the Mississippi*, James Osgood, Boston 1883, p. 41: “El primer comercio del río fue en grandes barcazas: bateles, lanchones. Flotaban y navegaban desde los ríos superiores hasta Nueva Orleans, cambiaban de carga allí e iban tediosamente de vuelta girados e impulsados con pértigas a mano. Un viaje de ida y vuelta a veces ocupaba nueve meses. Con el tiempo, este comercio aumentó hasta dar empleo a hordas

con cabeza de caimán hundiendo sus pértigas en el río para impulsar o dirigir la gabarra, saltando por encima de la mercancía, absortos en su trabajo. Y el caso es que esa descripción, casi brutal, omitía la indefectible tendencia a agruparse, a unirse, de los hombres del río, y a hermanarse con la gente de las riberas. No todos, desde luego, pues no hay un río que se parezca a otro, al menos aparentemente; y esa interacción con el entorno y el país solo tendrá impacto perdurable cuando hablemos de un gran río.

En estas líneas bucaremos en la capacidad de los marineros de los grandes ríos para coadyuvar en la formación del Derecho del Trabajo de su país partiendo de algunos conflictos significativos cuya solución, cuando la hubo, condujo a soluciones que repercutieron en la ordenación laboral del país a través de acuerdos, laudos, sentencias o normas.

Acotemos la investigación. Aun cuando no cabe desdeñar la posible importancia de ríos de menor tamaño, aquí nos vamos a circunscribir a los grandes ríos, de constancia permanente en la historia del país, y por razones de espacio, a solo los ríos más significativos de América y de Europa, en los cuales bucaremos sus aspectos más relevantes para el Derecho del Trabajo tratando de escudriñar un hilo conductor, un significado común para el laboralismo.

Buscar por el tamaño nos conduce a un panorama de vías fluviales con diversa funcionalidad, probablemente por su posición geográfica y por los acontecimientos que hayan ocurrido junto a sus riberas. El río Magdalena, como el Mississippi y el San Lorenzo, por ejemplo, han cumplido una función de vías

de hombres rudos y resistentes; rudos, sin educación, valientes, sufriendo terribles dificultades con estoicismo marino; bebedores empedernidos, bromistas groseros en pocilgas morales como el Natchez-bajo-la-colina de ese día, duros luchadores, tipos imprudentes, todos, elefantíasicamente joviales, torpes, profanos; pródigos de su dinero, arruinados al final del viaje, aficionados a los adornos bárbaros, fanfarrones prodigiosos; sin embargo, en general, honestos, dignos de confianza, fieles a las promesas y al deber, y a menudo pintorescamente magnánimos. Poco a poco el barco de vapor se entrometió. Luego, durante quince o veinte años, estos hombres continuaron conduciendo sus bateles corriente abajo, y los vapores se ocupaban de todo el negocio río arriba, los marineros vendían sus botes en Nueva Orleans y regresaban a casa como pasajeros de cubierta en los vapores. Pero después de un tiempo los barcos de vapor aumentaron tanto en número y velocidad que pudieron absorber todo el comercio; y luego el batel murió de muerte permanente. El batelero se convirtió en un marinero de cubierta, un ayudante o un piloto en el vapor; y cuando no conseguía un puesto en los vapores, buscaba sitio en una carbonera de Pittsburgh o en una balsa de pino construida en los bosques hacia las fuentes del Mississippi. En el pináculo de la prosperidad de los barcos de vapor, el río de punta a punta estaba lleno de flotas carboneras y balsas de madera, todo manejado a mano y empleando huestes de los rudos personajes que he estado tratando de describir”.

de penetración hacia el interior del territorio respectivo, sirviendo como eje cultural además de comercial: claramente el primero de los citados vierte el caudal de cultura que se forma en las Antillas hacia el interior del continente americano e influye no solo en Colombia, sino también en Ecuador y Perú². Otros grandes ríos, por su parte, han servido de frontera entre diversas naciones, como vemos en el Danubio, cuya travesía por quince países viene salpicada de funciones fronterizas en unos casos, y de centralidad de su cuenca en otras, como sucede también hasta cierto punto con el Rhin, y en esos cometidos el río es testigo de grandes enfrentamientos históricos como el que ocurrieron en otros tiempos entre Francia y Alemania.

El tipo de trabajador es también muy diverso, como lo es la clase de embarcación utilizada, que difícilmente llega a ser el barco de carga transoceánico y adopta habitualmente la forma de embarcaciones de bajo fondo y no excesivo tamaño, como las gabarras, lanchones, balsas, bateles, jangadas, o de exóticos nombres como los bucentauros del Po. Hoy día pueden verse por los grandes cauces a bateles de gran tamaño, alargados y veloces como los que se ven cruzando las grandes ciudades alemanas por el cauce del Rhin, y los antiguos remeros y pertiguistas han sido sustituidos por pilotos y marinos con un menor conocimiento de los ríos, pues éstos ahora se benefician de numerosos canales y esclusas para trasponer los espacios más turbulentos del recorrido³.

² Como indica Villasmil Prieto H., “el bogaje por el Río Magdalena permitió llevar al Caribe hasta el corazón de Colombia (desde Bocas de Cenizas inicialmente) uniendo a Cartagena, Mompox y Honda, recorrido fluvial que dejó a su paso cultura, música, sincretismos religiosos y, desde luego, relaciones de trabajo: los bogadores del Magdalena, que primero fueron indígenas y desde finales del Siglo XVI, negros esclavos procedentes de Guinea, Angola, Dahomey, Congo o el Golfo de Níger. El Magdalena, que conectó al Huila y al Cauca con Cartagena, llegó a ser el puerto receptor de la trata de esclavos más importante de la región; que de allí se movieron a otras islas que ya tenían plantaciones de envergadura como Barbados o Jamaica, o a otros destinos definitivos -más al sur- atraídos por la minas que comenzaban a descubrirse en Bolivia, Perú o Chile. El Caribe de las plantaciones o el “mar del azúcar” por eso mismo se extendía desde New Orleans, pasando por el Golfo de México, abriéndose a las islas de Barlovento y de Sotavento, hasta llegar a Salvador de Bahía, Brasil, por el lado Atlántico, o a Guayaquil, por el del Pacífico. La secular e inacabada discusión sobre qué es y dónde limita por fin nuestro “mare nostrum”, tesis de la que participo, reclama una definición cultural y económica que rebese otra muy común que lo acota al límite del Caribe insular, concepto que coincidía con la visión inglesa de ese mar que entendían como las “West Indies” y que a muchos nada le significa en tanto se reivindicaba, antes y por sobre todo, a la “Antillanía”: al “Mar de las Antillas”.

³ Quizá los más beneficiados por las obras de ingeniería conectiva -seaways- sean el San Lorenzo y el Rhin, el primero por los rápidos de Montreal y otras partes peligrosas, y el segundo

Junto a los marineros de los barcos de carga, otro tipo de trabajadores del río pueden incluirse en una categoría que con doble motivo podría calificarse como *marginal*: hablamos de los trabajadores de las márgenes del río, desde los carpinteros de ribera, hasta los estibadores o cargadores, los vendedores de las lonjas, los obreros de las fábricas conserveras, e incluso una categoría degradada y especial, lo sirgadores, gentes que conducían en otro tiempo -hasta el siglo XX- los animales que tiraban de las gabarras en muchos de esos ríos, avanzando por los caminos de sirga, pero también los equipos humanos que tiraban de las maromas para hacer avanzar penosamente el cargado barco fluvial. No se trataba de hombres desarraigados que empujaban anárquicamente cada uno por su lado, pues al menos en el Volga eran los *burlak*, cuadrillas disciplinadas que tiraban, maroma al hombro, del lanchón a la voz de un capataz o *voldoliv* que marcaba los ritmos. Tanto aquellas como estas categorías de trabajadores servían al río, ciertamente, pero de manera marginal respecto a los marineros, y con los pies en tierra, no montados en las balsas y gabarras.

En el momento presente cabe advertir la pérdida de importancia de los marineros en favor de esas categorías, en otro tiempo marginales, pues las rápidas y alargadas gabarras fluviales de hoy día se conducen por muy pocos especialistas, mientras que la actividad industrial y comercial vinculada al río ha aumentado significativamente -zonas francas, por ejemplo-, planteando incluso la existencia de muelles dedicados a la gastronomía y el turismo⁴, que ya poco tienen que ver con la actividad marítima o fluvial. No obstante, el impacto de los grandes ríos solo se identifica con las actividades sobre su superficie o estrechamente ligadas a ellas, como las de estiba o carga, por lo cual me centraré en el presente artículo en esas dos categorías de trabajadores a pesar de su declive numérico actual⁵. Lo cual no empece a esa importancia troncal de las gentes del gran río en la historia laboral de los países.

por su importancia económica, que lleva incluso a la construcción de un canal que lo une al Danubio y permite llegar navegando desde el Mar del Norte al Mar Negro.

⁴ Pues no solo son famosos los de costa (San Francisco), sino también fluviales como los de Buenos Aires y Colonia.

⁵ Ya hemos visto la alusión de Mark Twain, que vivió junto al Mississippi y llegó a ser marinero en sus barcos, sobre los centenares de hombres que poblaban las flotillas de gabarras a lo largo del río. En su mejor momento también, en los siglos XIX y primera mitad del XX, el Támesis a su

2. Derechos humanos antes del Derecho del Trabajo

El territorio por el que discurren los grandes ríos, más allá de las grandes ciudades que atraviesa, conecta con gentes y actividades humildes que suministran una gran parte del trabajo fluvial. En otros tiempos el trabajo consistía en esfuerzo físico, y ese solo estaban dispuestos a prestarlos quienes mejoraban sus condiciones de vida degradadas en tierra, si pensamos en los negros zambos del río Magdalena, o en los tártaros que cargaban fardos en los muelles del Volga⁶.

Pero estamos hablando de la voluntariedad del trabajo, y no podemos olvidar hasta qué punto la coacción pudo estar presente durante mucho tiempo en las relaciones laborales, tanto a través de la esclavitud como de otras formas casi idénticas, y teniendo como sujetos de ellas a los indígenas. Es una mutilación innecesaria afirmar que el Derecho del Trabajo comienza en el siglo XIX, porque hubo leyes sobre el trabajo desde muchos antes, aunque se tratara de un Derecho del Trabajo sin principios y hasta, a veces, sin objeto ni sujeto, pues en muchos casos se trató de regulaciones del trabajo forzoso de esclavos. Es en esos siglos donde se produce la marcha extenuante hacia el trabajo libre y regulado, y en ella tienen un lugar los trabajadores fluviales.

2.1. Pescadores del río de las Perlas y alrededores

Un caso extremo del que podemos partir se produce a principios del siglo XVI con los pescadores de perlas del río y del puerto que llevaron el nombre de esas joyas en Venezuela, no lejos del Orinoco⁷. Tanto las condiciones de trabajo como la subsistencia de aquellos indígenas fueron objeto de un trato difícilmente

paso por Londres daba empleo a unos 50.000 cargadores solo en los muelles de Canary Wharf. Actualmente los grandes barcos 3E van al puerto de Felixstowe, en la costa al norte del Támesis.
⁶ SILVA ROMERO M., "De la negociación laboral de negros y zambos del río Magdalena", en VV.AA. (GORELLI HERNÁNDEZ J., dir.), *El derecho a la negociación colectiva*, Sevilla, CARL 2014, pp. 501 ss.

⁷ Río de las Perlas, hoy Manzanares; y Puerto de las Perlas, hoy Cumaná. En la misma zona se encontraba la isla de Cubagua, donde se extraía la mayor cantidad de perlas por el procedimiento de utilizar a los nadadores indígenas como forzados. Para la comisión de toda suerte de abusos con los habitantes del continente se partía de la Bula Inter Coetera de 1493, por la que el Papa Alejandro VI donaba aquellas tierras a los Reyes Católicos de España.

explicable desde una perspectiva simplemente humana, y que fueron descritas vívidamente por fray Bartolomé de las Casas y por Fray Marcos de Niza⁸. Aun cuando no podemos dejar de denunciar la bestialidad de quienes parecieron confirmar el apotegma de Hobbes “homo homini lupus”, no es este nuestro cometido aquí⁹, sino el de mostrar la evolución de las condiciones de trabajo en los grandes ríos. Ciertamente que desde un principio la Corona española creó instituciones para terminar con la barbarie: al propio Las Casas lo nombró tempranamente Procurador o Protector Universal de los Indios de las Indias¹⁰, a lo que se unieron reformas legales en lo que ha venido en llamarse Derecho Indiano. Pero las leyes fracasaban en la fase de ejecución, unas leyes hermosas de protección al indígena pero carentes de eficacia ejecutiva, como el ejemplo

⁸ LAS CASAS, *Brevísima relación de la destrucción de las Yndias*, Sevilla 1553, capítulo “Costa de las Perlas y de Parias y la isla de la Trinidad”, párrafo 14: “Métenlos en la mar en tres y en cuatro e cinco brazas de hondo, desde la mañana hasta que se pone el sol; están siempre debajo del agua nadando, sin resuello, arrancando las ostras donde se crían las perlas. Salen con unas redcillas llenas dellas a lo alto y a resollar, donde está un verdugo español en una canoa o barquillo, e si se tardan en descansar les da de puñadas y por los cabellos los echa al agua para que tornen a pescar. La comida es pescado, y del pescado que tienen las perlas, y pan cazabi, e algunos maíz Las camas que les dan a la noche es echarlos en un cepo en el suelo, porque no se les vayan ... Y lo otro, dándoles tan horrible vida hasta que los acaban e consumen en breves días”.

⁹ Aquellos invasores acudían intoxicados por las leyendas sobre el oro de las Indias que habían surgido mayormente en Europa, pero también en América, desde el mito de Eldorado al de las Siete Ciudades de Cibola y Quivira. Una de estas leyendas la había creado Marco Polo en su Libro de las Maravillas de 1298 (edición italiana, 1477; edición española, 1503), sección 6, §§ 160 y 161, donde describía una gran isla al norte de China llamada Cipango (Japón), como un país con enormes cantidades de oro, piedras preciosas y perlas, de las que nadie echaba cuenta: “que tienen tanto oro que es maravilla, como os he dicho, y que no saben qué hacer con él”. Colón llevaba esta descripción en la retina, y al arribar a Cuba la confundió con la fabulosa isla de Marco Polo. Por su parte, el propio Fray Marcos de Niza señala cómo “por la relación [informe] de los indios, hay mucho más oro escondido que manifestado, el cual, por las injusticias y crueldades que los españoles hicieron, no lo han querido descubrir, ni lo descubrirán mientras rescibieren tales tratamientos, antes querrán morir como los pasados”. Vid PIQUERAS CÉSPEDES, *Entre el hambre y El Dorado*, Diputación de Sevilla, Sevilla 1997, *passim*. No era solo la intoxicación mental de aquellos desalmados, sino que a ello se añadía la necesidad de oro de la Corona española para atender las cuantiosas guerras contra sus vecinos europeos, y la parvedad de una Administración colonial, pasto además de la corrupción, para poner orden en tan inmenso territorio. El papa había legitimado además con sus Bulas la ocupación del inmenso territorio por la Monarquía católica, que con Carlos I vino a considerar el avance hacia el interior como una Reconquista contra los infieles, hasta que la oleada de denuncias le llevó a recapacitar, como veremos en el siguiente apartado.

¹⁰ Año 1516. La desobediencia a sus órdenes se castigaba con multa de 10.000 maravedíes. Las Casas consiguió un enorme eco en la Corona, pues su crítica a las encomiendas como fórmula de esclavitud y no de salvación fue atendida por el rey, quien las suprimió mediante las Leyes Nuevas de Indias tras escuchar la lectura de ella hecha en audiencia por el propio Las Casas, 1542. Pero la rebelión de los propios encomenderos, liderados por los propios generales como Gonzalo Pizarro en Perú, llevó bien pronto a suavizar las medidas con miras a una reforma progresiva antes que radical.

del cacique Tenamatzle indica claramente¹¹. Van a ser factores externos los que muevan al legislador imperial a reformas de mayor calado andando los años, pues no solamente las denuncias de los propios españoles van a hacerse innumerables¹², sino que van a producirse coaliciones y levantamientos indígenas¹³ y lo que parece haber significado el mayor revulsivo: el libro adquiere una enorme relevancia en toda Europa, donde se le utiliza como arma psicológica por los países en guerra contra España (Inglaterra, Francia, Flandes, Italia no española, o la Alemania protestante, entre otros)¹⁴. Con buen acierto la Corona no sigue el pedido de Las Casas, de reforzar los Obispos y no las Audiencias, y con el impulso a los Visitadores se emprende una reforma de concretos organismos¹⁵, y después de la Administración en general con la de los Intendentes, ya en 1776. De tal modo que muy pronto en la Historia hallaremos ejemplos de reformas legales debidas a la alianza entre los afectados y la que podríamos llamar la opinión pública -en este caso nacional e internacional-

¹¹ Preso contra toda razón por las autoridades españolas, es enviado a España y allí presenta en 1555 al Consejo de Indias una petición para que le conceda la libertad, ayudado en su pobre conocimiento del idioma y las leyes por el mismísimo Las Casas, a lo que parece. Indica que no presenta querrela criminal ni demanda civil por el mal trato, pero luego dirige a la Audiencia de Valladolid una demanda en Derecho. Ni de la primera ni de la segunda se conocen los resultados, si los hubo. Cfr. CLAVERO SALVADOR B., *Genocidio y Justicia. La destrucción de las Indias, ayer y hoy*, Marcial Pons, Madrid 2002, pp. 31 ss.

¹² GUTIERREZ RIVAS P., *José Antonio de Areche y la visita general a la Audiencia de Lima*, tesis inédita, Universidad de Murcia 2015, p. XII.

¹³ Así por ejemplo la gran insurrección de 1520 de los pescadores de perlas de la isla de Cubagua, tras la cual éstos abandonan la isla y no retornan hasta 1526.

¹⁴ Desde un principio Las Casas contó con el respeto de los reyes españoles, que no prohibieron el libro -como era tan frecuente en aquellos tiempos-, por lo que se difundió ampliamente por el continente europeo y americano, apoyándose en la imprenta.

¹⁵ La figura del Visitador existía desde mucho antes en la Administración castellana y por derivación de ella en América, pero al parecer las reiteradas denuncias de abusos con los indígenas condujeron ahora a la proliferación de las visitas "específicas", de las que veremos un caso en el apartado siguiente. Las visitas generales a Audiencias como las de México, Perú y Quito tuvieron un impacto enorme -a lo que parece- en la buena administración de la Justicia, como ocurrió en la de Nueva España (Gálvez, Visitador General), Quito (García de León, Visitador General) o Perú (Areche, visitador general). Los poderes del visitador eran omnímodos, y los aprovecharon, no sin consecuencias para los propios visitadores: Areche, por ejemplo, había colaborado con Gálvez en la visita a Nueva España, y entró en tromba en su visita al Perú (1777-1783), enfrentándose al propio Virrey y a la aristocracia limeña al tiempo que enfrentaba a la rebelión de Tupac Amaru, por lo que terminó siendo juzgado y destituido por el Consejo de Indias: GUTIERREZ RIVAS, *op. cit.*, p. XII. Tampoco la del Visitador Gutierrez de Piñeres a Nueva Granada (las actuales Colombia, Venezuela, Panamá, Ecuador y Guayana) entre 1778 y 1781, tuvo pleno éxito, pues originaron la revolución de los comuneros: MALAGÓN PINZÓN M., "Las visitas indianas, una forma de control de la Administración en el Estado absolutista", *Universitas* 108 (2004), p. 829. Los visitadores eran nombrados de ordinario por el Consejo de Indias, y su informe se remitía al mismo Consejo de Indias.

movilizada por una prensa ya masificada desde 1500. Desde entonces la contención de los genocidios de pueblos indígenas han seguido el lento procedimiento de protesta masiva, denuncias internacionales prolongadas y reforma legal¹⁶.

2.2. Explotación de los bogas del río Magdalena: la Visita y Ordenanza de 1560

Desde las Cortes de Toro en 1371 existía en Castilla la figura del Visitador como un delegado extraordinario que hasta la monarquía borbónica indagaba unas conductas y las sancionaba en caso necesario. Luego a partir del siglo XVIII irá más encaminado a la reforma de instituciones corruptas, degradadas o inútiles¹⁷.

Una de estas Visitas, la del Visitador Melchor Pérez de Arteaga, magistrado (“oidor”) de la Real Audiencia del Nuevo Reino de Granada, indagó la explotación laboral de los indígenas por los encomenderos en la boga del río grande de la Magdalena” en 1560¹⁸. Ya ha quedado dicho que las Leyes Nuevas habían derogado el sistema de encomiendas por perverso, pero las rebeliones de encomenderos habían forzado a una marcha atrás parcial, en un sentido progresivo. Mientras tanto, la imagen de una revolución antropológica en el

¹⁶ Ya se trate de la destrucción del pueblo maya de Guatemala en las décadas de los 1970 y 1980, o la mortandad de los indígenas peruanos en los 1980 y 1990, por no hablar de los indígenas del Congo durante la dominación belga (1885-1908), o de los indios norteamericanos y argentinos, entre otros, en paralelo con los motivados por razones religiosas. Cfr. MONTEJO V., *Brevísima relación testimonial de la continua destrucción del Mayab*, Providence 1992; sobre la mortandad de los indígenas peruanos, CLAVERO SALVADOR B., *Genocidio y Justicia*, cit., pp. 55 ss.

¹⁷ MALAGÓN PINZÓN M., “Las visitas indianas, una forma de control de la Administración Pública en el Estad absolutista”, *Universitas* 108 (2004), pp. 825 y 828. Se nombraba a jueces para el cargo temporal, y preferentemente a jueces de la Inquisición por su carácter enérgico. En el siglo XVI los más conocidos Visitadores fueron Juna de Ovando, presidente del Consejo de Indias y consejero de la Inquisición, Juan de Solórzano, gobernador y muy destacado publicista del Derecho Indiano. Vid. SÁNCHEZ BELLA I., *El Juicio de Visita en Indias*, México 1976; del mismo, *Visitas a Indias (siglos XVI-XVII)*, Caracas 1975; del mismo, “La eficacia de la visita de Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español* (1980), pp. 383 ss.;

¹⁸ “Testimonio de autos formado por el visitador Melchor Pérez de Arteaga sobre los perjuicios a los indios por la boga de canoas por el río grande de la Magdalena”, *Archivo General de Indias*, en PARES, ES.41091 AGI/Patronato, 195, R.21. Texto digitalizado. Agradezco la traducción paleográfica al Dr. Julio A. Ramírez Barrios. Sobre el visitador en concreto, vid. BORREGO PLA M.C., *Cartagena de Indias en el siglo XVI*, CSIC, Madrid 1983, parte III: “La reforma de Melchor Pérez de Arteaga”.

Caribe y el río que desde él penetraba por los valles de Colombia, Ecuador y Perú desconcierta a los investigadores: la impetuosa expansión de zambos, mulatos, negros y cimarrones en el siglo XVI nos muestra cómo la ruptura con el orden colonial fue más temprana en las gobernaciones del Magdalena, que debió ser un río de un intenso tráfico comercial ya en el siglo XVI¹⁹. De todos ellos, los zambos eran el grupo más indicativo de cuanto sucedía en aquellos valles, ciénagas y meandros: eran específicamente los hijos de las parejas formadas entre indígenas y negros, y pronto llegaron a ser un grupo muy importante en el laboreo de aquellos territorios.

Tras numerosas denuncias recibidas, el Visitador Pérez de Arteaga recorre el río e interroga a unos y otros en busca de información, la cual da como resultado una Ordenanza de un contenido sorprendente y radical, en el que se vislumbra la influencia de fray Bartolomé de las Casas. En resumidas cuentas, el Visitador denuncia “el gran trabajo que bogando en las dichas canoas tienen [los bogas] desnudos y en pie descubiertos al sol y agua con pobres y míseros mantenimientos hechos de solo maíz y largo camino de cien leguas y grand corriente y fuerza del río, como uno de los mayores del mundo, y mucho peso y carga de las dichas canoas, por lo qual no solamente a resultado el principal daño de la salud y muerte de los dichos naturales. Pero aun colocándolos sus encomenderos en tan cruel y tan desventurada servidumbre, ygual y aun mayor que a la de la pesca de las perlas, por donde muchos pueblos se an perdido y despoblado, los dichos naturales no han podido entender [ocuparse] ni entienden en las granjerías e yndustrias que de su naturaleza thenían, siendo la dicha tierra aparejada para granjerías y dexando los dichos yndios sin yndustria ni policía temporal ni espiritual”²⁰. El Visitador rechaza las calumnias de los encomenderos, que se amparan en la servidumbre personal de las encomiendas para afirmar que los indios bogan por su propia voluntad, “de lo qual no puede constar como de hombres bárbaros y mudos que otro consentimiento ni voluntad

¹⁹ BORREGO PLA M.C., “Encomienda y población indígena en la provincia de Cartagena a fines del siglo XVI y comienzos del XVII”, en VV.AA. (CALVO-STEVENSON H. y MEISEL-ROCA A, eds.), *Cartagena de Indias en el siglo XVI*, Banco de la República de Colombia, Bogotá 2009, p. 245.

²⁰ Folios 258v y 259r

no tienen más de la de sus encomenderos e de las costumbres e usos en que los ymponen, e quando la tubiesen no se les debía permitir porque sería bestial enemiga de su propia salud”²¹. El visitador procede a tomar testimonio de personas relacionadas con el río, que le confirman sus temores²², y dicta finalmente su Ordenanza de medidas, exótica para el lector actual y plagada de fuertes sanciones para los infractores: prohíbe, en primer término, utilizar a indígenas en la navegación del río, aunque otorga un plazo de cortesía de nueve meses restringido al transporte de pasajeros, durante el cual deben ser alimentados con “comida de maiz y tasajos de manatí u otro pescado, y tasajos de carne y múcuras de chicha para su bebida o vino”, en cantidad bastante que debería ser controlada por los justicias y dueños de las canoas, so pena de mil pesos y privación a los encomenderos del repartimiento de indios que tuvieran, y de continuar en tales prácticas, pena de cien mil maravedíes y en defecto de ello cien²³ azotes y destierro perpetuo de las Indias. Respecto a las jornadas durante el referido tiempo de gracia de nueve meses, debía comenzar una hora después de amanecido, con dos horas para comer y descansar, y terminar una hora antes de anochecido.

Fácilmente se columbra que la prohibición de bogar a los indígenas no podía dejar sin brazos el tráfico en el Magdalena. A ello responde la propia resolución del Visitador cuando afirma, a resultas de interrogatorio hecho a las gentes del río, que hay alternativas mejores, y en concreto una: “muy mejor y más cómodamente se puede bogar en estos tiempos con barcos que los boguen

²¹ Folio 259r

²² El interrogatorio contiene algunas preguntas sorprendentes, cuyo significado se desvela en los fundamentos de la resolución. Por ejemplo, el del carpintero de ribera Yñigo Martínez de Arana, en folios 259v y siguientes, indica en 261r: “Fue preguntado si a los dichos yndios se les paga su trabajo y cuánto le pagan por la dicha boga a cada uno. Dixo que lo que desto sabe es que este testigo ha pagado por las dichas canoas sesenta pesos por cada una y la mitad dellos pagó a los yndios. (...) Fue preguntado si sabe este testigo que en este tiempo el dicho río se puede más fácilmente navegar que en otro y que con facilidad la navegarían barcos con negros de boga e los dichos negros durarían en ella. Dixo que agora, por estar andado y sabido el dicho río y no aver en él yndios de guerra, se podría navegar con más facilidad y que yendo en los dichos barcos los dichos negros yrán más descansados y durarán en la dicha boga, así por ser más descansada como por ser mejor manthenidos que los dichos yndios, y porque sus amos tendrán más quenta con los curar y mantener”.

²³ “Mandamiento del licenciado Melchor Pérez de Arteaga, oidor de la Audiencia de Nueva Granada y visitador general del reino, sobre la boga de los indios en el Río Magdalena”, 1 de octubre 1560, Archivo General de Indias, Patronato 195, R 21, folio 273v.

negros, por estar la costa en paz ... e averse ofrecido personas que con los dichos barcos e bogas de negros sin mucho trabajo dellos bastarán y proveerán los pueblos del dicho Nuevo Reyno”²⁴.

Sencilla y llanamente, el Visitador se decanta por fomentar la actividad de los negreros y el trabajo forzado de los negros, como en su *Brevísima relación* ya había hecho Las Casas. Claro está que hay argumentos para ello: unos explícitos, el que había personas que se habían ofrecido a aportar dicha mano de obra, y el que los indígenas podrían ahora dedicarse a lo que siempre habían hecho, cultivar los campos y expandir las industrias en la tierra y sus riberas; otros explícitos, el que los negros no eran súbditos de la Corona, sino esclavos, a diferencia de los indígenas de aquel Nuevo Reino, por lo cual quedaban a salvo los escrúpulos reales frente a los abusos de los encomenderos sobre quienes ostentaban derechos de ciudadanía. De cualquier modo la alternativa racial no deja de ser racista, máxime cuando no existían normas de mínimos laborales referentes a los esclavos.

2.3. Sindicación

Hasta aquí hemos hablado para antes del siglo XIX de coaliciones para organizar las protestas, pero no había algo similar a las hermandades de oficiales de los gremios, de carácter horizontal y permanente para la defensa de sus intereses, y mucho menos de las organizaciones permanentes y de base que serían los sindicatos. A veces aparecían aquí y allá organizaciones de cierto recorrido en los lugares más sorprendentes, como los *artels* de los sirgadores del Volga, asociaciones semiformales parecidas a las gremiales que defendían el empleo de sus miembros especialmente en los inviernos helados.

No obstante una situación muy especial va a permitir el nacimiento de asociaciones y corporaciones en los grandes ríos hacia el siglo XVI en el seno de un grupo profesional de élite. En el Mar del Norte y los ríos que en él desaguaban, los pilotos guiaban a los barcos sobre sus cubiertas o en pequeñas embarcaciones delante de ellos teniendo sobre sus cabezas la constante

²⁴ Op. cit., folio 259r.

amenaza de las antiguas Leyes de Oléron y de las Ordenanzas de la Hansa, a cuyo tenor el piloto que perdiera la nave por su ignorancia o imprudencia podía ser decapitado o colgado por la tripulación. En ríos de gran densidad de tráfico como el Támesis pronto surge una Asociación de Marineros y Navegantes similar a las cofradías de oficiales gremiales, y en 1514 viene sustituida, mediante ley del rey Enrique VIII, por la Trinity House, la cual detentaba y detenta aún hoy la autoridad de administrar los faros, así como de regular la función de pilotaje y de otorgar los diplomas de pilotos, si bien éstos no eran empleados de la Trinity House y debían pagar cotizaciones a ella, en buena parte dedicadas a la protección social de los marineros y sus dependientes²⁵. La intervención estatal se produce por el aumento de actividad comercial sobre el Támesis a comienzos del siglo XVI, lo cual lleva a la incorporación de nuevos pilotos y la multiplicación de situaciones de riesgo en ese y en otros ríos del país.

Mucho más tarde, en Canadá, el río San Lorenzo provoca también situaciones de riesgo en sus rápidos, bajíos, altas mareas, corrientes erráticas y otras peculiaridades²⁶ del curso fluvial tan emblemático para el país, pues discurre por Quebec, Montreal y llega a los Grandes Lagos, con cuanto ello significa de tránsito comercial. A imagen del Támesis, vino creada una Trinity House en 1805 para ayudar a la navegación del río, pero junto a ellos los pilotos formaron una asociación con dos ramas, la del Bajo San Lorenzo y la de San Lorenzo Central, cuya afiliación pasó a ser obligatoria en 1860.

Lógicamente en tiempos más modernos la actividad sindical se desarrolla con bastante normalidad, salvo algunos casos que en seguida veremos, y nos lleva a conclusiones sorprendentes: por ejemplo, que la sindicación es más acusada entre la gente de las riberas que entre los propios marineros de río, al punto de que los estibadores -sean de puerto de mar o de puerto fluvial- llegan a formar sindicatos de enorme fuerza contractual, mientras que la industria vinculada a los ríos también conoce el fenómeno de la sindicación. Así, las fábricas norteamericanas de procesamiento y enlatado de pescado conocen las

²⁵ Cfr. al respecto COLLINS A., "River and Harbour pilotage in the UK", *Mariners*, 21 de abril de 2002; MARTIN N., *Sea and River pilots*, Terrence Dalton Ltd, 1977.

²⁶ Los rápidos de Montreal, los más peligrosos, vienen obviado para el tráfico mercantil mediante un canal en la primera mitad del siglo XIX.

primeras fases de sindicalización en la década de 1930, y vinieron capitaneadas por trabajadores filipinos con una historia de radicalismo, precariedad en el empleo (estacionalidad) y elevada presencia de inmigrantes. Aun cuando su desarrollo acelerado ocurre en la costa oeste con motivo de la fiebre del oro y la venta de salmón y sardinas enlatadas a las masas de buscadores de mediados del siglo XIX, una parte de la actividad se proyectó en el Mississippi y otros grandes ríos del interior²⁷. En este sentido, el enlatado de pescado de río apareció por vez primera en 1864 en el río Sacramento, y se expandió con las fábricas conserveras del salmón en el río Columbia. En este río la proporción de los grupos de trabajadores relacionados con su pesca era la siguiente en 1874: 600 pescadores, 13 fábricas de conservas, y 2.000 trabajadores en éstas²⁸. Inmigrantes escandinavos crearon el primer sindicato en 1880, la Unión Protectora de los pescadores del río Columbia, y más tarde el Sindicato de pescadores de Alaska, donde tenían cabida los trabajadores de actividades afines, entre ellos los conserveros. En 1931 surge un radicalizado Sindicato de pescadores y trabajadores conserveros²⁹, y en 1938 la Federación Internacional de Pescadores y Trabajadores Aliados de América³⁰, pero la evolución del sindicalismo hasta nuestros días ha sido menguante³¹.

3. Mediación y arbitraje

El río Magdalena muestra actividad sindical a comienzos del siglo XX cuyas ideas van cambiando con el tiempo, al igual que el resto del sindicalismo

²⁷ La alta presencia de inmigrantes debió estar, sin embargo, concentrada en los puertos del Pacífico, desde Seattle a San Diego y a la bahía de Monterrey. Allá acudieron italianos, portugueses, noruegos, chinos, japoneses y filipinos. Por último en 1933 vino creado el sindicato de trabajadores conserveros y agrícolas, que sufrió varios atentados en sus líderes, como el asesinato del presidente y el secretario fundadores, el intento de deportar a sus líderes en la década de 1950, y el asesinato en 1981 de los líderes sindicales Silme Domingo y Gene Viernes, hasta convertirse actualmente en la Sección 37 del Sindicato de marineros de río (Region 37 IBU-ILWU). Cfr. Waterfront Workers History Project, "Cannery workers and their unions", *Civil Rights and Labor History Consortium*, Universidad de Washington, s/f.

²⁸ Waterfront Workers History Project, "Fishing workers and their unions", *Civil Rights and Labor History Consortium*, cit., s/f.

²⁹ Fishermen and Cannery Workers Industrial Union.

³⁰ International Fishermen and Allied Workers of America (IFAWA-CIO).

³¹ BAUNACH L., "Fishing Workers and Trade Unions", Waterfront Workers History Project, 2013.

colombiano, de una forma realista sintetizada por Archila en la evolución desde el objetivo de la revolución social a la práctica de la conciliación³². Y en efecto, la revolución soviética de 1919 y el propio final de la Guerra Mundial generó una movilización de los trabajadores en todo el mundo, y en especial en América Latina, donde tuvo inicio un período de numerosas huelgas que acabaron con la caída de regímenes conservadores como fue en Colombia la “República Conservadora”. Pero para 1935, años más tarde de la Gran Depresión, la combatividad de los sindicatos había cambiado³³, y en 1937 han alcanzado en el Magdalena un pacto colectivo para las empresas de navegación del río y sus trabajadores fluviales y portuarios, seguido de otro en 1940³⁴. Dos años más tarde un intento de renovación del pacto a instancias del sindicato Fedenal³⁵ fracasa, por lo que se constituye un tribunal arbitral conforme a la normativa existente³⁶, el cual emana un laudo (“sentencia” o “fallo”) que estará vigente durante los tres años posteriores.

Analizaré en las líneas que siguen dicho laudo, aprobado por los tres árbitros el 20 de abril de 1946, registrado por el Ministerio de Trabajo el 23 de abril, y publicado en el Diario Oficial de la República el 1 de mayo del mismo 1946.

Ante todo hemos de tener en cuenta que el procedimiento de negociación colectiva y de solución arbitral de posibles conflictos negociadores venía reglamentado estrictamente desde 1920, y, para el concreto escenario de la navegación fluvial, por el Decreto 1485/1942, dictado en medio de la Guerra

³²ARCHILA NEIRA M., “¿De la revolución social a la conciliación? Algunas hipótesis sobre la transformación de la clase obrera colombiana (1919-1935)”, *Anuario Colombiano de Historia Social y Cultura* 12 (1984), pp. 51-102; CAJAS SARRIA M.A., “La justicia constitucional contra los bolcheviques: las Corte Suprema de Justicia conservadora y la represión al movimiento obrero, 1926-1930”, *Historia Constitucional* 19 (2018), pp. 505-532.

• ³³ En parte por la aplicación de la Ley de Huelgas 21/1920, que estableció para los conflictos un procedimiento de negociación directa y, en caso de fracasar, de conciliación y arbitraje posteriores de carácter obligatorio. Pese a ella, las grandes huelgas de 1927 contra la Tropical Oil Co., y de 1928 contra la United Fruit Co., terminaron en represiones protagonizadas por el ejército y en actos luctuosos como la “masacre de Ciénaga” en ese último año. Vid. SOLANO S.P., “Trabajo, formas de organización laboral y resistencia de los puertos del Caribe colombiano 1850-1930”, *Revista europea de estudios latinoamericanos y del Caribe*, 88 (2019), pp. 39-60.

³⁴ Cfr. SILVA ROMERO M., “De la negociación laboral de los negros y zambos del río Magdalena”, cit., passim.

³⁵ Federación Nacional de Trabajadores del Transporte Marítimo, Fluvial, Portuario y Aéreo.

³⁶ Decreto 1485/1942, de 30 de setiembre.

Mundial a causa de un serio conflicto en el río que amenazaba con paralizar el transporte de los productos nacionales³⁷. De tal modo, el período de negociaciones había comenzado a instancias del Gobierno, y veinte días más tarde el propio Ejecutivo lo había declarado agotado sin acuerdo y había abierto el período de conciliación, y tras diez días también lo clausuró y abrió por último el de arbitraje obligatorio, reclamando a las partes el nombramiento de un árbitro por cada una, y nombrando a su vez a un tercer árbitro. Ni que decir tiene que este modelo de arbitraje quiebra el concepto actual de la figura por la presencia de ese tercero designado por terceros, pues rompe el control de las partes sobre el procedimiento³⁸. Quizá por eso, la Federación sindical convocó una huelga el mismo día del requerimiento ministerial de árbitros, la cual vino declarada ilegal porque el transporte fluvial tenía la consideración de servicio público, al tiempo que la huelga en él venía prohibida³⁹.

El laudo o sentencia es prácticamente una reglamentación de trabajo con todos los rasgos de una norma de carácter público, no solo por el *iter* obligatorio, ni tampoco por la participación decisoria del Gobierno en la composición del tribunal arbitral, sino porque además contenía recomendaciones al propio

³⁷ Como el preámbulo del Decreto decía, se dictaba al amparo de la Ley 128/1941, de medidas extraordinarias, a la vista del conflicto de inquietantes proporcionales en los servicios de navegación fluvial, “determinado por el hecho de que algunos empresarios se niegan a someterse a los procedimientos establecidos por las leyes para dar curso y resolver las peticiones de los trabajadores, y de que, contra lo que la Constitución dispone, se ha declarado una huelga en los servicios de navegación del río Magdalena”. Colombia había roto relaciones con el Eje en 1941, y tras el hundimiento de tres buques colombianos por submarinos alemanes, declaró la guerra a los países del Eje en 1943.

³⁸ Lo habitual es el nombramiento de un solo árbitro por consenso de ambas partes, pero cuando se forman tribunales arbitrales de un número mayor, de ordinario impar, son nombrados de igual forma consensuada, aun cuando luego puedan decidir por mayoría de votos. En línea con la idea de mayoría hay al final del laudo ahora comentado lo que parece ser un voto particular del árbitro empresarial, donde sin embargo expresa opiniones que van más allá de lo votado, por ejemplo cuando dice que el aumento establecido de salarios “implica, como es obvio, la revisión inmediata de las actuales tarifas de transporte”. Y más adelante señala que “es de urgente necesidad fijar con criterio técnico el número de tripulantes que debe llevar cada barco, ya que el señalado por la Resolución 52 de 1944 resulta de todo punto de vista excesivo”.

³⁹ Ley 21/1920. La sanción por la huelga producida consistió en la suspensión de la personalidad jurídica sindical a Fedenal y los sindicatos que la apoyaron. La huelga fracasó, y el Gobierno restituyó la personalidad jurídica a los sindicatos, pero no a la Federación. Por su parte, la Confederación de Sindicatos de Colombia cooperó con el Gobierno y designó al árbitro sindical del tribunal, mientras que los empresarios designaron al segundo, y el gobierno por su parte designó al tercero en la persona del Ministro de Minas y Petróleos, muy directamente interesado en el restablecimiento de la paz social. Cfr. Prólogo del Fallo proferido por el Tribunal de Arbitramento del río Magdalena”, *Diario Oficial de la República* de 1 de mayo de 1946.

Gobierno, entraba en materias de administración pública⁴⁰, y señalaba el destino de aquellos voluntarios que habían firmado como esquiroles durante la gran huelga de la Fedenal, contribuyendo a su fracaso y que ahora veían recompensada su actuación con la permanencia en los puestos de trabajo, obligatoria para las empresas⁴¹. Con todo, el momento era muy complicado y en otros países la solución había consistido en dictar soluciones parecidas pero sin el concurso de las partes, con medidas propias de una economía de guerra. La fragmentación de ambas partes negociadoras, reducidas a las empresas navieras individuales y a sindicatos de oficios y de localidad, no ofrecía mejores perspectivas⁴².

El laudo dedica mucha atención a aspectos sindicales, además de a otros aspectos individuales, aseguratorios y sociales. Tras una extensa justificación en el bien de los propios trabajadores, el laudo analiza lo que parecen ser cláusulas de seguridad sindical de *hiring hall*, de ingreso en la actividad solo a quienes estén afiliados a los sindicatos firmantes, lo que los empresarios trataban de suprimir. La resolución arbitral determina además la fijeza en el empleo, aunque dando libertad a las empresas para elegir entre esos afiliados sindicales, con un control mediante la inscripción en un registro que llevarían las Intendencias Fluviales, de acuerdo con las licencias de navegación⁴³. A tal efecto el capítulo 3, artículo 1, del laudo proclamaba que todos los tripulantes de las

⁴⁰ Por ejemplo, “decreta” la creación de un Fondo de Ahorros y Cooperativas constituido por un 5% de los salarios. Algo similar ocurre con la creación de colonias agrícolas, a la vista de que el 89 por 100 de los bogas y cargadores eran de extracción campesina. Mantiene el funcionamiento de las comisiones de conciliación y arbitraje del río en tanto el Gobierno no proceda a la creación de un tribunal especial de trabajo. “Dispone” que las decisiones de aquéllas sean apelables ante la Corte Suprema de Trabajo. Modifica las cauciones a ingresar por los sindicatos fluviales. etc.

⁴¹ El laudo, en su Parte Motiva, § 1, cuantifica el número de voluntarios enrolados como tripulantes en 358, pero no detallaba el de los enrolados como estibadores o braceros. Junto a ellos, la Marina Nacional proporcionó también personal en número indeterminado.

⁴² El ámbito subjetivo del laudo lo formaban ocho empresas de vapores de pasajeros y cargueros, y los afiliados a treinta y ocho sindicatos, la mayoría de ellos de estibadores de concretos puertos fluviales, por ejemplo el Sindicato de Braceros, Navegantes y Lancharos unificados de Magangué, el Sindicato de Pilotos, Timoneles y Aprendices de Cartagena, el de Ingenieros, Mecánicos y Electricistas de Cartagena, el de Pilotos Prácticos del río Magdalena y sus afluentes, de Barranquilla; el de Braceros Portuarios y Navegantes de Barranquilla, el de Constructores y Reparadores navales de Barranquilla, la Unión Portuaria de Braceros y Lancharos de Barrancabermeja, el Sindicato de Braceros de Arrancaplumas, Sindicato de Braceros de La Dorada, la Sociedad de Navegantes del Alto Magdalena, etc.

⁴³ Disponía que las Intendencias Fluviales de Cartagena y Barranquilla realizaran un empadronamiento tanto de los trabajadores sindicalizados como de los voluntarios durante la huelga.

embarcaciones fluviales serían considerados como empleados permanentes y gozarían de las garantías establecidas por las leyes vigentes para esta clase de empleados, además de las prestaciones que consagraba el propio estatuto. En cuanto a los estibadores portuarios, su estabilidad topaba con el problema de conocer las necesidades de personal de cada puerto, pues había constancia de que en unos sobraba y en otros faltaba, y el conflicto se situaba en el modo de organizar el trabajo, bien por cuadrillas fijas, bien por número de braceros por tonelada, un dilema cuya solución encomienda el laudo al Gobierno, pero dejando claro que la carga es una tarea de los estibadores, y los marinos no pueden inmiscuirse en sus labores. La mecanización de los puertos, que entraba con fuerza en otros lugares al terminar la Guerra Mundial, agudizaría la controversia y llevaría a soluciones similares e incluso a la adopción de un Convenio por la OIT, el 137 de 1973 sobre trabajo portuario, el cual postulaba la estabilidad en el empleo mediante fórmulas que atajaran la crónica precarización de los estibadores⁴⁴.

Los árbitros consideran la necesidad de un tribunal especial del trabajo fluvial a la vista de la índole peculiar de los conflictos que se planteaban en el río, la creación del cual órgano encomiendan al Gobierno, si bien en el entretanto mantienen el funcionamiento de las comisiones de conciliación y arbitraje mencionadas más arriba, dotadas ahora de mayor celeridad en el procedimiento, merced al señalamiento de plazos perentorios para cada fase. El nombramiento de los miembros de tales comisiones se modifica también, de modo que ahora sería el Ministerio de Trabajo el que los designaría de entre sendas listas de cinco empresarios y cinco trabajadores enviadas por sus representantes.

El laudo despliega en el capítulo 7 una especie de menú para los tripulantes y el resto del personal realmente abundante y rico en proteínas, tras haber asegurado en la “parte motiva” que proceden de las listas de alimentación acordadas tradicionalmente en los pactos colectivos del Magdalena. Diré solo que se establecen tres comidas principales, cada una de ellas con cuatro onzas (85 gramos) de carne, otras cuatro de arroz, y medio plátano asado o frito, a lo

⁴⁴ Sobre la lacra de la *casualization* en la estiba y la adopción del Convenio OIT, cfr. mi libro *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2019, pp. 21 ss.

que se añade en el desayuno café con leche y pan, y en el almuerzo y comida cuatro onzas de papas, sopa suficiente y café.

En materia de prestaciones sociales el laudo menciona en primer término el defectuoso funcionamiento de la Caja de Previsión Social, por lo que determina su reconstitución por una comisión liquidadora⁴⁵, al tiempo que eleva las cotizaciones de los empresarios al 12 por 100 de salario, y las de los trabajadores al 5 por 100, lo cual justifica en el ensanchamiento del ámbito de las contingencias protegidas, entre las que incluye ahora la asistencia sanitaria y la maternidad.

Respecto de la jornada de trabajo el laudo no aclara suficientemente las soluciones propugnadas, aunque sí el problema suscitado en torno a ella, cual es el de la habitual ralentización de actividades (la “cámara lenta”) de los estibadores al ir terminando la jornada: el trabajo diario se divide en tres turnos de seis horas, y si hubiera exceso de carga por aglomeración de buques en el puerto o razón similar, los trabajadores del primer turno podrán reincorporarse al tercero, pero nunca al segundo.

Un aspecto curioso del laudo consiste en las cauciones a constituir por los sindicatos en garantía del cumplimiento de *las obligaciones que el presente laudo les impone* (Capítulo XI). Se trata de una responsabilidad vicaria, pues en realidad hace pagar a los sindicatos por los daños y perjuicios causados por sus afiliados⁴⁶, pero no queda claro si dentro de tales daños pueden o no incluirse los producidos por las acciones colectivas, principalmente una huelga. El origen de semejante caución proviene de la naturaleza de los sindicatos del río, proveedores de mano de obra a las navieras y en tal concepto beneficiarios la cláusula de seguridad sindical *hiring hall* que ahora se pone en el laudo y defensoras del trabajador en sus relaciones con la contraparte⁴⁷. Tras la gran huelga fluvial de 1937, en que el país quedó paralizado, los empresarios

⁴⁵ Aunque no detalla los defectos de los que pueda tratarse, el laudo solicita al Gobierno que asuma una mayor implicación en la gestión de la Caja, citando como vías para ello el nombramiento del Gerente, el representante del Gobierno en la junta general y el secretario general de la misma sean nombrados libremente por el Gobierno.

⁴⁶ Capítulo XI, art. 6: “Es entendido que las anteriores cauciones de los sindicatos se entenderán constituidas a nombre de los trabajadores que los integran”.

⁴⁷ La mecánica de la selección de marinos y cargadores de entre las listas sindicales viene descrita con nitidez por SILVA ROMERO M., *op. cit.*, § 2.

suscribieron el “pacto de junio de la Fedenal”, cuya cláusula principal era la referida al suministro de personal a las empresas por los sindicatos afiliados a ella⁴⁸. En Colombia el convenio colectivo donde se negociaba esta cláusula se denominaba “contrato sindical” y contemplaba al sujeto colectivo firmante como proveedor de mano de obra, tal y como venía ocurriendo en México y Chile, a diferencia de los convenios colectivos de “tipo europeo”, que regulaban mayormente condiciones de trabajo.

4. Salud y seguridad en el trabajo marítimo

Señala un estudio británico cómo el riesgo de accidentes de trabajo en el sector de la navegación es veintiún veces mayor que en el trabajo en general⁴⁹, lo cual de ordinario deja escéptico al lector por no haber constancia ni alarma ante la dramática situación que refleja. Un ejemplo puede ponernos sobre la pista de por qué la estadística puede ser fiel, más allá del escepticismo: en el verano de 2019, los estibadores canadienses llamaron a parar en todos los puertos del país para honrar la memoria de Ravindu Telge, segundo oficial del portacontenedores Patras, perteneciente a la compañía danesa Maersk. Telge había caído al gran río San Lorenzo mientras destrincaba contenedores en el navío al acercarse al puerto de Montreal, una peligrosa operación que le pedían para ahorrar tiempo de estancia en el puerto y continuar camino cuanto antes. Había realizado su guardia de noche, y la operación de destrincado se había iniciado por la mañana, cuando cayó al río. Telge era de nacionalidad ceilandesa y murió al otro lado del mundo trabajando para una empresa de otro país en contenedores que probablemente tampoco procedieran de ninguno de los tres países en presencia.

⁴⁸ TORRES GIRALDO I., *Los inconformes*, editorial UNINCCA, Bogotá 1974, tomo V, pp. 220-221. “Si el capitán procedía a vincular a alguien que no estuviese enlistado, inmediatamente los trabajadores del barco, con el apoyo de los sindicalizados que quedaban en tierra, entraban en huelga y la navegación no continuaba hasta no contratar un sindicalizado”: SILVA ROMERO M., *op. cit.*, § 2.

⁴⁹ ROBERT S., NIELSEN D., KOTLOWSKI A. et al., “Fatal accidents and injuries among merchant seafahrers worldwide”, *Occupational Medicine* 64 (2014), pp. 259 ss.

El caso Telge desvela la soledad del marino en un barco de transporte e incluso de pasajeros. La fatiga es el factor de riesgo más característico de los marinos, también de los fluviales, pues de ordinario han de incorporarse al barco después de recorrer largos trayectos por carretera o tren desde su hogar, y a partir de ahí su lugar de trabajo será al mismo tiempo su domicilio durante cierto tiempo, sometido constantemente a las órdenes del capitán o patrón, y con largos turnos de trabajo que alternan entre los días y las noches. Lippel y Walters han recalcado estos factores de ajuste físico y mental de los marinos al carecer de las ventajas de los pescadores de río, pues al alejamiento añaden como rasgo típico la temporalidad de los contratos y la ajenidad legal y antropológica de los puertos: ambos autores añaden en el título de la investigación un modismo revelador: “ahora los ves, ahora ya no”⁵⁰. A tales factores debe añadirse la inestabilidad del lugar de trabajo, posiblemente la causante de la caída al agua del segundo oficial. La inestabilidad del firme, continuada y mantenida, produce una sobrecarga de pequeñas alarmas que coadyuvan al cansancio incluso a bordo de los grandes transportes. En resumidas cuentas, “la falta de, o la pobre calidad del sueño, largas horas de trabajo, excesiva carga de trabajo, así como ruido, vibración y movimiento a bordo, puede contribuir a la fatiga entre los marinos”⁵¹.

Un año después del accidente, representantes sindicales de la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte, sección de marinos fluviales, subió en el mismo puerto a bordo del mismo barco para denunciar la pasividad de la Oficina de Seguridad en el Transporte de Canadá en la determinación de los hechos, pues había transferido la responsabilidad a Singapur, el país de bandera del barco. Entretanto, el cuerpo del infortunado marino aún no había aparecido, quizá llevado por la corriente. El capitán y sus marinos se unieron al homenaje al segundo oficial, e implícitamente a la denuncia⁵².

⁵⁰ LIPPLE K. y WALTERS D., “Regulating health and safety and workers’ compensation in Canada for the mobile workers: now you see them, now you don’t”, *New Solutions. A Journal of Environmental and Occupational Health Policy* 29 (2019), 317 ss.

⁵¹ SHAN y LIPPLE, *op. cit.*, p. 376; un estudio centrado en el tema en SMITH A., ALLEN P. y WADSWORTH E., *Seafarer fatigue: the Cardiff research programme*, Universidad de Cardiff, Cardiff 2006.

⁵² International Transport Workers Federation, Inland Navigation Section, “Canadian dockers honour lost second officer of Maersk Patras”, 21 de mayo de 2020.

Los grandes ríos no siempre son láminas tranquilas de agua por donde se desliza el barco, y la imagen del Rin o del Mississippi debe dejarse a un lado porque probablemente lo contrario sea lo más cierto, si pensamos en el Magdalena, el Paraná o el Danubio. La hidrovía (seaway) de Grandes Lagos y San Lorenzo encabeza la lista de los ríos broncos y peligrosos incluso hoy en día a pesar de sus cinco canales y quince esclusas que permiten salvar tramos llenos de escollos y rápidos⁵³, pues a las dificultades del río se unen las del clima, al helarse las aguas pero continuar el tráfico fluvial salvo en los Grandes Lagos.

Una buena parte de las dificultades en la aplicación de las normas de seguridad y salud en los barcos se debe al carácter transfronterizo de muchos de ellos, cuando varios países llegan hasta sus riberas, como es el caso de la hidrovía mencionada, compartida por Canadá y Estados Unidos en buena parte de su recorrido. En el caso que nos ocupa hay dos autoridades paralelas a cada lado del gran río, que suelen adoptar normas conjuntas, editadas asimismo conjuntamente, como es el caso de las normas de seguridad y salud y las administrativas de tarifas y demás⁵⁴. En otros supuestos, como el Rin, el Danubio o la hidrovía Paraguay-Paraná, se prefiere constituir un único organismo responsable del tráfico fluvial y para otras cuestiones importantes⁵⁵, mientras que por último hay grandes ríos con fronteras compartidas donde cada país dispone de propia organización y propias normas, o defiere la responsabilidad del tráfico fluvial a la autoridad central de puertos o comercio. Ciertamente que existen

⁵³ Lo cual indica una movilidad vertical para los marinos, que se une a la horizontal del desplazamiento, remarcan SHAN D. y LIPPLE K., "Occupational Health and Safety Challenges From Employment Related Geographical Mobility Among Canadian Seafarers on the Great Lakes and St. Lawrence Seaway", *New Solutions* 3 (2019), p. 373. Los marinos deben además utilizar grúas personales (landing booms) para bajar y subir del barco en algunos puertos con desniveles en la línea de atraque: SHAN y LIPPE, "Occupational Health", cit., p. 373; St. Lawrence Seaway Management Corporation, *The Seaway Handbook*, capítulo sobre "Joint practices and procedures respecting the transit of ships on the St. Lawrence seaway", 2002, p. 4: "Landing Booms. 8. Ships of more than 50 m in overall length shall be equipped with at least one adequate landing boom on each side".

⁵⁴ Me refiero a la St. Lawrence Seaway Management Corporation y la St. Lawrence Seaway Development Corporation, y su *Seaway Handbook*, por ejemplo.

⁵⁵ Comisión del Danubio, Comisión Central para la Navegación en el Rin, Comisión Internacional para la cuenca del río Sava, Comité Intergubernamental de la Hidrovía Paraguay-Paraná, etc. Véase más abajo el epígrafe sobre coordinación internacional.

normas internacionales, como el Convenio OIT de Trabajo en el Mar de 2006⁵⁶, el Código Europeo de Vías Fluviales y varias Directivas de la Unión Europea aplicable a sus Estados miembros⁵⁷, los Principios Fundamentales de Seguridad y Salud (OIT 2008), el Convenio Internacional sobre seguridad vital en el mar, etc., pero la aplicación de todas sus garantías viene mermada drásticamente por la necesidad de ratificación por los países de bandera, siendo así que existe una gran cantidad de barcos bajo bandera de conveniencia, pertenecientes en su mayor parte a países en vías de desarrollo donde las empresas navieras pueden fácilmente residenciarse⁵⁸, y a las que difícilmente llega el Convenio OIT 2006 y los esfuerzos del sindicato global de trabajadores del transporte/marítimos.

5. Negociación colectiva

Veámos más arriba cómo nacen tempranamente en el trabajo del río Magdalena los pactos sindicales en donde el sindicato realmente funciona como agente empleador o *hiring hall*. A gran distancia en el tiempo y el espacio, en Rotterdam, aparece en nuestros días algo similar en la figura de un sindicato internacional de marinos llamado Nautilus que cumple servicios de representación contractual y aplicativa para sus afiliados y llega a firmar incluso convenios colectivos de no menor importancia con dos federaciones navieras de aquella importante ciudad marítima⁵⁹. La misma Nautilus ha firmado un convenio colectivo con Maersk, la gran empresa naviera de contenedores. No es el único

⁵⁶ Con sus Directrices para la Aplicación de las Normas sobre Seguridad y Salud a bordo (Guidelines for implementing the occupational safety and health provisions of the Maritime Labour Convention, 2006).

⁵⁷ Directiva Marco 89/391/CEE, 92/29/CEE sobre tratamiento médico a bordo, 2008/68/CE sobre seguridad en el transporte de mercancías peligrosas, 2000/34/CE sobre riesgos del trabajo de larga duración. Pueden verse en DE LEEW R., FERENCZ J., CHIN S., VAN DER GEEST W., *Living and Working Conditions in Inland Navigation in Europe*, OIT, Programa de Actividades Sectoriales, Working Paper 297, Ginebra 2013, pp. 49 ss.

⁵⁸ En tal sentido véase ALDERTON T., *SIRC and ILO. The global seafarer: living and working conditions in a globalized industry*, OIT, Ginebra 2004; ARTUSO M. y McLARNEY C., "A race to the top: should labour standards be included in trade agreements?" *Vikalpa* 40 (2015), pp. 1–14.

⁵⁹ Dos convenios, los dos para 2019: uno entre Nautilus International y las empresas miembros de la Asociación de Empleadores Marítimos Neerlandeses (NEMEA), de Rotterdam, y los trabajadores no comunitarios trabajando en sus barcos; el otro, entre Nautilus y la Asociación de empleadores de barcos mercantes VWH, de Rotterdam, para barcos bajo bandera holandesa con excepción de la navegación interior y otros supuestos de su art. 1.

convenio firmado por ella: en otra ocasión, Nautilus ha firmado junto al Sindicato PSU de marinos filipinos un convenio con la Asociación neerlandesa de empleadores marítimos Neptune, asimismo en el año 2019, para los barcos dedicados al apoyo mecánico marítimo con bandera holandesa⁶⁰.

Dichos convenios contienen compromisos de ambas partes referentes a salarios, jornada, seguridad e higiene, seguridad social, faltas, sanciones, derechos sindicales y otros aspectos, en línea con lo habitual en un convenio colectivo, aun cuando el que se autodenomina como sindicato internacional se acerca más a una empresa de servicios cuyos métodos de hacer cumplir las obligaciones de la contraparte serán más bien los de reclamación y en su caso ejecución judicial por incumplimiento del contrato. Probablemente aquí reside el interés de las asociaciones de empleadores para firmar tales convenios con tan extraño sindicato, pues obtienen así la seguridad de aplicar los Reglamentos de la Unión Europea sobre competencia judicial y legislación aplicable, uno de cuyos criterios consiste en declarar la competencia del juez de la sede del empleador. Solo en el caso del convenio firmado conjuntamente con el sindicato de marineros filipinos hallamos que éste es afiliado al sindicato global ITF.

Junto a los convenios que podríamos denominar portuarios -aunque solo sea porque se firman en la ciudad sede de ambas partes, o de la parte empleadora-, existe la alternativa del convenio de empresa entre la naviera y sus marinos, como pueden ser los de Maersk o Hapag-Lloyd⁶¹, una perspectiva que como ya veíamos queda gravemente mermada por la importancia del sector de banderas de conveniencia. Es por ello que el sindicato global ITF ha elaborado un convenio marco para barcos bajo bandera de conveniencia⁶² y se esfuerza en hacerlo firmar empresa por empresa, siendo considerado por Lillie como el

⁶⁰ Netherlands flag marine engineering support vessels collective bargaining agreement.

⁶¹ Maersk no solo ha suscrito el convenio citado *ut supra* con el sindicato Nautilus, como se desprende de la noticia aparecida en *Offshore Energy* de 12 de abril de 2016 referente a que la multinacional danesa ha acordado que todo barco con el que subcontrate disponga de convenio ITF o similar en evitación de los barcos con bandera de conveniencia. Asimismo indica que la empresa dispone también de convenio para su personal directo. Otra de las grandes navieras multinacionales, la alemana Hapag-Lloyd, afirma escuetamente que el 95 por 100 de sus empleados están cubiertos por un convenio colectivo, frente al 59 por 100 de promedio: Hapag-Lloyd, *Sustainability Report 2017*, p. 26.

⁶² Vid. LILLIE N., "Union Networks and Global Unionism in Maritime Shipping", *Relations Industrielles/Industrial Relations* 1 (2005), pp. 88-111.

caso más significativo de coordinación negociadora transnacional de la industria marítima, entre ITF y el Comité Internacional de Empleadores Marítimos, pues obtiene aplicación en alrededor de 11.500 barcos de los entre 13.000 y 21.000 que enarbolan bandera de conveniencia⁶³, a pesar de la oposición de algunas navieras y países asiáticos, que consideran la apuesta negocial como una manera de imponer la agenda proteccionista de los países occidentales ⁶⁴.

En la Unión Europea debe contarse además con la existencia de un acuerdo colectivo marco a nivel comunitario de 2014, entre la Unión Europea de Transportistas Fluviales, la Organización Europea de Patronos y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte⁶⁵ y relativo a materia de jornada, que ha sido implementado por una Directiva del Consejo, la 2014/112/UE, en línea con la saga de Acuerdos Marco y Directivas de refuerzo firmadas en el abanico de los diversos subsectores del transporte, con algún fracaso específico.

La confusa situación de la negociación colectiva en los ríos navegables viene también marcada por sonados conflictos entre navieras y marinos por el *dumping social* entre países ribereños, que lleva a aquéllas a cambiar su sede al país de menores salarios para negociar convenios con sus sindicatos y contratar a sus marinos. Es la misma situación conflictiva que se dio en el caso de la navegación en el Golfo de Finlandia entre la empresa de transbordadores Viking Lines y el sindicato finlandés de marinos cuando aquélla decidió trasladar su sede a la capital de Estonia y denunciar el convenio colectivo que tenía con el sindicato de marinos finlandeses, un caso que vino (mal) resuelto por el Tribunal

⁶³ ITF Uniform Total Crew Cost (TCC) y Collective Bargaining Agreement (CBA) for Crews of Flag of Convenience Ships, 1 de enero 2019-2020. Las cifras de cobertura negocial no son unívocas: LILLIE N., "Global collective bargaining on flag of convenience shipping", *British Journal of Industrial Relations* 1 (2004), p. 49, daba la cifra de 6000 barcos, mientras que la ITF daba en su web la de 11.500, más actualizada que el artículo de LILLIE. En esa misma web se contiene una lista de 35 países con bandera de conveniencia en donde figuran extrañamente el Registro Internacional de Barcos alemán, el Registro Internacional de Barcos francés, o Gibraltar.

⁶⁴ LILLIE, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁵ La Unión Europea de Transportistas Fluviales (European Barge Union, EBU) representa a la mayoría de transportistas de navegación interior europea, tanto de mercancías como de pasajeros, y vino fundada en 2001 como asociación de nacionalidad belga con sede oficial en Bruselas. La Organización Europea de Patronos (European Skippers Organization, ESO) representa a empresarios privados de la navegación fluvial de Bélgica, Países Bajos, Francia, Alemania y Polonia, y vino fundada en 1975 en Bruselas con el decidido apoyo de la Comisión. La Federación Europea de Trabajadores del Transporte (European Transportworkers Federation, ETF), está afiliada a la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte, ITF.

de Justicia de la Unión Europea trazando una línea intermedia entre el derecho de huelga y el derecho de libre establecimiento⁶⁶. Ahora, en un ejemplo más estricto de conflicto fluvial por la negociación colectiva, planteado en la hidrovía Paraguay-Paraná, el sindicato de marinos argentinos de la hidrovía, SOMU, organizó protestas contra las navieras paraguayas y sus condiciones salariales para con los marinos paraguayos, que alcanzó hasta el bloqueo del gran río mediante boicot en 2010 de remolcadores en el puerto de Buenos Aires a los barcos desde o hacia Paraguay, en apoyo de la firma de un convenio colectivo en la parte paraguaya y la creación de un sindicato paraguayo que había asumido el reto, el SOMUPA. La intervención del gobierno conservador argentino llevó a la intervención del sindicato de esa nacionalidad y al encarcelamiento de su líder, pero en la parte paraguaya otros sindicatos llegan a firmar convenios colectivos con sus contrapartes, si bien para entonces se había producido una migración de navieras argentinas a territorio paraguayo para establecer allí su sede⁶⁷. Finalmente hace acto de presencia la ITF, que por una parte apoya al SOMUPA, quien consigue firmar varios convenios colectivos, y por otra presenta una denuncia ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT en 2016 contra el gobierno argentino⁶⁸, mientras que ese mismo año dirigentes sindicales de Alemania, Argentina, Bangladesh, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Croacia, Francia, Holanda, República Checa, Panamá, Reino Unido, Rusia, Suiza y Uruguay

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, C-438/05, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti. Como se recordará, el sindicato finlandés pidió ayuda a la ITF, que proclamó un boicot contractual internacional contra la empresa y su filial en Estonia. La empresa demandó a ITF y FSU en un tribunal de Londres, donde tiene su sede ITF, por lesión al derecho al libre establecimiento proclamado en el Derecho Originario de la Unión, y el tribunal planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE. La sentencia europea proclamó una ambigua solución intermedia de reconocimiento del derecho sindical a medidas de conflicto colectivas “en la medida de lo necesario”, y devolvió el asunto al tribunal londinense para que resolviera.

⁶⁷ Paraguay había llevado a cabo un “desarme” de impuestos y de registro de embarcaciones para contrarrestar la fuerte presencia de armadores y de marineros argentinos en el cauce fluvial, lo que paradójicamente conduce a que los armadores del segundo país trasladen su sede a Paraguay.

⁶⁸ La ITF denuncia violación del convenio 87 OIT, pues “La intervención por parte del gobierno de la Argentina implica el grave peligro de una limitación del derecho del SOMU de elegir libremente a sus representantes y de organizar su gestión y sus actividades.” Y exige que el gobierno argentino devuelva inmediatamente el control del SOMU a su Directiva electa y a sus afiliados (ITF, “ITF lleva al Gobierno de la Argentina ante la OIT por interferencia en un Sindicato”, 17 de julio de 2016).

aprueban una Moción de Emergencia en apoyo al sindicato argentino de Obreros Marítimos Unidos, SOMU⁶⁹.

Como hemos podido ver, el panorama negocial entre navieras y marinos no resulta suficientemente claro como para llegar a alguna conclusión. Menos aún en cuanto al tema de la navegación interior o fluvial, con líneas muy difusas de separación con la navegación marítima. Pero al menos hemos detectado algunas peculiaridades interesantes que podrían extenderse hacia otras ramas de actividad, como es el convenio para las bolsas de exclusión del Derecho del Trabajo, que si aquí aparece para los barcos bajo banderas de conveniencia, muy bien podría extenderse o replicarse para por ejemplo las denominadas zonas francas.

El panorama cambia respecto a los estibadores y demás personal portuario de esos ríos. Trabajando en un centro de trabajo estable, el puerto, los cargadores de muelle han podido organizarse para luchar contra la precariedad de sus empleos, pero han sufrido un largo proceso en golpes de acordeón que en sus últimas fases contempla la aparición de los muelles semiautomatizados y automatizados, tanto en los puertos de mar como en los grandes ríos, y una intervención de los gobiernos por romper la fortaleza de los sindicatos y sus convenios con las empresas portuarias⁷⁰.

⁶⁹ Para detalles y bibliografía me permito remitir a mi libro *Mediación y Arbitraje en conflictos laborales. Una perspectiva internacional*, en curso de publicación por Thomson Reuters – Aranzadi 2021, capítulo 10, epígrafe 3, “Solidaridad transnacional y mediación: la Hidrovía Paraguay-Paraná”.

⁷⁰ Podríamos datar el comienzo de las intervenciones gubernamentales en la privatización de los puertos británicos en 1997, una secuela de la cual fue el largo conflicto en el puerto de Liverpool por el despido de 500 estibadores que a su vez condujo al boicot internacional del barco Neptune Jade, procedente de aquel puerto y afectado por la solidaridad de estibadores norteamericanos y canadienses en su singladura en los puertos de esos países, que contaron con el apoyo de estudiantes universitarios y ONGs: vid. www.labournet.net, “Neptune Jade sails again”; Industrial Workers of the World, “The Story of Neptune Jade”, s/f; *San Francisco Chronicle*, [Shipping Firms Sue To Halt Dock Strikes](#), 13 Septiembre de 1998; *San Francisco Bay Guardian*, “[Labor Protests Neptune Jade Lawsuit](#)”, 4 Marzo 1998.

Bibliografía

- ALDERTON, T. (2004). *SIRC and ILO. The global seafarer: living and working conditions in a globalized industry*, OIT, Ginebra.
- ARCHILA NEIRA, M. (1984). “¿De la revolución social a la conciliación? Algunas hipótesis sobre la transformación de la clase obrera colombiana (1919-1935)”, *Anuario Colombiano de Historia Social y Cultura*, 12.
- ARTUSO, M. y McLARNEY, C. (2015). “A race to the top: should labour standards be included in trade agreements?”, *Vikalpa*, 40.
- BAUNACH, L. (2013). “Fishing Workers and Trade Unions”, *Waterfront Workers History Project*.
- BORREGO PLA, M. C. (1983). *Cartagena de Indias en el siglo XVI*, CSIC, Madrid, parte III: “La reforma de Melchor Pérez de Arteaga”.
- BORREGO PLA, M. C. (2009). “Encomienda y población indígena en la provincia de Cartagena a fines del siglo XVI y comienzos del XVII”, en CALVO-STEVENSON, H. y MEISEL-ROCA, A. (Eds.), *Cartagena de Indias en el siglo XVI*, Banco de la República de Colombia, Bogotá.
- CAJAS SARRIA, M. A. (2018). “La justicia constitucional contra los bolcheviques: las Corte Suprema de Justicia conservadora y la represión al movimiento obrero, 1926-1930”, *Historia Constitucional*, 19.
- CLAVERO SALVADOR, B. (2002). *Genocidio y Justicia. La destrucción de las Indias, ayer y hoy*, Marcial Pons, Madrid.
- COLLINS, A. (2002). “River and Harbour pilotage in the UK”, *Mariners*, 21 de abril.
- DE LEEW, R., FERENCZ, J., CHIN, S. y VAN DER GEEST, W. (2013). *Living and Working Conditions in Inland Navigation in Europe*, OIT, Programa de Actividades Sectoriales, Working Paper 297, Ginebra.
- GUTIERREZ RIVAS, P. (2015). *José Antonio de Areche y la visita general a la Audiencia de Lima*, tesis inédita, Universidad de Murcia.
- LILLIE, N. (2004). “Global collective bargaining on flag of convenience shipping”, *British Journal of Industrial Relations*, 1.

- LILLIE, N. (2005). "Union Networks and Global Unionism in Maritime Shipping", *Relations Industrielles/Industrial Relations*, 1.
- LIPPLE, K. y WALTERS, D. (2019). "Regulating health and safety and workers' compensation in Canada for the mobile workers: now you see them, now you don't", *New Solutions. A Journal of Environmental and Occupational Health Policy*, 29.
- MALAGÓN PINZÓN, M. (2004). "Las visitas indianas, una forma de control de la Administración en el Estado absolutista", *Universitas* 108.
- MARTIN, N. (1977). *Sea and River pilots*, Terrence Dalton Ltd.
- MONTEJO, V. (1992). *Brevísima relación testimonial de la continua destrucción del Mayab*, Providence.
- OJEDA AVILÉS, A. (2019). *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.
- OJEDA AVILÉS, A. *Mediación y Arbitraje en conflictos laborales. Una perspectiva internacional*, en curso de publicación por Thomson Reuters – Aranzadi, 2021.
- PIQUERAS CÉSPEDES (1997). *Entre el hambre y El Dorado*, Diputación de Sevilla, Sevilla.
- ROBERT, S., NIELSEN, D., KOTLOWSKI, A. et al. (2014). "Fatal accidents and injuries among merchant seafarers worldwide", *Occupational Medicine*, 64.
- SÁNCHEZ BELLA, I. (1975). *Visitas a Indias (siglos XVI-XVII)*, Caracas.
- SÁNCHEZ BELLA, I. (1976). *El Juicio de Visita en Indias*, México.
- SÁNCHEZ BELLA, I. (1980). "La eficacia de la visita de Indias", *Anuario de Historia del Derecho Español*.
- SHAN, D. y LIPPLE, K. (2019). "Occupational Health and Safety Challenges From Employment Related Geographical Mobility Among Canadian Seafarers on the Great Lakes and St. Lawrence Seaway", *New Solutions* 3.
- SILVA ROMERO M. (2014). "De la negociación laboral de negros y zambos del río Magdalena", en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Dir.), *El derecho a la negociación colectiva*, Sevilla, CARL.
- SMITH, A., ALLEN, P. y WADSWORTH, E. (2006). *Seafarer fatigue: the Cardiff research programme*, Universidad de Cardiff, Cardiff.

SOLANO, S. P. (2019). “Trabajo, formas de organización laboral y resistencia de los puertos del Caribe colombiano 1850-1930”, *Revista europea de estudios latinoamericanos y del Caribe*, 88.

TORRES GIRALDO, I. (1974). *Los inconformes*, editorial UNINCCA, Bogotá, tomo V.

TWAIN, M. (1883). *Life on the Mississippi*, James Osgood, Boston.

WATERFRONT WORKERS HISTORY PROJECT (s/f). “Cannery workers and their unions”, *Civil Rights and Labor History Consortium*, Universidad de Washington.

SEMBLANZA DE OSCAR EL BUENO, POR OSCAR EL MALO

PORTRAIT OF OSCAR THE GOOD, BY OSCAR THE BAD

Oscar HERNÁNDEZ ALVAREZ

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ohernandez07@gmail.com

Fecha de envío: 29/01/2021

Fecha de aceptación: 01/03/2021

SEMBLANZA DE OSCAR EL BUENO, POR OSCAR EL MALO

Oscar HERNÁNDEZ ALVAREZ

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Partiendo de un relato sobre cómo se conocieron y compartieron los primeros contactos e intercambios, se señala que Oscar Ermida fue el alumno más destacado de la Escuela Uruguaya del Derecho del Trabajo fundada por los grandes Maestros de las primeras generaciones. Surge la anécdota de los apelativos de Oscar el Bueno y Oscar el Malo, cómo nacieron y se divulgaron a lo largo del tiempo. El contexto de América Latina es resaltado como uno en el que se ha vivido una pasión por la regulación del trabajo en condiciones de equidad, no obstante la pobreza y las desigualdades, el militarismo y las oligarquías. La figura de Oscar Ermida sobresalió en la región, dejando incluso una importante huella en Venezuela, país de la nacionalidad del autor, tantas veces visitada por el jurista uruguayo, no sólo en misiones de OIT o por la participación en el Congreso Mundial de Caracas en 1985, sino posteriormente con su presencia en Congresos y conferencias, así como ediciones de trabajos en publicaciones locales. Semblanza de una amistad y expresión del doloroso desenlace, pero con la esperanza de que la semilla por él sembrada siga dando frutos en las presentes y futuras generaciones.

Palabras clave: Oscar Ermida Uriarte - Iuslaboralista - Escuela uruguaya de Derecho del Trabajo - Derecho laboral venezolano

Sumario: 1. Oscar Ermida y el derecho laboral uruguayo. 2. Oscar Ermida y el derecho laboral latinoamericano. 3. Oscar Ermida y el derecho laboral venezolano.

Abstract: Based on a story about how the first contacts and exchanges met and shared, it is noted that Oscar Ermida was the most outstanding student of the

Uruguayan School of Labour Law founded by the great Masters of the first generations. The anecdote of the appellates of Oscar the Good and Oscar the Bad emerges, referring how they were born and circulated over time. The context of Latin America is highlighted as one in which there has been a passion for regulating work in conditions of equity, nevertheless poverty and inequalities, militarism and oligarchies. The figure of Oscar Ermida shined in the region, leaving even an important mark in Venezuela, the country of the author's nationality, so often visited by the Uruguayan jurist, not only in ILO missions or by participation in the World Congress of Caracas in 1985, but subsequently with his presence in Congresses and conferences, as well as editions of works in local publications. It is a resembling of a friendship and expression of the painful outcome, but in the hope that the seed sown by him will continue to bear fruit in present and future generations.

Key words: Oscar Ermida Uriarte - Iuslaboralista - Uruguayan School of Labor Law - Venezuelan labor law

Summary: 1. Oscar Ermida and Uruguayan labor law. 2. Oscar Ermida and Latin American labor law. 3. Oscar Ermida and Venezuelan labor law.

Hace años, tantos que prefiero no decir cuantos, coincidimos en Santo Domingo como profesores en un seminario de Derecho Comparado del Trabajo Oscar Ermida Uriarte y yo. Ermida Uriarte iba vestido impecablemente, con su tradicional terno azul oscuro, corbata bien puesta y cabello engominado. Con cierto aire de artista de cine argentino de la época de Gardel. Oscar era brillante, agradable en el trato, pero muy formal y un tanto tímido, lo cual creaba cierta distancia con los estudiantes. Por mi parte, yo iba a clases como soy, como ustedes me conocen. Los alumnos, con ese sentido del humor tan propio del Caribe, nos bautizaron Oscar el Bueno, a Ermida y a Oscar el Malo, a mí. Yo sabía que Oscar era mucho mejor que yo, pero siempre, no sin dudas, me agarré a la ilusión de que lo de bueno y lo de malo hacía referencia a nuestra distinta manera de ser y no a la calidad de nuestras clases. Pero, en fin, fuese una cosa u otra, los apelativos de Oscar el Bueno y Oscar el Malo se divulgaron, a pesar de la permanente protesta de Plá, a quien no terminaban de gustar estas peripecias del humor caribeño.

Bueno y Malo compartimos durante décadas experiencias académicas y de amistad. Fuimos compañeros junto con el Nonno Pedro Gugliemetti, Carlos Tomada, Susana Corradetti, y Napoleón Goizueta, entre los aquí presentes, en el primer curso auspiciado por la Universidad de Bologna y la O.I.T. Luego seguimos compartiendo experiencias. Incluso, escribimos juntos un ensayo sobre subordinación. Recuerdo que cuando comenzamos a trabajar en su casa, Oscar me dijo, ahora se verá que tan buenos y que tan malos son los Oscars.

Debo decir que Oscar Ermida fue extraordinariamente bueno en su disciplina, que más que la del Derecho del Trabajo, fue la de relaciones laborales, porque perteneció a la escuela de iuslaboralistas que concibe a aquél como el marco normativo de éstas. Pero fue, además, una persona extraordinariamente buena y generosa. Su sentido de la amistad iba más allá del gusto de compartir con los amigos, tan propio de los latinoamericanos, pues se extendía al gusto de colaborar con ellos, en todo aquello en que le fuere posible. Durante una temporada de varias semanas que pase hace años en Montevideo, Oscar tuvo conmigo un trato más que amistoso, cuasi paternal. No sólo me abrió las puertas de su oficina en CINTEFOR, en la cual me ofreció un cubículo, sino que, junto

con Mariza, su fiel compañera, también me abrió las puertas de su casa, en donde fui no sólo invitado, sino también cocinero e, incluso, reglamentista, pues traté de poner orden en las sesiones de supuesto estudio de Paula y Ana Laura, las hijas de Oscar y Mariza, que poblaban la casa con decenas de compañeritas de colegio. El Reglamento de Oscar el Malo, que así lo llamaban, bastante rígido en la regulación de reuniones de colegialas en casa de la familia Ermida Fernández, es una de las normas que ha tenido más efímera vigencia en la legislación uruguaya. Apenas estaba yo en Carrasco abordando mi vuelo de regreso a Venezuela, cuando la rebelión de colegialas llevó a la inmediata derogación del Reglamento.

1. Oscar Ermida y el derecho laboral uruguayo

Hablar de Oscar Ermida es hablar de la Escuela uruguaya de Derecho del Trabajo sin duda una de las más prestigiosas de la Región. Con raíces en De Ferrari, esta Escuela se fue formando bajo la tutoría de tres grandes Maestros. Plá y Sarthou, de grata memoria y Barbagelata, que es una muestra excepcional de vitalidad y lucidez en una edad avanzada. Oscar no sólo fue el más destacado de la generación que siguió a los viejos maestros, sino que fue un valioso nexo de conexión entre ellos y las nuevas generaciones. Eso lo saben mejor que yo los colegas uruguayos.. ¡Cuántas veces Oscar les regaló generosamente su sabiduría! Basta ver en los índices de Derecho Laboral, para apreciar como Oscar estaba dispuesto siempre a participar en investigaciones académicas con otros colegas de su país. La prematura muerte de Oscar, fue ciertamente, un golpe fuerte para la Escuela. Pero la semilla sembrada por los viejos maestros y cultivada por Ermida y por otros, ya generó fuertes árboles, cuya vitalidad perdura más allá de los golpes sufridos.

2. Oscar Ermida y el derecho laboral latinoamericano

Nuestra disciplina ha sido de las más dinámicas de las ciencias jurídicas latinoamericanas. Desde Queretaro, en 1917, la América Latina ha vivido una

pasión por la regulación del trabajo en condiciones de equidad, que ha persistido, no obstante la pobreza y las desigualdades, el militarismo y las oligarquías. La persistencia de tal pasión, aún en contra de estos negativos obstáculos, encontró siempre resorte y refugio en la Academia. Por eso no es de extrañar que nuestra región haya sido abundante en maestros de Derecho del Trabajo. Pero son pocos los que han cultivado la disciplina en clave latinoamericana. Es decir, aquellos que han podido investigar y enseñar, teniendo como marco de referencia, no a su propio país, sino a la Región, con sus unidades y sus diversidades, con sus desarrollos particulares y sus tendencias generales. Entre esos pocos, Ermida ocupó posición relevante. Lo sabemos de sobra los de Bologna-Castilla La Mancha, que tuvimos tantas veces el privilegio de escuchar sus sabias disertaciones.

3. Oscar Ermida y el derecho laboral venezolano

Por último y ajustándome a las limitaciones de tiempo establecidas, quiero señalar que Ermida tuvo una participación importante en el Derecho Laboral venezolano. Visitó mi país por primera vez en 1985, con ocasión del Congreso Mundial que se celebró ese año en Caracas. Pocos años después participó como profesor de un seminario de Derecho Comparado del Trabajo que se llevó a cabo en Caracas, en continuidad de los seminarios iniciados en Passo Fundo por Wagner Giglio. A inicios de los noventa fue designado por la OIT, para integrar una misión de estudio sobre las relaciones laborales en Venezuela. Junto con Oscar, participaron en esa misión, otro uruguayo que dejó honda huella durante su desempeño académico en Venezuela, el Maestro Osvaldo Mantero y mi Maestro, el cubano Efrén Córdova. Nunca se había hecho tan buena radiografía de las relaciones laborales de Venezuela como se hizo en ese estudio, cuya publicación fue obstaculizada por el gobierno venezolano, hasta que, por esos avatares de la vida, nuestro compañero boloñés Napoleón Goizueta tuvo un breve paso por el Ministerio del Trabajo y, entre gallos y media noche, dio a la OIT la autorización gubernamental requerida para la publicación.

Oscar luego fue frecuente asistente a Congresos y conferencias en Venezuela y participó con sus trabajos en publicaciones venezolanas. En participó en la concepción del Seminario de Post Grado en Derecho Comparado del Trabajo a realizarse en la Isla de Margarita , organizado por la Universidad de Margarita y por la Fundación Universitas, de la cual es Director nuestro compañero Iván Mirabal y que se ha institucionalizado recientemente como Seminario Académico para América Latina de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A este último encuentro Oscar no pudo asistir. La vida fue generosa en darle talento y bonhomía. Cuánto nos hubiese gustado que esa vida no hubiese terminado prematuramente, cuando estaba en la plenitud de sus facultades y de su producción científica. Pero más que la pesadumbre debe reinar entre nosotros los sentimientos de gratitud, por haberlo tenido entre nosotros y de esperanza de que la semilla por él sembrada siga dando frutos en las presentes y futuras generaciones.

Mucho agradezco a los organizadores de este Encuentro que me hayan conferido el extraordinario honor de haber participado en este homenaje a nuestro querido compañero Oscar Ermida Uriarte, miembro de la primera promoción de nuestro Grupo.

CRÍTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL DE MERCADO

CRITICISM OF FREEDOM OF ASSOCIATION IN THE MARKET

Héctor Omar GARCÍA

Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

hgarciaomar@gmail.com

Fecha de envío: 30/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

CRÍTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL DE MERCADO

Héctor Omar GARCÍA

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Resumen: El trabajo analiza a la libertad sindical desde la óptica de las normas internacionales, así como su evolución e involución. Asimismo, se pondera el derecho de huelga en la jurisprudencia internacional y en la OIT y se plantean los desafíos de cara al futuro para los derechos de acción que integran la libertad sindical.

Palabras clave: Libertad sindical - OIT - Comité de Libertad Sindical - Huelga

Sumario: 1. Introducción: La libertad sindical en las normas internacionales. 2. La libertad sindical en la globalización: evolución e involución. 3. El derecho de huelga en la jurisprudencia internacional y en la OIT. 4. En la búsqueda de soluciones.

Abstract: The work analyzes freedom of association from the perspective of international norms, as well as its evolution and involution. Likewise, the right to strike is weighed in international jurisprudence and in the ILO and challenges for the future are raised for the rights of action that make up freedom of association.

Key words: Freedom of Association - ILO - Committee on Freedom of Association - Strike

Summary: 1. Introduction: Freedom of Association in International Standards. 2. Freedom of association in globalization: evolution and involution. 3. The right to strike in international jurisprudence and in the ILO. 4. In search of solutions.

A O.E.U.,
siempre entre nosotros,
siempre delante de nosotros.

1. Introducción: la libertad sindical en las normas internacionales

Es bien sabido que la libertad sindical, en tanto derecho fundamental de dimensión universal, ha obtenido una plasmación positiva internacional que trasciende a la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT") y su sistema normativo. Atestiguan esa trascendencia numerosos instrumentos jurídicos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.4); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22); el Protocolo de San Salvador (art. 8) y la Declaración Sociolaboral del Mercosur (art 16 del texto revisado en 2015)¹, además de los Convenios núm. 11, 87 y 98, entre otros de la OIT, y dos declaraciones trascendentales de esta organización internacional: la *relativa a los fines y objetivos de la OIT* (Declaración de Filadelfia de 1944), incorporada a la Constitución de la OIT en 1946, y la *relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, de 1998.

Entre los tratados mencionados es necesario destacar los dos pactos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Estos pactos, no solo garantizan —cada uno por su lado— al derecho de libertad sindical sino, además, ambos le otorgan al Convenio n° 87 de la OIT una prevalencia terminante² en cuanto se relaciona con las garantías que este

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, Lima, N° 27, 2003, pp. 247/258. Asimismo, la Corte Suprema argentina aplicó esta declaración como una fuente más entre otras provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, en los casos: "Asociación de Trabajadores del Estado -ATE- c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales", 11/08/2008 (Fallos: 331:2499); "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA", 1º/09/2009 (Fallos: 332:2043); y "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo", 7/12/2010 (Fallos: 333:2306).

² El art. 8, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declara que: "Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas

instrumento originado en el tripartismo internacional de la segunda posguerra concede a la autonomía colectiva de los trabajadores³.

A tal punto es relevante esa integración del Convenio 87 a los esos documentos internacionales, sobre todo al PIDCP, por cuanto ella viene a contradecir las visiones de los derechos económicos, sociales y culturales como una edición menor en relación con los denominados derechos “de primera generación” (precisamente, los derechos civiles y políticos), que resultarían además perniciosos en cuanto vendrían a ser causa de supuestos aumentos de costos con consecuencias de pérdida de competitividad para las economías de las empresas y los Estados.

La Argentina, a contracorriente de la ola neoliberal que recorrió Sudamérica durante la década de 1990, reformó su Constitución Nacional (CN) en 1994 e incorporó a su ordenamiento interno las convenciones internacionales como normas de grado *superior a la ley* y, específicamente, los tratados de derechos humanos pasaron a ser fuentes de igual jerarquía que la norma fundamental (art. 75.22 CN). Entre las convenciones internacionales mencionadas en primer término, se encuentran los convenios de la OIT; entre los enunciados en segundo lugar, se encuentran los referidos pactos de las Naciones Unidas.

La integración del Convenio n° 87 al PIDESC y el PIDCP, ambos dotados de la mayor jerarquía normativa en el ordenamiento argentino, dio lugar, tres lustros más tarde, a que la Corte Suprema de Justicia proclamara la jerarquía

garantías.” Una cláusula casi idéntica conforma el numeral 3 del art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³ Sin desconocer que el art. 2 del Convenio n° 87 incluye como sujetos titulares del derecho de libertad sindical a *los empleadores*; tomamos en cuenta esta norma internacional en cuanto concierne a *los trabajadores*, teniendo en cuenta los señalamientos provenientes de algunos autores, como Ermida Uriarte, quien puso de manifiesto que “las razones por las cuales la OIT bilateraliza la titularidad de la libertad sindical luego de treinta años de atribuirle unilateralmente a los trabajadores, parecen ser exclusivamente pragmáticas y políticas, así como ajenas a la dogmática jurídica. E inmediatamente se hace necesario advertir que tal bilateralización resiente la función protectora del derecho fundamental de sindicación.” Vid. ERMIDA URIARTE, Oscar, “Crítica de la libertad sindical”, en rev. *Derecho Laboral*, Montevideo, t. LIV – N° 242, abril – junio 2011, p. 233. Con idéntica orientación, Villavicencio Ríos tampoco acepta las tesis que denomina *bilaterales* o *pansindicales* y mantiene toda referencia a este derecho en el terreno exclusivo de los trabajadores. Vid. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, OIT (Proyecto FSAL/ACTRAV) – PLADES – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, p. 97, nota 62.

constitucional del convenio de la OIT que garantiza la libertad sindical y el derecho de sindicación⁴.

En términos comparables a los de la Corte argentina se han expresado otros tribunales superiores del subcontinente. El Tribunal Constitucional del Perú, al considerar incluidos en el respectivo *bloque de constitucionalidad* los convenios de la OIT en materia de negociación colectiva, como el 98, el 151 y el 154⁵. Y antes, en 1999, lo había hecho la Corte Constitucional de Colombia, cuando tuvo oportunidad de sentar doctrina sobre la integración de las *recomendaciones* del Comité de Libertad Sindical al bloque de constitucionalidad de este país⁶.

Sin embargo, estos casos de tutela judicial efectiva de la libertad sindical provenientes de altos tribunales sudamericanos, son tan puntuales que producen al mismo tiempo sensaciones gratificantes e inquietantes. Ello, porque en definitiva se trata de pronunciamientos escasos y sus criterios no son perdurables. Es más vasta la tendencia que se observa en la jurisprudencia de los altos tribunales de la región y también en la de tribunales superiores de países europeos (por caso, del Tribunal Constitucional de España⁷), sobre todo

⁴ “El Convenio, además de haber sido ratificado por la Argentina (en 1960) y estar claramente comprendido en la citada Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, ha sido hecho propio, de acuerdo con lo ya señalado, por dos tratados con jerarquía constitucional”. Véase: CSJN, 11/08/2008, “Asociación de Trabajadores del Estado –ATE– c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales” (Fallos: 331:2499).

⁵ Véase STC 3/09/2015 (Expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC), especialmente el voto concurrente de la magistrada Ledesma Narváez.

⁶ “Las recomendaciones de la OIT son obligatorias para el gobierno por dos razones: primera, en virtud de la Constitución de la OIT (art. 19), y de los convenios 87 y 98 sobre sindicalización, todos ratificados por el Estado. Segunda, la *Constitución Política*, artículos 39, (derecho de asociación sindical) 56, (derecho de huelga) 53 (los Convenios Internacionales en materia de derecho al trabajo pertenecen a la legislación interna), y 93 (prevalencia de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia).” Véase: Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, “Sindicato de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín E.S.P.”, 10/08/1999 (sent. T-568/99).

⁷ En el caso “Tele-Madrid”, el Tribunal Constitucional español convalidó la práctica del *esquirolaje tecnológico*, esto es, el reemplazo de huelguistas por medios tecnológicos: “la efectividad del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta la empresa o abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos perseguidos por la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma”. Véase STC 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017, 17), y asimismo TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El esquirolaje tecnológico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, decididamente encaminada a desandar el camino en la garantía de los derechos de libertad sindical iniciado en la primera posguerra mundial, con la fundación de la OIT, y desarrollado en la segunda. La propia corte argentina, en la década pasada, comenzó a retroceder en la tutela de los derechos de libertad sindical, concretamente en materias como la titularidad del derecho de huelga⁸ y la protección de los representantes gremiales contra el despido⁹.

Fase de retroceso, de debilitamiento o de neutralización de la eficacia de las garantías del derecho de libertad sindical más allá de su reconocimiento formal como libertad de constituir asociaciones gremiales. En palabras más claras, lo que se puede constatar es un proceso de vaciamiento del contenido de la libertad sindical. Se mantiene una cierta consideración hacia la libertad sindical en su expresión estática o formal como derecho de constituir organizaciones sindicales y de afiliarse a ellas. Un derecho o —en palabras de Massimo D’Antona— “una libertad en una sola dimensión, una « *libertad de* »¹⁰”.

2. La libertad sindical en la globalización: evolución e involución

La noción de libertad sindical se encuentra sometida a una intensa presión que procura estrechar progresivamente su alcance hasta identificarlo con el de una inadjetivada libertad de asociación. Sarthou enfrentó ese intento oponiendo las razones históricas que condujeron a la construcción del derecho de libertad sindical, cuya naturaleza “nada tiene que ver con el derecho de asociación que generan las sociedades comerciales o las asociaciones en el derecho civil o común”. La constitucionalización específica de la libertad sindical y sus

⁸ CSJN, 7/06/2016, “Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo” (Fallos: 339:760). En esta sentencia el máximo tribunal argentino concentró la titularidad del derecho de huelga en las organizaciones sindicales, haciendo una interpretación restrictiva del término “*gremios*” adoptado por el art. 14 bis CN, inspirado en el art. 56 de la Constitución uruguaya de 1934, modificada en 1942.

⁹ CSJN, 23/02/2016, “De Caso, Andrea L. c. Cascada S.R.L. s/reinstalación (sumarísimo)” (Fallos: 339:155); *idem*, 4/09/2018, “Varela, José G. c. Disco S.A. s/amparo sindical” (Fallos: 341:1106); *idem*, 4/06/2020, “Laurenzo, Juan Manuel c. Unión Platense S.R.L. s/amparo” (Fallos: 343:341).

¹⁰ D’ANTONA, Massimo, “Derechos sindicales y derecho del sindicato en Italia: el Título III del Estatuto de los Trabajadores revisitado”, traducido por Rosario Gallardo, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N° 1, Edit. Complutense, Madrid, 1992, p. 90.

elementos componentes —evoca Sarthou— “no es un hecho social, político e institucional superfluo o redundante, con base en que ya estaba garantizado el genérico derecho de asociación”, sino media una “diferencia esencial entre las expresiones subjetivas de esa libertad de agremiación y de la necesidad social de los sujetos sindicales frente a la contingencialidad de las asociaciones del simple derecho de asociación, que ningún conflicto histórico promovieron en la historia de la humanidad”¹¹.

Conforme señala Romagnoli, el tratamiento diferenciado de la libertad sindical respecto de la libertad de asociación tal como la entendía la doctrina del liberalismo clásico, es decir, como ausencia de ataduras e interferencias, edificó el salto cualitativo representado por el Derecho del Trabajo. La libertad sindical —ilustra el maestro de Bolonia—, desde que dejó de contentarse con la inviolabilidad, adquirió la dimensión de « *libertad para* ». “Ya no es tan solo un principio abstracto” y “se halla provista del poder de procurarse recursos de naturaleza diversa que el empresario no puede negarse a proporcionar sino a costa de incurrir en ilicitud”¹².

Sin embargo, la visión unidimensional de la libertad sindical, como nuda *libertad de asociación* —tal como es enunciado el derecho en lengua inglesa y se plasmó en la denominación que recibe el Convenio n° 87 en este idioma (*freedom of association*)—, gana espacio en la actualidad de las relaciones y las instituciones ligadas al trabajo y trastoca la finalidad esencial de la libertad sindical cifrada en la creación y tutela de otros derechos del trabajador en la tendencia hacia la subordinación de su objeto a las libertades económicas que impone el mercado. Se produce así otro tránsito (esta vez, involutivo) de la

¹¹ “Por eso hablamos de un pluralismo conflictual en el sistema capitalista, tomando en este aspecto la posición sostenida por Khan-Freund. Pero le agregamos que además es fundacional o genético, que es bipolar y que, en cuando tal, ha sido bilateralmente constitucionalizado. (...) el reconocimiento del derecho de la libertad sindical representa el acuerdo en ese pluralismo conflictual genético, bipolar y constitucionalizado de los propietarios de capital y los trabajadores en tregua histórica, con sus armas jurídicas documentadas en el pacto fundacional de la comunidad.” Cfr. SARTHOU, Helios, “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical”, en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, edición de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 188, México, 1997, p. 179.

¹² ROMAGNOLI, Umberto, “La libertad sindical, hoy” (traducción de Antonio Baylos), en *Revista de Derecho Social*, Albacete, N° 14, abril – junio 2001, p. 15.

libertad sindical que, más que un retorno a la concepción de esta como simple *libertad de asociación*, implica una mutación de la *libertad sindical para* enfrentar los intereses del empresario, en preservación de los derechos del trabajador, hacia una suerte de libertad sindical anómala: una *libertad sindical de mercado*, sometida a modificación genética para satisfacer los intereses del empleador, aunque ello deba ocurrir a costa de los derechos que antes tutelaba.

La libertad sindical impostada, renegada, deriva de la tendencia, creciente, a despojar a aquel derecho fundamental de toda garantía a los derechos de acción que hacen a su instrumentalidad esencial; principalmente, los derechos de huelga y de negociación colectiva, que son precisamente las expresiones agónicas de la libertad sindical, las que poseen la capacidad concreta de modificar la realidad, los hipotéticos estados de cosas desfavorables a los trabajadores. Derechos imprescindibles para que la libertad sindical cumpla su *función instrumental* de generar y tutelar otros derechos de los trabajadores.

Tal concepción plana, inocua, de la libertad sindical, preferida por el capitalismo global de estos tiempos, implica un reverdecimiento del integrismo liberal en el campo económico y social, cuyo principal representante ha sido Friedrich Hayek. Este influyente economista y jurista cuestionó, desde mediados del siglo pasado, la existencia misma de los sindicatos. Escribió alegatos corrosivos en contra del reconocimiento de derechos sindicales más allá de la mera libertad de asociación, despojada de toda capacidad de negociación y de conflicto¹³.

La corriente neoconservadora no deja, desde luego, de tener contrincantes. En el debate de ideas es enfrentada por juristas como Antonio Baylos y Alain Supiot. El primero, saliendo al cruce del resurgimiento del pensamiento de Hayek en ámbitos académicos y de la política pública, cuestiona que: “Pese a que la ideología respeta como elemento fundante de la sociedad las libertades cívicas, entre ellas la libertad de asociación, la libertad de los trabajadores para asociarse en la defensa de sus intereses ha sido siempre vista con sospecha, de manera que se debía limitar o anular, en ocasiones, a través

¹³ “Los sindicatos no han conseguido su importancia y poder actuales por el mero ejercicio del derecho de asociación.” Vid. HAYEK, Friedrich A., “Sindicatos, inflación y beneficios”, integrada a la obra *Sindicatos, ¿para qué?*, colección *Laissez faire!*, Unión Editorial, Madrid, 2009, p. 20.

de la interdicción o restricción muy intensa de sus medios de acción, como la negociación colectiva y, especialmente, la huelga”¹⁴. Por su lado, Supiot opone a las ideas de Hayek el principio de solidaridad¹⁵, verdadero emblema del asociacionismo obrero.

3. El derecho de huelga en la jurisprudencia internacional y en la OIT

Otrora hermanos siameses, hoy, la huelga y la libertad sindical se encuentran sometidos a presiones tendientes a su separación. Más allá de la consagración formal de ambos derechos en las constituciones políticas de la mayoría de los países de América Latina y de Europa¹⁶, la huelga entró en el siglo XXI padeciendo problemas de eficacia. Estos provienen, en algunos casos, de la normativa infraconstitucional pero, en su mayor medida, de las instancias institucionales a cargo de asegurar la aplicación de la normas en el ámbito jurídico interno de los Estados y en el internacional. Los “treinta años gloriosos” para los derechos sociales fueron sucedidos por otros treinta de pérdidas y retroceso que conforman una tendencia que parece indetenible.

La desagregación forzada de la huelga respecto de la libertad sindical es ostensible en la jurisprudencia de diversos países y, particularmente, en la más alta instancia judicial europea. Pero donde este problema se verifica con singular

¹⁴ BAYLOS, Antonio, *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, Serie Estudios Socioculturales, Los libros de la Catarata, Madrid, 2012, p. 113.

¹⁵ El jurista francés afirma que la justicia social es, hoy, el principal obstáculo que enfrenta el Mercado para imponerse completamente al orden jurídico, y es por ello que las empresas lo han convertido en objeto de destrucción sistemática. Vid. SUPLOT, Alain, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, coll. *Poids et mesures du monde*, Fayard, París, 2015.

¹⁶ Con la salvedad que corresponde al Reino Unido, donde la huelga no goza de reconocimiento como derecho, sino apenas como una *libertad*, que el trabajador puede ejercer pero sin protección contra el despido. Se considera que el trabajador que acude a la huelga incurre en incumplimiento del contrato de trabajo, generando además responsabilidad para el sindicato convocante por inducir a los trabajadores a dicha ruptura. La acción se presume ilegal y solo se ampara si la huelga encuadra en alguna de las inmunidades legalmente establecidas, aplicables exclusivamente en el marco de un conflicto entre los trabajadores y su empleador (*trade dispute*), pues, de lo contrario, el empresario puede demandar una orden judicial (*injunction*) para detener la acción o, en su caso, reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, colección *Enfoque Laboral*, n° 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 61/62.

énfasis es en el sistema de control normativo de la OIT. Fue puesto en evidencia crudamente por el embate frontal del Grupo de los Empleadores de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo contra el principal organismo de ese sistema de control de la OIT —la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones—, que no se limitó a los *idus* de junio de 2012 sino perdura indefinidamente.

El cuestionamiento del empresariado mundial¹⁷ es de doble carácter: formal o metodológico y sustancial o de interpretación normativa, y se traduce de manera concreta en dos dimensiones: a) la negación del derecho de huelga como parte del contenido del Convenio n° 87¹⁸; y b) el desconocimiento de la competencia de la Comisión de Expertos para interpretar las normas de la propia OIT (lo que implica la puesta en crisis del entero sistema de control normativo, que hace a la razón de existencia de esta agencia internacional)¹⁹.

La desmesurada presión para excluir al derecho de huelga del Convenio n° 87 no se explica sino como demostración de fuerza del empresariado internacional, que volcó el peso de su influencia —nunca antes exhibida de forma tan impudorosa— sobre los gobiernos de los Estados miembros de la OIT y en la propia organización con la finalidad de despojar de garantía jurídica a la principal herramienta que poseen los trabajadores para la defensa de sus

¹⁷ La posición respecto de la ajenidad del derecho de huelga con respecto al Convenio n° 87 y la crítica relativa al alcance del mandato de la Comisión de Expertos habían sido anticipadas por la Organización Internacional de Empleadores (OIE) en un documento de junio de 2011.

¹⁸ “Al comienzo de la reunión de la Comisión de Aplicación de Normas de 2012, el Vicepresidente empleador expresó la insatisfacción de su Grupo con algunas partes del estudio general (de la comisión de Expertos). El Grupo de los Empleadores mantuvo que no podía interpretarse que del Convenio núm. 87 emane el derecho de huelga, y dijo que no se limitaría a presentar una simple objeción al respecto, como había hecho hasta entonces. Esta vez, los empleadores exigían que no se examinase ningún caso de incumplimiento grave del Convenio núm. 87 por parte de un Estado Miembro que lo hubiera ratificado.” *Vid.* BELLACE, op. cit., pp. 62/64.

¹⁹ “Aunque los empleadores venían manifestando esas objeciones desde hacía veinte años, lo que sorprendía esta vez era su modo de percibir las relaciones internas dentro de la OIT. Aceptar este enfoque supone afirmar que los miles de casos sobre los que se ha pronunciado el CLS a lo largo de sus sesenta años de existencia no han dado lugar a un marco coherente respecto de la libertad sindical que pueda servir de referencia a otros órganos de la Organización, y que la Comisión de Expertos, al velar por la aplicación del Convenio núm. 87, no puede basarse en la interpretación del CLS sobre las garantías constitucionales que protegen la libertad sindical.” Véase BELLACE, Janice, “La OIT y el derecho de huelga”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133 (2014), núm. 1, pp. 62/64.

derechos e intereses, como expresa el denominado *principio básico* del Comité de Libertad Sindical en materia de huelga²⁰.

No caben dudas de que el art. 3 del Convenio n° 87, cuando consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores a “formular su programa de acción”, alude a la huelga. ¿A qué índole de acciones sindicales podría remitir el convenio sobre la libertad sindical que no incluyera este derecho?

La ponderación jurídica de la huelga no está en crisis en el ámbito interamericano, donde mantiene vigencia la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los *leading cases* internacionales “*Baena vs. Panamá*” y “*Huilca Tecse vs. Perú*”. De acuerdo con esta doctrina, la libertad sindical radica “básicamente” en la facultad de constituir organizaciones sindicales, pero no solo en ella, sino igualmente en las facultades de “*poner en marcha [la] estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención*

²⁰ “El Comité ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales.” Este derecho, también dentro de la doctrina del Comité, se encuentra garantizado por el Convenio n° 87: “El derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87.” Véase: OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, Sexta edición (2018), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 145, párr. 752 y 754, respectivamente. Sin perjuicio de este reconocimiento del Comité, que merece ponerse en relieve, de la huelga como un derecho fundamental contenido en el Convenio n° 87, su doctrina continúa inevitablemente en el proceso de “conservadurización” observado por Ermida Uriarte hace una década (*Vid.* Ermida Uriarte, Oscar, “Crítica de la libertad sindical”, en rev. *Derecho Laboral*, t. LIV – N° 242, Montevideo, Abril – Junio 2011, pp. 236/238). Este repliegue en la doctrina jurídica del sistema de control normativo de la OIT es evidente en otros párrafos de las últimas recopilaciones de decisiones del Comité —la de 2006 y la de 2018, que acaba de citarse—, en la que aparece una preocupante matización del mencionado “principio básico” en materia de huelga. En los párrafos 520 y 751 de sendas recopilaciones, puede leerse que: “El Comité ha estimado siempre que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones **únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos.**” (Resaltado agregado.) Más que una reafirmación de inveterada doctrina, parece un intento del Comité de rescribir su historia, dado que el condicionamiento a la defensa excluyente de intereses “únicamente económicos” de los trabajadores parece desdejar su propia doctrina sobre la legitimidad de las huelgas políticas, que se encuentra a la vista en las mismas recopilaciones. A título de ejemplo, véase: *La libertad sindical*, recopilación de 2006, p. 526. “Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores.” *Ibidem*, párr. 527: “Las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política, económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida.”

de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho” (“Baena”)²¹. La libertad sindical de asociación y de acción son dos dimensiones que “*deben ser garantizadas simultáneamente*”, puesto que “[l]a libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga” (“Huilca Tecse”)²².

Pero si dirigimos la mirada hacia Europa, constatamos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de huelga y de negociación colectiva se encuentra ligada a las libertades económicas, porque este tribunal ha juzgado estos derechos sociales en relación con las libertades de establecimiento y desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios²³ (garantizadas por el art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Directiva 96/71).

Apenas transcurrido un lustro del siglo XXI, la alta jurisprudencia europea inició un proceso de relativización y condicionamiento de la eficacia de los derechos laborales colectivos mediante el dictado de sentencias controversiales (en los casos “*Viking*”, “*Laval*”, “*Ruffert*” y “*Fonnship*”²⁴) que deslegitimaron el ejercicio de la huelga y la negociación colectiva cuando estos derechos entraron en colisión con las referidas libertades del mercado eurocomunitario. El TJUE priorizó las ventajas competitivas de las empresas que desplazaron sus trabajadores *low cost* al territorio de otros estados sin someterse a la normativa legal y convencional de estos últimos, que les resultaba más onerosa en cuanto

²¹ CortelIDH, “*Baena, Ricardo y otros vs. Panamá (Fondo, reparaciones y costas)*”, sentencia del 2/02/2001, Serie C N° 72, párr. 156.

²² CortelIDH, “*Huilca Tecse, Pedro y otros vs. Perú (Fondo, reparaciones y costas)*”, sentencia del 3/03/2005, Serie C N° 121, párr. 70 y 72.

²³ MENDOZA NAVAS, Natividad, “La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Directora), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, col. *Enfoque Laboral* n° 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 123.

²⁴ Respectivamente: STJUE, 11 de diciembre de 2007, “*International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union (FSU) vs. Viking Line ABP y su filial OU Viking Line Eesti*” (C-438/05); *ídem*, 18 de diciembre de 2007, “*Laval un Partneri Ltd. vs. Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*” (C-341/05); *ídem*, 3 de abril de 2008, “*Dirk Ruffert vs. Land Niedersachsen*” (C-346/06); e *ídem*, 8 de julio de 2014, “*Fonnship A/S vs. Svenska Transportarbetare-förbundet y del Facket för Service och Kommunikation (SEKO)*” (C-83/13).

a costos salariales y condiciones de trabajo, aunque ello implicara favorecer el *dumping social*.

Conforme sintetiza Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, la libre prestación de servicios opera a favor de las empresas que desplazan trabajadores y, en perjuicio de estos, como inmunidad o antídoto frente a la legislación laboral y la autonomía colectiva del país de acogida, lo cual determina el consecuente sacrificio de los derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y negociación colectiva, tanto de las organizaciones sindicales y de los trabajadores del Estado huésped como de los propios trabajadores desplazados, cuyos derechos colectivos y su posible ejercicio en el lugar de trabajo no aparecen directamente afirmados²⁵.

La doctrina del TJUE favorece ostensiblemente a la libertad de mercado a costa de los derechos de libertad sindical. Puntualmente, en detrimento de la eficacia de las normas nacionales e internacionales que tutelan el derecho de huelga y la vigencia de las convenciones colectivas. Las decisiones de la máxima instancia jurisdiccional de la Unión ilustra la prevalencia de “la Europa de los mercaderes” por sobre “la Europa de los trabajadores”²⁶.

No es posible cerrar este apartado sin hacer siquiera una referencia a la utilización de la tecnología de avanzada para neutralizar la eficacia del ejercicio del derecho de huelga. Este fenómeno, denominado *esquirolaje tecnológico*, que ya ha generado debate jurisprudencial en Europa, no consiste sino en el reemplazo de los trabajadores huelguistas, pero ya no por otros trabajadores

²⁵ De acuerdo con el autor arriba citado, el TJCE, interpretando la normativa de la Unión Europea (Directiva 96/71) a la luz del art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro), además de asegurar un núcleo de reglas imperativas de protección mínima que deben respetar, en el país de acogida, los empresarios que desplazan a trabajadores con objeto de efectuar un trabajo de carácter temporal en el lugar de la prestación, opera también como fijación de máximos de protección, evitando reglas laborales en el país de acogida que mejoren las establecidas en el país de origen (más allá de ese núcleo de normas mínimas). *Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER*, Miguel, “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo”, en *Temas Laborales*, núm. 100, vol. 2, 2009, p. 546.

²⁶ MIRANDA BOTO, José María, “La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, col. *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 85.

contratados *ad hoc* por el empresario (*esquiroles*), sino por dispositivos automatizados²⁷.

4. En la búsqueda de soluciones

Los derechos de acción que integran la libertad sindical, para que esta no permanezca congelada en una mera libertad de asociación testimonial, tienen que incidir en el mismo ámbito global en que acontece el problema, que urge resolver. La pregunta es cómo lograr superar esta situación, que excede lo coyuntural y se encamina hacia su agravamiento, como lo ponen en evidencia la jurisprudencia europea destacada precedentemente y el bloqueo de los mecanismos de control de normas en cuanto se refiere a la huelga nada menos que en el seno de la OIT.

La gravedad y complejidad de la situación no exime a los Estados de buscar respuestas disponiendo de todos los medios a su alcance, pero sin embargo está claro que, dada la dimensión transnacional del problema, este no podrá ser enfrentado victoriosamente desde el aislado marco de la legislación estatal, que la libre circulación de mercancías y capitales permite a las empresas eludir con facilidad²⁸. Es necesario impulsar acciones que se proyecten extraterritorialmente, es decir, que trasciendan esa limitada dimensión geográfica-jurídica, con el fin de construir una regulación.

Tras ese fin, no se debe menospreciar que aún preservan su vigencia instrumentos internacionales de derechos fundamentales que podrían dar sustento a un hipotético pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia, que es el órgano autorizado para clausurar cualquier discusión relativa a la interpretación de tratados²⁹.

²⁷ Véanse la sentencia sintetizada y la bibliografía citada en la nota 7 de este trabajo.

²⁸ SUPIOT, Alain, *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, traducción de Jordi Terré, Península, Barcelona, 2011, p. 148.

²⁹ De acuerdo con el art. 92 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, "*La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas...*" A su vez, el art. 94.1 de la carta orgánica del alto tribunal internacional con sede en La Haya dispone que: "*Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.*" Y el art. 96 del mismo instrumento agrega que: "*a) La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión*

Por otro lado, hay un factor que no debe abdicar su papel de actor relevante en las relaciones laborales transnacionales, y este es obviamente el sindicato. Aunque la pérdida de influencia y la desorientación del movimiento obrero internacional en el escenario de la globalización financiera son inocultables, aún conserva, este actor, un lugar insoslayable en el tripartismo estructural de la OIT.

Desde ese lugar, y en relación con lo señalado dos párrafos más arriba, la Central Sindical Internacional, aún está a tiempo de corregir el error de haber acordado con la OIE, en febrero de 2013, no llevar ante la Corte Internacional de Justicia el planteo sobre la pertenencia del derecho de huelga al contenido del Convenio n° 87. El error puede corregirse denunciando ese acuerdo y requiriendo al Consejo de Administración de la OIT la presentación de una consulta sobre el tema en cuestión ante la Corte de La Haya, que —como se ha dicho— es el único tribunal idóneo para poner un punto final a la discusión.

Este tribunal todavía cuenta con un bagaje importante de normas y doctrina jurídica internacionales en que apoyarse para reafirmar la garantía que recibe la huelga del Convenio sobre la libertad sindical. Doctrina que, con el transcurso del tiempo, continuará diluyéndose así como acrecentándose la creencia de que los sindicatos no han logrado entrar en el siglo XXI.

jurídica. b) Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.”

Bibliografía

- BAYLOS, A. (2012). *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, Serie *Estudios Socioculturales*, Los libros de la Catarata, Madrid.
- BELLACE, J. (2014). “La OIT y el derecho de huelga”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, núm. 1.
- D’ ANTONA, M. (1992). “Derechos sindicales y derecho del sindicato en Italia: el Título III del Estatuto de los Trabajadores revisitado”, traducido por Rosario Gallardo, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Nº 1, Edit. Complutense, Madrid.
- ERMIDA URIARTE, O. (2003). “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”, *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, Lima, Nº 27.
- ERMIDA URIARTE, O. (2011). “Crítica de la libertad sindical”, *rev. Derecho Laboral*, Montevideo, t. LIV, Nº 242, abril – junio.
- HAYEK, F. (2009). “Sindicatos, inflación y beneficios”, *Sindicatos, ¿para qué?*, Colección *Laissez faire!*, Unión Editorial, Madrid.
- MENDOZA NAVAS, N. (2016). “La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Directora), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, Colección *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia.
- MIRANDA BOTO, J. (2016). “La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, Colección *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2016). “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Colección *Enfoque Laboral*, nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia.
- OIT (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO FERRER, M. (2009). “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 100, vol. 2.
- ROMAGNOLI, U. (2001). “La libertad sindical, hoy” (traducción de Antonio Baylos), *Revista de Derecho Social*, Albacete, Nº 14, abril – junio.
- SARTHOU, H. (1997). “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical”, en DE BUEN LOZANO, N. y MORGADO VALENZUELA, E. (Coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, edición de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 188, México.
- SUPIOT, A. (2011). *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, traducción de Jordi Terré, Península, Barcelona.
- SUPIOT, A. (2015). *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, coll. *Poids et mesures du monde*, Fayard, París.
- TASCÓN LÓPEZ, R. (2018). *El esquirolaje tecnológico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, OIT (Proyecto FSAL/ACTRAV) – PLADES – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

**EL TELETRABAJO COMO FENÓMENO SOCIAL Y COMO
NOCIÓN JURÍDICA**

**TELEWORKING AS A SOCIAL PHENOMENON AND AS A
LEGAL NOTION**

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Salamanca, España.

wsr@usal.es

Fecha de envío: 20/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

EL TELETRABAJO COMO FENÓMENO SOCIAL Y COMO NOCIÓN JURÍDICA

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND

Universidad de Salamanca (España)

Resumen: Se aporta un análisis del teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica, abordando su origen y primeras formas de plasmación y regulación, el impacto de la digitalización y el surgimiento de nuevas formas de teletrabajar y la huida al teletrabajo durante la crisis sanitaria.

Palabras clave: Teletrabajo - Digitalización - Crisis sanitaria

Sumario: 1. Una premisa de orden metodológico y conceptual. 2. El origen de una idea y sus primeras formas de plasmación y regulación. 3. El impacto de la digitalización y el surgimiento de formas nuevas de teletrabajar. 4. La huida al teletrabajo durante la crisis sanitaria y sus lecciones. 5. Breve colofón.

Abstract: An analysis of teleworking as a social phenomenon and as a legal notion is provided, addressing its origin and first forms of expression and regulation, the impact of digitization and the emergence of new forms of teleworking and the leakage to teleworking during the health crisis.

Key words: Teleworking - Digitization - Health crisis

Summary: 1. A premise of a methodological and conceptual order. 2. The origin of an idea and its first forms of expression and regulation. 3. The impact of digitization and the emergence of new ways of teleworking. 4. The flight to telework during the health crisis and its lessons. 5. Brief colophon.

“...hay un punto de partida: la relación de trabajo es una relación de poder entre desiguales ...”

Oscar Ermida Uriarte, *Meditación sobre el Derecho del Trabajo* (2011).

1. Una premisa de orden metodológico y conceptual

Uno de los cambios originados por la crisis sanitaria iniciada en marzo de 2020 que con mayor probabilidad está en condiciones de proyectar su impronta sobre la configuración futura de las relaciones laborales en buena parte del mundo es el representado por la inesperada expansión de una modalidad de desarrollo de prestación laboral posible sin demasiadas dificultades pero escasamente practicada en el pasado. Se trata, por supuesto, del teletrabajo. La necesidad de continuar el desarrollo de las actividades productivas evitando el contacto entre las personas, que constituyó desde un inicio la única medida capaz de reducir la curva de contagios, hizo emerger una capacidad de adaptación de las empresas y los trabajadores a los requerimientos de la realización a distancia de las prestaciones laborales, y en particular al manejo de las tecnologías digitales, de la que parecían carecer.¹ El resultado ha llegado a ser tan espectacular que se ha afirmado que constituye el cambio en la organización del trabajo y el desarrollo de las actividades empresariales “más intenso y rápido de todas las transformaciones conocidas en la historia del trabajo”.² Y no es para menos, ya que el teletrabajo pasó, en pocos meses, de ser las más de las veces una alternativa meramente teórica incluso tratándose de aquellas actividades que por su carácter inmaterial y su vinculación a la gestión de la información se prestaban más claramente para su puesta en práctica, a convertirse en una experiencia viva y cotidiana –así como una opción a valorar seriamente de cara al futuro– para muchos miles de empresas y millones de trabajadores.

¹ J. THIBAUT ARANDA; “Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia”, *Trabajo y Derecho*, 2020, monográfico núm. 12, pág. 18 de la versión digital del texto.

² Como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las relaciones Laborales*, 2020, núm. 4, pág. 406.

Esta inesperada expansión del teletrabajo y su más que previsible continuidad en el futuro, bien que a unos niveles que aún es prematuro establecer, han determinado que en muchos países se hayan puesto en marcha iniciativas legislativas o se hayan aprobado normas dirigidas a regular su puesta en práctica, cuya aptitud para responder a las necesidades planteadas por esta forma de trabajar deben ser valorados cuidadosamente.

Acercarse a estas iniciativas y normas, con el fin de ponderar su capacidad de adecuarse a los desafíos postulados por la más que probable expansión del trabajo a distancia habilitado por las tecnologías de la información y las comunicaciones, exige llevar a cabo una aproximación no exclusivamente técnico-jurídica –y menos aún puramente exegética– a sus contenidos. Antes bien, el punto de partida para este análisis no puede ser otro que la contemplación de la realidad del fenómeno organizativo y tecnológico que a través de ellas se persigue ordenar. Es decir, el acercamiento a los perfiles que esta forma de trabajar está asumiendo dentro de nuestra vigente realidad social y productiva. Unos perfiles como veremos, en buena medida distintos de los que pudieron caracterizarla en etapas precedentes. De allí que una premisa ineludible para su estudio venga dada por la realización de una aproximación a la evolución del teletrabajo a lo largo de las últimas décadas, que sirva para dar cuenta de las transformaciones experimentadas por este al hilo del cambio tecnológico y organizativo y las variaciones de las necesidades sociales, incluidas las derivadas de la lucha contra la pandemia. Ello nos permitirá tomar conciencia de los contornos del teletrabajo realmente existente y los problemas que a este subyacen, como presupuesto para abordar el análisis de la regulación que de él pueda haberse llevado a cabo.

Esta aproximación, que busca ir de la realidad a la norma –y no de la norma a la realidad– resulta de fundamental importancia para comprender que la noción jurídica de teletrabajo, como cualquier otra de esta naturaleza, posee una función esencialmente instrumental respecto de la consecución de unos determinados objetivos de política del Derecho por parte de quien recurre a ella. Y que, por tanto, no existe un concepto ontológico de lo que el teletrabajo es o *debe ser* para el Derecho, que sirva para desvelar una supuesta *esencia* o

sustancia natural de este, sino nociones jurídicas determinadas del mismo, que seleccionan ciertos elementos de una realidad compleja, multiforme y cambiante, a los efectos de promover el alcance unas concretas líneas de política jurídica en un momento dado.³ Los contornos y los elementos definitorios del teletrabajo pueden, en consecuencia, variar de una etapa a otra en función de las transformaciones que experimente este fenómeno y los objetivos que se persigan con su regulación. Tenerlo presente es indispensable para evitar elevar a categoría la conceptualización del mismo realizada en un momento de esa evolución y acercar su tratamiento jurídico a las necesidades del tiempo en el que se desenvuelve.

Sobre la base de estas premisas de orden metodológico y conceptual, el presente estudio está dedicado al examen del origen y las transformaciones del teletrabajo en las últimas décadas, con el propósito de extraer de él elementos de juicio útiles para el análisis de las iniciativas que vienen poniéndose en marcha en diversos ordenamientos para su regulación con carácter estructural.

2. El origen de una idea y sus primeras formas de plasmación y regulación

Pese a la pátina de modernidad con la que suele ser presentado –y a lo novedosa que puede resultar su realización para muchas personas– el teletrabajo no es un fenómeno reciente. La idea surge en los Estados Unidos de Norteamérica durante la crisis del petróleo de los años setenta del pasado siglo, cuando el ingeniero de la NASA Jack Nilles dirigió una investigación sobre la aplicación de las tecnologías por entonces disponibles para reducir los desplazamientos de los trabajadores a los centros de trabajo, reemplazándolos por la transmisión a estos de la información necesaria para que realizaran sus labores desde sus hogares o un espacio próximo a estos. A este efecto, Nilles sostenía que si uno de cada siete trabajadores no tuviera que desplazarse a su centro de trabajo, Estados Unidos no tendría necesidad de importar petróleo. En

³ Sobre el carácter instrumental y no ontológico de la noción de teletrabajo, vid. L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, Milano, Giuffrè editore, 2000, págs. 523-525.

función de ello, para Nilles es teletrabajo “cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información”.⁴ Aunque este proyecto llegaría a cuajar solo en espacios muy específicos y terminaría por ser abandonado debido a la remisión de las necesidades que lo impulsaron y los elevados costes y la limitada fiabilidad de las tecnologías de la época, la idea será recuperada década y media después, a inicios de los años noventa, debido al mayor desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones y el abaratamiento de sus costes, en un contexto marcado por la demanda de mayor flexibilidad organizativa por parte de las empresas y de adaptación del trabajo a las necesidades personales y familiares de los trabajadores. Factores a los que se sumará la emergencia de una incipiente conciencia medioambiental.

De esta etapa proviene la noción de teletrabajo que manejamos en la actualidad. En coherencia con la visión del fenómeno que se acaba de presentar, esta se basa en la combinación de tres elementos.⁵ El primero de ellos es de carácter *topográfico*: en el teletrabajo el trabajador debe realizar sus tareas en un lugar distinto de las instalaciones de la empresa, desde el que no pueda estar sometido a vigilancia directa del empleador. Poco importa si se trata de su domicilio u otro espacio elegido por él o pactado, como tampoco que su ejecución se lleve a cabo exclusivamente en ese lugar o alternando períodos de presencia en el centro de trabajo, siempre que la prestación a distancia no sea esporádica o de escaso relieve, sino habitual y preponderante desde el punto de vista cuantitativo.⁶ A este elemento se le añade otro de orden *tecnológico*: para hablar

⁴ Vid. J. NILLES, *The telecommunications-transportation tradoff. Options for tomorrow and today*, Jala International, California, 1973. Una versión extendida y revisada de este informe en J. NILLES, F. CARLSON, P. GRAY y G. HANNEMAN, *The telecommunications-transportation tradoff. Options for tomorrow*, Booksorge Publishing, 2007.

⁵ Para una presentación del debate en torno a los elementos configuradores de la noción de teletrabajo y los distintos conceptos del mismo inicialmente postulados a nivel doctrinal e institucional, se remite a J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, págs. 23-32.

⁶ Sobre la importancia de la dimensión cuantitativa de la prestación a distancia, vid., J. THIBAUT ARANDA, op. cit., pág. 30, indicando que “hay que diferenciar (...) el teletrabajo habitual de aquellos casos en que (...) es tan marginal (...) que no se produce un cambio en la forma de organización o ejecución del trabajo”, caso en el que nos encontramos ante “prácticas parciales o impropias de teletrabajo, que ni siquiera merecen la consideración de tal, al menos desde la perspectiva jurídico-laboral”.

de teletrabajo es preciso que el trabajador se sirva de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones no solo, ni necesariamente, como medio de comunicación, sino como herramienta fundamental para el desarrollo a distancia de su actividad. Esto supone que su objeto se circunscribe a aquellas tareas que, debido a su carácter inmaterial, pueden ser realizadas recurriendo a esas tecnologías. Teletrabajar consiste, desde este punto de vista, en recibir, tratar y enviar información o contenidos inmateriales sirviéndose de las mismas. De hecho, lo que estas hacen posible es que esta clase de prestaciones puedan desplazarse al exterior de la empresa sin merma de su eficacia. La noción se completa, en fin, con un tercer componente de índole *personal* que suele encontrarse implícito en la mayor parte de los casos: su vinculación exclusiva con las tareas que, cumpliendo los requisitos anteriores, sean desarrolladas individualmente por personas físicas. El de teletrabajo es, desde esta perspectiva, una noción eminentemente, que mira hacia la persona que trabaja.

Como es fácil de advertir, esta primera noción de teletrabajo responde a un claro objetivo de política del Derecho: aislar los supuestos en que el recurso a las tecnologías de la información y las comunicaciones da lugar a un desplazamiento completo o especialmente relevante del trabajo al exterior de los centros de labores, del tipo del postulado por los impulsores de la figura y el puesto en práctica por primeros usuarios, como paso previo para la determinación de su régimen jurídico. Y en particular para dilucidar si les es de aplicación la tutela ofrecida a las prestaciones de trabajo asalariado por las normas laborales y previsionales.

De hecho, durante casi toda esta etapa la atención de la doctrina se centró esencialmente en esta cuestión: el establecimiento del carácter subordinado o autónomo del teletrabajo así concebido. La falta de un control directo y personal sobre la actividad del teletrabajador, que por hipótesis caracteriza a tales de prestaciones, hizo entonces dudar a un buen número de autores de que fuese posible hablar con propiedad de subordinación en el teletrabajo,⁷ llegándose

⁷ Vid. por todos M. D'ANTONA, "Los cambios en el derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el derecho italiano", *Debate Laboral*, 1989, núm. 4, pág. 68, indicando que la irrupción de este fenómeno marca el declive de la manera como ha venido siendo concebida la subordinación, "estrechamente entrelazada con las ideas de continuidad y uniformidad en los

incluso a postular, en función de ello, la falta de aptitud de este criterio para ofrecer una respuesta adecuada en términos de tutela a esta forma de trabajar y la necesidad de recurrir a criterios alternativos para suplir la crisis en la que se encontraba sumido el primero como consecuencia de la irrupción en el mundo de trabajo de las tecnologías de la información y las comunicaciones.⁸ Rápidamente se advertiría, no obstante, que la subordinación no desaparece necesariamente en el teletrabajo, ya que la organización y el control de la prestación del trabajador pueden tener lugar con igual o mayor eficacia mediante el empleo de las propias herramientas tecnológicas. La conexión telemática, más aún si es directa y constante, así como el uso de programas informáticos, son capaces de dar lugar a fórmulas de telesubordinación, por utilizar un término por entonces en boga, de igual o mayor intensidad que aquellas a las que se someten quienes prestan servicios presencialmente, por lo que la duda se relacionaba únicamente con algunas actividades, generalmente de elevada cualificación, para cuya ejecución los teletrabajadores gozan de gran libertad. Unas situaciones respecto de las cuales pronto fue posible detectar indicios nuevos de subordinación, como la dependencia tecnológica, la inserción en el sistema informático de la empresa, la presencia de fórmulas conexión interactivas, la continuidad del vínculo y la genericidad de su objeto, la conexión funcional de la prestación con la actividad ordinaria de la empresa, la cobertura de los costes del trabajo por el acreedor, entre otros. El resultado terminó siendo, de tal forma, una recomposición del sistema tradicional de indicios de la subordinación a la luz de los singulares rasgos esta forma de trabajar y no un replanteamiento de esta misma.⁹

Con todo, lo escasos que resultan en esta etapa los pronunciamientos judiciales sobre estas cuestiones nos alerta de dos realidades. En primer lugar, de el teletrabajo no se encontraba aún implantado, al extremo de que no era infrecuente que se dijese que había más estudiosos del mismo que

modos y en los tiempos de empleo de la fuerza de trabajo y de autocracia y jerarquía en la configuración de los poderes empresariales”

⁸ Sobre este debate, permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Lima, Ara Editores, 1997, págs. 60-65.

⁹ Como concluirá F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, Tirnant lo blanch, 1990, pág. 40.

teletrabajadores. Pero, en segundo lugar, que los verdaderos problemas a los que estaba en condiciones de dar lugar el teletrabajo no eran tanto calificación como de régimen jurídico, asociados a la necesidad de hacer frente a una serie de riesgos que sus peculiaridades estaban en condiciones de generar. Unos riesgos entre los cuales había que contar, además de su posible empleo como una fórmula de evasión de la legislación laboral y de introducción de diferencias injustificadas de trato respecto de los trabajadores internos, los relacionados con la invasión del domicilio y la vida privada y familiar del trabajador, de incumplimiento de las reglas en materia de jornada de trabajo, con la consiguiente colonización del entero tiempo del trabajador y la pulverización de su derecho al descanso, de falta de protección de la seguridad y la salud, de transferencia de los costes de realización de la actividad al trabajador o de disolución de la acción sindical, por citar solo los más relevantes.

La tipología del teletrabajo que solemos manejar incluso hoy proviene igualmente de esta etapa, por lo que parte de la misma idea de lo que este es. Esta suele girar en torno a tres criterios complementarios: a) la diferente *localización* remota de las labores, en función de la cual puede distinguirse el teletrabajo *en casa* o a domicilio, que incluye el realizado en la vivienda del trabajador y, por extensión, en un lugar elegido por éste o convenido, el teletrabajo en *centros de teletrabajo* o instalaciones de uso compartido de las que no es titular el empleador y el teletrabajo *móvil* o itinerante, en el que el puesto de trabajo no está situado en un lugar determinado, generalmente por estar el trabajador en movimiento; b) el diverso tipo de *enlace* entre el trabajador y la empresa, que permite diferenciar el teletrabajo *desconectado* u *off line*, en el que no existe un enlace directo con el sistema informático de la misma, de forma que se reciben instrucciones, se ejecutan y se remite el resultado por medios convencionales o recurriendo al correo electrónico, el teletrabajo *unidireccionalmente conectado* o *one way line*, caracterizado por la existencia una conexión simple con los ordenadores de la empresa, que permite a ésta enviar datos al trabajador y viceversa, sin que pueda la primera intervenir sobre el terminal de este o interactuar con él, y el teletrabajo *en línea*, *interactivo* u *on line*, en el que el terminal del trabajador se encuentra inserto en la red de

comunicaciones electrónicas de la empresa, de forma que puede entablarse un diálogo interactivo entre ambos, que permite que la transmisión de instrucciones y el control de su cumplimiento se lleven a cabo en tiempo real; y c) la distinta *vinculación* con el trabajo en la sede de la empresa, con arreglo a la cual cabe separar el teletrabajo *absolutamente externo*, en el que el trabajador desarrolla la totalidad de su labor delante de un videoterminal externo, que puede estar situado incluso en un Estado distinto, dando lugar al teletrabajo transnacional u *off shore*, del teletrabajo *en alternancia*, en el que se combina una prestación preponderantemente realizada a distancia con la asistencia al centro de trabajo en ocasiones predeterminadas o cuando el trabajador es requerido o lo cree necesario.¹⁰ Esta es, con todo, una tipología en el fondo más ideal que real, ya que el teletrabajo no conseguirá despegar, y menos aún sus presuntas modalidades más avanzadas y versátiles, ni aún después del cambio de siglo, pese a la progresiva mejora y el constante abaratamiento de las tecnologías que lo hacen posible.

Precisamente de la primera década del presente siglo datan los primeros intentos de definición normativa y regulación del teletrabajo. En Europa punto de arranque estuvo representado por la suscripción en 2002 del *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* por los agentes sociales de ámbito comunitario. El sentido de este pacto, de exclusivo valor obligacional, fue actuar como referente para la negociación colectiva de cada país. No obstante, el tiempo y la ausencia de otros referentes han permitido que opere también como una relevante fuente de inspiración para los legisladores nacionales, incluido el nuestro. La definición que del teletrabajo que ofrece este acuerdo se encuentra claramente en línea con las ideas fundamentales a las que venimos haciendo referencia. “El teletrabajo es”, indicará a este efecto, “una forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información, en el marco del contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma *regular*”. Como puede apreciarse, de este modo los agentes sociales optan

¹⁰ La importancia del carácter preponderante de la prestación a distancia es, en todo caso, tan grande en esta etapa que por ejemplo J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo*, cit., págs. 32-39, prescinde del tercero de los criterios de clasificación.

por prescindir del problema de la calificación jurídica del teletrabajo, que había sido la cuestión estrella de la década anterior, para declarar de forma directa su aplicación exclusivamente al teletrabajo subordinado derivado de la celebración de un contrato de trabajo. No obstante, dejado de lado o eludido el asunto, la noción de teletrabajo que se aporta parte, al igual que las nociones entonces al uso, de considerar como tal únicamente aquél en el que existe una realización plena o al menos especialmente relevante de la prestación a distancia, bien desde el domicilio o desde otro lugar, ya que solo entonces es posible entender que se ha producido la “externalización” con “regularidad” de un trabajo susceptible de ser realizado internamente.¹¹ Fuera quedan, de tal forma, los casos en que el trabajo desarrollado desde el exterior carece de ese atributo por ser de escasa entidad o importancia. Y también aquellos en los que la transferencia a un destino remoto de las labores tiene lugar de manera eventual, esporádica u ocasional.¹²

Es más, toda la propuesta de regulación del teletrabajo contenida en este acuerdo pivota sobre esta misma idea: la realización con regularidad de una labor total o prevalentemente externa sirviéndose de herramientas tecnológicas. Empezando por la inclusión de dos garantías que resultan de especial importancia tratándose de prestaciones de ese tipo: su voluntariedad y la igualdad de derechos respecto de los trabajadores internos comparables. A estas últimas se suma una serie de deberes en cabeza del empleador dirigidos a prevenir los más importantes riesgos a los que podía dar lugar esta forma de trabajar, como los de respeto de la vida privada del trabajador, de forma que la instalación de sistema de videovigilancia deberá ser “proporcional al objetivo perseguido”; de facilitar, instalar y mantener los equipos y sufragar los costes de concesión, salvo pacto en contrario; o de garantizar la protección de la seguridad y la salud del teletrabajador, con acceso al lugar de trabajo conforme a la legislación vigente y con el consentimiento de trabajador de ser este su domicilio.

¹¹ Como apuntan E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L. PELUSI y M. TIRBOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt, 2017, pág. 16, “el requisito de la regularidad no implica la necesidad de que la prestación sea desarrollada *in toto* fuera de los locales de la empresa, sino que admite la presencia de formas de teletrabajo en alternancia”.

¹² Vid., en la misma dirección, C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci Editore, 2018, págs. 79-80.

Y también un bloque de derechos del teletrabajador que cumplen una función semejante, como los de gestionar su tiempo de trabajo, respetando el marco normativo y debiendo ser la carga de trabajo y los criterios de resultados equivalentes a los trabajadores internos comparables, a acceder a las mismas oportunidades de formación y desarrollo profesional o a la igualdad en el ejercicio de los derechos colectivos y de comunicación con sus representantes, pudiendo elegir y ser elegido entre estos.

A diferencia de lo ocurrido en otros países europeos,¹³ este acuerdo no sería en España objeto de transposición o recepción directa, ni en el ámbito confederal, ni a nivel legislativo. Esta falta de interés, cuya correlación con la muy escasa implantación del teletrabajo entre nosotros es evidente, se mantendrá hasta 2012. Incluso entonces, sin embargo, el legislador optará por incluirlo dentro de una solución reguladora más amplia y ambigua. Esta vino representada por la reforma del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, históricamente dedicado al “trabajo a domicilio”, con el fin de disciplinar el “trabajo a distancia”, definido como toda “prestación de actividad laboral que se realice de manera *preponderante* en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”. El teletrabajo aparece así englobado dentro de un bloque más amplio de prestaciones, en el que se incluye también el tradicional trabajo a domicilio, así como cualquier otra labor susceptible de ser desarrollada “a distancia”. Todas estas modalidades quedan incluidas dentro de la categoría, sin embargo, solo en el caso de que el trabajo desarrollado en el exterior sea preponderante respecto del que pueda realizarse internamente. La norma parte, de este modo, de una visión del fenómeno similar a aquella a la que venimos aludiendo, aunque condicionando su aplicación a un requisito incluso más riguroso que el previsto por el acuerdo europeo, como es el de que “al menos el 51 % de la actividad se realice fuera”,¹⁴ lo cual conduce igualmente a excluir el

¹³ Téngase presente por ejemplo el caso de Italia, donde los agentes sociales suscribieron el 9 de junio de 2004 el *Accordo Interconfederale di recepimento dell'Accordo-quadro europeo sul telelavoro*.

¹⁴ Como señala L. E. DE LA VILLA GIL, “Trabajo a distancia”, en J. M. GOERLICH PESET (Coordinador), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo blanch, 2016, pág. 311. Una visión más flexible es, con todo, la de M.

teletrabajo de duración inferior a la indicada y el teletrabajo eventual u ocasional.

15

En cualquier caso, la colocación esta primera regulación del teletrabajo dentro del Título I del Estatuto, en la sección dedicada a las “modalidades del contrato de trabajo”, resulta en sí misma muy relevante, en la medida en que confirma la aplicación al teletrabajo de todas las reglas establecidas por el mismo, con la única excepción de las especiales introducidas por el precepto. Unas reglas, estas últimas, coincidentes con las previstas por el acuerdo europeo, aunque son menos y más genéricas: carácter voluntario y forma escrita, igualdad de derechos, derecho como mínimo a la retribución establecida para el grupo profesional y las funciones de los que se trate, acceso a la formación profesional y derecho a información sobre las vacantes de puestos presenciales, derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, con aplicación, sin matices y ni especificaciones, de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y posibilidad de ejercer los derechos de representación colectiva conforme a la legislación vigente, debiendo el trabajador estar adscrito para ello a un centro de trabajo.

3. El impacto de la digitalización y el surgimiento de formas nuevas de teletrabajar

Sobre el panorama del teletrabajo que pudiéramos llamar de “primera generación”, hasta aquí brevemente descrito, han incidido en el último decenio dos tipos de cambios de especial significación.

Cambios de orden tecnológico, en primer lugar, asociados a la digitalización cada vez mayor de la economía y el desarrollo exponencial de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y en particular de los

N. MORENO VIDA, “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, *Temas Laborales*, 2012, núm. 115, pág. 218, para quien el requisito de la preponderancia podía entenderse satisfecho siempre que el trabajo a distancia ocupase al menos el 20 % de la jornada laboral.

¹⁵ Que, sin embargo, ya en esta etapa empezaban a encontrarse previstos en algunos convenios colectivos. Vid. algún ejemplo en B. GARCÍA ROMERO, *El teletrabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 2012, pág. 90. nota 75.

dispositivos portátiles y las tecnologías *wireless* para el acceso y envío de datos *on line*, que han hecho posibles formas de ejecución de la prestación laboral y modelos de organización del trabajo impensables poco tiempo antes. La influencia de estas variables sobre el diseño tradicional de las actividades laborales se expresa a través de tres fenómenos confluyentes: a) la “desmaterialización”, “digitalización” o “virtualización” de un número cada vez más amplio de trabajos e incluso de fases enteras de los procesos de producción, que pueden ser desarrolladas ahora virtualmente sirviéndose de herramientas digitales; ¹⁶ b) la multiplicación de las tareas “desmaterializadas”, “digitales” o “virtuales” incluso dentro de los trabajos que por su naturaleza siguen requiriendo cierta dosis de presencialidad; y c) la posibilidad de que los trabajos, las fases de los procesos de producción y las tareas recién referidos se desarrollen desde cualquier lugar y en cualquier unidad de tiempo sirviéndose de dispositivos portátiles e inalámbricos y la tecnología de transmisión de datos antes referida, sin que ello suponga merma de su efectividad o una elevación de sus costes.

El juego combinado de estos fenómenos ha hecho posible una completa ruptura de la unidad de tiempo y espacio que ha caracterizado durante mucho tiempo el desarrollo de las actividades laborales. Esto supone que en la presente etapa no solo es posible desplazar el lugar de desarrollo de la prestación fuera de la sede de la empresa, como ocurría en el pasado, sino que tanto ese lugar como el ámbito temporal en el que el trabajo ha de desenvolverse se transforman en factores *líquidos*, susceptibles de ser moldeados a voluntad. Se abre con ello la posibilidad, en el fondo inédita hasta este momento, de trabajar “en cualquier momento y desde cualquier lugar”. ¹⁷ Pero esto no es todo. Adicionalmente es preciso tener en cuenta que, como consecuencia de esos mismos fenómenos, las propias fronteras entre el trabajo presencial y el trabajo a distancia, antes claramente delimitadas, se tornan igualmente líquidas o difusas, al ser posible

¹⁶ El término “desmaterialización” es utilizado por C. SPINELLI, *Tecnologie digitali ...*, cit., pag. 21. A través de él se alude al hecho de que “las ocupaciones y las tareas laborales implican cada vez más la comunicación y la transferencia de conocimientos y productos, símbolos y servicios informativos desde destinos remotos”, como se apunta en el informe conjunto OIT-EUROFOUND, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 2017, pág. 10.

¹⁷ De acuerdo con la gráfica expresión utilizada por el informe citado en la nota anterior.

una intercambiabilidad entre ambos antes desconocida o muy poco practicada. El trabajo no solo puede ser, así, total o parcialmente a distancia, sino también prestado de forma alternativa o indistinta tanto en el interior como desde el exterior de las instalaciones empresariales. Es más, a esto debe añadirse, como una tercera consecuencia de relieve, un cierto derrumbamiento de los confines entre ambas formas de trabajar, marcado por la posibilidad, abierta igualmente por las nuevas tecnologías, del desarrollo de prestaciones a distancia a continuación o más allá del período ordinario de desarrollo del trabajo. Es decir, añadidas al trabajo presencial.

Estos cambios de orden tecnológico han venido acompañados de otros igualmente relevantes en las estrategias empresariales y los usos sociales, que abogan en favor de una mayor fluidez en la fijación del espacio y el tiempo de desarrollo de la prestación laboral, así como de una adaptación flexible de ambas dimensiones a las circunstancias y necesidades de cada momento. Hacen así su aparición formas nuevas de organización del trabajo que dependen menos de la presencia física y la imposición de ritmos regulares y más de la asignación fragmentaria y flexible de tareas en función de objetivos, proyectos o resultados, para las cuales el dónde y el cuándo del desarrollo del trabajo adquieren una dimensión distinta, menos relevante en algunos casos, pero mayor en otros, abriendo así el camino, tanto para una adaptación flexible del trabajo a las necesidades de los individuos, como para sistemas que requieren que los trabajadores se encuentren permanentemente “en guardia” para atender desde cualquier lugar las necesidades de cada momento.¹⁸ Unos sistemas, estos últimos, que encuentran un espacio mayor para su aceptación debido al auge de una cultura organizativa basada en la corresponsabilización de los trabajadores respecto del alcance de los objetivos empresariales y el empleo de estrategias de gestión basadas la construcción de relaciones colaborativas y de confianza.

¹⁹

El resultado de todo ello es un enriquecimiento de la tipología del teletrabajo concebida en los años noventa. E incluso una transformación de su

¹⁸ Según se destaca en el informe de EUROFOUND, *Telework and ICT-base mobile work: Flexible working in the digital age*, 2020, págs. 3 y 14.

¹⁹ Como observa C. SPINELLI, op. cit., especialmente págs. 43-44.

morfología.²⁰ Este enriquecimiento viene marcado, antes que nada, por la apertura de la posibilidad cierta de que el mismo se lleve a cabo sin una ubicación y e incluso una ordenación temporal definidas y fijas. Emerge de tal modo un nuevo tipo de teletrabajo *de alta movilidad o flexible*,²¹ tanto desde el punto de vista espacial como temporal, imposible o sumamente difícil de ser desarrollado con fluidez en el pasado. A su lado es preciso tener en cuenta también la aparición formas de teletrabajo en régimen de alternancia distintas de las hasta entonces conocidas, en las que pueden sucederse prestaciones a distancia y prestaciones presenciales sin que exista un criterio o una fórmula previamente determinados y sin que las primeras tengan necesariamente carácter preponderante. Esto nos remite a una inédita modalidad de teletrabajo *ocasional, esporádico, no regular o no ordinario*, en tanto que desprovisto de los atributos de la regularidad y la predominancia que han caracterizado nuestra forma de entenderlo. Es más, a su lado es preciso tener en cuenta la aparición de otra forma no registrada de teletrabajo, al que puede asignarse la denominación de *adicional o suplementario* en tanto que compuesto por una serie de prestaciones o tareas añadidas a las que ordinariamente corresponden al trabajador, en este caso tanto a distancia como presencial, que le son requeridas más allá del espacio de desarrollo de su labor o el tiempo de trabajo convenido, bien por correo electrónico o telefónicamente, y que este asume informalmente desde donde se encuentre sin recibir a cambio por lo general una retribución adicional.

²² O incluso por tareas asumidas espontáneamente por los trabajadores más allá

²⁰ Se sigue aquí la tipología de formas de teletrabajo propuesta por el informe de OIT-EUROFOUND, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, citado en *supra* nota 17, pág. 5, aunque con el añadido propuesto por los autores citados en *infra* nota 23.

²¹ Denominado también *smart working* o *lavoro agile* dentro de la literatura especializada en lengua inglesa e italiana.

²² Vid. S. BOLOGNA y F. LUDICONE, “El trabajo ágil y el teletrabajo en el escenario europeo y comparado: dinámicas emergentes, efectos sobre la calidad del trabajo e instrumentos de regulación”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, núm. 5, pág. 533, quienes proponen distinguir entre el trabajo a distancia “sustitutivo” del trabajo presencial y el teletrabajo “adicional”, que es aquel que “excede la normal prestación de trabajo” en la sede. En la misma dirección, J. CRUZ VILLALÓN, “Teletrabajo y coronavirus ...”, cit., pág. 407, destacando cómo “hay trabajadores que formalmente no se les considera (...) teletrabajadores, pero que al final del día, o durante el fin de semana ejecutan algún tipo de trabajo en su domicilio, complementario del ejecutado en su centro de trabajo o bien preparatorio del mismo”.

de lo exigible debido a sus expectativas personales, especialmente cuando el teletrabajo y su retribución se asocian al logro de objetivos o resultados.²³

Es más, estudios realizados en los últimos años sobre la implantación del teletrabajo ponen de manifiesto que las formas nuevas de teletrabajo móvil o flexible y de teletrabajo ocasional o esporádico son más frecuentes de lo que pudiera pensarse, siendo el teletrabajo total o predominantemente desarrollado desde el hogar más escaso. Así, según datos proporcionados por EUROFOUND en un informe elaborado conjuntamente con la OIT a partir de una encuesta aplicada en 17 países, del 17 % de los trabajadores que declaran teletrabajar al interior de la Unión Europea, una cifra próxima al 10 % señala que lo hace unos días a la semana, no necesariamente fijados de antemano, en tanto que afirman llevar a cabo prestaciones a distancia móviles o flexibles cerca del 5 %, limitándose el teletrabajo desde el domicilio a algo menos del 3 % restante.²⁴ Esto significa que casi el 60 % del teletrabajo existente en Europa es ocasional o esporádico y que una cifra próxima al 30 % es teletrabajo móvil o flexible, en tanto que el teletrabajo absoluta o mayoritariamente doméstico posee un impacto notablemente inferior. La importancia que adquiere el teletrabajo ocasional puede advertirse también, aunque con menos fuerza, en el caso de España, a través de los datos proporcionados por la Encuesta de Población Activa del año 2019. De acuerdo con estos, casi el 42 % de quienes trabajan desde casa, lo cual supone un total de 688.700 personas, indican que lo hacen de forma ocasional, por un número de días inferior a la mitad del total de los trabajados.²⁵ No existe información, en cambio, sobre el impacto en España del teletrabajo móvil o flexible, ni tampoco del teletrabajo adicional o suplementario, en este caso por su carácter no reconocido e incluso oculto. Todo induce a pensar, sin

²³ Opera aquí la llamada “paradoja de la autonomía”, a la que hace referencia el informe de EUROFOUND citado en *supra* nota 19, pág. 1, donde se señala que la mayor autonomía de la que pueden disfrutar los teletrabajadores puede conducir a una intensificación del trabajo cuando se combina con una gran carga de trabajo y culturas de trabajo dominadas por la competencia, la autogestión o los mecanismos para imponer el rendimiento.

²⁴ Vid. OIT-EUROFOUND, *Working anytime, anywhere ...*, cit., pág. 15. Estos datos provienen de una encuesta aplicada en 2015, cuyas conclusiones continúan siendo válidas de acuerdo con el informe de citado en *supra* nota 19.

²⁵ Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa, microdatos de la submuestra anual de 2019. Con más amplitud, vid. B. ANGHEL, M. COZZOLINO y A. LACUESTA, “El teletrabajo en España”, *Boletín Económico del Banco de España*, 2020, núm. 2, especialmente págs. 5-11.

embargo, que mientras el primero posee en nuestro país una incidencia limitada, el segundo se va extendiendo de forma paralela a la difusión de las tecnologías y los instrumentos de comunicación que lo hacen posible.

Este inesperado avance del teletrabajo ocasional no resulta sorprendente si se tiene en cuenta que, según los estudios disponibles, se trata de la modalidad de teletrabajo que mejor se adapta a las necesidades e intereses de conciliación entre el trabajo y la vida personal y familiar de los trabajadores, en particular debido a la flexibilidad selectiva del lugar de trabajo que permite, y la que mejor balance de condiciones laborales proporciona a estos.²⁶ Además de ser aquella capaz de ofrecer resultados más positivos desde la perspectiva empresarial. No ocurre lo mismo con el teletrabajo total o predominantemente casero, que promueve el aislamiento y dificulta la interacción, ni tampoco con el teletrabajo móvil o flexible, que está en condiciones de socavar el equilibrio entre trabajo y vida privada y ser fuente de incertidumbre y estrés, al dar lugar a horarios más largos e irregulares e incluso a una suerte de permanente disponibilidad digital de quienes lo practican.²⁷ Siendo, en fin, el teletrabajo adicional o suplementario una fórmula de extensión extemporánea e irregular de los alcances de la prestación convenida cuya práctica está en condiciones de potenciar estos efectos.²⁸ De allí que las recomendaciones de política se inclinen por el fomento del teletrabajo ocasional frente a las restantes formas de teletrabajo.²⁹ Y en particular frente al teletrabajo flexible o de alta movilidad y el teletrabajo adicional o suplementario, cuyo uso debe ser más bien restringido.³⁰

4. La huida al teletrabajo durante la crisis sanitaria y sus lecciones

²⁶ Como indica en su parte conclusiva el informe de EUROFOUND, *Telework and ICT-based mobile work ...*, cit., pág. 53, los trabajadores que más se benefician del trabajo a distancia son los que lo llevan a cabo ocasionalmente. Para estos el mismo se traduce en mejores condiciones de trabajo y mejores resultados en relación con el tiempo de trabajo, el equilibrio entre trabajo y vida privada y algunos aspectos de la salud y el bienestar.

²⁷ Vid. el detenido análisis contenido en EUROFOUND, op. ult. cit., y especialmente las págs. 1, 16, 22-23 y 25-26.

²⁸ Vid. S. BOLOGNA y F. LUDICONE, “El trabajo ágil ...”, cit., destacando cómo “el teletrabajo adicional no remunerado representa una obvia forma de beneficio para la empresa con detrimento de la extensión de los tiempos de trabajo”.

²⁹ Nuevamente EUROFOUND, *Telework and ICT-based mobile work ...*, cit., pág. 54.

³⁰ Vid. en esta dirección, OIT-EUROFOUND, *Working anytime, anywhere ...*, cit., págs. 2 y 59.

Con todo, pese a la significativa mejora y el notable abaratamiento de las tecnologías que lo hacen posible y su cada vez más versátil configuración, el teletrabajo no terminará de despegar en España ni aún a finales de la segunda década del presente siglo. De hecho, aunque muchas de las grandes compañías empezaron a ofrecerlo a su personal a partir de los años 2000, los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística ponen de manifiesto que a finales de 2019 solo un 8,3 % de los trabajadores recurría a él, en un 58 % con carácter preponderante y en un 42 % de forma ocasional, como quedó dicho, pese a que alrededor del 30 % ocupaban puestos que pueden desempeñarse en un importante porcentaje desde casa.³¹ El motivo seguramente hay que buscarlo, además de en la inexistencia de experiencias previas, en el arraigo de la tradicional cultura de la presencialidad –o del presentismo– en el trabajo, que induce a muchos gestores a pensar que quienes no están sujetos a vigilancia directa no se encuentran realmente trabajando o no pueden ser controlados.

Esta era la situación, de escaso desarrollo material y normativo del teletrabajo, en la que nos encontrábamos cuando a mediados de marzo de 2020 hizo su aparición la crisis sanitaria ocasionada por el virus COVID-19, causando una auténtica revolución en ambas esferas. Esto ha sido así, como es sabido, en la medida en que esta forma de trabajar –y más en general el trabajo a distancia– constituye el instrumento ideal para garantizar el aislamiento social indispensable para reducir los contagios sin impedir a las personas desarrollar sus actividades laborales. De allí que tres días después de la declaración del estado de alarma, el art. 5 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, optase por introducir una regulación *ad hoc* del trabajo a distancia dirigida a generalizar su puesta en práctica mientras dure la situación de emergencia en todos los sectores y actividades productivas donde resulte posible.

Con este propósito el precepto dispuso que “se establecerán sistemas de organización” del trabajo “que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia”, debiendo la empresa adoptar “las medidas oportunas”, si ello es “técnica y razonablemente

³¹ Conforme a los cálculos del alcance del “teletrabajo potencial” en España realizados por B. ANGHEL, M. COZZOLINO y A. LACUESTA, “El teletrabajo en España”, cit., págs. 11-13.

posible” y “el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado”. El trabajo a distancia deja de operar, de tal modo, como una modalidad contractual, para convertirse transitoriamente en un sistema alternativo de organización del trabajo dirigido mantener en funcionamiento de la economía pese al confinamiento de la población.³² Es más, este es un sistema que posee, de acuerdo con la propia norma, carácter prioritario “frente a la cesación temporal o reducción de la actividad”. Esto supone que estas medidas solo podrán ser puestas en marcha por el empresario en caso de que no se cumplan las condiciones de factibilidad técnica y material y viabilidad económica del trabajo a distancia previstas por la norma. Debiéndose recurrir a este de concurrir esas condiciones.³³ Algo similar podría ser afirmado en relación con el trabajador, cuyo consentimiento no viene exigido por la norma. Sin que en este caso se introduzca además prevención, cautela o compensación alguna respecto del desplazamiento del trabajo a su domicilio.³⁴ Una interpretación del precepto a la luz de la garantía del más privado de los espacios, impuesta por el artículo 18.2 de la Constitución, unida a la ausencia de un pronunciamiento rotundo del legislador en tal sentido, que permita entender que se ha producido el completo sacrificio de esa garantía en aras de la salud pública, han de conducir, sin embargo, a admitir la posibilidad de una negativa del trabajador, bien que debiendo soportar este sus eventuales consecuencias, que en este caso seguramente vendrían dadas por la imposición de una suspensión contractual.³⁵

El resultado ha sido, como sabemos, una huida precipitada, masiva, forzada –más allá de las indicadas cautelas, en la práctica más simbólicas que reales– y sin garantías hacia el teletrabajo desarrollado totalmente desde el domicilio, que por más efectiva que pueda haber sido para doblegar la curva de

³² M. E. CASAS BAAMONDE, “El carácter preferente del trabajo a distancia en el estado de alarma y en la crisis sanitaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, núm. 7, pág. 927.

³³ Por más que, como apunta la autora citada en la nota anterior, pág. 928, esta prioridad no contase dentro de la norma “con ningún mecanismo para ser hecha efectiva en la tramitación procedimental de las medidas extraordinarias de ajuste temporal del empleo (...), volcadas hacia la evitación de los despidos”,

³⁴ Incluso en relación con un valor tan fundamental como la protección de la seguridad y la salud, la norma se conforma con declarar que “se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos” exigida por la normativa vigente “a través de una autoevaluación realizada voluntariamente” por el trabajador.

³⁵ Vid., aunque sin hacer alusión al precepto constitucional, J. THIBAUT ARANDA, “Toda crisis trae una oportunidad ...”, cit., págs. 5-6.

contagios, no parece que pueda representar un modelo para el futuro. La intensidad del desplazamiento del trabajo a los hogares que se ha producido en España ha sido, en todo caso, de tal magnitud que ha llegado a colmar –y quizá superar– el índice máximo de crecimiento potencial de esta forma de trabajar, cifrado como hemos indicado en alrededor del 30 % de los puestos de trabajo.

³⁶ Esto ha supuesto, como se indicaría con insistencia en los días más agudos de la crisis, la puesta en marcha del mayor ensayo de aplicación masiva del teletrabajo jamás desarrollado entre nosotros, en el que han participado varios millones de trabajadores. De allí que las condiciones en las que esta experiencia tuvo lugar y las lecciones de ella puedan extraerse constituyan un valiosísimo material para plantearse el desarrollo futuro de esta forma de trabajar.

Lastimosamente, dichas condiciones se encuentran marcadas por el carácter atropellado y sin garantías de la imposición del teletrabajo derivada de la crisis sanitaria, a la se sumaron de un día para otro todo tipo de empresas y trabajadores, incluyendo los no dotados de infraestructuras y medios, así como de formación o experiencia previa. El resultado es de sobra conocido: salvo honrosas excepciones, teletrabajar durante la crisis sanitaria supuso hacerlo con pequeño ordenador portátil, muchas veces propiedad del trabajador, desde un espacio de su domicilio no adaptado para ese uso, en medio de constantes interrupciones de los miembros de la propia familia, confinados como él, participando en un sinnúmero de reuniones virtuales realizadas por lo general a través de plataformas gratuitas, las cuales no siempre conseguían salir adelante debido a la impericia de los participantes y los límites de las conexiones domésticas a Internet, sufragadas con frecuencia también por los propios trabajadores, mientras estos recibían un bombardeo incesante de llamadas telefónicas, mensajes de correo electrónico o dirigidos desde aplicaciones de uso generalizado, que en muchos casos se iniciaba a primera hora de la mañana y no concluía hasta bien entrada la tarde o incluso la noche. Los teletrabajadores

³⁶ De acuerdo con el estudio de EUROFOUND, *Living, working and COVID-19*, realizado durante la fase más aguda del confinamiento, el porcentaje de teletrabajadores llegó a alcanzar en España el 34 %, superando así la que se considera su posibilidad máxima de expansión. Esto induce a pensar que la cifra incluye otras formas de trabajo desde casa, así como actividades que en condiciones normales no se llevarían a cabo a distancia.

de la emergencia sanitaria han trabajado, de tal forma, mucho más y sometidos a más presión que cuando lo hacían en sus centros de trabajo, pero con unos resultados que han terminado siendo por lo general inferiores a los normales. La crisis dio lugar, así, a un círculo vicioso, marcado por la ampliación de los tiempos de trabajo, el incremento de la insatisfacción de los trabajadores y la disminución de la productividad.³⁷

Esto supone que, si por un lado esta experiencia ha permitido advertir a muchos trabajadores y empresarios que el teletrabajo es posible y puede tener ventajas, por el otro ha mostrado también que este puede convertirse en una muy invasiva, estresante y costosa –en especial para el trabajador– forma de trabajo desde casa que no constituye un modelo para las etapas que vendrán. De allí que, si se desea que el impulso adquirido por el teletrabajo perviva más allá de la crisis sanitaria, sea preciso aprender de este improvisado ensayo y adoptar medidas que permitan reconducir su puesta en práctica a fronteras y límites sostenibles en una situación de normalidad.

En concreto, tales medidas deberían dirigirse a evitar la reproducción de cuatro fenómenos negativos, típicos del estado de cosas vivido en los últimos meses por muchos teletrabajadores.

El primero de ellos está representado por el teletrabajo impuesto, sin dotación de los medios necesarios, ni adaptación del lugar de trabajo y con asunción de sus costes por el trabajador.³⁸ Frente a ello, resulta claro que deberá garantizarse su voluntariedad para ambas partes, así como la dotación por el empleador de los equipos y las conexiones necesarias, lo mismo que la cobertura de los gastos que pueda generar, en línea con lo previsto por el

³⁷ Con apunta, con cita de la literatura especializada, M. E. CASAS BAAMONDE, “El carácter preferente ...”, cit., pág. 930. La autora destaca, a partir de los datos proporcionados por el informe de EUROFOUND citado en la nota anterior, que el 18,2 % de los trabajadores españoles declaró haber visto incrementada su jornada de trabajo durante la pandemia, mientras un 37,3 % señaló que había trabajado en su tiempo de descanso para atender sus obligaciones laborales, llegando al 58,8 % el volumen de los que indicaron que no podían dedicar el tiempo que deseaban a sus familias por tales causas. Para un testimonio de cómo se desarrolló el teletrabajo durante esta etapa, vid. A. ALFAGEME, “El teletrabajo no era esto”, *Diario El País*, edición del 10 de agosto de 2020, disponible en <https://elpais.com/sociedad/2020-08-08/el-teletrabajo-no-era-esto.html> (última vista el 8-12-2020).

³⁸ Debe tenerse presente aquí que, según el tantas veces referido estudio de EUROFOND, España es el país europeo donde menos teletrabajadores utilizaron equipos facilitados por su empleador, con solo un 37 %.

Acuerdo Marco Europeo. La normativa preventiva debería ser igualmente adaptada a los efectos de asegurar que no podrá ser realizado sin que el espacio de trabajo y los equipos sean aptos para evitar los riesgos asociados a esta forma de trabajar. Lo cual impone la necesidad de una evaluación previa y la realización de reformas cuando sea preciso, así como visitas periódicas, cuya compatibilidad con la inviolabilidad del domicilio y la privacidad del trabajador deberá ser ponderada con el fin de evitar que pueda ser fuente de desprotección.

El segundo riesgo a evitar es el de la invasión del domicilio y la vida privada y familiar del trabajador, así como de su intimidad y privacidad. Esto supone que, al menos cuando la ejecución de la prestación a distancia exija que el mismo dedique de forma estable –y más aún si es exclusiva– una zona o espacio de su vivienda, deba verificarse que las condiciones de la misma (tamaño, número de habitaciones, personas que la habitan) lo permiten, a la vez que compensarse su uso estable, que supone un correlativo ahorro para la empresa.³⁹ Asimismo, será necesario introducir reglas que permitan conciliar el control de la actividad del trabajador, que debe producirse aquí por medios tecnológicos, con el respeto de su esfera privada, teniendo en cuenta que la videovigilancia no se encuentra en principio justificada, dado su carácter altamente invasivo y la posibilidad de servirse con tal propósito de programas informáticos u otros medios que recojan datos o información sobre el desarrollo del trabajo y no sobre el trabajador.⁴⁰ Unos datos que, en todo caso, deberán ser exclusivamente los necesarios para ese fin y cuyo uso no deberá exceder de este. A lo que hay que sumar, por supuesto, la necesidad de cumplir con las exigencias de información previa al trabajador, así como de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, impuestas por la legislación general sobre la materia y el necesario balance entre los derechos en juego.

La colonización del entero tiempo del teletrabajador y la desaparición de las fronteras entre el trabajo y la vida personal, social y familiar constituyen un tercer y muy relevante riesgo a conjurar. A estos efectos, resultaría muy

³⁹ En el mismo sentido, J. CRUZ VILLALÓN, “Teletrabajo y coronavirus ...”, cit., pág. 417.

⁴⁰ Como advertiría ya hace tiempo J. TIBAUT ARANDA, *El teletrabajo*, cit., págs. 149-150.

conveniente promover, siempre que esto sea posible, dosis importantes de flexibilidad en la organización del tiempo de desarrollo de la prestación a distancia en cabeza del propio trabajador. Es decir, que pueda ser él quien decida, dentro de ciertos límites previamente establecidos, cuándo teletrabajar, por cuánto tiempo y cuándo interrumpir sus tareas, previendo con tal fin la posibilidad de introducir horarios de trabajo flexibles, en su caso con períodos rígidos para la conexión con la empresa, el trabajo en común o la atención de los clientes o destinatarios de su actividad. Algo que no resulta, por supuesto, incompatible con el respeto de las reglas vigentes sobre limitación de jornada y control del tiempo de trabajo efectivamente realizado, toda vez que esta verificación es igualmente posible en estos casos, bien a través de la medición del tiempo de conexión, si esta es necesaria, bien por medio del programa informático, cuando se requiera su uso sin conexión, o incluso a través de tablas de equivalencia del tiempo necesario para ejecutar las tareas encomendadas por un trabajador promedio.⁴¹

Es más, es indudable que con el mismo propósito deberían adoptarse medidas dirigidas a garantizar el respeto del derecho del teletrabajador a la desconexión digital, reconocido con carácter general por el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 25 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, el derecho de este a no recibir ni atender las comunicaciones y requerimientos de contenido laboral que puedan serle remitidos durante su tiempo de descanso. Como se ha apuntado, este es un derecho a través del cual se trata de proteger al trabajador no sólo de las órdenes extemporáneas, sino también del incesante flujo y reclamo de información o actuaciones provenientes de muy diversas fuentes, incluidos los compañeros de trabajo, los clientes y usuarios e incluso terceros.⁴² Algo que requiere, además de disposiciones claras y concluyentes a nivel legislativo, del diseño de protocolos y reglas específicas a nivel empresarial, mejor si colectivamente pactadas, así como de una funcionalización de las formas de uso de los

⁴¹ Nuevamente, J. TIBAUT ARANDA, op. cit., págs. 74-76.

⁴² F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "Poderes del empresario y derechos digitales de la persona del trabajador, *Trabajo y Derecho*, 2019, núm. 59, pág. 27.

instrumentos tecnológicos –y en particular del correo electrónico y los dispositivos móviles– que permita su reconducción a márgenes compatibles con el respeto de este derecho. A lo que ha de sumarse la previsión de procedimientos de cómputo –y en su caso de retribución– del trabajo a distancia excepcionalmente realizado más allá del tiempo exigible, tanto por los teletrabajadores propiamente dichos como por los formalmente presenciales que sin embargo ejecutan estas prestaciones.⁴³

Por último, el aislamiento y la falta relaciones personales y sociales directas, tan sentidos durante la crisis sanitaria, son también efectos no deseables del teletrabajo que convendría prevenir. Si algo nos ha permitido apreciar el confinamiento al que nos hemos visto sometidos es, precisamente, la importancia de la interacción personal y el contacto inmediato con el resto de integrantes de la organización empresarial y las personas cuyas necesidades atendemos. De allí que, como se pondría de manifiesto tempranamente, el teletrabajo que estará en condiciones de trascender la pandemia no sea el absolutamente externo que hemos practicado, sino el semipresencial o en alternancia,⁴⁴ dentro del cual se suceden, en proporción variable y con carácter no necesariamente preponderante, períodos de trabajo a distancia realizados en casa u otro lugar y períodos de trabajo presencial en la sede de la empresa. La práctica de estas fórmulas cuantitativamente menos relevantes de teletrabajo, y dentro de ellas el teletrabajo ocasional o esporádico, realizado en alternancia pero sin sujeción a una distribución fija entre tales períodos, debería ser por ello posibilitada e incluso facilitada, dadas las ventajas que como hemos visto conlleva su puesta en práctica, introduciendo de ser necesario reglas que atiendan a sus peculiaridades y gradúen la intensidad de la tutela que han de merecer.

5. Breve colofón

⁴³ Según propone J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, pág. 416.

⁴⁴ Nuevamente, J. CRUZ VILLALÓN, *loc. cit.*

Llegados a este punto no es difícil advertir cuáles son los desafíos a los que se encuentra sujeto cualquier intento de regulación del teletrabajo emergente de la crisis sanitaria. Y también las dificultades su atención entraña. De un lado, resulta meridianamente claro que la acción del legislador, lo mismo que cualquier intervención sobre la materia de la negociación colectiva, deberán estar encaminadas a evitar la materialización, en una situación de normalidad como la que sin duda vendrá, de la mayor parte de los riesgos y efectos adversos a los que esta forma de trabajar puede dar lugar. No obstante, de otro lado, parece evidente que dicha regulación deberá ser una lo suficientemente dúctil como para no sofocar y ofrecer cobijo a las nuevas formas de realización a distancia de la prestación laboral abiertas por el desarrollo tecnológico y el cambio organizativo, no apreciadas durante la pandemia pero posibles y además rodeadas en muchos casos de ventajas para quienes las desarrollan. Es en el equilibrio entre estas dos necesidades, hasta cierto punto en conflicto aunque susceptibles de ser armonizadas, donde se juega el futuro de esta forma de trabajar.

Bibliografía

- ANGHEL, B., COZZOLINO, M. y LACUESTA, A. (2020). “El teletrabajo en España”, *Boletín Económico del Banco de España*, núm. 2.
- BOLOGNA, S. y LUDICONE, F. (2018). “El trabajo ágil y el teletrabajo en el escenario europeo y comparado: dinámicas emergentes, efectos sobre la calidad del trabajo e instrumentos de regulación”, *Derecho de las Relaciones Laborales*.
- CASAS BAAMONDE, M. (2020). “El carácter preferente del trabajo a distancia en el estado de alarma y en la crisis sanitaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2020). “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las relaciones Laborales*, núm. 4. pág. 406.
- D’ANTONA, M. (1989). “Los cambios en el derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el derecho italiano”, *Debate Laboral*.
- DAGNINO, E., MENEGOTTO, M., PELUSI, L. y TIRBOSCHI, M. (2017). *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt.
- DE LA VILLA GIL, L. (2016). “Trabajo a distancia”, en GOERLICH PESET, J. M. (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- EUROFOUND (2020). *Telework and ICT-base mobile work: Flexible working in the digital age*.
- GARCÍA ROMERO, B. (2012). *El teletrabajo*, Madrid, Ed. Civitas.
- MORENO VIDA, M. (2012). “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, *Temas Laborales*, núm. 115.
- NILLES, J. (1973). *The telecommunications-transportation tradoff. Options for tomorrow and today*, Jala International, California.
- NILLES, J., CARLSON, F., GRAY, P. y HANNEMAN, G. (2007). *The telecommunications-transportation tradoff. Options for tomorrow*, Booksorge Publishing.
- NOGLER, L. (2020). *Lavoro a domicilio*, Milano, Giuffrè editore.

OIT-EUROFOUND (2017). *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1990). *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, Tirnant lo Blanch.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2019). “Poderes del empresario y derechos digitales de la persona del trabajador”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59.

SANGUINETI RAYMOND, W. (1997). *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Lima, Ara Editores.

SPINELLI, C. (2018). *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci Editore.

THIBAUT ARANDA, J. (2000). *El teletrabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social.

THIBAUT ARANDA, J. (2020). “Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia”, *Trabajo y Derecho*, monográfico núm. 12.

Recursos electrónicos

ALFAGEME, A. (2020). “El teletrabajo no era esto”, *Diario El País*, edición del 10 de agosto de 2020. Disponible en <https://elpais.com/sociedad/2020-08-08/el-teletrabajo-no-era-esto.html>.

**EL DERECHO DEL TRABAJO DEL FUTURO. SISTEMA DE
NORMAS Y VIGENCIA EFECTIVA**

**THE LABOR LAW OF THE FUTURE. SYSTEM OF RULES AND
EFFECTIVE VALIDITY**

Cristina MANGARELLI

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Decana de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Mímembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vicepresidenta de la Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2006-2009).

mangarelli@vera.com.uy

Fecha de envío: 09/04/2021

Fecha de aceptación: 15/04/2021

EL DERECHO DEL TRABAJO DEL FUTURO. SISTEMA DE NORMAS Y VIGENCIA EFECTIVA

Cristina MANGARELLI

Universidad de la República (Uruguay)

Resumen: La autora se centra en un análisis crítico del Derecho del Trabajo del futuro, sobre la base de examinar la disciplina desde la óptica tradicional, así como los cambios en las formas de organización del trabajo, planteando las insuficiencias de una concepción clásica del derecho laboral. A tales efectos, se plantea la interrogante en relación a la necesidad de la construcción de un nuevo Derecho del Trabajo, revalorizando un enfoque de género para esta nueva aproximación, así como una nómina de derechos laborales aplicables a todos los trabajadores. El trabajo finaliza con una reflexión en torno al sistema de normas del derecho laboral del futuro para lograr un mayor cumplimiento o eficacia de las mismas.

Palabras clave: Derecho del Trabajo - Contrato de trabajo - Futuro del Derecho del Trabajo - Enfoque de género - Nuevo Derecho del Trabajo

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho del Trabajo tradicional y el contrato de trabajo. 3. Los cambios en las formas de organización del trabajo. 4. Las insuficiencias del Derecho del Trabajo tradicional. 5. ¿La construcción de un nuevo Derecho del Trabajo? 6. El enfoque de género en el nuevo Derecho del Trabajo. 7. La nómina derechos laborales de aplicación a todos los trabajadores. 8. El sistema de normas en el Derecho del Trabajo del futuro. 9. Reflexiones finales.

Abstract: The author focuses on a critical analysis of the future of Labor Law, on the basis of examining the discipline from the traditional perspective, as well as the changes in the forms of work organization, raising the insufficiencies of a

classic conception of labor law. To this end, the question is raised in relation to the need to build a new Labor Law, revaluing a gender focus for this new approach, as well as a list of labor rights applicable to all workers. The work concludes with a reflection on the system of labor law standards of the future to achieve greater compliance or effectiveness.

Key words: Labor Law - Employment Contract - Future of Labor Law - Gender Approach - New Labor Law

Summary: 1. Introduction. 2. Traditional Labor Law and the employment contract. 3. Changes in the forms of work organization. 4. The insufficiencies of traditional Labor Law. 5. The construction of a new Labor Law? 6. The gender approach in the new Labor Law. 7. The payroll labor rights applicable to all workers. 8. The system of norms in the Labor Law of the future. 9. Final thoughts.

1. Introducción¹

En este trabajo se analizará la cuestión del Derecho del Trabajo del futuro en lo que tiene que ver con el contenido, el sistema de normas que lo regularán y la vigencia efectiva de las mismas.

Se planteará la cuestión de si el Derecho del Trabajo tradicional se mantendrá tal como lo conocemos o si recibirá ajustes en atención a las actuales insuficiencias que presenta.

El abordaje también comprenderá dilucidar si el sistema de normas que lo rigen sufrirá modificaciones para el logro efectivo de la vigencia de los derechos laborales en el mundo. Esto es, cómo serán las normas que regirán en el futuro el trabajo humano y cómo se logrará en la práctica su vigencia efectiva.

2. El Derecho del Trabajo tradicional y el contrato de trabajo

Recordemos que el Derecho del Trabajo tradicional surgió vinculado a una forma de trabajo que prevalecía en el momento histórico de aparición de las primeras leyes del trabajo en el mundo. Trabajo subordinado llevado a cabo en locales y máquinas proporcionadas por un empleador, quien dirige el trabajo y paga un salario.

Este Derecho del Trabajo se construye en torno a una específica modalidad contractual: el contrato de trabajo.

En esta modalidad el prestador se obliga a trabajar. El trabajador se obliga a ejecutar el trabajo pactado y lo hace poniendo a disposición del empleador su fuerza de trabajo para que éste lo dirija en el horario y lugar acordado.

Claramente hay un vínculo entre la forma de organización del trabajo y el derecho que la regula. La modalidad contrato de trabajo está vinculada a la forma de organización del trabajo imperante en la época en que surgió.

Si se analizan las obligaciones propias de cada una de las partes del contrato de trabajo se aprecia que encuentran la razón de ser en el tipo de trabajo

¹ Este trabajo reproduce con algún agregado la Conferencia Magna dictada en el I Congreso Virtual de la Sección Americana de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS) el 17.9.2020.

que regula, que es personal y subordinado, utilizando por lo general la maquinaria y bienes propiedad del empleador.

3. Los cambios en las formas de organización del trabajo

En los últimos años han tenido lugar a nivel global grandes cambios en las formas de organización del trabajo.

Las nuevas tecnologías aplicadas al trabajo han acelerado estos cambios. Las transformaciones no sólo continuarán, sino que se acentuarán en los próximos años.

Hoy nos encontramos con nuevas modalidades de trabajo, muchas de las cuales no quedan abarcadas en el esquema típico del contrato o relación de trabajo. En estas nuevas formas de trabajo humano no se pacta una obligación de trabajar en un tiempo y lugar, no hay una puesta a disposición del trabajador para que otro lo dirija, no hay trabajo por cuenta ajena.

Sin duda que los trabajos realizados a través de plataformas digitales plantean grandes desafíos, no sólo para el Derecho del Trabajo, sino también para los gobiernos por el requerimiento de protección.

Cuando comencé a estudiar Derecho del Trabajo hace más de cuarenta años, una de las cuestiones que se debatía era la extensión de la disciplina. Se afirmaba que el arrendamiento de servicios iba a terminar absorbido por el contrato de trabajo y que esta modalidad se iba a terminar imponiendo en todas las relaciones de trabajo.

También se sostenía que el Derecho del Trabajo se aplicaría a los funcionarios públicos.

Sin embargo, lo que hemos visto es que el trabajo autónomo se ha mantenido y que el arrendamiento de servicios lejos de desaparecer, siguió existiendo y ha aumentado en los últimos años.

Es cierto que el Derecho del Trabajo ha desplegado sus interpretaciones y protecciones para tirar el velo de las situaciones simuladas, esto es, de trabajos subordinados disfrazados de autónomos. Pero en muchos casos se trata de

trabajos que en la realidad se realizan en condiciones de autonomía, alejados de la subordinación.

A las grandes transformaciones en los modos de organización y producción de las empresas y la globalización de los mercados, se agregan en la actualidad, cambios en los modos de pensar y en las demandas de los trabajadores.

Hay hoy nuevos reclamos de conciliar trabajo y vida familiar y también de disponer la ordenación del tiempo de trabajo por cada trabajador².

4. Las insuficiencias del Derecho del Trabajo tradicional

A lo expuesto referido a las nuevas formas de organización del trabajo que no quedan comprendidas en el formato contrato de trabajo y que requieren de todos modos protección, se agregan las consideraciones que se realizan desde hace años acerca de que el Derecho del Trabajo con su estatuto protector solo abarca a un sector de los trabajadores en el mundo, y que un elevado número de personas que trabajan quedan fuera de dicha cobertura.

Algunos han postulado la ampliación del concepto de subordinación o su reemplazo como elemento definidor del Derecho del Trabajo. Otros hacen referencia a los trabajadores económicamente dependientes o a los parasubordinados.

En este punto cabe señalar que Ermida Uriarte y Hernández Álvarez en el conocido trabajo “Crítica de la subordinación” no plantean la sustitución de la subordinación como elemento distintivo sino un nuevo criterio para definirla, que entienden debe centrarse “en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador”, aclarando que puede darse aun cuando el trabajo se desempeñe fuera del local de la empresa. Y agregan que, el criterio de la subordinación económica es complementario y no sustitutivo de la dependencia jurídica³.

² Ver Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, “*Trabajar para un futuro más prometedor*”, 2019, OIT, p.13. En: ilo.org

³ Ermida Uriarte, Oscar y Hernández Álvarez, Oscar, “Crítica de la subordinación”, Revista Derecho Laboral N°206, FCU, Montevideo 2002, pp. 249-250.

Se aprecian insuficiencias del Derecho del Trabajo actual para comprender todas las nuevas formas de organización del trabajo humano, y existe una clara necesidad de extender la cobertura de la protección social.

Por todo ello considero que se requiere realizar ajustes al Derecho del Trabajo tradicional o formular un nuevo Derecho del Trabajo, justamente para ampliar el sistema de protección.

5. ¿La construcción de un nuevo Derecho del Trabajo?

Cabe entonces preguntarse ¿cómo serían esos ajustes a realizar en el Derecho del Trabajo actual o cómo sería ese nuevo derecho del trabajo?

Aquí señalo que comparto la postura sostenida desde hace años por varios autores a nivel mundial de construir un nuevo derecho del trabajo que se aplique a todo el trabajo humano, aunque con distintas protecciones o estatutos particulares (uno de ellos el trabajo subordinado).

Y agrego, regular en este nuevo derecho de la misma forma para todos los trabajadores -cualquiera sea el sector de actividad o tipo de relación-, algunos aspectos del trabajo humano, por ejemplo, las condiciones de seguridad y salud.

Hay ejemplos a nivel internacional del tratamiento de algunos temas de la misma manera cualquiera sea el sector de actividad (público o privado) o la modalidad de la relación o vínculo.

Es el caso del Convenio Internacional del Trabajo núm. 190 sobre violencia y acoso, adoptado en 2019 por la Conferencia Internacional⁴. Dicho convenio se aplica al sector privado y al público y su ámbito subjetivo de aplicación comprende a todas las personas que trabajan cualquiera sea su situación contractual.

La idea que se postula es distinta a la antigua, la que prevalecía hace cuarenta años y a la cual hicimos referencia precedentemente. No se trata de extender todo el Derecho del Trabajo a relaciones que no son de subordinación, o a los funcionarios públicos, sino considerar que determinados temas como el

⁴ Entra en vigor el 25.6.2021. Ver www.ilo.org

acoso y la violencia laboral deben recibir el mismo tratamiento respecto de todas las personas que trabajan.

La cuestión no es entonces la formulación de un Derecho del Trabajo ajeno a la idea de subordinación, sino de mantenerla en un estatuto referido a los trabajadores dependientes y comprender en este nuevo derecho el trabajo subordinado y el autónomo, con distintas protecciones y algunos temas regulados de la misma manera para todas las personas que trabajan.

Y asegurar derechos fundamentales del trabajo y derechos laborales básicos para todos los trabajadores.

Recientemente este postulado de asegurar un núcleo de derechos para todas las personas que trabajan ha recibido un claro apoyo por parte de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en su Informe de 2019, en el que se hace referencia a una Garantía Laboral Universal para todos los trabajadores con independencia de su acuerdo contractual o su situación laboral⁵.

En dicho Informe se señala que la Garantía Laboral Universal debería asegurar el disfrute de determinados derechos: los derechos fundamentales del trabajo, un salario vital adecuado, límites máximos de las horas de trabajo, y protección respecto de seguridad y salud en el trabajo. Tres derechos que se agregan a los derechos fundamentales del trabajo y que se considera se deberían asegurar⁶.

En este sentido Treu señaló la necesidad de identificar un núcleo duro de reglas y protecciones aplicable a todas las actividades del trabajo cualquiera sea su situación legal, ante las transformaciones en el campo del trabajo⁷.

Se trata entonces de formular un nuevo Derecho del Trabajo o ajuste del anterior, que comprendiera a todas las personas que trabajan, con un núcleo de derechos fundamentales del trabajo y de derechos laborales básicos. Sin perjuicio de comprender variados estatutos de protección (trabajadores subordinados, trabajadores autónomos, otros).

⁵ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *“Trabajar para un futuro más prometedor”*, cit. p.12.

⁶ Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo, *“Trabajar para un futuro más prometedor”* cit. p. 12.

⁷ Treu, Tiziano, *“Transformations of work: challenges to the national systems of Labour Law and Social Security”*, Turín 4-7 september 2018, p.8.

Un nuevo Derecho del Trabajo que brinde solución a las actuales insuficiencias de este derecho y que contemple las grandes transformaciones experimentadas en el mundo del trabajo, sin perder su núcleo duro o esencial de estatuto protector del trabajo humano.

6. El enfoque de género en el nuevo Derecho del Trabajo

En este nuevo Derecho del Trabajo o ajuste del anterior, comprensivo de todas las personas que trabajan, debe ocupar un lugar relevante el enfoque de género, tanto en el ámbito del derecho individual del trabajo como del derecho colectivo de trabajo, y en todo el ámbito de este derecho que seguramente comprenderá relaciones de autonomía.

La perspectiva de género viene siendo estudiada y aplicada en el ámbito del derecho de la Seguridad Social desde hace años. Pero es necesario aplicar y profundizar el enfoque de género en el campo de Derecho del Trabajo, y no sólo en temáticas como la violencia y el acoso, en la que ya se ha visto que es esencial la vigencia de dicho enfoque para el diseño e implementación de las políticas de prevención y protección.

Los estereotipos de género⁸ se encuentran insertos en todo el derecho, y es necesario señalar su sin razón y que constituyen verdaderos prejuicios.

Todo el Derecho del Trabajo tiene que ser estudiado con perspectiva de género y no relegar esta consideración a un tema específico dentro de la disciplina.

7. La nómina derechos laborales de aplicación a todos los trabajadores

Tiene entonces gran interés la determinación de los derechos que integrarán la nómina de los derechos laborales básicos de aplicación a todos los trabajadores cualquiera sea su situación contractual.

⁸ Se trata de construcciones sociales sobre el rol de la mujer en la familia, en el trabajo, en la sociedad en general. También refieren a prejuicios acerca de lo que se espera de determinado género.

En dicha nómina deben estar los derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1998.

En este punto corresponde destacar lo señalado por Supiot en 2006 acerca de la inclusión del derecho de la seguridad social en la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998. Supiot señala que la Conferencia Internacional en 2001 al recordar que el derecho de la seguridad social es un derecho humano fundamental, lo integró en la Declaración de 1998 sobre derechos fundamentales⁹.

Ahora el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo propone que la seguridad y salud en el trabajo sea reconocido como uno de los principios y derechos fundamentales del trabajo¹⁰.

En la misma línea que postula Supiot y la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo de integrar la Declaración de derechos y principios fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998 con otros derechos, entiendo que correspondería incorporar en dicha Declaración “el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, derecho admitido por diversos autores e instrumentos, y ahora reconocido en forma expresa por el Convenio Internacional del Trabajo núm. 190 sobre violencia y acoso¹¹. Se trata de un derecho fundamental de la persona, de carácter universal.

8. El sistema de normas en el Derecho del Trabajo del futuro

¿Cómo se asegurará en la práctica la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en el trabajo y los derechos laborales básicos en todo el mundo?

El objetivo sigue siendo el mismo de la creación de la OIT: que todos los países respeten los derechos laborales.

⁹ Supiot, Alain, “La place de la sécurité sociale dans le système des normes internationales du travail”, *Semaine sociale Lamy*, Supplément N° 1272, 4 septembre 2006, Lamy, p. 9.

¹⁰ Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo, “*Trabajar para un futuro más prometedor*” cit., p.13.

¹¹ El Convenio núm. 190 sobre violencia y acoso reconoce en su parte expositiva y en el art. 4 “el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, que incluye el acoso y la violencia por motivo de género.

No se discute que la OIT ha desempeñado y desempeña un gran trabajo que apunta a la justicia social.

Sin embargo, el sistema de la OIT se basa en gran medida en la ratificación de los Convenios Internacionales del Trabajo. Y como es sabido, los Estados miembros no ratifican todos los convenios. Más allá de la relevante labor desplegada, no se ha logrado el cumplimiento de los fines que inspiraron su creación.

De ahí el interés en la utilización de variados instrumentos y mecanismos que conduzcan en la práctica al respeto de los derechos laborales en todo el mundo.

Vivimos en un mundo globalizado, en el cual las empresas cierran sus plantas y locales y los abren en otros países en los que se aplican un número más reducido de protecciones laborales.

¿Cuáles serían entonces los mecanismos e instrumentos para lograr en la práctica la vigencia efectiva de los derechos laborales?

No se trata de eliminar los instrumentos ya existentes, sino de ampliarlos y agregar otros.

Además de las leyes, convenios colectivos, y de los Convenios Internacionales del Trabajo, los instrumentos y mecanismos pueden ser los siguientes¹²:

A) Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998

A mi modo de ver, la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998 es relevante. Más allá de si puede exigirse su cumplimiento, destaco la idea en la que se asienta: los Estados miembros tienen la obligación -por la sola pertenencia a la organización- de respetar los principios y derechos fundamentales en el trabajo contenidos en dicha Declaración, con independencia de si ratificaron o no el convenio internacional de trabajo respectivo.

¹² Mangarelli, Cristina, "Tendencias del Derecho del Trabajo", Gaceta Laboral, vol. 15, 1/2009, Universidad de Zulia, 1994, pp. 90-93.

Esta Declaración ha tenido gran repercusión y su contenido aparece reiterado en varios instrumentos (en las cláusulas sociales de los tratados de libre comercio, en los códigos de conducta de las empresas, etc.).

Podría integrarse dicha Declaración con otros derechos que se consideren fundamentales como lo señalamos precedentemente. También se podría adoptar declaraciones similares.

B) Cláusulas sociales de los Tratados de Libre Comercio

Estas cláusulas sociales han sido criticadas en cuanto a su eficacia. Sin embargo, dichas cláusulas pueden ser útiles dado que condicionan cuestiones del comercio internacional al cumplimiento de derechos laborales por los Estados.

Algunos autores dan cuenta de que en ciertos casos a través de estas cláusulas se ha logrado el cumplimiento de los derechos laborales¹³.

C) Códigos de conducta de las empresas multinacionales

Cabe distinguir los códigos de conducta dirigidos al personal de la empresa y los códigos de conducta para proveedores. Los primeros contienen el reconocimiento de derechos laborales que las empresas se comprometen a respetar cualquiera sea el país en el que desarrollen actividades. Y los segundos, incluyen una nómina de derechos laborales que la empresa multinacional exige respetar a los proveedores para vincularse comercialmente con ella.

Se ha restado importancia a estos instrumentos señalando que se trata de formulaciones voluntarias de las empresas, sin que pueda exigirse su cumplimiento¹⁴.

A mi modo de ver, cuando en los códigos dirigidos al personal la empresa se compromete a respetar determinados derechos laborales y condiciones de trabajo, una vez que dichos instrumentos son notificados a los trabajadores,

¹³ Pasco Cosmópolis señala que un tratado de libre comercio puede constituir “mejor garantía” de respeto de derechos laborales por ser condición contractual y por ello exigible a los países, “Dimensiones laborales de la globalización: Lo laboral en los procesos de integración y los tratados de libre comercio”, Laborem, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 5, Lima 2005, pp. 87-121.

¹⁴ Baylos Grau sostiene que son reglas impuestas en forma unilateral por las empresas, y que queda excluida la responsabilidad por incumplimiento de los compromisos asumidos ante los tribunales de justicia y cualquier otro mecanismo sancionatorio público, “Los Acuerdos-Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, *Revista Derecho Social*, N°28, 2004, ed. Bomarzo, Albacete, p. 198.

puede exigirse su cumplimiento¹⁵. Y respecto de los códigos para proveedores, aunque sean expresiones del soft law, en algunos casos han servido para lograr la vigencia de los derechos laborales en determinado lugar o situación concreta, como dan cuenta algunas investigaciones¹⁶.

En este sentido, Goldin señala que las iniciativas voluntarias de las empresas pueden mejorar el ordenamiento imperativo por lo que pueden ser de utilidad¹⁷.

Si se estudian los contenidos de dichos códigos de conducta se podrá apreciar que por lo general hay coincidencia en los derechos fundamentales y derechos básicos laborales que recogen, que las empresas se obligan a respetar y que exigen respetar a los proveedores con los cuales se vinculan. Con frecuencia en dichos códigos de conducta aparecen los derechos fundamentales de la Declaración de la OIT de 1998 y se agregan otros como la limitación de la jornada.

D) Negociación colectiva transnacional

La negociación colectiva transnacional es otro mecanismo para asegurar la vigencia de los derechos laborales en las distintas regiones.

Los Convenios Marco también refieren a derechos laborales fundamentales y derechos laborales básicos.

Estos son sólo algunos ejemplos de instrumentos o mecanismos a través de los cuales se puede lograr la vigencia en la realidad de los derechos laborales.

Seguramente se llegará a acuerdos a nivel global en donde tendrá que ver el comercio internacional. Así Treu señala que se requieren formas de regulación del comercio internacional para evitar del dominio del comercio a

¹⁵ Mangarelli, Cristina, *Códigos de conducta. En el marco de la responsabilidad social de la empresa*, FCU, 2009. p. 77.

¹⁶ En el informe Perú "Liberalización del comercio y derecho del trabajo" en el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se señala que en los sectores agroindustria y textil se han rechazado contrataciones con proveedores que no cumplieran con los estándares de los códigos de conducta (Villavicencio, Alfredo, p. 12).

¹⁷ Goldin, Adrian, *Sobre los códigos de conducta y otras iniciativas voluntarias de las empresas ¿es la autorregulación empresaria una respuesta válida?*, International colloquium on the 80th anniversary of the ILO Committee of Experts, Ginebra 24-25 november 2006, p. 7.

través de la disminución de los derechos sociales¹⁸. Véase además que en distintos trabajos se hace referencia a una “gobernanza social internacional”¹⁹.

También se producirán cambios en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo.

Todo ello puede conducir a lo que Supiot ha denominado “orden público social internacional”²⁰, y que entiendo se puede llegar a través de variados mecanismos e instrumentos²¹.

Un orden público social internacional al que deberán ajustarse todos los países con independencia a la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo respectivo²², que asegure el respeto de un núcleo de derechos laborales universales para todas las personas que trabajan cualquiera sea el tipo de vínculo que tengan.

9. Reflexiones finales

El Derecho del Trabajo requiere ajustes o la formulación de uno nuevo de modo de ampliar su cobertura de protección social.

Un nuevo derecho que contemple todo el trabajo humano, con distintas protecciones para el trabajo subordinado y el autónomo, pero que asegure un núcleo de derechos fundamentales y de derechos laborales básicos para todas las personas que trabajan.

¹⁸ Treu, Tiziano, “Derechos y humanización del trabajo”, Santo Domingo 8 de marzo de 2018, p. 19.

¹⁹ Supiot, “La place de la sécurité sociale ...” cit. 8. Más recientemente la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo afirma que debería existir “un sistema de gobernanza internacional” de las plataformas digitales que asegure el respeto de protecciones mínimas, “*Trabajar para un futuro...*”, cit. p. 13.

²⁰ Supiot, “La place de la sécurité sociale ...” cit., p. 8.

²¹ Recogiendo lo señalado por Supiot acerca del orden público social internacional, señalábamos en 2009: “El tránsito hacia un orden público social internacional parece haberse iniciado comprensivo (por lo menos en parte) de todo trabajo y no sólo del subordinado”, Mangarelli, “Tendencias del Derecho del Trabajo”, *Gaceta Laboral*, cit. p. 98.

²² Treu hace referencia a la propuesta de Supiot presentada en el Congreso Mundial de Ciudad del Cabo para la “eficacia supranacional efectiva de los derechos sociales”, que pone el acento en la obligación de los Estados miembros de la OIT de respetar los derechos fundamentales del trabajo en el comercio internacional (aun cuando no hayan ratificado el convenio respectivo), cuyo incumplimiento podría dar lugar a los otros Estados a tomar medidas en el comercio, “Derechos y humanización del trabajo”, cit. p. 19.

Tiene gran interés la determinación de los derechos básicos que se incluirán en esa nómina y que se agregarán a los derechos fundamentales.

Entiendo que es necesario incorporar a la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998 el derecho de la persona a un mundo libre de violencia y acoso, por su carácter de derecho fundamental y universal.

Bibliografía

- BAYLOS GRAU, A. (2004). “Los Acuerdos-Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, *Revista Derecho Social*, N° 28, ed. Bomarzo, Albacete.
- ERMIDA URIARTE, O. y HÉRNÁNDEZ ÁLVAREZ, O. (2002). “Crítica de la subordinación”, *Revista Derecho Laboral*, N° 206, FCU, Montevideo.
- GOLDIN, A. (2006). “Sobre los códigos de conducta y otras iniciativas voluntarias de las empresas ¿es la autorregulación empresaria una respuesta válida?”, *International colloquium on the 80th anniversary of the ILO Committee of Experts*, Ginebra, 24-25 november.
- MANGARELLI, C. (2009). *Códigos de conducta. En el marco de la responsabilidad social de la empresa*, FCU.
- MANGARELLI, C. (2009). “Tendencias del Derecho del Trabajo”, *Gaceta Laboral*, vol. 15, 1/2009, Universidad de Zulia.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (2005). “Dimensiones laborales de la globalización: Lo laboral en los procesos de integración y los tratados de libre comercio”, *Laborem*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 5, Lima.
- SUPIOT, A. (2006). “La place de la sécurité sociale dans le systeme des normes internationales du travail”, *Semaine sociale Lamy*, Supplément N° 1272, 4 septembre, Lamy.
- TREU, T. (2018). “Derechos y humanización del trabajo”, Santo Domingo 8 de marzo.
- TREU, T. (2018). “Transformations of work: challenges to the national systems of Labour Law and Social Security”, Turín 4-7 september.

Recursos electrónicos

- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO (2019). “*Trabajar para un futuro más prometedor*”, OIT. Disponible en www.ilo.org.

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA VISIÓN DE OSCAR ERMIDA URIARTE

THE INTERNATIONALIZATION OF LABOR LAW IN THE VISION OF OSCAR ERMIDA URIARTE

Juan RASO DELGUE

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de la República, Uruguay.

juanraso@redfacil.com.uy

Fecha de envío: 11/04/2021

Fecha de aceptación: 18/04/2021

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA VISIÓN DE OSCAR ERMIDA URIARTE

Juan RASO DELGUE

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: En su vasto universo de investigación y estudios, la dimensión jurídica internacional del Derecho del trabajo fue una de las principales preocupaciones de Oscar Ermida Uriarte, desde el comienzo mismo de su carrera universitaria y académica. El impacto de la globalización y la consolidación de las multinacionales en la economía mundial, su repercusión en las condiciones de los trabajadores y de sus organizaciones, los desafíos para la disciplina en el marco de la incipiente cuestión de la globalización de la economía, ocuparon parte importante de su producción científica. Para ello, elaboró un concepto propio del derecho del trabajo internacional, que permitiera dar un marco teórico desde la perspectiva del derecho a fenómenos como las empresas multinacionales, la globalización, la deslocalización, la regionalización de la economía. Al definir la regla de la norma más favorable como punto de conexión axial en todo conflicto laboral a nivel internacional, promovió la idea que en el nuevo escenario internacionalizado, también las organizaciones sindicales debían internacionalizarse.

Palabras clave: Ermida Uriarte - Empresas multinacionales - Globalización - Deslocalización - Principio de la norma más favorable - Internacionalización sindical

Sumario: 1. Introducción. 2. El concepto de “Derecho del trabajo internacional”. 3. Las empresas multinacionales. 4. Globalización, deslocalización y relaciones laborales. 5. Técnicas para la regulación de las relaciones laborales en un contexto global. 6. La regla de la norma más favorable a nivel internacional. 7. Sobre el Mercosur. 8. El sindicalismo ante la internacionalización de las

relaciones laborales. 9. El *jus cogens* como derecho aceptado por la comunidad de Estados. 10. Sobre el teletrabajo. 11. Conclusiones.

Abstract: In his vast universe of research and studies, the international legal dimension of labor law was one of Oscar Ermida Uriarte's main concerns, from the very beginning of his university and academic career. The impact of globalization and the consolidation of multinationals in the world economy, its impact on the conditions of workers and their organizations, the challenges for discipline in the framework of the incipient issue of globalization of the economy, occupied an important part of his scientific production. To do this, he developed his own concept of international labor law, which allowed to give a theoretical framework from the perspective of the right to phenomena such as multinational companies, globalization, relocation, regionalization of the economy. By defining the rule of the most favorable standard as the axial connection point in all labor disputes at the international level, he promoted the idea that in the new internationalized scenario, trade union organizations should also internationalize.

Key words: Ermida Uriarte - Multinational companies - Globalization - Relocation - Principle of the most favorable standard - Trade union internationalization

Summary: 1. Introduction. 2. The concept of "International labor law". 3. Multinational companies. 4. Globalization, relocation and labor relations. 5. Techniques for the regulation of labor relations in a global context. 6. The rule of the most favorable standard on an international level. 7. About Mercosur. 8. Trade unionism in the face of the internationalization of labor relations. 9. *Jus cogens* as a right accepted by the community of States. 10. About teleworking. 11. Conclusions.

1. Introducción

Agradeciendo con especial consideración la invitación formulada por la Revista Jurídica del Trabajo para recordar al Maestro y amigo Oscar Ermida Uriarte, en ocasión del décimo aniversario de su fallecimiento, nuestro primer desafío fue el de ubicar en su vasta obra uno de los temas al que supo darle amplia trascendencia.

Nuestra opción recayó sobre una de las grandes cuestiones que siempre acompañó el desarrollo de su pensamiento jurídico: la dimensión internacional del derecho del trabajo.

Como hemos expresado con el colega Castello¹, durante gran parte del siglo pasado la problemática internacional del derecho del trabajo estaba limitada fundamentalmente a la cuestión de las migraciones y al estudio de las normas emanadas de la Organización Internacional del Trabajo

En realidad, estas dos situaciones, aunque originadas en el ámbito internacional, seguían perteneciendo a la órbita del derecho interno del trabajo, por lo que mal se las podía elegir como ejemplos de derecho internacional. En el primer caso – el de las migraciones - la problemática se limitaba a la obligación de los Estados de dar a los trabajadores inmigrantes los mismos derechos que tuvieran sus nacionales, Se trataba –en otras palabras – de garantizar al trabajador extranjero la aplicación de las normas de derecho laboral interno del país donde éste había fijado su nueva residencia, agotándose en el logro de este objetivo la aspiración social y jurídica de la época. En el segundo caso – los convenios internacionales del trabajo – debe precisarse que estas normas, si bien tienen una fuente internacional, no están destinadas a resolver problemas de derecho internacional del trabajo. La función de la O.I.T es la de desarrollar una obra de uniformización de la legislación laboral en los diversos países miembros, de modo que una determinada situación tenga la misma solución en territorios nacionales distintos. Pero en definitiva, dichas normas regulan la problemática laboral interna de los Estados, sin hacer referencia a cuestiones

¹ RASO DELGUE J. y CASTELLO A., ver Cap. IX “La Ley laboral en el espacio” en *Derecho del Trabajo*, T. 1, Montevideo 2012, pp. 119 y ss.

vinculadas a las relaciones extranacionales. Puede así expresarse que la O.I.T es una fuente internacional de creación de “normas laborales de derecho interno y sustantivo”².

Desde comienzo de los años '80 del siglo pasado, se desarrolla una nueva y profunda transformación del trabajo, propiciada por nuevas tecnologías, de las que el *chip* o microprocesador es el símbolo de los nuevos instrumentos del trabajo. Innovaciones tecnológicas en las comunicaciones (Internet) y la caída del muro de Berlín, abrirán las puertas a la más absoluta libertad de comercio, que a nivel internacional se identificará con el fenómeno de la mundialización o globalización de la economía. En el nuevo contexto, se produce la internacionalización de los flujos de capitales, mientras que la economía ya solo se concibe a escala global.

Como ha señalado Castells, el sociólogo de la era digital,

“la más importante transformación subyacente al surgimiento de la economía global dice relación al gerenciamiento de la producción y a la distribución y al propio procesos productivo... El proceso productivo incorpora componentes producidos en varios locales diferentes, por diferentes empresas y montados para alcanzar finalidades y mercado específicos en un nueva forma de producción y comercialización... El nuevo sistema productivo depende de una combinación de alianzas estratégicas y proyectos de cooperación ad hoc entre empresas, unidades descentralizadas de cada empresa de gran porte y redes de pequeñas y medianas empresas que se conectan entre sí y con grandes empresas o redes empresariales”³.

Se produce así un proceso de “atomización organizativa” a través de “una estrategia de descomposición programada y sistemática, tendiente a convertir a las otrora grandes empresas en una serie de entidades de menor dimensión, con grados de autonomía variables en función de cada circunstancia particular”⁴.

² PLA RODRIGUEZ, A., “Reflexiones sobre el derecho internacional del trabajo”, en rev. *Derecho Laboral*, T. XVIII, N° 100, Montevideo, Diciembre de 1975, p. 621 y ss.

³ CASTELLS M., *A sociedades em rede*, Vol. I, São Paulo, Brasil 1999, p.114, cit. por PLÁ REGULES M.J., “La descentralización a nivel internacional”, en *Cuarenta y dos estudios sobre la Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo 2000, p. 82.

⁴ Garmendia Arigón M., “Filialización”, en *Cuarenta y dos estudios...* cit. p. 201 y 202.

El fenómeno de la mundialización y de la consolidación de las empresas transnacionales o multinacionales incide fuertemente en las relaciones laborales que se precarizan, mientras se cuestionan las protecciones laborales por excesivas y se produce una fuga del derecho del trabajo: se habla de flexibilidad laboral, externalización del trabajo, privatizaciones etc.

Ermida, ya al comienzo de su brillante carrera universitaria y académica, diferencia claramente el derecho interno que regula situaciones internacionales o extranacionales y el conflicto de las leyes laborales en el espacio, que está a la base del origen del Derecho del trabajo internacional. Su preocupación se focaliza en el fenómeno de la internacionalización de las relaciones laborales - y la regulación del mismo -, que va adquiriendo nuevos espacios y provocando nuevos desafíos en el marco de la incipiente cuestión de la globalización de la economía.

Es consciente que los conflictos económicos internacionales se resuelven, la mayoría de las veces, a través de normas de derecho comercial o civil, pero considera que cuando está en juego el trabajo, prima la aplicación del derecho laboral y sus principios: “las normas jurídicas que regulan las prestaciones de trabajo son de derecho laboral - afirma enfáticamente - aunque estén contenidas en una ley titulada como comercial o aunque coexistan en un mismo cuerpo normativo con disposiciones de otra naturaleza”. Ejemplo de ello es el Código de Comercio, señala, que pese a su denominación incluye normas de clara naturaleza laboral, como ocurre con el derecho marítimo⁵.

Examinaremos a continuación la relevancia del pensamiento del homenajeadado en los principales aspectos del proceso de internacionalización del Derecho del trabajo.

2. El concepto de “Derecho del trabajo internacional”

Desde sus trabajo iniciales, Ermida pone de manifiesto la existencia de un Derecho del trabajo internacional de cuño privado, diferente al Derecho

⁵ ERMIDA URIARTE O., “Derecho del trabajo internacional - Contrato de ajuste y personería laboral del empleador” en rev. *Derecho Laboral*, T. XXIV, N° 121, Montevideo 1981, p. 97.

internacional público, representado este último principalmente por la normativas de los Convenios Internacional del Trabajo y de los principales Pactos y Tratados internacionales.

El Derecho del trabajo internacional (no es casual que la expresión “del trabajo” preceda el adjetivo “internacional”, para marca la preminencia de lo laboral) es definido como “la disciplina jurídica que analiza los problemas planteados por la presencia de elementos internacionales o extranacionales en una relación de trabajo o instituto laboral y busca solucionar por lo tanto los conflictos espaciales de leyes laborales”⁶.

Luego de señalar que el derecho del trabajo internacional constituye una zona de confluencia del derecho internacional privado y del derecho laboral, expresa que ese derecho adjetivo (el internacional), “recibe el contenido, la inspiración, la finalidad, los principios y las técnicas propias del derecho sustantivo que lo informa”, que no es otro que el derecho laboral. Por lo tanto al tener que resolver sobre la concurrencia de dos normas de derecho internacional privado vinculadas al trabajo, la solución vendrá impuesta por la preminencia de los criterios y los principios laborales⁷.

Afirma contundentemente:

“La especialidad del derecho del trabajo internacional radica en que las leyes en conflicto, normas de derecho laboral, son distintas, en cuanto a su naturaleza y función de las demás normas jurídicas, puesto que más que cualesquiera otras, ellas están llenas de una constante preocupación de dar al trabajador asistencia jurídica y protección económica. La naturaleza de las normas en conflicto y el fin social que las justifica exigen de la solución que se de al conflicto, la especialidad consistente en que la propia solución del mismo debe responder a los principios y fines que inspiran a las normas laborales concurrentes... Hay acuerdo en admitir que el derecho del trabajo internacional es especial, escindiéndose del derecho internacional privado clásico, lo que determina que los criterios de solución de los conflictos de normas laborales, no tienen por que coincidir exactamente con los imperantes en el d.i.p. común”⁸.

⁶ *Ibidem* p. 101 y 102.

⁷ *Ibidem*, p. 103.

⁸ *Ídem*.

La opinión de Ermida se volverá “doctrina más recibida” en la definición de los conflicto de normas laborales en el espacio y ello no será un tema menor ante la creciente conflictividad que se producirá a partir del aumento incesante de la transnacionalización de las relaciones de trabajo, lo cual irá perfilando principios y criterio propios de la disciplina proyectados a la esfera global, no siempre coincidentes con las reglas tradicionales que nos vienen del Derecho Internacional Privado

En el proceso de internacionalización de las relaciones laborales cobra protagonismo el costo del *nivel de la protección laboral*, que plantea el riesgo de la “competencia degradatoria o *en cascada*”. Precisamente por ello - dice - se vuelve indispensable el *abordaje internacional de la cuestión*. No es solo una cuestión de la legislación o de los sindicatos o las autoridades nacionales (que por supuesto, entiende, deberán actuar en materia de información previa, de negociación colectiva, de limitación de los efectos del despido, del plan social, etc.), “pero lo cierto es que en este contexto de globalización ninguna autorización, ninguna autoridad nacional, ninguna norma nacional puede dar cuenta de *la totalidad* del fenómeno deslocalizador”. Sin embargo ese “abordaje internacional” plantea una reflexión “verdaderamente dramática”: pese a la esencialidad de la regulación internacional, se comprueba *la insuficiencia de la normativa internacional existente*⁹.

3. Las empresas multinacionales

Sus ideas centrales sobre la transnacionalización del trabajo se plasman inicialmente en su tesis sobre “Empresas Multinacionales y el Derecho del Trabajo”, publicada en febrero de 1981 a la edad de 31 años y que constituiría uno de los tantos textos pluricitados por la doctrina y jurisprudencia nacionales y extranjeras.

En el prólogo del libro, Plá Rodríguez inteligentemente destaca:

⁹ ERMIDA URIARTE O., “Deslocalización, globalización y relaciones laborales”, en revista *Relaciones Laborales*, N° 21, Montevideo 2010, p. 58 y 59.

“Uno de los fenómenos más característicos de nuestra época es , sin duda, la enorme concentración de capitales y paradójicamente, su dispersión en personas jurídicas distintas diseminadas, por diversas partes del mundo. Él ha dado origen a los grupos de empresa, y como una de las modalidades más importantes e interesantes de ellos, a las empresas multinacionales... De todas las numerosísimas y complejas repercusiones que en el universo jurídico produce este fenómeno de empresas multinacionales, Oscar Ermida Uriarte ha escogido como tema de estudio, las que se producen en el terreno del derecho del trabajo... La tesis central que inspira este estudio es la unidad subyacente del conjunto económico, que lo convierte en el verdadero empleador de los diversos trabajadores que actúan en cada una de las empresas miembros, como consecuencia imperativa del principio de primacía de la realidad”¹⁰.

Ermida Uriarte, en el capítulo introductorio de su tesis (y posterior libro) señala la existencia de diversos problemas que las empresas multinacionales plantean al juslaboralismo. “La importancia que dichas empresas tienen en todos los campos (económico, político, etc.) - afirma - y las ineludibles dificultades que afronta su análisis científico a todos los niveles, determinan la utilidad de un estudio monográfico al respecto”¹¹.

Luego de señalar (en 1981) que la economía moderna es, en gran medida, la economía de las multinacionales, porque son expresión de la concentración económica “signo actual de la economía”¹², alerta sobre el surgimiento de estas empresas, cuyo despliegue trasnacional ha generado un desajuste en el terreno jurídico, en tanto se trata de una realidad multinacional que el derecho – tradicionalmente estatal y, por ende, limitado por las fronteras nacionales - no ha sabido o no ha podido abarcar¹³.

Define las empresas multinacionales a partir de un concepto expresado por su Maestro Américo Plá Rodríguez en 1979, quien afirmaba que las

¹⁰ ERMIDA URIARTE O, *Empresas Multinacionales y Derecho Laboral*, Montevideo 1981, pp. 9 y 10 (Prólogo).

¹¹ *Ibidem*, p. 17

¹² *Ibidem*, p. 20.

¹³ *Ibidem*. p. 30.

empresas multinacionales “no son otra cosa que un conjunto económico distribuido internacionalmente”¹⁴. A partir de esta idea, Ermida Uriarte expresa:

“La importancia conceptual de esta definición radica en que, haciendo exclusiva referencia a las ideas de conjunto económico y de distribución o actividad internacional, contiene, de todos modos, los caracteres esenciales de la empresa multinacional. La pluralidad de componentes, los vínculos entre ellos, la unidad subyacente y el efecto solidario resultante, son caracteres de los grupos de empresas o conjuntos económicos en general... Al decir que la empresa multinacional es un conjunto económico extendido internacionalmente se permite decir, a la vez, que la empresa es el conjunto. En la disyuntiva de tener que decidir si la empresa es la casa matriz o algunas de las filiales o el conjunto, la opción correcta parecería radicar en esta última alternativa”¹⁵.

Ermida Uriarte construye el concepto laboral de empresa multinacional, como conjunto económicamente responsable de las obligaciones ante todos los trabajadores que de ella dependen, a partir de las herramientas propias del Derecho del trabajo. En primer lugar, obra con el auxilio del principio protector, eje central de la disciplina, que exige la intervención niveladora del derecho, creando desigualdades de signo opuesto y promoviendo la dignificación del trabajador¹⁶. Luego apunta a la noción de empleador y a la extensión que el concepto tiene en el campo del derecho laboral, también por aplicación del principio de la realidad. Éste último “incide en la consideración del conjunto económico internacional como unidad, como una única y gran empresa, aún independientemente de que la concentración tenga - o no - por finalidad un fraude a la legislación aplicable, porque puede sostenerse que la pluralidad de la empresa multinacional es, irreductiblemente, y en definitiva, una creación del derecho que fracciona artificialmente una unidad real preexistente”¹⁷.

También apela al principio de la continuidad, que aplica a aquellos casos en que un trabajador ha prestado servicio en diversas filiales de un mismo grupo

¹⁴ *Ibidem.* p. 107, donde cita a PLA RODRÍGUEZ A., Curso de Derecho Laboral, 2a ed., Montevideo 1979, T. I, V. 1, p. 151.

¹⁵ *Ibidem.* pp. 107 y 108.

¹⁶ *Ibidem.* p. 113 y ss.

¹⁷ *Ibidem.* p. 132 y ss.

empresario, debiéndose considerar los distintos períodos como expresiones de un único vínculo laboral¹⁸.

En definitiva, la empresa multinacional está conformada por

“el conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están sin embargo, recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés. El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no a nivel de cada empresa componente, aun cuando los derechos y obligaciones respecto de los terceros nazcan a nivel de cada una de ellas. Existe una unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Por ello, el grupo se convierte, en definitiva, en la única y verdadera empresa subyacente”¹⁹.

Esa unidad, pegamento que une la casa matriz con sus filiales, está dada “por el interés o realidad económica subyacente y por la estrategia única y común, reflejadas en la unidad de decisión a la cual se someten las partes integrantes del grupo, sea espontáneamente mediante la colaboración, sea compulsivamente mediante la subordinación”²⁰.

Si bien el enfoque de la tesis de Ermida apuntaba originariamente a las empresas que operan transnacionalmente, muchos de los conceptos expresados son trasladables a todo grupo de empresas, no importando la dimensión geográfica de su acción, lo cual influirá más aún en la construcción de una solidaridad de cuño doctrinario y jurisprudencial que alcanzará toda situación de conjunto económico o empleador complejo, ya sea a nivel trasnacional que nacional.

La consecuencia lógica de la existencia del conjunto económico es la responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo por las obligaciones contraídas en materia laboral con los trabajadores empleados por cualquiera de las “cabezas” del grupo. La solidaridad se expresa como un efecto de la unidad subyacente “la que, revelada, traída a la superficie, determina la ineludible solidaridad de los sectores aparentemente independientes”²¹.

¹⁸ *Ibidem*. p. 135

¹⁹ *Ibidem*, p.. 73.

²⁰ *Ibidem*, p. 88.

²¹ *Ibidem*, p. 82.

La tesis del conjunto económico y sus consecuencias sobre las responsabilidades de todo el grupo, ha sido recibida firmemente por nuestra jurisprudencia, con pronunciamiento al más alto nivel: “Cuando dos empresas aparentemente independientes están vinculadas por un todo complejo, pero integral, entonces nos encontramos frente a una realidad económica, que seguramente es más económica que jurídica, la que ha sido recepcionada, aunque inorgánicamente por el derecho patrio, como lo señala la mejor doctrina nacional (Cf. sentencia N° 93/93 y Ermida Uriarte, Empresas multinacionales y Derecho Laboral, pag. 73)”²².

Concluyendo, la teoría en torno a las empresas multinacionales y al conjunto económico desarrollada por Ermida en su reconocida tesis ha sustentado innumerables fallos que remiten a los conceptos expuestos más arriba sobre la existencia de una responsabilidad solidaria entre todos los sujetos que conforman el conjunto empresarial.

4. Globalización, deslocalización y relaciones laborales

La transnacionalización de la economía, que comenzó a expresarse a través de la acción de las empresas multinacionales, se potencia a partir de la aparición y rápida difusión de las comunicaciones por Internet y en especial la construcción de la *world wide web* (www), que posibilitará la expansión de un mercado mundial en tiempo real (aquella vieja idea del “mercado de competencia perfecta” de David Ricardo). A fines del siglo XX se comienza a hablar del fenómeno de la globalización o mundialización, que en su momento Morgado definió como “el conjunto de procesos que, a la vez, dan origen y tienen lugar en el nuevo orden económico mundial. En éste se acelera, extiende y profundiza la internacionalización de las economías nacionales, ampliando sus relaciones de interdependencia y de dependencia, a la vez que reduciendo su campo de autonomía y tornando más difusas las esferas de soberanía de los estados

²² SCJ, Sent. N° 330 de 15.10.97, (Marabotto (r), Alonso de Marco, Mariño, Cairoli, Torello) en Anuario de Jurisprudencia Laboral (AJL) 1996-97, Montevideo 1998, caso 227.

nacionales”²³. Este fenómeno incidirá profundamente hasta el presente en el derecho del trabajo y de las relaciones laborales. En este contexto, los Estados nacionales van cediendo cada vez más cuotas de poder a las grandes empresas multinacionales, que determinan un nuevo orden mundial de la economía a través de la construcción de las llamadas cadenas mundiales de suministro y otras modalidades de organización del trabajo a nivel transnacional.

“La globalización - expresa Ermida Uriarte - puede ser reducida, en su más íntima esencia, a la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc.”²⁴. Contribuye a la aceleración del fenómeno la caída del mundo bipolar que había caracterizado la mayor parte del siglo XX: la globalización no es solo un fenómeno económico - acota -, sino que acelera e intensifica la afirmación de un pensamiento único o hegemónico: “el neoconservadurismo, neoclasicismo o neoliberalismo, originario de los años ‘30 y ‘40, ahora es desempolvado e instalado como verdad revelada, probablemente porque ya no parece (tan) necesario mitigar los aspectos más inequitativos del capitalismo”²⁵.

La globalización impacta sobre las relaciones laborales, provocando por lo menos “tres dramas” para los trabajadores: a) el mercado interno pierde centralidad en la economía; b) los estados nacionales ven cada vez más limitado su poder para gobernar las variables económicas; y c) adquieren predominio aquellas ideologías que no privilegian el factor trabajo²⁶.

Al comparar la globalización con el modelo anterior de “sustitución de importaciones”, afirma;

“más allá de las sinceras y altruistas preocupaciones sociales de gobiernos y empleadores por las condiciones de vida y trabajo de la población en general y de los trabajadores en particular, había un interés egoísta de ambos

²³ MORGADO VALENZUELA E., “Las perspectivas del Derecho del Trabajo en un mundo globalizado”, disertación en el Seminario Internacional *El Derecho del Trabajo ante el nuevo Milenio*, Santo Domingo, Rep. Dominicana, 26 a 28 de abril de 1999.

²⁴ ERMIDA URIARTE O., “Globalización y Relaciones Laborales”, ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas de AIRT, p. 3, publicada en *Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, III Congreso Regional de las Américas, Lima 1999.

²⁵ *idem*.

²⁶ *idem*.

en mantener cierto poder adquisitivo de la población, ya que se producía para esos consumidores. Los trabajadores y la población nacional eran “el mercado” de la industria nacional que procuraba -con la ayuda del gobierno-, sustituir importaciones. El poder sindical y las concepciones ideológicas y políticas predominantes reforzaban este pacto tácito, esta alianza circunstancial, relativa y crítica, entre capital nacional (o instalado en el país), trabajadores y Estado. En cambio, en el nuevo sistema de economía globalizada, de libre comercio internacional y de “sustitución por importaciones”, ni el empresario capitalista, ni el gobierno que aplica políticas económicas neoclásicas tienen ya interés egoísta en mantener el poder adquisitivo de su población, ya que ella es cada vez menos su mercado, dado que éste se encuentra cada vez más, fuera de fronteras”²⁷.

La globalización rompe las barreras geográficas y produce “una compresión del espacio-tiempo en tal medida, que bien podría hablarse de un *fin de la geografía* con bastante más propiedad y menos frivolidad que del pretendido *fin de la historia*”. En el nuevo contexto mundial, afirma, “las elites son móviles y de comunicación instantánea, o no son elites”. En su visión precursora de la realidad actual, afirma el inevitable predominio del capital sobre el Estado y sobre el trabajo, porque mientras el capital - con el apoyo de las tecnología - posee una movilidad casi instantánea, el Estado está necesariamente localizado, así como lo está el trabajador, que “por razones humanas, familiares y económicas, es infinitamente más sedentario y arraigado que el capital”²⁸.

De este modo, concluye, “la globalización contribuye a que el poder político sea cada vez menos autónomo y que, en general, los contrapesos nacionales pierdan parte de su eficacia; entre ellos, el Derecho del trabajo y la acción sindical”²⁹.

El nuevo modelo económico transnacional, apuntalado en las nuevas tecnologías y los modos de producción que promueve, no sólo cuestiona el sistema tradicional de relaciones laborales, sino que plantea - expresa Ermida Uriarte en el año 1999 - un nuevo paradigma de las relaciones laborales posmodernas, cuyas principales características son:

²⁷ *ídem.*

²⁸ *ídem.*

²⁹ *ídem.*

1) el "descentramiento" del trabajo: con la priorización del capital sobre el trabajo y la sustitución creciente de mano de obra por tecnología. que vuelven el trabajo humano menos necesario;

2) la "segmentación de la mano de obra": en el marco de la flexibilidad productiva, la descentralización de la organización del trabajo a escala nacional e internacional proyecta dos grupos bien diferenciados de trabajadores: a) un núcleo de trabajadores estables, protegidos, con buenas remuneraciones y calificaciones, y b) una "periferia" inestable, precaria, tercerizada o informal.

3) la "inestabilidad en el empleo" promovida precisamente por la flexibilización o desregulación de la contratación laboral y del despido;

4) la "individualización" de las relaciones laborales, fruto de una mayor autonomía de la voluntad del empleador y del retroceso de las relaciones colectivas de trabajo;

5) el abaratamiento del costo del trabajo, producido por el abatimiento de las medidas legislativas de protección, que se traduce en un descenso del salario en la renta nacional³⁰.

Años más tarde recordará que una de las principales expresiones de la globalización es la deslocalización del trabajo. La palabra "deslocalización" - anota - no figuraba hasta el año 2001 en el Diccionario de la Real Academia Española, mientras que sí figuraban las expresiones "localización" o "localizar", como efecto de ubicar algo, ponerle límites, "geografizarlo", por lo cual debe entenderse que "deslocalización" es un neologismo creado en el área de la economía, la sociología, las relaciones laborales y el Derecho del trabajo, para visualizar el fenómeno contrario, que incluye diversas formas de producción. como la tercerización, intermediación, subcontratación, movilización, etc.³¹.

A nivel internacional, apunta

"La deslocalización es el traslado de actividades productivas desde países industrializados a países en desarrollo, caracterizados éstos últimos por poseer niveles sensiblemente inferiores de renta per cápita, salario, condiciones de trabajo, etc. Esta definición describe bien qué es lo que se siente con respecto

³⁰ ERMIDA URIARTE O., *Globalización...* cit., p. 6.

³¹ ERMIDA URIARTE O., "Deslocalización..." cit. p. 40.

al fenómeno de la deslocalización, especialmente en los países de origen, como los europeos y los norteamericanos e incluye las causas que generalmente provocan el fenómeno. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, la definición podría ser mucho más estrecha: cualquier cierre total o parcial de la empresa seguido o acompañado de la ubicación de todo o parte de la misma en otro lugar. Aquí lo central, desde el punto de vista jurídico, parece ser no tanto que el cambio se produzca de un país desarrollado a uno subdesarrollado - aunque esto se da en más del 90% de los casos y está en la motivación -, sino simplemente la localización de una actividad productiva, en sentido lato, en otra parte. Esta es su esencia, sin perjuicio, claro está, de que a su vez, generalmente esta otra parte tenga un régimen jurídico distinto – y además -, probablemente, desde el punto de vista social, en lo que nos interesa a nosotros, menos favorable”³².

Focaliza su atención en la deslocalización internacional, es decir aquella que se produce de un país a otro, pudiendo el país de origen y el de destino pertenecer a un mismo bloque regional, como el caso de la Unión Europea, u otro país o aún zonas específicas de otro país, como son las zonas francas, llamadas “*maquilas*” en Centroamérica. En estas últimas, la deslocalización no solamente va a un país distinto, sino que además elige en ese país de destino una zona exceptuada de determinados regímenes reglamentarios, incluyendo los laborales. El fenómeno ha llegado a tales extremos que hoy aparecen barcos factorías, ubicados en aguas internacionales, “para producir allí con gente que, como en las plataformas petroleras de alta mar, hace largas jornadas, luego usufructúa extensos períodos de descanso en tierra firme y así sucesivamente”³³

En el ámbito del fenómeno general de la globalización, distingue la deslocalización de la simple expansión de la empresa.

“No es lo mismo deslocalización que instalación de un nuevo establecimiento en el extranjero como forma de expansión o crecimiento, sin afectar o sin afectar sensiblemente, al establecimiento original local que sigue funcionando, porque ésta es la forma de crecimiento habitual de las empresas

³² *Ibidem*, p. 40.

³³ *Ibidem*, p. 40 y 41.

en el mundo moderno y éste es el proceso en el que nacieron las empresas multinacionales. El proceso de multinacionalización de una empresa nacional tiene, normalmente, una primera fase o antecedente, simplemente en la exportación; la segunda etapa es la instalación de una oficina comercial en el país de destino; la tercera es instalar la fábrica en el exterior para producir directamente en ese otro país, momento éste en el cual puede ya aparecer alguna confusión o coincidencia con la deslocalización; y el punto de contacto más claro con el tema de este trabajo (la deslocalización), estaría en lo que podría ser visto como una cuarta etapa de la multinacionalización de la empresa: la sustitución de la empresa matriz, sede u original por el nuevo establecimiento en el extranjero o aún la sustitución de la nueva instalación en el extranjero por otra en un tercer país³⁴.

El fenómeno de la deslocalización internacional impacta de forma diversa sobre las relaciones laborales. Por un lado produce un gran *dumping social*, que se expresa en una re-mercantilización del trabajo: el trabajo es más aún una mercancía que se compra en el lugar donde resulte más barato. Por otro lado diversos son los efectos sobre las condiciones de trabajo y la legislación social, a partir de una presión a la baja de las condiciones de trabajo, que se produce no solo en el país de destino (elegido por su inferior nivel de tutela), sino también en el país de origen, porque se produce “un verdadero chantaje” psicológico de los trabajadores locales, que temiendo la deslocalización, están dispuestos a negociar a la baja³⁵.

Señala también el posible efecto de la antisindicalidad: “la deslocalización o la amenaza de deslocalización puede ser un arma antisindical o provocar un efecto antisindical. Y puede serlo o hacerlo tanto en origen como en destino”³⁶.

5. Técnicas para la regulación de las relaciones laborales en un contexto global

³⁴ *Ibidem*, p. 41.

³⁵ *Ibidem*, p. 46.

³⁶ *Ibidem*, p. 49.

Luego de analizar las complejidades de la transnacionalización del trabajo y el posible impacto negativo sobre los trabajadores, individual y colectivamente considerados, Ermida Uriarte con mucho realismo propone “técnicas” de regulación. No son “*soluciones propuestas*”, porque desconfía de las soluciones en esta materia, aunque expresa la necesidad de promover “técnicas jurídicas” para contener los efectos más perniciosos de las deslocalizaciones³⁷.

Distingue entre técnicas nacionales e internacionales, aunque es consciente que no es fácil definir soluciones a nivel nacional, porque las regulaciones y las políticas nacionales sí bien pueden mitigar los efectos sociales negativos del fenómeno, no pueden “gobernarlo” o dominarlo. En efecto el proceso de la toma de decisión de la deslocalización-relocalización es un fenómeno global, internacional, que no puede ser aprehendido en su totalidad por la regulación nacional o por la política nacional³⁸.

Considera que es más realista un camino que confíe a “técnicas” internacionales un fenómeno, que es claramente internacional. Ante la ineficacia de las legislaciones nacionales para contrarrestar el fenómeno de la globalización - expresa -, se apunta a una re-regulación internacional de las relaciones laborales, que puede recurrir a formas de *regulación tradicional o directa* y formas de *regulación indirecta o alternativa*³⁹.

Las *formas tradicionales o directas* de reglamentación laboral - expresa el autor - son las que intentan crear *reglas de derecho* tradicionales, es decir normas jurídicas generales, y abstractas que regulan las relaciones “a imagen y semejanza de la ley, aunque adaptada al ámbito internacional” (convenios internacionales del trabajo, normas supranacionales de la Unión Europea, los grandes Pactos y Declaraciones de derechos humanos, las Cartas Sociales y, en un plano más general, el Derecho universal de los derechos humanos)⁴⁰.

Las *formas alternativas o indirectas* son complementarias de las anteriores y responder a acciones convencionales o unilaterales, como el caso

³⁷ *Ibidem*, p. 50.

³⁸ *Ibidem*, p. 51.

³⁹ ERMIDA URIARTE O., *Derechos Laborales y Comercio Internacional*, Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2001, p. 5 y 6.

⁴⁰ *Ídem*.

de normas en acuerdos de comercio, códigos de conducta o convenios colectivos.⁴¹.

Señala así las siguientes vías o reglas - directas y alternativas - para establecer un plan de contención contra el deterioro de los derechos de los trabajadores.

a) Normas y otros instrumentos de la OIT

Recuerda que todo *el sistema normativo de la OIT* debe su origen y tiene por finalidad, entre otros objetivos, evitar el *dumping social*. El objetivo central de la OIT, desde su creación con la firma del Tratado de Versailles, fue la constitución de una organización internacional que fuera competente en la aprobación de una legislación internacional del trabajo de mínimos, aplicable en todo el mundo por igual. Confluyeron en esta iniciativa una preocupación humanitaria o de justicia social de protección del trabajador, pero simultáneamente la preocupación económica o comercial de evitar el *dumping social* entre los países⁴².

Pero la debilidad del sistema deriva de “dos talones de Aquiles”: que los convenios internacionales para ser aplicados, deben ser ratificados por los países y que no existe un sistema coercitivo que permita aplicar una sanción a quien no cumple una norma internacional. De todos modos es importante no solo reparar sobre el efecto de los convenios internacionales, sino también referirse a otros mecanismos regulatorios, como la Declaración de 1998 sobre principios y derechos fundamentales del trabajo. Desde una percepción optimista, la Declaración de la OIT puede ser considerada un instrumento obligatorio y eficaz en todo caso y lugar, independientemente de todo acto nacional de ratificación, adopción o aprobación, integrándose así al conjunto de Pactos, Declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos Humanos. Agrega que la misma “se inscribe en una tendencia muy importante a la universalización de las normas internacionales del trabajo y de las condiciones mínimas de trabajo que suponen

⁴¹ *ídem*.

⁴² ERMIDA URIARTE O., *Deslocalización...* cit., p. 51.

derechos humanos o fundamentales, al margen de cualquier soberanía nacional, esto es, dicho jurídicamente, al margen del acto de ratificación”⁴³.

Su contribución al estudio de los documentos de la OIT enfatiza en la importancia jurídica que tienen aún los convenios no ratificados como doctrina más recibida y como expresión del pensamiento jurídico universal. Expresa:

“Los convenios de la OIT no ratificados pueden tener algunos efectos importantes. En general, tienen una eficacia similar a la de las Recomendaciones. Pero hay más: los convenios de la OIT sobre derechos humanos (la mayor parte), pueden tener validez plena, aún no ratificados, como es el caso de los referidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998. Aparte de eso, las otras convenciones de la OIT sobre derechos humanos pueden - y hasta deben - ser usadas en la interpretación de otras normas de derechos humanos. Por ejemplo: el convenio 158, aún no ratificado (en Uruguay) o denunciado (en Brasil), contribuye fuertemente a la construcción del contenido esencial del derecho al trabajo”⁴⁴.

b) Normativa europea

Ermida asigna importancia al proceso europeo de generación de normas en materia laboral, señalando como ejemplo la Directivas de la Unión europea y las directrices o recomendaciones de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) sobre empresas multinacionales, que también se refieren a la información, la comunicación anticipada, el plan social, etc.⁴⁵

c) La universalidad de los derechos humanos

La universalización de los derechos humanos constituye para él una de las pocas soluciones definitivas al tema de la regulación de las relaciones

⁴³ *ibidem*, p. 53.

⁴⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar, *Aplicacao das normas internacionais do trabalho*, en Revista do Advogado N° 110, p. 137, San Paolo 2010, cit. en TAT 1º, Sent. 119/2011 de 27.04.2011 (versión traducida por la redactora de la sentencia Rosina Rossi). Ver la concepción sobre el “jus cogens”, *infra* N° 9.

⁴⁵ ERMIDA URIARTE O., *Deslocalización...* cit., p. 54.

laborales en el contexto global. “Si hay una parte del Derecho que puede ser totalmente globalizable - expresa -, es la constituída por los derechos humanos, es decir, aquellos derechos que son inherentes a la persona humana por su condición de ser humano, independientemente de su vinculación con cualquier Estado nacional, sea ésta una vinculación de nacionalidad, ciudadanía, domicilio, residencia, etc.”⁴⁶. En ese “piso mínimo de derechos”, que son precisamente los derechos que todos tenemos como persona, existen numerosos *derechos laborales*, como el *derecho al trabajo* y el *derecho a la negociación colectiva*. Son ellos instrumentos de regulación contenidos en los Pactos y Declaraciones de derechos humanos - universales, europeos y americanos -, y en las partes dogmáticas de las Constituciones nacionales, que también son fuente de Derecho internacional humanitario, porque “los principios generales del Derecho de las naciones más civilizadas” son admitidos como fuente de Derecho internacional por la Corte Internacional de Justicia⁴⁷.

d) La acción sindical internacional

Otra técnica jurídica (o *cuasi jurídica*) fundamental para afrontar el fenómeno de la globalización y la deslocalización es *la acción sindical internacional*, con especial referencia a *la negociación colectiva internacional*. “La necesidad de una acción sindical internacional - afirma - está impuesta hoy por una razón estructural, que es la globalización. Si el sistema económico se globaliza, tarde o temprano se van a globalizar las relaciones laborales, y más vale para los sindicatos hacerlo más temprano que tarde, dándose ya las estructuras internacionales necesarias y desarrollando relaciones laborales extranacionales incluidas formas internacionales de negociación colectiva y de conflicto”⁴⁸.

e) Formas alternativas o indirectas

⁴⁶ *ibidem*. p 54 y 55.

⁴⁷ *idem*.

⁴⁸ *ibidem*, p. 56.

Estas técnicas son complementos de las anteriores, que operan por la insuficiencia o las dificultades de adopción de aquellas. “No son reglas de derecho generales y abstractas - expresa -, sino técnicas convencionales o unilaterales que dan lugar, en el primer caso, a obligaciones entre los sujetos celebrantes y en el segundo, a condiciones, estímulos, disuasivos o compromisos éticos (es el caso de las cláusulas sociales en los tratados de comercio, los códigos de conducta, los "labels" o marcas distintivas de buena práctica laboral y de las denominadas "inversiones socialmente responsables" o "fondos éticos" y "solidarios")⁴⁹.

La apelación a los códigos de conducta, en el marco de la denominada responsabilidad social de las empresas, le plantea múltiples dudas: ¿cuál es su verdadera motivación?, ¿en qué medida forma parte de las estrategias flexibilizadoras de sustitución de la normativa laboral obligatoria por la eufemísticamente denominada “*soft law*”? ¿tiene alguna utilidad e interés para el Derecho laboral?. Las preguntas que formula plantean de por sí la fragilidad de estas soluciones, aunque destaca que la evolución doctrinaria tiende a establecer algún grado de eficacia y exigibilidad de los “compromisos” aparente o puramente éticos. Agrega que con relación a los los códigos unilaterales, debe entenderse que los mismos significan autolimitaciones unilaterales y voluntarias en su adopción, “pero de obligatorio cumplimiento una vez proclamadas y por tanto vinculantes y exigibles por los beneficiarios”. Finalmente en el caso que el código de conducta esté recogido en un convenio colectivo, el mismo se impone por la propia exigibilidad de toda norma u obligación recogida en tales instrumentos⁵⁰.

6. La regla de la norma más favorable a nivel internacional

Ante la cuestión de los criterios aplicables a la solución de conflictos de normas laborales en el espacio, la contestación de Ermida es clara: también en

⁴⁹ ERMIDA URIARTE O., *Derechos Laborales* --- cit., p. 6.

⁵⁰ ERMIDA URIARTE O., *Deslocalización...* cit., p. 57.

la dimensión internacional son de aplicación los principios de la disciplina y, entre ellos, es de especial importancia el principio protector de la norma más favorable.

Firme de esta concepción, expresa:

“No cabe duda que a esta altura de los desarrollos doctrinarios prevalece la aplicación combinada de la norma del lugar de ejecución del trabajo y de la norma más favorable al trabajador, criterios impuestos por los caracteres y finalidades del derecho laboral y de sus instituciones (...) Las mayores dificultades se plantean cuando la ley de ejecución es inaplicable – o de dificultosa aplicación – dada la imposibilidad de determinar un único lugar de ejecución, problema que se da en aquellas relaciones de trabajo que se desarrollan sucesivamente en varios territorios nacionales o en aguas internacionales.

En estos casos, el principio protector revela su máxima utilidad como punto de conexión y recibe el apoyo de la doctrina más recibida: se opta por aplicar la norma más favorable al trabajador, entre las razonablemente aplicables”⁵¹.

En esta línea, agrega que hay técnicas jurídicas que tienen que ver con soluciones teóricas o dogmáticas, algunas de ellas relacionadas con el Derecho internacional privado del trabajo y otras asentadas en el concepto dogmático autónomo de empresa empleadora, que construye el Derecho laboral, con su principio de la norma más favorable.

Esta especial visión del Derecho del trabajo internacional modifica los puntos de conexión del tradicional Derecho internacional privado y el principal punto de conexión es la regla más favorable al trabajador. “En la solución de conflictos espaciales de leyes laborales (Derecho del trabajo internacional o Derecho internacional privado del trabajo) - afirma -, el punto de conexión tradicional, que es la *lex loci executionis* (la aplicación de la legislación del lugar de ejecución del trabajo), sirve para regular el acto de deslocalización, pero no sirve para regular el acto complejo, de deslocalización y relocalización en su conjunto”⁵². Ello es así porque en el lugar de destino, probablemente la ley del

⁵¹ ERMIDA URIARTE, O., *Empresas ... cit.*, p. 105 a 107.

⁵² ERMIDA URIARTE, O., *Deslocalización... cit.*, p. 57.

lugar de ejecución será menos favorable. Ello obliga a considerar al conjunto de la operación (deslocalización y relocalización), como “un sólo acto jurídico complejo que pudiera llegar a estar regulado **por un mismo punto de conexión, el más favorable a la protección de los derechos del trabajador**. Y esto supone, por un lado, asumir a la norma más favorable como punto de conexión privilegiado en el Derecho del trabajo internacional, pero exige además, por otro lado, realizar otra operación de técnica jurídica – ésta sustantiva y ya no de solución de conflictos de leyes -, que lleva a manejar el concepto de empresa-empleadora, las nociones de empresa, de empleador y de responsabilidad laboral”⁵³.

A partir de esta idea, señala:

“La aplicación de los criterios de la norma del lugar de ejecución combinada con la norma más favorable, llevaría, en lo fundamental a aplicar los siguientes criterios cuando el conflicto de leyes se plantea respecto de una empresa multinacional: a) tratándose de un trabajador sedentario, se aplica la ley de lugar de ejecución; b) tratándose de un trabajador trasladado de un establecimiento a otro de la empresa multinacional, el trabajador puede reivindicar los beneficios propios del nuevo establecimiento, sin perjuicio de mantener las ventajas adquiridas en el anterior... En todos los casos, el criterio de la aplicación de la norma más favorable jugará un rol fundamental, impuesto por la naturaleza, principios y finalidad del derecho laboral. La aplicación de este criterio recibe el mismo fundamento que el de la ley de ejecución. La imperatividad de las normas laborales determinan la aplicación de la ley del lugar de ejecución; pero esa misma imperatividad de las normas laborales, en cuanto se refiere a los mínimos por ella edictados, justifica la aplicación de la norma más favorable, que supere aquellos mínimos”⁵⁴.

Es importante destacar un comentario que Seré formula con relación al principio de la norma más favorable: para Ermida - expresa - la norma más favorable puede ser aquella que - aún al margen de su contenido sustancial - permita al trabajador acceder materialmente ante un órgano jurisdiccional ante

⁵³ *idem*.

⁵⁴ ERMIDA URIARTE O., *Empresas...*, p. 170 a 172.

el cuál hacer valer sus derechos⁵⁵. En otros términos el *favor* debe medirse desde la perspectiva del trabajador: puede resultar más favorable la regulación de un vínculo laboral en base al derecho de otro país, pero para su acceso a ello, podría implicar para el trabajador plantear un juicio en ese país, hecho que puede volverse impracticable. El trabajador, por lo tanto, podrá elegir entre dos jurisdicciones, la que le sea “más favorables”, ya sea por su accesibilidad o en virtud del derecho sustantivo aplicable.

7. Sobre el Mercosur

Ermida se refiere en diversas oportunidades a la dimensión social de la integración regional en el ámbito geográfico del Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991. Se aproxima a este estudio con desconfianza, pues es notorio que el Mercosur nace en un contexto, en el que crecen y se afirman el neoliberalismo como ideología dominante y la globalización como expresión de una nueva etapa de la economía. Esa desconfianza se confirma porque el Tratado fundacional fue exclusivamente comercial, respondiendo a una lógica economicista, sin prever una dimensión y espacio social, a diferencia de tratados posteriores como el NAFTA (Estados Unidos, Canadá y México) o el CAFTA (Rep. Dominicana, Centro América y Estados Unidos), o inclusive más antiguos como el Tratado de Roma, que tuvieron acuerdos o capítulos laborales.

El Mercosur se origina y se expande a partir de una concepción mercantilista de la integración, como se evidencia en su documento constitutivo, donde se omitió toda consideración a las cuestiones sociales: la única referencia sobre la problemática social y laboral aparece esbozada en uno de los *Considerandos* del Preámbulo, en el que se expresa el propósito de obtener “el progreso económico con justicia social”⁵⁶. Plá Rodríguez, a los pocos meses de aprobarse el documento, expresó que si bien hubo omisión en la consideración de los aspectos laborales en el Tratado y el proceso comenzó exclusivamente

⁵⁵ SERÉ, Jorge U., *Curso de Derecho Laboral*, Montevideo 2004, p. 110, en que cita “Empresas Multinacionales y Derecho Laboral”, p. 165.

⁵⁶ BABACE H., *Introducción al estudio de las Relaciones Laborales en los Procesos de Integración*, Montevideo 1998, p. 132.

en el plano económico, de inmediato se planteó entre los países miembros la cuestión de abrir un enfoque social en el proceso de integración⁵⁷.

Ermida Uriarte es consciente sobre las limitadas posibilidades de reforzar ese espacio social de la región, pero no por ello se desanima y encabeza una doctrina laboral que pone de manifiesto la existencia, en el propio texto del Tratado, del germen jurídicamente legitimante de la construcción del espacio social del Mercosur: precisamente la inclusión en el Preámbulo del Tratado, como expresáramos, de los objetivos de “desarrollo social” y de mejora “de las condiciones de vida” de la población. A partir de allí, la elaboración doctrinal, la acción sindical y - con matices - el apoyo o la tolerancia de las delegaciones gubernamentales, han permitido iniciar la construcción de aquellas “dimensión social”⁵⁸.

Entiende que toda experiencia de integración económica regional acarrea necesariamente múltiples efectos sociales, y dentro de ellos, se anotan aquellos específicamente laborales. Ante los deseos de efectos laborales positivos a largo plazo, destaca los efectos sociales negativos que pueden producirse a corto plazo, como la desocupación sectorial y el riesgo del “*dumpling social*” entre los propios países miembros para conseguir ventajas en el espacio regional. También entiende que a partir de las influencias recíprocas entre los sistemas de relaciones laborales, va surgiendo un nuevo nivel “internacional/regional” de relaciones de trabajo⁵⁹.

Por ello propone desarrollar en la región un concepto nuevo, aún no desarrollado: el de ciudadanía laboral. Mientras el concepto de *ciudadanía* (*ciudadanía* a solas) se agota en la noción jurídica constitucional de pertenencia a un Estado, con derechos y obligaciones políticas, el concepto de *ciudadanía laboral* implica la real participación de las personas en el sistema regional de relaciones laborales. Precisa:

⁵⁷ PLA RODRÍGUEZ A., “Posible incidencia del Mercosur en la problemática laboral”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 1, Montevideo 1991, p. 108.

⁵⁸ ERMIDA URIARTE O., *Mercosur y Derecho Laboral*, Montevideo 1996, p. 3.

⁵⁹ ERMIDA URIARTE O., “La ciudadanía laboral en el MERCOSUR”, en rev. *Derecho Laboral*, T. XLI, N° 190, Montevideo 1998, p. 322.

“La noción de ciudadanía laboral o sindical supone la efectiva participación de los trabajadores en tanto tales - ya no sólo en cuanto individuos abstractos -. Esta forma de ciudadanía supone, para cada trabajador individual, la posibilidad de participación intrasindical y en la empresa, así como, para el sindicato, el derecho de participación en sentido amplio: negociación colectiva, participación institucional y concertación social. Parece claro que en el terreno de las relaciones laborales, el ejercicio de la ciudadanía pasa por la participación en sus diversas manifestaciones.

.....

.....

Por lo que se viene de expresar, los procesos de integración avanzados - como lo es la Unión Europea y como quiere serlo el Mercosur - requieren el desarrollo de su dimensión social, no solamente para prevenir y “gobernar” los efectos sociales de la integración, sino también para realizar efectivamente los derechos de ciudadanía en sus principales manifestaciones”⁶⁰.

En línea con este concepto de “ciudadanía laboral”, Ermida entiende que la acción sindical debería ser uno de los incentivos fundamentales en el desarrollo de la dimensión social del Mercosur, pero reconoce que esa acción sindical encaminada a la construcción de un espacio social del área, requiere un redimensionamiento del sindicato y de su actividad. “Estamos - afirma - ante un proceso que provoca “la internacionalización del contexto geográfico, político y económico” de las relaciones laborales y “ese nuevo escenario internacionalizado requiere de actores sociales también internacionalizados”.

8. El sindicalismo ante la internacionalización de las relaciones laborales

Como expresáramos con anterioridad en estos comentarios, la lógica más elemental para el autor se expresa en la idea que en un mundo en que las relaciones laborales se globalizan, también debe internacionalizarse la acción sindical. “El sindicato - expresaba a comienzos de la década de los '80 - debe

⁶⁰ *ibidem*, p. 323.

dotarse de una nueva estructura que le permita cumplir sus funciones ante la empresa multinacional. De alguna manera el sindicato debe adquirir una estructura u organización que le confiera eficacia multinacional. La empresa multinacional exige un sindicato multinacional, o, al menos, una acción sindical multinacional”⁶¹.

Es consciente sin embargo de las dificultades que puede plantear el fortalecimiento de esas estructuras. Mientras parecen naturales las alianzas de los Estados y las empresa multinacionales en un contexto de economía de mercado global, más dificultosa es la unión de organizacionales sindicales fuera de sus territorios. De todos modos, el empoderamiento de las estructuras sindicales “es una *conditio sine qua non* para la efectiva participación de los trabajadores”⁶². Y de ello da dos razones: en primer lugar considera que la acción sindical eficaz y adecuada es uno de los factores indispensables para que los aspectos sociales de la transnacionalización de la economía no sean desplazados definitivamente por los aspectos puramente comerciales. La segunda razón la vincula a la necesidad de generar otros institutos de participación a nivel regional e internacional y para ello una estructura sindical transnacional es fundamental⁶³,

Con referencia específica al Mercosur expresa:

“El horizonte de las relaciones laborales del Mercosur muestra, necesariamente, una negociación colectiva “mercosureña”. Podría tratarse de una negociación de empresa (empresa o conjunto económico instalada en más de uno de los países del Mercosur), así como una negociación colectiva de actividad y aún de un acuerdo marco o pacto social de cúpula, como los “dictámenes comunes” que en la Unión Europea acuerdan la Confederación Europa de Sindicatos (CES) y la Unión Industrial de la Comunidad Europea (UNICE)”⁶⁴.

Ermida se vinculará - desde un punto de vista absolutamente técnico - con la CSA (Confederación Sindical de la Américas), con el propósito común de

⁶¹ ERMIDA URIARTE O., *Empresas multinacionales...* cit., p. 220.

⁶² ERMIDA URIARTE, O., *La ciudadanía...* cit., p. 337.

⁶³ *idem*.

⁶⁴ *idem*.

promover una más clara visión de las relaciones laborales y sindicales a nivel transnacional. En el libro “Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en America Latina y Caribe”, publicado por la CSA, la CSI (Confederación Sindical Internacional) y el CELDS (Centro Europeo y Latinoamericana para el Diálogo Social), se da cuenta de la estrecha colaboración de Ermida, quien “hubiera sido un claro protagonista de este proyecto de no haber fallecido a mediados del 2011”⁶⁵. El proyecto sigue las ideas básicas de Ermida de fortalecer los sistemas sindicales latinoamericanos a través de la profundización de estudios nacionales, que permitieran un eficaz análisis comparativo con Europa.

Lamentablemente, en nuestra opinión, aún no se ha logrado construir una solidaridad sindical regional (Mercosur o Latinoamérica), que permita potenciar la acción sindical común en los espacios transnacionales. Entendemos que las organizaciones sindicales latinoamericanas siguen ancladas a ideologías y regulaciones nacionales muy marcadas, que le impiden construir la necesaria unidad regional, para promover una verdadera y eficaz acción transnacional.

9. El *jus cogens* como derecho aceptado por la comunidad de Estados

Uno de los aportes importante de Oscar Ermida Uriarte a la doctrina y jurisprudencia iberoamericana ha sido la idea de la aplicación del “*jus cogens*” - en cuanto expresión del derecho aceptado y reconocido por la comunidad de estados en su conjunto - al derecho laboral nacional.

Esta concepto es extraído del derecho privado internacional y se expresa en la idea que “los instrumentos jurídicos internacionales, que proclaman el reconocimiento universal de determinados derechos humanos o fundamentales ya consagrados por la costumbre internacional, los principios generales del Derecho y otros Pactos, Declaraciones e instrumentos internacionales, conforman el *jus cogens* u orden público internacional, al margen de cualquier

⁶⁵ CSA-CSI con la colaboración del CELDS, *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en America Latina y Caribe*, Ginebra 2013, p. 14.

soberanía nacional, esto es - dicho jurídicamente - al margen del acto de ratificación”⁶⁶.

De este modo, Ermida considera que existe un derecho internacional de orden supralegal, que se impone a los Estados como expresión de la cultura jurídica aceptada y recibida por un conjunto relevante de Estados y organismos internacionales. La normativa internacional del trabajo con su prestigioso origen, que se vincula con la creación de la Organización Internacional del Trabajo en el año 1919, ha seguido - bajo la influencia de la obra de la OIT, de los Convenios Internacionales del Trabajo y de las Recomendaciones - , el propósito de construir y unificar a nivel global del Derecho del trabajo. Asimismo los contenidos y principios del derecho laboral se han ido enriqueciendo en el tiempo con la aprobación de Pactos y Cartas internacionales que refieren a reglas mínimas de tutela laboral y con la ratificación de tratados bi o multilaterales especialmente en el área de la seguridad social. También ha existido en las últimas décadas el desarrollo de acuerdos regionales, en los que la materia laboral ha sido una de las cuestiones importantes en la definición de las reglas comunitarias.

Ermida Uriarte, toma a vía de ejemplo la Declaración Sociolaboral del Mercosur, y señala que “la Declaración puede ser vista, en una primera lectura - literal y tal vez superficial - como una mera proclamación de propósitos políticos, no vinculantes, sin ninguna eficacia jurídica o - en el mejor de los casos - con la eficacia propia de las normas programáticas. Sin embargo, en función de la previsión de los arts. 33 de la Constitución argentina, 5 apdo. 2 de la brasileña, 45 de la paraguaya y 72 y 332 de la uruguaya, puede entenderse que los derechos y principios proclamados en la Declaración constituyen el “bloque de constitucionalidad” nacional en materia de derechos fundamentales”⁶⁷. Agrega que bien puede considerarse que la Declaración se refiere a derechos que forman parte del *jus cogens* o del orden público internacional y en tal sentido gozarían de validez y eficacia jurídica plenas, más allá de todo acto nacional de

⁶⁶ ERMIDA URIARTE, O., *Deslocación...* cit., p. 53.

⁶⁷ ERMIDA URIARTE O., “La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, (Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires el 10 y 11 de diciembre de 2001), Buenos Aires 2002, p. 14.

ratificación o recepción y sin perjuicio de la función promocional de la Comisión Sociolaboral⁶⁸.

A partir de estas ideas, la doctrina latinoamericana va desarrollando la concepción de que a nivel jurisprudencial, debe aceptarse la aplicación directa de los instrumentos internacionales, aún no ratificados por un país, a sus conflictos internos del trabajo. Ello es así porque se ha desarrollado una nueva visión de las tutelas laborales (precisamente el *jus cogens* o *bloque de constitucionalidad*), que reconocen en el derecho internacional del trabajo la expresión del derecho aceptado y reconocido por la comunidad de estados en su conjunto, y que por lo tanto debe primar sobre las normas nacionales.

Esta parte del Derecho del trabajo estudia diversas cuestiones: la jerarquía de las normas internacionales como fuente de derecho y las vías de incorporación en el ordenamiento interno de los Estados; los convenios y recomendaciones de la OIT y a la estructura de la Organización; los sistemas regionales de normas internacionales del trabajo; la autoejecutabilidad de las normas internacionales del trabajo; la eficacia, en el orden interno de las normas internacionales del trabajo incorporadas al bloque de constitucionalidad⁶⁹.

Otra proyección de esta doctrina señala que en tanto parte del “*jus cogens*”, los derechos humanos reconocidos como tales por la comunidad internacional en esas grandes Declaraciones y Pactos integran el orden público internacional y por tanto, gozan de *imperium* más allá de todo acto de ratificación, convalidación o recepción nacional. Lo mismo puede decirse de las Declaraciones y Cartas americanas, aunque circunscriptas al plano hemisférico⁷⁰.

10. Sobre el teletrabajo

Aunque el tema del teletrabajo, tan de actualidad en estos días, no es precisamente un fenómeno que solo refiere a la internalización del trabajo, lo

⁶⁸ Ermida Uriarte O., ob. cit., p. 28.

⁶⁹ cfr. MOLINA M., Carlos Ernesto, *Las Normas Internacionales del trabajo y su efectividad en el Derecho colombiano*, Bogotá, 2005, pp. 225 y ss.

⁷⁰ *idem*.

cierto es que las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones han permitido romper las barreras de los confines nacionales, para promover la realización de actividades que cruzan fronteras a través de esta particular modalidad de labor.

Ermida no se deja engañar por las posibilidades que ofrece el teletrabajo, que considera en términos generales una nueva forma de explotación laboral, no tan diversa del antiguo trabajo a domicilio. Las tecnologías, lejos de mejorar la calidad del trabajo, promueven nuevas formas de autoempleo precario para millones de personas, que generalmente están al margen de las tutelas del derecho del trabajo y de la seguridad social.

Expresa irónicamente que, “revestido de las deslumbrantes plumas y lentejuelas de la informática, el viejo (¡y cuan viejo!) trabajo a domicilio se recicla y hace su segunda irrupción en escena, ahora como estrella de primera magnitud en el espectáculo de la postmodernidad, bajo el nombre artístico de teletrabajo”⁷¹. Es una modalidad - agrega - funcional al “abatimiento de costos laborales, la dilución del colectivo, la individualización de las relaciones laborales y la intensificación del control”⁷²

El teletrabajo aparece como una realidad nueva, aunque plantea los problemas comunes a toda contratación atípica. “¿Nada nuevo bajo el sol? - se pregunta Ermida -. En verdad, aparentemente, (estamos ante) un viejo instrumento ahora utilizado para otros trabajos y con otras herramientas”, que expresa una de las formas modernas de externalización del trabajo: “en todo caso, la cuestión sigue siendo la de distinguir el teletrabajo autónomo o independiente del dependiente o por cuenta ajena”⁷³.

Anticipa los problemas y las preocupaciones actuales del teletrabajo y se pregunta si en definitiva el teletrabajo actual supone una nueva forma de labor promovida por las nuevas tecnologías o si se trata de una nueva estrategia de desresponsabilización del empresario, que quiere eludir su condición de empleador. Concluye expresando que el “(pos)moderno teletrabajo informático”

⁷¹ ERMIDA URIARTE O., Prólogo al libro de CARBALLO MENA C. A., *Delimitación del Contrato de Trabajo*, Caracas 2001, p. 7.

⁷² *ibidem*, p. 8.

⁷³ *idem*.

permite al empleador tener mayores posibilidades de control que en el trabajo común, por el uso de la propia informática, que genera así una “hiperdependencia” del trabajador⁷⁴

11. Conclusiones

Nuestra disciplina se consolida en Uruguay a partir del aporte jurídico de dos grandes juristas de nivel internacional: Américo Plá Rodríguez y Héctor Hugo Barbagelata. Desde visiones distintas, pero siempre complementarias, edifican nuestro derecho laboral. Plá Rodríguez, desde una perspectiva más pragmática; Barbagelata desde una visión que valoriza los derechos del trabajador como derechos fundamentales de la condición humana. Ermida Uriarte viene a completar la obra de nuestros dos grandes juristas, amalgamándola, complementándola, proyectándola a las nuevas realidades del mundo del trabajo. Discípulo predilecto de Plá Rodríguez, Oscar Ermida es un ferviente admirador de Barbagelata y es esa doble pertenencia, que le permite cerrar el círculo de lo que hoy se conoce en el continente como la “Escuela uruguaya del Derecho del trabajo”.

Su objetivo es la construcción de una teoría sobre la dignidad y la libertad de los trabajadores, en un contexto de relaciones laborales en profunda transformación, impulsado por las nuevas tecnologías digitales. Las seguridades y las tutelas del trabajo, promovidas a lo largo de gran parte del siglo XX, han entrado en crisis y son amenazadas o directamente sustituidas por nuevas realidades, marcadas por la insolidaridad, la segmentación social, la exclusión, la precariedad, la posmodernidad (concebida como expresión de un mundo fugaz, donde todo vale, porque todo es sustituible y descartable).

En este nuevo escenario mundial, el poder del capital financiero internacional domina las sociedades nacionales, un poder que pretende enseñar sus reglas, aunque las mismas luego provoquen las crisis económicas que conocemos. Además de otros aspectos de las transformaciones del trabajo, que mueven sus preocupaciones (los ataques a la libertad sindical, la demora de los

⁷⁴ *idem*, p. 8 y 9.

procesos judiciales, la crisis de la subordinación, etc)., siempre proyecta sus reflexiones hacia un contexto internacional, dominado por el gran y fluctuante capital financiero, que exige nuevas reglas y estrategias para la defensa de los derechos de los trabajadores.

En vísperas de la terrible enfermedad por la que fallecería el 7 de junio de 2011 con una vida aún llena de energía e ideas para transmitir, ordena sus reflexiones en un artículo, que es un mensaje a las futuras generaciones donde condensa en pocas páginas sus ideas sobre la esencia del Derecho del trabajo⁷⁵. En esas “meditaciones” reconoce los cambios de la época y los efectos devastadores para trabajadores cada vez más débiles en su relación de fuerza con las empresas que los emplean. Es por eso que apunta sus estudios e investigaciones hacia temas concretos: cómo atrapar la figura cada vez más escurridiza del empleador en los contextos nacional e internacional, de qué forma reforzar las tutelas para el ejercicio de una efectiva libertad sindical en el mundo contemporáneo, cómo promover una mayor estabilidad en el empleo. Comprueba que la posmodernidad mercantiliza el trabajo y cuestiona las tutelas laborales:

¿Puede concebirse – se pregunta - un Derecho del Trabajo vaciado de su dimensión ética, un Derecho del trabajo que en definitiva renuncie a su función tutelar? La respuesta es obviamente negativa, expresando la necesidad de poner nuestras energías intelectuales al servicio de la valorización del Derecho del trabajo como instrumento de promoción de la dignidad humana. En esa dimensión, las tutelas a nivel internacional adquieren especial relevancia, porque son el necesario contrapeso al poder de las empresas transnacionales.

“La razón de ser del Derecho del trabajo - afirma a conclusión de sus reflexiones - es su contenido ético: la justicia, la igualdad y la equidad... La justicia y la dignidad son axiomas que estarán siempre por encima de todo precio del mercado”. En torno a este contenido ético se van construyendo los principios de la disciplina, la noción de orden público que impregna sus normas, la tutela

⁷⁵ ERMIDA URIARTE O., "Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación", rev. *Derecho Laboral*, V. LIV, N° 241, Montevideo 2011, pp. 7 - 23. Posteriormente la Fundación Electra decidiría inaugurar su colección de “Cuadernillos” con este artículo, al que modificó el título, que pasó a ser “Meditación sobre el Derecho del trabajo”, Montevideo 2011.

de la dignidad del ser humano como objetivo central. Ante una realidad que pretende precarizar el trabajo, el Derecho laboral debe levantarse como una barrera de protección social. En la defensa de esa “razón de ser” - a nivel nacional e internacional - comprometió su extraordinaria vida de jurista.

Bibliografía

- BABACE, H. (1998). *Introducción al estudio de las Relaciones Laborales en los Procesos de Integración*, Montevideo.
- CASTELLS, M., (1999). *A sociedades em rede*, Vol. I, São Paulo, Brasil.
- ERMIDA URIARTE, O. (1981). "Derecho del trabajo internacional - Contrato de ajuste y personería laboral del empleador", *rev. Derecho Laboral*, T. XXIV, N° 121, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1981). *Empresas Multinacionales y Derecho Laboral*, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1996). *Mercosur y Derecho Laboral*, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1998). "La ciudadanía laboral en el MERCOSUR", *rev. Derecho Laboral*, T. XLI, N° 190, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1999). "Globalización y Relaciones Laborales", ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas de AIRT, publicada en *Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, III Congreso Regional de las Américas, Lima.
- ERMIDA URIARTE, O. (2001). *Derechos Laborales y Comercio Internacional*, Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima.
- ERMIDA URIARTE, O. (2001). Prólogo al libro de CARBALLO MENA C. A., *Delimitación del Contrato de Trabajo*, Caracas.
- ERMIDA URIARTE O. (2002). "La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, (Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires el 10 y 11 de diciembre de 2001), Buenos Aires.
- ERMIDA URIARTE, O. (2010). *Aplicacao das normas internacionais do trabalho*, en *Revista do Advogado* N° 110, p. 137, San Paolo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2010). "Deslocalización, globalización y relaciones laborales", *Relaciones Laborales*, N° 21, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2011). "Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación", *rev. Derecho Laboral*, V. LIV, N° 241, Montevideo.

- GARMENDIA ARIGÓN, M. (2000). "Filialización", *Cuarenta y dos estudios sobre la Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo.
- MOLINA, C. (2005). *Las Normas Internacionales del trabajo y su efectividad en el Derecho colombiano*, Bogotá.
- MORGADO VALENZUELA, E. (1999). "Las perspectivas del Derecho del Trabajo en un mundo globalizado", disertación en el Seminario Internacional *El Derecho del Trabajo ante el nuevo Milenio*, Santo Domingo, Rep. Dominicana, 26 a 28 de abril.
- PLA RODRÍGUEZ, A. (1975). "Reflexiones sobre el derecho internacional del trabajo", *rev. Derecho Laboral*, T. XVIII, N° 100, Montevideo.
- PLA RODRÍGUEZ, A. (1979). *Curso de Derecho Laboral*, 2a ed., Montevideo, T. I, V. 1.
- PLA RODRÍGUEZ, A. (1991). "Posible incidencia del Mercosur en la problemática laboral", *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 1, Montevideo.
- PLÁ REGULES, M. J. (2000). "La descentralización a nivel internacional", *Cuarenta y dos estudios sobre la Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo.
- RASO DELGUE, J. y CASTELLO, A. (2012). *Derecho del Trabajo*, T. 1, Montevideo.
- SERÉ, J. (2004). *Curso de Derecho Laboral*, Montevideo.

FORMAS DE TERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

FORMS OF TERMINATION OF THE COLLECTIVE AGREEMENT

Alejandro CASTELLO

Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de la República, Uruguay.

acastello@rcj.com.uy

Fecha de envío: 12/04/2021

Fecha de aceptación: 18/04/2021

FORMAS DE TERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Alejandro CASTELLO

Universidad de la República (Uruguay)

Resumen: El trabajo aborda al convenio colectivo como manifestación provisoria, así como las formas y causas de terminación del referido instrumento normativo, abordando especialmente la regulación de los modos de extinción que existen en Uruguay.

Palabras clave: Convenio colectivo - Provisoriedad - Extinción

Sumario: 1. Un merecido homenaje a un enorme Jurista. 2. Provisoriedad del convenio colectivo. 3. Formas y causas de terminación del convenio. 4. Regulación de los modos de extinción en Uruguay. 5. Reflexiones finales.

Abstract: The work addresses the collective agreement as a provisional manifestation, as well as the forms and causes of termination of the aforementioned normative instrument, especially addressing the regulation of the modes of termination that exist in Uruguay.

Key words: Collective agreement - Provisionality - Termination

Summary: 1. A well deserved tribute to a great Jurist. 2. Provisionality of the collective agreement. 3. Forms and causes of termination of the agreement. 4. Regulation of extinction modes in Uruguay. 5. Final thoughts.

1. Un merecido homenaje a un enorme Jurista

Es un gran honor poder participar de un número de la Revista Jurídica del Trabajo, dedicado a homenajear y recordar a uno de los más grandes juslaboralistas uruguayos. Oscar Ermida Uriarte fue Maestro de varias generaciones de laboralistas latinoamericanos, un experto en Normas Internacionales del Trabajo y uno de los máximos exponentes del Derecho sindical. Si bien cultivó todas las áreas del Derecho laboral, sus contribuciones sobre el Derecho colectivo del trabajo son notables, siendo material de estudio obligado para cualquier lector que necesite conocer el funcionamiento jurídico de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

Como alumno de sus exquisitas clases de la asignatura Derecho colectivo del Trabajo que dictaba en la Maestría de Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo), fuimos testigos de la facilidad que tenía Ermida Uriarte para plantear y transmitir con claridad, precisión y profundidad los aspectos más áridos y menos transitados del Derecho sindical. Uno de ellos es precisamente el que abordamos en esta contribución, referido a las formas, modos, mecanismos y causas que extinguen el convenio colectivo.

En las líneas que siguen el lector encontrará muchas de las enseñanzas que Ermida Uriarte transmitía en sus inolvidables clases.

2. Provisoriedad del convenio colectivo

La doctrina señala que “los convenios colectivos son, por definición, normas temporales”¹, extremo que resulta muy evidente ya que se trata de una norma apegada a la realidad y de carácter concreto. Habitualmente regula situaciones coyunturales de la empresa, el sector o la profesión a los cuales se aplica, por lo que su contenido suele desactualizarse o desajustarse de manera más o menos rápida. En general, los convenios colectivos son normas que se

¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo; *Derecho del trabajo*. 28ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2007, p. 178.

proyectan hacia un horizonte de mediano plazo, razón por la cual su duración no suele ser indefinida o excesivamente extensa.

Si se acepta entonces que el convenio colectivo no rige *in eternum*, debe reconocerse que está sometido a diversas vicisitudes que pueden afectar su vigencia. Así, el transcurso del tiempo puede hacer nacer causas, motivos, formas y modos que provoquen la terminación del acuerdo (o al menos la necesidad de que ello ocurra). Una de las formas más conocidas es la *denuncia*, es decir, la terminación por la voluntad unilateral de una de las partes. Pero existen otras formas de finalización del convenio colectivo, que dependen de otros factores, tales como su duración (en algunos casos el convenio está sometido a plazo o condición resolutoria), las prácticas de los actores sociales (en algunos ordenamientos es habitual que las empresas y sindicatos pacten mecanismos de revisión o inclusive descuelgue total o parcial) y la propia regulación legal (es común que los Códigos de trabajo disciplinen algunas formas de terminación del convenio, como por ejemplo, la quiebra de la empresa, la desaparición del sindicato, etc.).

En ese sentido, resulta evidente que cuanto más breve es su duración, menos probable es que se presenten exigencias para las partes de poner fin al acuerdo o revisar el mismo. Así, a vía de ejemplo, Mauricio Godinho Delgado señala que en Brasil la práctica ha demostrado que las partes normalmente fijan la duración del convenio en apenas un año, por lo que es poco probable que en un período tan corto surjan eventos excepcionales como la quiebra o concurso de la empresa, la desaparición del sindicato, la fuerza mayor, la crisis económica de un país o cualquier otra clase de evento que pueda tener impacto sobre la vida del convenio².

El respecto, debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo se negocia y celebra en un determinado contexto económico, financiero, tecnológico, laboral, tributario, político, etc., los cuales influyen sobre la empresa, el sector en que se desenvuelve y el país en general. Según señalan Martín Valverde, Rodríguez Sañudo y García Murcia, “en cuanto regulación de coyuntura, el

² GODINHO DELGADO, Mauricio; *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª edición. Ed. LTR, San Pablo, 2015, p. 1483-1484.

convenio colectivo contiene normalmente disposiciones de duración determinada. Pero las normas paccionadas de los convenios aspiran a la vez a un mínimo de estabilidad, que permita a empresarios y trabajadores establecer previsiones a corto y mediano plazo sobre ingresos y costes (...) la dificultad de armonizar todos estos intereses en tensión ha dado origen a una normativa legal sobre los distintos aspectos de la duración del convenio colectivo de notable complejidad y sofisticación”³.

Lo cierto es que la coyuntura en la cual se negoció y celebró el convenio colectivo, puede variar sustancialmente de un momento a otro, influyendo ello sobre los niveles de competitividad de las empresas, las condiciones de empleo de los trabajadores, el poder de los sujetos negociadores y sus posibilidades y aspiraciones. Por ejemplo, es muy conocido el impacto negativo que tiene la inflación sobre el poder adquisitivo de los salarios. Un aumento brusco e inesperado de los precios, especialmente de los productos que integran la canasta básica de consumo, puede generar la necesidad de que la actualización de los salarios se deba anticipar para no perjudicar gravemente a los trabajadores, lo que a veces puede implicar tener que revisar lo acordado - cuando no se previeron cláusulas de salvaguarda-.

Por otra parte, corresponde significar que las formas, causas, modos y medios de finalización del convenio colectivo pueden depender, en gran medida, de la existencia o no de un régimen de ultraactividad consagrado legalmente en el país. En efecto, en aquellos ordenamientos -como el uruguayo- donde el convenio puede llegar a sobrevivir, aún luego del agotamiento de su plazo o condición, por así disponerlo el legislador en ciertos casos, la extinción del acuerdo está sometido a particularidades que no se suelen abordar en otras ramas del Derecho (la ultraactividad no es un fenómeno jurídico habitual en el mundo contractual del Derecho civil, comercial, etc.).

3. Formas y causas de terminación del convenio

³ MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín; *Derecho del trabajo*, 24ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2015, p. 396.

La regla general es que las partes tienen libertad para fijar no solo la vigencia y duración del convenio, sino también los modos y causas de extinción. Uno de los mecanismos que más frecuentes se pactan en los convenios, es la denuncia, que como señala Rafael F. Albuquerque “es el acto por el cual una de las partes informa a la otra su decisión de extinguir el convenio colectivo a la llegada del plazo convenido”⁴. Debe hacerse por escrito y hacerse con prudente antelación. La denuncia se utiliza también para poner fin al convenio cuando se renueva automáticamente, así como cuando carece de plazo. La denuncia es además un mecanismo para provocar la revisión del convenio colectivo, cuando su contenido se desajusta o no refleja las posibilidades, intereses y aspiraciones de las partes⁵.

Pero suelen existir otros modos y causas de finalización del convenio. La doctrina menciona un variado elenco de modos de extinción del convenio colectivo. Así, Guillermo Cabanellas señala que el convenio puede llegar a su fin por las siguientes causas⁶:

- a) vencimiento del plazo o terminación de la obra;
- b) denuncia de las partes según los plazos establecidos, cuando es convenio de plazo indeterminado o que se ha renovado;
- c) incumplimiento de la convención;
- d) cambio fundamental de las condiciones económicas o acontecimientos imprevistos;
- e) mutuo consentimiento de las partes;
- f) imposibilidad de cumplimiento (fuerza mayor);
- g) muerte del patrono o disolución de la empresa;
- h) incapacidad sobrevenida del empleador.

⁴ ALBURQUERQUE, Rafael F; *Derecho del trabajo*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2003, p. 536,

⁵ En el caso de España, el artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores prevé que las partes puedan denunciar el convenio, aun durante su plazo de vigencia, cuyo efecto será el deber de las partes de sentarse a negociar su revisión. Pero, el convenio seguirá en vigor, hasta cumplirse el plazo pactado o el plazo legal de ultraactividad (un año más).

⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; *Tratado de Derecho Laboral*. Tomo III (Derecho colectivo del trabajo), 3ª edición. Ed. Heliasta, Buenos Aires, p. 187 y ss.

De manera similar, Ernesto Krotoschin señala los siguientes modos⁷:

- a) cumplimiento del plazo,
- b) mutuo disenso,
- c) denuncia,
- d) revisión o modificación para adaptar las condiciones a situaciones no previstas (teoría de la imprevisión),
- e) desaparición de una de las partes (solo si es el empleador), y,
- f) condición resolutoria.

Nestor De Buen Lozano, refiriéndose al Derecho mexicano, señala que el artículo 401 de la Ley Federal del Trabajo dispone que el convenio colectivo termina por: a) mutuo acuerdo; b) terminación de la obra, c) cierre de la empresa o establecimiento (si se trata de convenio de empresa). También se regula por la LFT la «revisión», aunque no requiere que se trate de motivos económicos que afecten a la empresa sino simplemente por haberse cumplido el plazo de vigencia y haberse seguido aplicando el convenio. El autor agrega que existen otros modos de extinción no recepcionados expresamente por el legislador, pero que a su juicio ponen fin al convenio: quiebra de la empresa, desaparición del sindicato y el cumplimiento del plazo⁸.

En doctrina de nuestro país, Graciela Fernández señala que existen causas normales y previsibles de la extinción del convenio, así como otras que son anormales, imprevisibles e irregulares. Identifica dentro de las causas normales al transcurso del plazo y la denuncia de las partes. Considera que son anormales o irregulares el mutuo disenso, el incumplimiento, la fuerza mayor, la quiebra, la disolución del sindicato⁹. De manera similar, María Josefina Plá Regules menciona al vencimiento de plazo, mutuo consentimiento, revisión, denuncia, venta del establecimiento, disolución del sindicato, la quiebra y la fuerza mayor, como modos que pueden generar la finalización de la vigencia del

⁷ KROTOSCHIN, Ernesto; *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, vol. II, 4ta. edición, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 146-147.

⁸ DE BUEN LOZANO, Nestor; *Derecho del trabajo*. 8ª edición. Ed. Porrúa. México, 1990, p. 798-799.

⁹ FERNANDEZ, Graciela; "Denuncia de convenios colectivos" en Veintitrés estudios sobre convenios colectivos. AAVV. FCU, Montevideo, 1988, p. 258-259.

convenio colectivo, aunque no se expide acerca de su aplicabilidad o no en el ordenamiento uruguayo¹⁰.

Nelson Loustaunau, en un pormenorizado y detenido análisis de los modos de extinción de los convenios colectivos en nuestro país, señala que con carácter teórico, el elenco de formas de conclusión es muy amplio, incluyendo la expiración del término o conclusión de la obra, el mutuo consentimiento, la denuncia, la sustitución por otro nuevo, el incumplimiento, el concurso o quiebra, la desaparición de las organizaciones pactantes, la muerte o incapacidad del empleador cuando es persona física, la fuerza mayor, las cláusulas resolutorias, la anulación. Aclara que la “revisión” no es una forma de extinción, ya que es un instituto destinado a adaptar y salvar al convenio ante cambios bruscos del entorno. A juicio del autor, en el ordenamiento nacional los modos pueden clasificarse en ordinarios y extraordinarios. Los primeros son el vencimiento del plazo y conclusión de la obra. Los extraordinarios son el mutuo disenso, la denuncia, el incumplimiento, la rescisión y la fuerza mayor. Considera que la desaparición de las partes y el concurso o quiebra de la empresa, no constituyen formas de extinción¹¹.

Otro serio y meditado examen de la temática ha sido realizado por Virginia Perciballi, en el cual enumera los siguientes modos de extinción de los convenios colectivos: mutuo consentimiento, denuncia, rescisión por incumplimiento, revisión y fuerza mayor. Señala que algunos de ellos están regulados en leyes, mientras que otros son resultado de la aplicación de criterios generales¹².

4. Regulación de los modos de extinción en Uruguay

Siguiendo los criterios generales en la materia, en nuestro ordenamiento se reconoce que las partes tienen libertad para regular los modos de extinción

¹⁰ PLA REGULES, María Josefina; “Rescisión de los convenios colectivos” en Veintitrés estudios sobre convenios colectivos. AAVV. FCU, Montevideo, 1988, p. 247-255.

¹¹ LOUSTAUNAU, Nelson; “Revisión y extinción de los convenios colectivos” en XXVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU, Montevideo, 2017, p. 11-34.

¹² PERCIBALLI, Virginia; “Revisión y extinción de los convenios colectivos” en XXVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU, Montevideo, 2017, p. 35-53.

de los convenios colectivos. Es una cuestión que, de regla, queda reservada a la autonomía de las partes (artículos 1 y 2 de la Ley No. 18.566).

Los únicos medios de extinción a los que hace referencia expresa la legislación uruguaya, son la **denuncia y la rescisión por incumplimiento**. En el primer caso, el artículo 17 de la Ley No 18.566 solamente se limita a establecer que “La vigencia de los convenios colectivos será establecida por las partes de común acuerdo, quienes también podrán determinar su prórroga expresa o tácita y el procedimiento de denuncia”.

La **denuncia**, en cuanto acto unilateral de parte, persigue la intención de que decaigan las cláusulas del convenio colectivo. Las características fundamentales de la denuncia son las siguientes:

- a) supone una manifestación unilateral de voluntad de una de las partes contratantes,
- b) la finalidad de esa voluntad es desligarse del acuerdo y poner fin a su vigencia y por ende a su obligatoriedad,
- c) no requiere aceptación de la contraparte,
- d) debe llegar a conocimiento fehaciente de la contraparte (carácter recepticio),
- e) no requiere declaración judicial para que despliegue efectos jurídicos, y,
- f) su efecto es hacia el futuro (los efectos ya cumplidos no se revocan ni anulan).

La Ley N° 18.566 establece un régimen de ultraactividad del convenio colectivo de duración determinada, de carácter *subsidiario*, en virtud del cual una vez que se cumple el plazo o condición al cual está sometido el convenio colectivo, el mismo sigue rigiendo mientras no sea sustituido por otro. En efecto, el artículo 17 de dicha ley dispone que *“el convenio colectivo cuyo término estuviere vencido, mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas hasta que un nuevo acuerdo lo sustituya, salvo que las partes hubiesen acordado lo contrario”*.

Acorde a lo anterior, cuando no se pactó la caída o pérdida de vigor del convenio colectivo al vencerse el término o al ejercerse la denuncia, rige la

ultraactividad. Dicho de otro modo, si las partes guardaron silencio en el convenio debe entenderse que rige el efecto de ultraactividad.

En consecuencia, la pérdida de vigor de un convenio colectivo denunciado dependerá de si existe ultraactividad, para lo cual habrá que analizar qué naturaleza tiene el convenio (duración determinada o indeterminada) y si las partes excluyeron la posibilidad de pervivencia de la vigencia, aun luego de llegado a su fin.

Respecto a la **rescisión** del convenio colectivo, el artículo 21 de la Ley No. 18.566 dispone a texto expreso que, ante el incumplimiento del deber de paz impuesto legalmente a las partes, “a falta de un procedimiento fijado por las partes, puede dar lugar a la declaración de la rescisión del convenio, la que deberá promoverse ante la justicia laboral”.

Eduardo Goldstein señala que “la rescisión se trata de una manifestación unilateral de voluntad cuyo objeto es la extinción de los efectos del convenio colectivo”, tratándose de un negocio jurídico unilateral, de carácter extintivo¹³. La declaración de rescisión del convenio colectivo debe tramitarse a través de un procedimiento ordinario, siendo carga de su promotor tener que acreditar que la contraparte violó el deber de paz, es decir, que adoptó medidas de fuerza durante la vigencia del convenio colectivo, por temas pactados en el mismo. Acción que solamente podrá ser promovida por los sujetos negociadores del convenio colectivo. La rescisión, en caso de admitirse por el tribunal, implicará que el promotor de la medida podrá desligarse de los compromisos y obligaciones no cumplidos.

Queda la duda de qué sucede con aquellas obligaciones que ya fueron cumplidas e instrumentadas. A vía de ejemplo, si el convenio estipulaba incrementos salariales porcentuales y el otorgamiento de beneficios económicos para los trabajadores (licencias, compensaciones, incentivos, etc.), que parcialmente fueron cumplidos por la empresa que demanda la rescisión del convenio, la declaración de incumplimiento y rescisión ¿implica que los

¹³ GOLDSTEIN, Eduardo; “La obligación legal de paz y la rescisión de los convenios colectivos. Análisis del art. 21 de la Ley N° 18.566 de negociación colectiva de la actividad privada” en XXVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU, Montevideo, 2017, p. 196.

trabajadores deben reintegrar a la empresa lo ya cobrado? A nuestro juicio, la empresa estará habilitada para reclamar la indemnización de daños y perjuicios contra el sindicato, pero no podrá accionar contra los trabajadores, solicitando el reembolso de lo abonado en dinero u otorgado en especie.

El artículo 15 de la Ley No. 18.566 también prevé el mecanismo conocido como “*descuelgue*” del convenio colectivo de rama o sector de actividad, a través de un acuerdo de empresa. La norma establece que “Las partes podrán negociar por rama o sector de actividad, empresa, establecimiento o cualquier otro nivel que estimen oportuno. La negociación en los niveles inferiores no podrá disminuir los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior, salvo lo dispuesto en el Consejo de Salarios respectivo”.

El “descuelgue” es un procedimiento a través del cual se permite que una empresa por motivos justificados, desaplique las condiciones de trabajo establecidas en el convenio de rama o sector de actividad. Su finalidad es facilitar una reestructuración empresarial y permitir la supervivencia de los puestos de trabajo¹⁴.

Eduardo Ameglio analiza el procedimiento de descuelgue en el caso de los laudos de los Consejos de Salarios. Señala que es una “válvula de escape” que se ha elaborado de manera tripartita, aun sin regulación en la ley que estableció los Consejo de Salarios (ley 10.449 de 1943), “que tiene por finalidad excluir del alcance de las decisiones a determinados empleadores”. El autor analiza los casos de descuelgue que se han negociado desde el año 2005 en adelante en diversos sectores de actividad, anotando que en algunos casos el descuelgo fue total y en otros fue parcial. Explica que se ha exigido que la empresa justifique la causa que le impedía cumplir con la norma sectorial, lo que debe hacer fundamentalmente de manera documental (por ejemplo, aportando los balances de la empresa). Se requiere además que exista conformidad de los

¹⁴ CRUZ VILLALON, Jesús; *Compendio de Derecho del trabajo*, 8ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2014. p. 531.

tres sectores que integran los Consejos de Salarios: empleadores, trabajadores y Gobierno¹⁵.

Como destaca el autor antes citado, en nuestro ordenamiento no está regulado el procedimiento del “descuelgue” de un convenio colectivo sectorial (o laudo del Consejo de Salarios, en su caso). Solo está prevista la posibilidad (art. 15 de la Ley No 18.566) pero no se establecen sus requisitos y condiciones. En cualquier caso, la práctica ha sido que se exige la demostración de las dificultades o impedimentos económicos y financieros de la empresa, y la aceptación del descuelgue debe hacerse de común acuerdo por las partes del convenio colectivo.

Pero resulta muy claro que el descuelgue no es una forma o modo de extinción del convenio colectivo (o laudo), sino una manera de desaplicación o inaplicación del convenio colectivo sectorial o de rama de actividad. Es decir que, implica una autorización para no aplicar la totalidad o una parte del convenio, a una empresa determinada. Inaplicación que podrá ser temporal o definitiva y que no se extiende al resto de las empresas de la rama o sector.

Nuestra legislación guarda silencio sobre los otros modos de extinción que son mencionados por la doctrina nacional y extranjera. No regula el **mutuo disenso**. Pero resulta indudable su aceptación en nuestro ordenamiento. El principio de autonomía colectiva otorga facultad a las partes del convenio colectivo para derogarlo, modificarlo o prorrogarlo.

Tampoco existe regulación sobre el **cumplimiento del plazo, condición u obra**. Sin embargo, estos modos de extinción del convenio colectivo son totalmente admisibles, aunque dependerán de si el acuerdo tiene ultraactividad o no. En efecto, si las partes no pactaron la inaplicación de la ultraactividad, el cumplimiento del plazo o condición no afectaría la vigencia de los derechos y deberes previstos en el convenio, hasta que éste sea sustituido por uno nuevo. Este efecto de sobrevida del convenio no resulta tan claro en caso de que se trate de un acuerdo estipulado para una obra determinada, como suele suceder en la industria de la construcción, donde se celebran convenios con cláusulas

¹⁵ AMEGLIO, Eduardo; “El descuelgue: ¿una forma de revisión de las decisiones de los consejos de salarios?” en XXVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU, Montevideo, 2017, p. 55-60.

específicas para una obra concreta. Parecería que agotada la obra de construcción, el convenio no tendría ultraactividad y, por ende, no resultaría aplicable a futuras obras, aunque la empresa y el sindicato no desaparezcan. La ultraactividad solo encuentra sentido lógico en el marco de una empresa cuya actividad es permanente, continuada, estable y programada.

Otra duda que se presenta en nuestro ordenamiento es si los procedimientos concursales y de reestructuración que puedan afectar a la empresa en caso de insolvencia, provocan la caída de los convenios colectivos vigentes.

Los efectos del concurso sobre los contratos están expresamente regulados en la Ley No. 18.387 del año 2009 sobre Concursos y Reorganización empresarial. En el art. 69 de la Ley se establece que “los contratos de trabajo celebrados por el deudor no resultarán rescindidos por efecto de la declaración de concurso”. No existe previsión en cuanto a la posibilidad de revisar condiciones de empleo de los trabajadores, así como tampoco en relación a las relaciones colectivas que puedan existir en la empresa.

Por tal razón, se ha señalado que los convenios colectivos que se hayan celebrado con anterioridad a los procedimientos concursales y que resulten aplicables a la empresa, continúan en vigor aunque existirían causas justificadas que habiliten su revisión, si es que así lo resuelven el Síndico o interventor y el juzgado concursal¹⁶.

Lo anterior nos lleva de la mano a analizar otro de los modos que suelen regularse en el Derecho comparado: la **revisión** del convenio colectivo. Según Amauri Mascaro Nascimento la revisión es un procedimiento por el cual las partes del convenio acuerdan la alteración, total o parcial, durante la vigencia del mismo¹⁷.

Es indiscutible el carácter concreto y apegado a la realidad que tiene el convenio colectivo. Es uno de los instrumentos más aptos para adaptar las

¹⁶ ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro; *Aspectos laborales de la ley de reforma concursal y de reorganización empresarial (Ley No. 18.387)*. FCU, Montevideo, 2009, p. 125 y ss.

¹⁷ MASCARO NASCIMENTO, Amauri; *Compendio de Derecho Sindical*, 6ª edición. Ed. LTR, San Pablo, 2009, p. 536.

condiciones de empleo a las particularidades de cada establecimiento, empresa, sector, oficio, profesión, etc., ya que son los trabajadores y sus organizaciones y las empresas los que mejor conocen los requerimientos, necesidades y posibilidades regulatorias. Los convenios se celebran en determinado contexto económico, financiero, tecnológico, organizativo, etc., que indudablemente condiciona su contenido. Las variables de la coyuntura determinan, en gran medida, el éxito o fracaso de la negociación y las características de la norma.

¿Ello significa que cuando cambia la coyuntura de manera sustancial, surge un derecho para las partes de exigir la revisión del convenio? ¿Los convenios se rigen por el principio o regla *rebus sic stantibus*?

Recordemos que la regla mencionada hace referencia a que se considera que todo contrato tiene incluida una cláusula implícita, en cuya virtud se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, por lo que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones que resulten excesivamente gravosas u onerosas para una parte. Cuando surgen circunstancias extraordinarias no previstas por las partes al momento de contratar, que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de celebración del contrato, la parte afectada tendría el derecho a solicitar la revisión y reequilibrio del acuerdo.

Sin embargo, uno de los efectos básicos de los convenios es su *fuerza vinculante*. Los convenios obligan a las partes como la ley misma. Rige la regla *pacta sunt servanda*. Ello significa que las partes no pueden desligarse unilateralmente del acuerdo durante su vigencia. Están obligados a cumplirlo y aplicarlo de buena fe, no pudiendo apartarse del mismo ni hacer nada contrario a lo pactado.

Para una corriente de opinión, la confrontación entre el principio de seguridad contractual (*pacta sunt servanda* o “los contratos son para cumplirlos”) y el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones (cláusula *rebus sic stantibus*) se debe resolver a favor de esta última, argumentando que dicha cláusula se encuentra implícita en todo convenio colectivo por voluntad presunta de las partes.

Así, según Guillermo Cabanellas -siguiendo a Ripert- cuando existe alteraciones extraordinarias del contexto bajo el cual se negoció un convenio, deviene aplicable la teoría de la imprevisión, la cual “descansa sobre aquella idea moral de que el acreedor comete una suprema injusticia al usar de su derecho con absoluto rigor... Es ley moral la que prohíbe al acreedor enriquecerse injustamente a costa de su deudor”. La teoría de la imprevisión se asienta sobre la máxima *rebus sic stantibus*, es decir, que las partes entienden valedero el contrato mientras subsistan las condiciones económicas bajo cuyo imperio se pactó¹⁸.

El autor señala que la Ley Failliot de 1918 en Francia, consagró la teoría de la imprevisión al establecer que los contratos celebrados desde 1914 podían ser resueltos a petición de cualquiera de las partes, si se probaba que en razón del estado de guerra, la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes traería consigo un gravamen cuya importancia superaría, en gran medida, las previsiones que pudieron hacerse razonablemente, en la época del contrato. Cabanellas cita a García Martínez quien expresa que “en todo contrato colectivo de trabajo se halla implícita la cláusula REBUS SIC STANTIBUS, en virtud de la cual el contrato colectivo puede ser declarado resuelto si concurren las tres condiciones siguientes: a) cuando sin culpa de ninguna de las partes interesadas, tenga lugar un cambio fundamental en las condiciones de hecho; b) que sea un cambio imprevisible y no esté obligada ninguna de las partes interesadas a preverlo o soportarlo; c) que el cambio sea de tal naturaleza que, si la parte especialmente interesada en la resolución lo hubiera podido prever, se habría obligado en distintas condiciones”¹⁹.

Para este enfoque, la perduración en el tiempo hace que el convenio pueda enfrentarse a situaciones de alteración relativas, generalmente resueltas entre las mismas partes por procesos de “negociación continua” (administración del convenio: interpretación, integración de vacíos, definiciones, etc.), o de una trascendencia tal que ponga en juego el mantenimiento del acuerdo (hechos imprevisibles, excesiva onerosidad superviniente, etc.).

¹⁸ CABANELLAS, Guillermo; *Tratado de Derecho Laboral*. Tomo III. Ed. El Gráfico, Buenos Aires, 1949, p. 511.

¹⁹ *Idem*, p. 512-513.

Alonso Olea aborda el tema de la revisión del convenio en relación al mantenimiento o no de las cláusulas de paz (que considera inmanentes) de los convenios colectivos, indicando que “no puede presumirse la existencia de un pacto de paz respecto de circunstancias nuevas y completamente imprevistas que surjan durante la vigencia del convenio y que afecten tanto a materias que forman parte de su contenido, como a materias sobre las que se haya dejado de convenir. El convenio, *en lo negociado y en lo dejado de negociar, se entiende “rebus sic stantibus”*, o dicho de otra forma, la situación nueva e imprevista fuerza a negociar de nuevo y autoriza la conducta conflictiva abierta de cualquiera de las partes si la otra parte no negocia... y aún si, con toda su buena voluntad negociadora, no llega a convenir”. Concluye que “ninguna paz implícita cubre lo excepcional no previsto, ni probablemente hay forma de cubrirlo con un pacto de paz explícito que incoherentemente tratara de prever lo imprevisible”.²⁰

En algunos ordenamientos la normativa contempla expresamente el mecanismo de la revisión del convenio colectivo. Así, en Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo dispone en su artículo 480: “REVISION. Las convenciones colectivas son revisables cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la revisión fundada en tales alteraciones, corresponde a la justicia del Trabajo decidir sobre ellas; y entretanto estas convenciones siguen en todo su vigor».

En el caso de Uruguay, la legislación no contempla la posibilidad de «revisión» del convenio colectivo por motivos económicos, financieros, tecnológicos o de otra índole. Salvo que el propio convenio estipule lo que usualmente se denomina como “cláusulas de salvaguarda”, que son bastante frecuentes en los acuerdos de larga duración, es difícil sostener válidamente que los acuerdos contienen una cláusula implícita de «rebus sic stantibus».

Nelson Loustaunau parece admitir la aplicación del instituto de la revisión en nuestro sistema de relaciones de trabajo, aunque aclarando de que no se trata de un mecanismo de extinción sino de adaptación y modificación del

²⁰ ALONSO OLEA, Manuel; “*La negociación y el convenio colectivo*” en Las fuentes del Derecho del Trabajo. 2ª edición. Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 131-132

acuerdo. Señala que surgiría el deber de revisar el convenio "...cuando el equilibrio inicial interno de la convención es seriamente afectado por la ocurrencia de fenómenos económicos, políticos o medio ambientales". El autor aclara que "no cualquier cambio económico, político o medio ambiental, dará lugar a la revisión. Debe de tratarse de uno tan importante, que conmueva la ecuación interna del negocio jurídico convenio colectivo. Comprometiendo seriamente su cumplimiento. Debe poseer la capacidad de alterar el equilibrio interno que afecte la reciprocidad de las obligaciones. De tal impacto que altere la conmutatividad de la convención". Agrega que "Siempre debe de defenderse la intangibilidad del convenio colectivo, pero ante situaciones excepcionalísimas corresponde (a nuestro juicio) transitar el camino de la revisión previo a cualquier forma de extinción del convenio. Sin duda que este mecanismo evitará, en principio, la existencia de conflictos colectivos o por lo menos, se constituirán en la última alternativa"²¹.

Ahora bien, ¿qué sucede entonces cuando surgen circunstancias imprevistas y extraordinarias que dificultan el cumplimiento de lo acordado, o generan un desequilibrio notorio de la ecuación económica del convenio o provocan un gravamen excesivamente oneroso sobre una de las partes?

Creemos que, en aplicación del principio de buena fe, las partes tienen la obligación de sentarse a negociar y hacer sus mejores esfuerzos por ajustar y revisar el convenio. Pero es una obligación de medios; no de resultado. Si no alcanzan un nuevo acuerdo, sigue rigiendo el convenio hasta su agotamiento.

Lo anterior nos lleva de la mano al análisis de otra de las causas y modos de extinción, universalmente aceptada: la **fuerza mayor**. Cuando un acontecimiento reviste las notas de exterioridad, ajenidad, imprevisibilidad e irresistibilidad, se configura una eximente de responsabilidad del deudor, que lo habilita a no cumplir con la obligación pendiente de ejecución. La fuerza mayor puede generar la suspensión o extinción de la obligación. Ocurre lo primero cuando el impedimento es pasajero; transitorio. Sucede lo segundo cuando la imposibilidad de cumplir es definitiva. No vemos razones o fundamentos para desaplicar la noción de fuerza mayor del régimen de los convenios colectivos.

²¹ LOUSTANAU, Nelson. "Revisión y extinción de los convenios colectivos", ob. cit. p. 5-9.

La **disolución o extinción de las partes** del convenio colectivo tampoco implica, en principio, el ocaso del convenio colectivo. La desaparición del sindicato solo afectaría la vigencia de las cláusulas obligacionales del convenio. En cambio, no habría razón justificada para que se dejen de aplicar los beneficios, derechos y garantías destinadas a las relaciones individuales de trabajo. Esta es la solución prevista en la legislación mexicana, donde el artículo 403 de la Ley Federal del Trabajo dispone que “En los casos de disolución del sindicato de trabajadores titular del contrato colectivo o de terminación de éste, las condiciones de trabajo continuarán vigentes en la empresa o establecimiento”.

En el caso del sujeto empleador, parece obvio que, si se disuelve la empresa, el convenio se extinguirá porque materialmente no existirá el sujeto obligado a cumplir con la parte normativa. Los convenios colectivos tienen como función regular las relaciones de trabajo en el establecimiento. Si éste no existe, el convenio pierde su objeto y su función.

Pero esta conclusión solo es válida para los casos de convenios de empresa. Cuando éste se celebra a nivel de rama o sector de actividad, la desaparición de una de las empresas que integran la cámara o asociación que negoció y celebró el convenio, no lo desaplica para el resto. Lo mismo podría considerarse para el caso de que se extinga la entidad patronal pactante. El convenio solo dejará de aplicarse en cuanto a aquellas cláusulas cuyo sujeto acreedor/deudor sea esta entidad.

Corresponde significar además que, la enajenación o transferencia del establecimiento comercial, así como la venta de acciones o partes o la transformación, escisión o fusión de la empresa, no generarían la caída del convenio colectivo, el cual permanecería en pleno vigor para ambas partes.

5. Reflexiones finales

Desde que Philipp Lotmar inauguró a comienzos del siglo XX el tratamiento jurídico del convenio colectivo desde un enfoque juslaboralista, se fue afirmando rápidamente la concepción de que el convenio no era un simple

pacto de caballeros o mero acuerdo de hecho, sin valor jurídico alguno, productor a lo sumo de obligaciones naturales no alegables ante los tribunales judiciales.

Actualmente, en casi todos los ordenamientos, incluyendo el uruguayo, el convenio colectivo es norma jurídica, que, como tal, provoca o da origen a derechos y obligaciones y conduce a la creación de diversas relaciones jurídicas que alcanzan a sindicatos, empleadores y trabajadores.

Si el convenio colectivo es norma, entonces se aplica a los trabajadores sin necesidad de ratificación, admisión o adhesión expresa o tácita, no puede ser derogado mediante acuerdo entre empleador y trabajador (salvo que sea para mejorar sus condiciones) y cualquier pacto en contrario es nulo.

A su vez, si el convenio colectivo es norma jurídica, entonces está sometido a muchas de las reglas y criterios de vigencia, eficacia y terminación, propios de esa condición jurídica. Así, es muy claro que las partes deberán respetar su plazo, término y condición, no puede ser desactivado unilateralmente (salvo que así esté previsto) y debe cumplirse de buena fe.

Sin embargo, es indudable que el convenio colectivo es una fuente de derecho objetivo muy peculiar, por ser de naturaleza eminentemente transaccional. Es el fruto de concesiones entre las partes. Es un instrumento que expresa las aspiraciones de los trabajadores y las fronteras hasta las cuales está dispuesta a llegar la empresa. Y suele estar subordinado a las fuentes estatales. Para la posición mayoritaria los convenios colectivos deben actuar dentro del espacio y los límites establecidos por la Constitución y la ley.

Por todo ello, las formas, medios, modos y causas de extinción de su eficacia están sometidas a particularidades y peculiaridades, que en muchos casos son expresamente recogidas en los ordenamientos y otras veces son producto de orientaciones doctrinarias y jurisprudenciales. En el presente trabajo hemos procurado dar cuenta de algunas de ellas. Otras, deberán seguir siendo analizadas y profundizadas, por lo que solo aspiramos a que la presente contribución sea un disparador de futuras investigaciones en la materia.

Bibliografía

- ALBURQUERQUE, R. (2003). *Derecho del trabajo*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo.
- ALONSO OLEA, M. (1990). “La negociación y el convenio colectivo”, *Las fuentes del Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid.
- AMEGLIO, E. (2017). “El descuelgue: ¿una forma de revisión de las decisiones de los consejos de salarios?”, *XXVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Montevideo.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1949). *Tratado de Derecho Laboral*, Tomo III (Derecho colectivo del trabajo), 3ª edición, Ed. Heliasta, Buenos Aires.
- CRUZ VILLALON, J. (2014). *Compendio de Derecho del trabajo*, 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid.
- DE BUEN LOZANO, N. (1990). *Derecho del trabajo*, 8ª edición, Ed. Porrúa, México.
- FERNANDEZ, G. (1988). “*Denuncia de convenios colectivos*”, *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*, AAVV, FCU, Montevideo.
- GODINHO DELGADO, M. (2015). *Curso de Direito do Trabalho*, 14ª edición, Ed. LTR, San Pablo.
- GOLDSTEIN, E. (2017). “*La obligación legal de paz y la rescisión de los convenios colectivos. Análisis del art. 21 de la Ley Nº 18.566 de negociación colectiva de la actividad privada*”, *XXVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Montevideo.
- KROTOSCHIN, E. (1987). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, vol. II, 4ta. edición, Depalma, Buenos Aires.
- LOUSTAUNAU, N. (2017). “*Revisión y extinción de los convenios colectivos*”, *XXVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Montevideo.
- MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCIA MURCIA, J (2015). *Derecho del trabajo*, 24ª edición, Ed. Tecnos, Madrid.
- MASCARO NASCIMENTO, A. (2009). *Compendio de Direito Sindical*, 6ª edición, Ed. LTR, San Pablo.

MONTOYA MELGAR, A. (200/). *Derecho del trabajo*, 28ª edición, Ed. Tecnos, Madrid.

PERCIBALLI, V. (2017). “*Revisión y extinción de los convenios colectivos*”, *XXVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Montevideo.

PLA REGULES, M. (1988). “*Rescisión de los convenios colectivos*””, *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*, AAVV, FCU, Montevideo.

ROSENBAUM, J. y CASTELLO, A. (2009). *Aspectos laborales de la ley de reforma concursal y de reorganización empresarial (Ley No. 18.387)*, FCU, Montevideo.

LOS RUMBOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LATINOAMÉRICA: ¿UN MAR SIN ORILLAS?

THE COURSES OF COLLECTIVE BARGAINING IN LATIN AMERICA: A SEA WITHOUT SHORE?

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (retirado), Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

jrosen@adinet.com.uy

Fecha de envío: 12/04/2021

Fecha de aceptación: 18/04/2021

LOS RUMBOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LATINOAMÉRICA: ¿UN MAR SIN ORILLAS?

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Este artículo examina el desenvolvimiento de la negociación colectiva y la dimensión adquirida por el instituto como un derecho fundamental, señalando que sin perjuicio de los Convenios y Recomendaciones de la OIT que se aplican en los Estados miembros, no existe un modelo internacional unívoco. Asimismo se señala que las regulaciones contenidas en los ordenamientos vigentes en Latinoamérica presentan numerosas asimetrías, siendo disímiles los niveles de efectividad de los procedimientos negociales y verificándose la imposición de las políticas económicas, en especial en épocas de crisis, sobre los intereses sociales y del mundo del trabajo.

Palabras clave: Negociación colectiva - Derecho fundamental - Autonomía colectiva - Convenios de OIT - Latinoamérica - Crisis - Asimetrías regulatorias

Sumario: 1. Introducción. 2. El marco histórico. 3. El derecho fundamental de la negociación colectiva. 4. Los avatares de la negociación colectiva. 5. Asimetrías de las regulaciones de la negociación colectiva en la región. 6. A modo de epílogo.

Abstract: This Article examines the development of collective bargaining and the dimension acquired by the institute as a fundamental right, noting that without prejudice to the ILO Conventions and Recommendations that apply in the Member States, there is no one-size-called international model. It is also noted that the regulations contained in the current systems in Latin America present numerous asymmetries, being dissimilar the levels of effectiveness of the

procedures and verifying the imposition of economic policies, especially during crisis, on social interests and the world of work.

Key words: Collective bargaining - Fundamental law - Collective autonomy - ILO Conventions - Latin America - Crisis - Regulatory asymmetries

Summary: 1. Introduction. 2. The historical framework. 3. The fundamental right of collective bargaining. 4. The avatars of collective bargaining. 5. Asymmetries of collective bargaining regulations in the region. 6. As an epilogue.

1. Introducción

Oscar Ermida Uriarte afirmaba con magistral convicción que en términos de Derecho del trabajo y relaciones laborales, la existencia de actores sociales fuertes, representativos e independientes, así como garantías para el ejercicio efectivo de los mecanismos de autotutela y la promoción de espacios y prácticas para el desenvolvimiento de una autonomía colectiva y normativa fértil, constituyen presupuestos congénitos e inseparables de la libertad sindical.

El autor no ocultaba que Latinoamérica siempre ha registrado “un déficit de todos o algunos de estos requisitos”. Pero al mismo tiempo, anotaba que similares dificultades también se presentan con cierta frecuencia –a veces no imaginada desde nuestras latitudes- en países de elevado nivel de desarrollo y solidez institucional de fuera de la región, imputándolo –en muchas ocasiones- a “la política económica predominante y el consecuente debilitamiento de las entidades colectivas”,... “especialmente, entre ellas, los sindicatos”.¹

Siendo la negociación colectiva un producto tributario de la aludida autonomía colectiva, apreciamos que su impacto -observado en el largo periodo evolutivo del instituto- ha sido y es muy variable y sujeto a avances y retrocesos permanentes, en un rumbo interminable y errático a través de “un mar sin orillas”, *“donde lo grande pasa de prisa y lo pequeño desaparece o se hunde, como piedra arrojada de las aguas profundas del estancado légamo”*²

En conceptos de Ermida Uriarte, el cumplimiento de la función distributiva del Derecho laboral (tal como lo caracteriza Palomeque López), “se vuelve más difícil y ríspida en períodos de dificultades económicas, porque si bien no es verdad que inevitablemente la torta deba crecer primero para recién después ser repartida, sí es cierto que la escasez complica y “conflictiviza” la distribución”.³

Las crisis provocan, entre otras cosas, que “se dificulte la negociación colectiva y se aliente el recurso a la celebración de convenios *in pejus*”,

¹ Oscar Ermida Uriarte, *Diálogo Social: Teoría y Práctica*, IUSLabor N° 1, 2006.

² Cita metafórica inspirada en el poema “Aún otra amarga gota en el mar sin orillas”, de la eximia escritora uruguaya Rosalía de Castro.

³ Oscar Ermida Uriarte, *Crisis y Derecho del Trabajo: viejos conocidos*, Revista de la facultad de Derecho N° 27, UDELAR, Montevideo, 2009.

afectándose niveles alcanzados en materia de salarios, condiciones de trabajo y empleo, así como las propias relaciones entre empleadores y las organizaciones sindicales, lo que afecta el reparto del poder social y los equilibrios colectivos.

2. El marco histórico

Si algo ha caracterizado al Derecho del trabajo, es su prolongado período de gestación y el traumático alumbramiento que habría de producirse recién a fines del siglo XIX o comienzos del siglo XX, según las distintas regiones y países. Resultado, al fin, de las angustias y necesidades de las personas desposeídas que debían vender su trabajo, recibiendo una magra paga y padeciendo condiciones laborales infames, que poco y nada diferenciaban al “nuevo” trabajador de la primera revolución industrial (un supuesto hombre libre e igual entre los restantes hombres), de lo que había sido su antepasado sometido por la esclavitud o por formas de servidumbre y vasallaje a los señores que detentan el poder, fundamentalmente económico.

En términos históricos, el rápido desarrollo de esta rama del Derecho, no fue sencillo ni lineal. Se vio signado por un trámite azaroso, fruto de las luchas del movimiento obrero resistiendo al capitalismo y las consecuencias oprobiosas de la cuestión social u obrera que, en grados disímiles, pero siempre flagrantes, sazonaron las realidades comparadas. Ese avance resultó favorecido, en ocasiones, por el acceso de gobiernos que, de una u otra forma, impusieron a través de procesos revolucionarios o fueron proclives a receptar por vías pacíficas y en general por motivaciones estratégicas, las nuevas ideas, implementando medidas e impulsando la sanción de normas legislativas impregnadas de un tinte social (algo muy renovador para la época). Una legislación laboral protectora del trabajador que representa lo que Palomeque denomina “solución defensiva del Estado burgués” para institucionalizar el conflicto entre el capital y el trabajo en términos compatibles con la viabilidad del *statu quo*, es decir, del orden establecido.⁴ Y que gradualmente fueron

⁴ Manuel Carlos Palomeque, *Derecho del Trabajo e Ideología*, ed. Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 1980, pág. 19.

consolidadas como derechos de superior jerarquía jurídica formal a través del constitucionalismo social.

3. El derecho fundamental de la negociación colectiva

Es en ese proceso que promedialmente durante los años 40, comenzó a adquirir en América Latina cierto cuerpo conceptual –y en algunas experiencias colectivas concretas, un alcance sustancial efectivo- la negociación colectiva, como aporte del derecho sindical, no ya dirigida exclusivamente a solucionar el conflicto (como ocurría con los acuerdos de paz o de tregua⁵ que sellaban grandes huelgas y levantamientos obreros), sino para ir generando una regulación jurídica autónoma y específica, que buscaba superar los primigenios contenidos de las normas mínimas, impuestos por la legislación dictada por el Estado, o resultaba complementaria y hasta integradora de nuevos beneficios, derechos o regulaciones.⁶

Se trata del ejercicio de una de las aristas de la libertad sindical, presente en el “Derecho vivo” en el que, la compleja ingeniería de los sistemas de relaciones laborales reconoce en la negociación colectiva, uno de sus ejes centrales. Como señala Kahn Freund, “empresarios y sindicatos, al constituir fuerzas contrapuestas y equilibradas, son capaces de crear mediante su

⁵ Héctor-Hugo Barbagelata observa que “... para alcanzar tales reivindicaciones, el medio será naturalmente la huelga, pero también el boicot, y cuando tienen éxito para imponer algunas ventajas, esa especie de *tratado de paz* en que concluyen los conflictos representa el esbozo de una convención colectiva” (“La negociación colectiva en América Latina”, en *El derecho del trabajo en América latina*, IELSS, Madrid, 1985, pág. 255). También refiere a “las treguas y compromisos que ponían fin a periodos de agitación o protesta... eran inequívocamente la fuente de una nueva forma de regular las relaciones de trabajo” (“Evolución de la negociación colectiva en el Uruguay”, en *Estudios sobre la negociación colectiva en memoria de Francisco De Ferrari*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1973, pág. 479). En términos comparativos, algo similar sostienen, bajo la legislación europea, autores como Alfred Hueck y Hans Carl Nipperdey, según quienes el convenio colectivo es un *contrato de paz* ya que “lleva a impedir o terminar contiendas laborales”, donde “la posibilidad del compromiso a través de concesiones mutuas, en la discusión colectiva de las condiciones de trabajo, conduce a las partes sociales a la mesa de negociación” (*Compendio de Derecho del Trabajo*, ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1963, pág. 301).

⁶ Gino Giugni plantea, incluso, que “el jurista se encuentra con constantes problemas a la hora de insertar los fenómenos de autonomía colectiva en el sistema de valoraciones legales que ofrece el ordenamiento estatal”, el que nítidamente “... contrasta con la riqueza y mutabilidad de los fenómenos que interesan al derecho sindical” (*Derecho sindical*, versión en español publicada por el IELSS, Madrid, 1983, pág. 26).

actuación autónoma, un cuerpo de normas”, relevando así a la legislación estatal de una de sus funciones.⁷

Autores de la talla de Camerlynk y Lyon-Caen lo califican como una evolución del modelo desde su primera etapa (un Derecho del trabajo de iniciativa patronal unilateral), hacia una etapa superior (un Derecho del trabajo derivado de las discusiones colectivas entre “agrupaciones” sindicales, que se manifiesta a través de la negociación colectiva: un derecho convencional de los salarios y de las condiciones laborales).

Las convenciones colectivas –tal como las define y promueve el Convenio Internacional del Trabajo (CIT) núm. 98 de la OIT de 1949- constituyen la innovación promovida para que, entre los empleadores y las organizaciones patronales, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, se desarrollen procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.⁸ Y para caracterizar aún con mayor detalle los elementos considerados esenciales, la Recomendación Internacional del Trabajo (RIT) núm. 91 de ese mismo año, debió incorporar indicativamente algunas directivas que las legislaciones nacionales deben observar. La lejanía del tiempo nos impulsa a transcribir esas reglas, a riesgo de extendernos, porque mantienen plena vigencia. En primer término, la preeminencia que tienen los sindicatos para ser titulares legitimados para negociar tales acuerdos colectivos, de modo que sólo en ausencia de tales organizaciones, deberían actuar representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos. Al mismo tiempo, bregar porque esa organización de trabajadores sea efectivamente representativa y auténtica, excluyendo aquellas que son creadas, dominadas o sostenidas económicamente por empleadores o sus representantes. Pero también, establecer que los empleadores y los trabajadores obligados por un contrato

⁷ Otto Kahn Freund, Trabajo y Derecho, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1987, pág. 116.

⁸ Sintéticamente, Guillaume Camerlynk y Gérard Lyon Caen conceptúan al naciente derecho convencional como un “derecho de vanguardia”, porque ha ido abordando todos los aspectos del Derecho del trabajo y ha completado y abierto el camino al Derecho legal porque el legislador consagra posteriormente, en forma de norma legal, las prescripciones de aquellos convenios (Derecho del Trabajo, Aguilar, Buenos Aires, 1974, pág. 435).

colectivo no deberían poder estipular en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las pactadas en los mismos. Y en ese marco, mantener el criterio de que prevalecerán las disposiciones de los contratos de trabajo que sean más favorables para los trabajadores, al tiempo de tener en cuenta que la aplicación efectiva de las disposiciones de los contratos colectivos no debería requerir otras medidas legislativas, reconocer que las disposiciones de un contrato colectivo deberían aplicarse a todos los trabajadores de las categorías interesadas que estén empleados en las empresas comprendidas por el acuerdo colectivo y abrir la posibilidad de extender la aplicación de todas o ciertas disposiciones de un contrato colectivo a todos los empleadores y trabajadores comprendidos en el campo de aplicación profesional y territorial del contrato. Asimismo, y como técnicas jurídicas, propiciar que las diferencias que resulten de la interpretación de un contrato colectivo sean sometidas a un procedimiento de solución adecuado, establecido por acuerdo entre las partes o por vía legislativa, al tiempo de garantizar el control de la aplicación de los contratos colectivos por las organizaciones de empleadores y de trabajadores que sean parte, por los organismos que ejercen la policía del trabajo, registrando o depositando los contratos colectivos y cuantas modificaciones fueren introducidas subsiguientemente, fijando igualmente un período mínimo durante el cual los contratos colectivos que no contengan disposiciones en contrario deberán considerarse vigentes.

En vista de la disparidad de experiencias registradas por los distintos Estados miembros, la valoración de las experiencias comprobadas llevaron a que la OIT entendiera necesario complementar las normas básicas y por ello con la sanción del CIT 154 -aprobado en 1978- se redefine la negociación colectiva en términos más abarcadores, propugnando incluso su promoción en todas las ramas de la actividad económica. Por su parte, la RIT 163 se encarga de señalar de modo más explícito la conveniencia de adoptar medidas adecuadas para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional, agregando que la existencia de varios niveles exige que las partes negociadoras velen porque exista coordinación entre ellos.

Subraya, además, la importancia de que se imparta formación adecuada para negociar, se garantice el derecho de información de las partes y sienta el principio de la negociación de buena fe. Aspecto éste último que el Comité de Libertad Sindical especifica aún más, fijando como reglas que lo determinan, realizar esfuerzos para llegar a un acuerdo, desarrollar negociaciones verdaderas y constructivas, evitar retrasos injustificados y observar el respeto mutuo de los compromisos asumidos en los acuerdos colectivos.

La evolución promovida desde la OIT, también comprende la aprobación previa del CIT 151 en 1978, norma sobre el derecho de negociación colectiva de los empleados o funcionarios públicos, o la implementación de cualesquiera otros métodos que permitan a sus representantes la participación en la determinación de sus condiciones de empleo.

Dando un paso más adelante, será la ulterior Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, la que se encargue de reafirmar que el derecho de negociación colectiva es un derecho fundamental, aceptado por los Estados miembros al incorporarse a la Organización, que deben respetar, promover y hacer realidad, de buena fe.

4. Los avatares de la negociación colectiva

Queda claro que la negociación colectiva fue instalándose en los sistemas de relaciones laborales como un componente ineludible para mantener relaciones colectivas del trabajo sanas y compatibles con el estado de derecho y las instituciones democráticas. Se trata de un procedimiento que adviene con la imposición del pluralismo jurídico, que rompe el tradicional esquema de que sólo el Estado puede dictar normas imperativas e imponerlas a las personas. La negociación colectiva permite a los actores sociales desenvolverse en un espacio de libertad sindical para autorregular las relaciones de trabajo, a través de la generación de normas jurídicas autónomas respecto del Estado que en varios ordenamientos jurídicos, adquieren la naturaleza de fuentes formales de derecho.

Sin embargo, este desarrollo se fue concretando, como antes señalamos, con altibajos notorios, ya que muchas veces encuentra obstáculos insalvables para su ejercicio y efectividad.⁹ Más aún, parece de toda evidencia que en América Latina, la ratificación del CIT 98 adquirió ribetes que en muchos países lo acercaron más a una mera proclama discursiva, en tanto la debilidad sindical existente no posibilitaba un avance real y efectivo de la participación, el diálogo y los intercambios entre sujetos colectivos, o el fenómeno fue amortiguado desde los comienzos por el Estado, obstaculizándolo a través de un excesivo celo reglamentarista que buscó procedimentar la negociación colectiva, estableciendo requisitos formales desmesurados, plazos y términos incumplibles y transformándose en un decisor sobre los contenidos, alcances y efectos de los resultados negociales. Y el periodo de las dictaduras en la mayor parte de los territorios nacionales en los años 70, enterraron cada una de las expresiones de la libertad sindical bajo el manto oprobioso del terrorismo de Estado.¹⁰

No por conocido, podemos dejar de anotar que en ese discurrir evolutivo, el Derecho del trabajo debió enfrentar un serio detrimento con la entronización del modelo económico de corte neoliberal, que pasó a convertirse hacia fines del siglo pasado, en una doctrina hegemónica que avasalló muchos de los logros sociales alcanzados en décadas anteriores. Las políticas de gobiernos paradigmáticos en Occidente, como los de Thatcher y Reagan, echaron por tierra la capacidad de acción de los movimientos más antiguos y referentes de la génesis del sindicalismo y las relaciones colectivas del trabajo, transmitiendo una

⁹ Si observamos las regiones occidentales del planeta, sin duda que en la égida de la Unión Soviética, la existencia de partido único y la subsunción del sindicato al aparato institucional político, alejaba la posibilidad de un desenvolvimiento bajo las condiciones diseñadas en los Convenios Internacionales hasta su descomposición a fines de la década de los 80. En otros países como España, naturalmente que la extensión en el tiempo de la dictadura franquista, conculcó las alternativas emergentes y fue necesario recorrer un trayecto de transición democrática sobre los años 70 para que, desde la legislación democrática, se abrieran las compuertas para la consolidación de las organizaciones sindicales y un funcionamiento compatible de las relaciones colectivas de trabajo. Y así podríamos referir muchos ejemplos más.

¹⁰ Por su parte, durante todo el siglo XX, la mayoría de las naciones de América Central estuvieron signadas por rupturas institucionales, sojuzgamiento de los valores democráticos, intervención externa y supresión de las libertades políticas y civiles, lo que disipó –naturalmente– cualquier tipo de acción sindical, siendo muy exiguos los espacios de desenvolvimiento de apenas alguna experiencia de negociación colectiva, con similares proyecciones a las que perviven aún en los tiempos contemporáneos.

onda expansiva de influencia durante varias décadas, que consolidó en extendidísimas áreas del orbe, entre las cuales las muestras, un absolutismo financiero y la preeminencia de reglas monetarias proclives a los intereses del capital por sobre el trabajo.

Este epifenómeno se proyectó al ingreso del nuevo siglo XXI, instaurándose una globalización que, en su devenir, se tradujo en el epílogo de la desregulación y flexibilidad extremas en el ámbito de las normas laborales¹¹. En la mayoría de los casos, se plasmó el escenario que describía Ermida y al que hiciéramos referencia. La realidad se vio acompañada por la pérdida real de poder por los actores sindicales –que fueron los sujetos más afectados-, lo que inevitablemente produjo la devaluación de la negociación colectiva, a niveles de depreciación que, en algunas regiones como la Latinoamericana, la hizo caer en desuso como expresión efectiva de trato entre los actores sociales¹², o fue utilizada para desmejorar condiciones de trabajo, reducir salarios, eliminar beneficios, expandir la deslocalización y colaborar con la descentralización y externalización de mano de obra en el seno de la empresa, sirviendo como pantalla de “legalidad” a la acción desestructurante sobrevenida¹³.

La globalización se tradujo en altos costos que han debido pagar incluso las propias economías centrales, a través de una progresiva cadena de crisis (primero EE.UU. y luego Europa, si examinamos las coyunturas más cercanas

¹¹ Geraldo Von Potobsky describe al pensamiento neoliberal, el que apoya fuertemente la desregulación, la flexibilización, e incluso la eliminación de gran parte de las normas laborales, por estimar que traban el necesario ajuste, la competitividad y el crecimiento, premisas para el desarrollo de la economía y la elevación del nivel de vida (en “La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía”, revista RELASUR. Núm. 6, Montevideo, 1995).

¹² Pueden consultarse estadísticas sobre las regiones latinoamericanas en publicaciones de OIT, tales como: Marleen Rueda-Catry, Juan Manuel Sepúlveda-Malbrán y María Luz Vega-Ruiz, Estudio Comparado: Tendencias y Contenidos de la Negociación Colectiva: Fortalecimiento de las Organizaciones Sindicales de los Países Andinos, Lima, 1998; Jorge Rosenbaum, Tendencias y Contenidos de la Negociación Colectiva en Cono Sur de América, OIT, Lima, 2001.

¹³ Algunos autores son proclives a proclamar que: “En los nuevos escenarios, a esas dos clásicas funciones se ha venido a adicionar una tercera: la función de gestión. Tal función trae causa en el “descubrimiento” por parte de los empresarios de la aptitud de la negociación colectiva para actuar como instrumento de gestión flexible tanto del trabajo como, sobre todo, de la organización del trabajo. Lo que late en la aparición y consolidación de esta nueva función es la noción de empresa flexible, sujeta a constantes movimientos de adaptación frente a los cambiantes requerimientos del mercado” (Fernando Valdés Dal-Ré, “El sistema español de negociación colectiva: entre la continuidad y el cambio”, http://itemsweb.esade.edu/research/foror/seminario/reforma/OCTUBRE_Fernando_Valdes.pdf, pág. 5.

en el tiempo), que impusieron severos programas de austeridad, golpeando de forma muy fuerte en el mundo del trabajo, desde que los ciudadanos de los Estados afectados son, por cierto, mayoritariamente trabajadores que consumen y sostienen los mercados. Sobre éstos impactan, a vía de ejemplo, la desocupación, la reducción de los ingresos, la precariedad de los empleos, los fenómenos migratorios, los desequilibrios de la seguridad social y su privatización.

Y particularmente continúan jaqueadas las políticas de protección en materia social, debido a la merma que representan los recortes presupuestarios, dado que los organismos multilaterales de crédito, los Bancos Centrales y las calificadoras de riesgo, promueven el dogma de la estabilidad fiscal, elevada al rango de meta ineludible para los programas económicos regionales y mundiales. Las medidas de ajuste desenvueltas, generan una perceptible pugna entre objetivos —por un lado, los que persiguen la eficiencia de los mercados y, por el otro, los orientados hacia la integración social—, escenario éste en el que los primeros claramente predominan sobre los segundos¹⁴.

Paradójicamente, si bien América Latina pudo mantener ciertos grados de estabilidad y hasta de crecimiento (en épocas del llamado “viento de cola” en sus economías, que se atribuye —entre otras causas— al incremento de las exportaciones intensivas en recursos naturales y al auge de precios de los productos básicos entre 2003 y 2013)¹⁵, podemos afirmar que se trató de un espejismo condenado a constituir un fenómeno coyuntural y de breve impacto.

En este marco y pese a haberse producido alternancias de partidos políticos de distinto signo en el ejercicio del poder, impulsando programas diferentes y hasta en algunos casos opuestos, en la región no emergió un modelo homogéneo en materia de políticas laborales y tampoco logró superarse la debilidad endémica del fenómeno sindical.¹⁶

¹⁴ O. García Luque U. Faura Martínez y M. Lafuente Lechuga, “Objetivo Europa 2010. La reducción de la pobreza y la exclusión social en España”, Universidad de Murcia, 2019; Dora Iakova, Luis Cubeddu, Gustavo Adler y Sebastian Sosa, “América Latina: Enfrentando nuevos desafíos”, en Nuevos desafíos para el crecimiento y la estabilidad, Cap. I, FMI, 2014.

¹⁵ José Antonio Ocampo, El desarrollo liderado por los productos básicos en América Latina (traducc.), en International Development Policy N° 9, OpenEdition Journals, 2017.

¹⁶ Como afirma Oscar Ermida Uriarte, “si bien los indicios ... son claros y permiten pensar en una política laboral ‘posneoliberal’, también es cierto que no se verifican en todos los países en los

Pocos y pobres han sido los cambios en el terreno de las relaciones laborales y la negociación colectiva; al menos, apreciamos que no se han transformado los estereotipos predominantes, o si lo han hecho, no alcanzan una dimensión destacable¹⁷.

Claro está que habrá que analizar la realidad sobreviniente de la pandemia de la COVID-19 que tomó por sorpresa al planeta; una situación sanitaria absolutamente extraordinaria y que se prologa en el tiempo, sin avizorarse su definitiva superación. A la par que la humanidad sufre los cruentos resultados en cantidad de vidas sesgadas y afectación de la salud de un incontable número de personas, el mundo del trabajo en particular, se ve conmovido de manera muy severa. Tal como lo indican los datos disponibles, las perturbaciones a nivel económico y social ponen en peligro la sobrevivencia de innumerables empresas en varios sectores de actividad, así como los puestos de trabajo y los ingresos para el sustento y el bienestar de millones de personas a largo plazo¹⁸.

Los Estados están asumiendo costos elevados para la atención sanitaria, otorgamiento de subsidios para trabajadores y empresas, extensión de mecanismos de protección social, asistencia a ciudadanos que se han quedado sin ingresos y de un contingente numerosos de personas que carecen de medios elementales para sobrevivir al encontrarse debajo de la línea de pobreza. Como señala la CEPAL, el manejo de la política fiscal en la actualidad se ve “complejizado por un entorno macroeconómico poco favorable y altamente incierto”¹⁹.

que ha habido cambios políticos progresistas, ni con la misma intensidad y – sobre todo –, que incluso allí donde han sido impulsados por gobiernos progresistas, no han tenido toda la extensión e intensidad que probablemente se esperaba o podrían alcanzar” (“Políticas laborales después del neoliberalismo”, *Comunicação & política*, vol.26, N°2, pág.137 y sigs.).

¹⁷ Esta constante subsiste como un estigma; así lo indica más que expresivamente José Luis Ugarte: “la negociación colectiva, amplia y extendida, centralizada o descentralizada, tiene un valor político fundamental para sociedades que pretenden lograr algo que nuestro modelo laboral no alcanzará jamás si sigue por la senda de la flexibilidad unilateral y el desprecio de la negociación colectiva: la legitimidad de los trabajadores” (artículo publicado en *La Nación* el 10/02/2008, bajo el epígrafe “La negociación colectiva y el cuento del lobo”).

¹⁸ OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo, en [ILOhttps://www.ilo.org > topics > coronavirus](https://www.ilo.org/topics/coronavirus) (22.12.2020).

¹⁹ Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe, 2020: la política fiscal ante la crisis derivada de la pandemia de la enfermedad por coronavirus (COVID-19), CEPAL, julio 2020.

Tan incierto, como también lo son los retos para el mercado del trabajo, las relaciones laborales y la negociación colectiva, una vez que sea alcanzada la ansiada salida en la era pos pandemia.

5. Asimetrías de las regulaciones de la negociación colectiva en la región

Los entornos comparados en América Latina, no sólo resultan asincrónicos en términos temporales, sino que presentan grandes asimetrías sustanciales respecto de las regulaciones y las prácticas negociales desenvueltas por cada realidad nacional a lo largo de este proceso evolutivo.

De allí que no sea posible construir una teoría general unitaria acerca de la negociación colectiva y sus procesos, lo que –por otra parte- sólo tendría un valor abstracto. Además, en nuestra opinión, ni siquiera es posible ensayar el esquema representativo de un posible modelo internacional unívoco sobre la misma, ya que el conjunto de normas que emanan de la OIT, así como los dictámenes de sus órganos de contralor, apenas configuran un marco de referencia que cobra importancia a la hora de identificar situaciones en las cuales pueden llegar a violentarse ciertos principios y reglas coordinadas, que derivan básicamente del respeto exigible de la libertad sindical.

En el campo de los derechos positivos, se aprecia que son múltiples las opciones que cada legislación nacional suele reglar, en un sinnúmero de aspectos que resultan centrales para el instituto y respecto de los cuales resultan notorias las disimilitudes comparadas.

Una enunciación meramente indicativa, nos permite destacar en primer término las materias o contenidos negociables y sus límites, muchas veces recortados o sometidos a la aprobación previa del Estado.

Pero también son diferentes las regulaciones sobre procedimientos exigidos para desarrollar las negociaciones y su eventual marco institucional, que en varios ordenamientos transforma a la negociación colectiva en un cuasi proceso que dificulta las formas de trato entre los actores, constreñidos por plazos, formalidades y presentación de escritos.

Por otra parte, los productos resultantes de las negociaciones colectivas, que suelen ser muy variados según cada legislación nacional (convenciones, convenios, contratos, etc.) , inducen a distinguir entre negociaciones típicas o puras y negociaciones atípicas, cuyos acuerdos plantean limitaciones respecto de su alcance subjetivo o la ley que los regula (¿derecho del trabajo o derecho civil?).

De manera concomitante, son notorios los grados de intervención del Estado en la mayor parte de los procesos negociales, realidad que afecta en alto grado la autonomía de las partes (es decir, la libertad colectiva de los empleadores y las organizaciones sindicales).

Asimismo, se plantean disonancias respecto del carácter normativo de tales acuerdos y su operatividad o no como fuentes formales de derecho.

Incluso suelen regularse exigencias jurídicas sacramentales para calificar su validez y vigencia (requisitos de homologación estatal, controles de legalidad, registro imperativo).

Por otra parte, se denota que los alcances subjetivos de los acuerdos, no alcanzan un efecto o extensión “erga omnes” en todas las legislaciones comparadas.

No siempre se encuentra resuelta la posibilidad y las condicionantes de descuelgue respecto de las previsiones imperativas resultantes de las negociaciones colectivas de niveles intermedio o superiores.

Difieren, de igual forma, las regulaciones sobre la extinción de las convenciones o acuerdos y las consecuencias de su denuncia anticipada; otro tanto ocurre respecto de la supervivencia o no de los convenios colectivos una vez extinguidos y los problemas de la ultra actividad.

Más aún, ciertos ordenamientos prevén condicionamientos de la vigencia de los acuerdos alcanzados, a obligaciones de paz impuestas que, en ocasiones, restringen el recurso de la huelga.

Pero quizás uno de los aspectos que concita trascendencia funcional y nos obliga a un desarrollo más detenido, es el relativo a los sujetos legitimados para negociar. En efecto, no siempre se privilegia al sindicato como la organización de trabajadores, tal como lo promueven los Convenios de OIT,

admitiéndose en cambio que intervengan agentes no sindicales (desde delegados electos directamente por los trabajadores, pasando por grupos “ad hoc”, comisiones de empresa u organizaciones solidaristas).

Tampoco se respetan los grados de representatividad –basadas en la autenticidad o pureza, autonomía y especialidad- que deben reunir las organizaciones sindicales. En situaciones concretas, es el Estado quien promueve un modelo de monopolio sindical que atenta contra la libertad, no sólo constitutiva de otras organizaciones, sino que también restringe la capacidad de acción de éstas (entre las cuales, la habilitación para negociar colectivamente). En esta línea, suele limitarse la postulación de sindicatos como agentes de la negociación, incorporando excesivos requisitos formales (como el número de afiliados que los mismos deben acreditar para ingresar a un proceso negocial).

Paralelamente, proliferan las prácticas anti sindicales como manifestaciones fácticas de disuasión, sin que medie una acción tutelar o sancionatoria apropiada y eficaz del Estado.

Algo similar acaece en materia de determinación de la aptitud para negociar colectivamente con relación a los niveles que libremente deberían escogerse por los propios actores dentro de la estructura negocial de cada realidad. En América del Sur, por ejemplo, constituyen una clara mayoría los países en los que ha predominado a lo largo del tiempo una marcada acentuación de la negociación descentralizada por empresa, inducida desde las legislaciones positivas.²⁰ Es en un número menor de naciones que, en cambio, el prototipo legalmente protegido se ha inclinado históricamente por la negociación colectiva de rama o de actividad económica.²¹ Estas alternancias

²⁰ Es el caso –a vía de ejemplo- de legislaciones y prácticas observadas en Chile, Colombia, Perú, Ecuador y Paraguay.

²¹ Son referentes muy claros en América del Sur, Argentina y Uruguay, así como también lo ha sido Brasil.

también se han dado en la Unión Europea²², donde resaltan algunos ejemplos de los cambios operados a lo largo del tiempo.²³

No resulta menor enmarcar este contrapunto entre las variables “centralización-descentralización” de la negociación colectiva, porque en general ello afecta al sujeto sindical; mientras en los modelos centralizados, que parten de negociaciones en niveles superiores, existe un fuerte ensamblaje en torno a unos pocos y grandes polos de poder (unidades amplias, como las Federaciones o Asociaciones sindicales centrales de ramas o de sectores de actividad), en los sistemas descentralizados que imponen la negociación por empresa, centro de trabajo o establecimiento, se genera una multiplicidad de unidades representativas, con la consecuencia de resultar más atomizadas y de poseer un tamaño y peso relativos (unidades reducidas, como los sindicatos o comités sindicales de empresa, de secciones o hasta de oficios). De allí que el juego de estos indicadores constituya un índice elocuente de la fortaleza y representatividad de las propias organizaciones profesionales de trabajadores,

²² Simétricamente, en muchos países de Europa y aun cuando los modelos presenten características diferenciadas, el mapa de datos indica que en la mayor parte de la sub región oriental, sigue manteniéndose una negociación colectiva por empresa, mientras que en otras sub regiones predomina una negociación intersectorial o sectorial por ramas de actividad excluyente, con altas tasas de cobertura a través de pocos y amplios convenios colectivos. Sin embargo, en algunas experiencias esta realidad se ve complementada por una negociación colectiva por empresa y entre las particularidades de esta última matización, aparecen fenómenos nuevos en países de larga tradición negocial, ya que esta descentralización hacia niveles inferiores es el resultado de las medidas estructurales de carácter económico surgidas tras las crisis nacionales de 2008, impuestas centralmente por las potencias dominantes en la Unión Europea. Esa reivindicación del llamado “espacio-empresa” ha perdido el sentido complementario (dirigido a la adaptación articulada o superación de lo previsto por el convenio colectivo de rama y la legislación estatal), pasando a ser un instrumento para la regulación en los centros de trabajo de normas contrarias a las convenciones del sector.

²³ Se aprecia en Alemania, donde se admite negociar con el Comité de Empresa –que no tiene una necesaria participación sindical- cláusulas de inaplicación del convenio de rama en determinadas materias, como la salarial y la gestión del tiempo de trabajo, que son sustituidas por acuerdos entre el empresario y los representantes de los trabajadores. También ocurre en Francia con la Reforma Laboral que abre nuevas posibilidades de firmar acuerdos empresariales derogatorios a la ley, p. ej., en materia de regulación de la jornada laboral (que pueden afectar la duración máxima del trabajo nocturno, la jornada diaria y períodos de descanso semanal, y las pausas de descanso) y que se suscriben en los comités de empresa (Antonio Ojeda Avilés, La evolución de la negociación colectiva por empresa en Europa, Jus y Veritas N° 45, 2012). Por otra parte, la introducción de los “acuerdos de proximidad” en Italia (Ley de 2011), que posibilitan derogar las disposiciones legales reguladoras de varias materias, así como los preceptos de los convenios colectivos nacionales de sector sobre dichas materias (incremento del empleo y de la calidad del trabajo, regularización del trabajo irregular, incrementos de la competitividad salarial, gestión de las crisis de empresa o reestructuración de empleo, inversiones y puesta en marcha de nuevas actividades (según Antonio Baylos, Negociación colectiva en Italia, ¿crisis de un sistema?, en Blog 15 de agosto de 2012).

determinando no sólo las grandes líneas de su conformación interna, sino también de su capacidad para constituirse. Basta pensar que las estructuras productivas de la totalidad de los países Latinoamericanos está basada en Mypes y que éstas emplean menos de 10 trabajadores, lo que no califica incluso para conformar un sindicato en ese tipo de unidades, de acuerdo al número o porcentaje de afiliados que exigen algunas legislaciones vigentes.

6. A modo de epílogo

Siendo que el análisis jurídico no puede circunscribirse únicamente al estudio comparado de las normas formales, sino que es necesario relacionarlas con la realidad del poder económico, político y social²⁴, no se trata de un mero simbolismo afirmar que la negociación colectiva navega en ese mar abierto, que parece no tener orillas, sino tan sólo horizontes desconocidos.

Por eso es que señalamos que sus rumbos no transitan por rutas pre determinadas y fijas, sino que en los distintos países de la región, suelen desviarse de las vías frecuentadas y predecibles, muchas veces con el fin de contemplar intereses económicos que se imponen sobre los intereses sociales y del mundo del trabajo, afectando incluso los grados de libertad sindical y autonomía colectiva exigibles en sociedades democráticas y pluralistas, así como las reglas estipuladas por la Constitución, los Convenios y las Recomendaciones de la OIT en tanto regulan el derecho fundamental de la negociación colectiva.

²⁴ Conf. Jesús Galiana Moreno, Prólogo a la obra de Otto Kahn Freund, cit., pág. XIV.

Bibliografía

- BARBAGELATA, H. H. (1973). “Evolución de la negociación colectiva en el Uruguay”, *Estudios sobre la negociación colectiva en memoria de Francisco De Ferrari*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo
- BARBAGELATA, H. H. (1985). “La negociación colectiva en América Latina”, *El derecho del trabajo en América latina*, IELSS, Madrid.
- CAMERLYNK, G. y LYON CAEN, G. (1974). *Derecho del Trabajo*, Aguilar, Buenos Aires.
- ERMIDA URIARTE, O. (2006). “Diálogo Social: Teoría y Práctica”, *IUSLabor*, N° 1.
- ERMIDA URIARTE, O. (2009). “Crisis y Derecho del Trabajo: viejos conocidos”, *Revista de la facultad de Derecho*, N° 27, UDELAR, Montevideo.
- FREUND, O. K. (1987). *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España.
- GIUGNI, G. (1983). *Derecho sindical*, IELSS, Madrid.
- HUECK, A. y NIPPERDEY, H. (1963). *Compendio de Derecho del Trabajo*, ed. Revista de Derecho privado, Madrid.
- OCAMPO, J. (2017). El desarrollo liderado por los productos básicos en América Latina, *International Development Policy*, N° 9, OpenEdition Journals.
- OJEDA AVILÉS, A. (2012). “La evolución de la negociación colectiva por empresa en Europa”, *Jus y Veritas*, N° 45.
- PALOMEQUE, M. (1980). *Derecho del Trabajo e Ideología*, ed. Tecnos, 4ª. ed., Madrid.
- UGARTE, J. L. (2008). “La negociación colectiva y el cuento del lobo”, *La Nación*, 10/02/2008.
- VON POTOBSKY, G. (1995). “La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía”, *revista RELASUR*, Núm. 6, Montevideo.

Recursos electrónicos

BAYLOS, A., “Negociación colectiva en Italia, ¿crisis de un sistema?”, según Antonio Baylos, entrada de Blog del 15 de agosto de 2012. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2012/08/negociacion-colectiva-en-italia-crisis.html>.

OIT (2020). *La COVID-19 y el mundo del trabajo*, 22.12.2020. Disponible en <https://www.ilo.org>.

**DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y LAS ACCIONES
AFIRMATIVAS PARA SUPERAR LAS BRECHAS DE GÉNERO
EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES
COLOMBIANO**

**FROM MATERNITY PROTECTION AND AFFIRMATIVE ACTION
TO OVERCOME GENDER GAPS IN THE COLOMBIAN LABOR
RELATIONS SYSTEM**

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

Abogado, Profesor de carrera académica de la Universidad del Rosario, Colombia. Magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Bolonia, Italia, y doctor cum laude en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, España.

ivan.jaramillo@urosario.edu.co

Fecha de envío: 02/03/2021

Fecha de aceptación: 18/03/2021

DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y LAS ACCIONES AFIRMATIVAS PARA SUPERAR LAS BRECHAS DE GÉNERO EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES COLOMBIANO

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

Universidad del Rosario (Colombia)

Resumen: El presente artículo analiza los principales desafíos para el sistema de intervención laboral en materia de reducción de brechas por género y la incidencia de las medidas de protección a la maternidad en materia ocupacional y salarial en concordancia con el tránsito de la recuperación médica pos parto y acompañamiento materno al recién nacido hacia la naturaleza jurídica de las prestaciones por maternidad adscrito al esquema de corresponsabilidades en actividades de cuidado invirtiendo el paradigma machista tradicional.

Palabras clave: Maternidad - Equidad - Brechas por género - Paternidad - Economía de cuidado

Sumario: 1. Introducción. 2. Licencia de maternidad: naturaleza jurídica de partida y desajuste del mandato constitucional de equidad de género. 3. La regulación de la licencia de maternidad. 4. La regulación de la licencia de paternidad y el mensaje de inequidad en la asignación y corresponsabilidad de roles de cuidado. 5. El fuero de paternidad como fórmula de extensión e inclusión de los padres en la asignación de responsabilidades filiales en clave promoción de la corresponsabilidad en la atención y cuidado de los hijos. 6. Licencia parental compartida: Un paso adelante en la equidad de género en las relaciones laborales. 7. Conclusiones.

Abstract: This article analyzes the main challenges for the labor intervention system in terms of reducing gender gaps and the incidence of maternity protection measures in occupational and salary matters in accordance with the

transit of postpartum medical recovery and maternal support to the newborn towards the legal nature of maternity benefits attached to the co-responsibility scheme in care activities, reversing the traditional macho paradigm.

Key words: Maternity - Equity - Gender gaps - Paternity - Care economy

Summary: 1. Introduction. 2. Maternity leave: legal nature of departure and mismatch of the constitutional mandate of gender equality. 3. The regulation of maternity leave. 4. The regulation of paternity leave and the message of inequity in the assignment and co-responsibility of care roles. 5. The jurisdiction of paternity as a formula for the extension and inclusion of parents in the assignment of filial responsibilities in order to promote joint responsibility in the care of children. 6. Shared parental leave: A step forward in gender equality in labor relations. 7. Conclusions.

1. Introducción

En el contexto de las brechas que subsisten por género en materia laboral no obstante las declaraciones jurídicas constitucionales y legales de reconocimiento del postulado fundamental de igualdad, la protección de maternidad constituye una medida culpabilizada de la profundización del paradigma patriarcal de familia y asignación de roles de cuidado que redundan en barreras ocupacionales y salariales para las mujeres.

La ralentización de la efectividad de las medidas de cierre de inequidades por género determina que el cierre de brechas tardará en cerrarse más de un siglo que en el plano económico determine que, según el Foro Económico Mundial: “el mundo en su conjunto podría aumentar el PIB mundial en 5,3 billones para 2025, estima el documento, si la brecha de género en lo que respecta a la participación económica mejorase un 25% durante el mismo periodo.”¹

El presente artículo pretende analizar las medidas adoptadas por el ordenamiento laboral colombiano y su incidencia en la superación de las deficiencias en la corrección de la discriminación por género en el sistema de relaciones laborales.

En materia de realización del principio de equidad, el contexto histórico social determina las brechas por género cuya corrección constituye asignatura pendiente en la agenda laboral colombiana.

A pesar de la promesa del artículo 13 de la Constitución Política y los Convenios fundamentales 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo de la progresiva eliminación de la discriminación en ámbitos laborales para lograr la equidad en: (i) el ingreso al sistema de relaciones laborales, (ii) la política de asignación de responsabilidades y beneficios en desarrollo de la

¹ “Otra de las conclusiones sombrías que arrojan los análisis del EIGE tiene que ver con los nuevos estereotipos de la “supermadre”. La variable que mide el uso del tiempo deja claro que, con la incorporación al mercado laboral, el número de horas trabajadas frente a los hombres va en aumento si se incluyen las tareas no remuneradas en el hogar. “Y no se trata sólo de cuidar a dependientes (hijos y mayores o enfermos), sino también a los que perfectamente podrían realizar muchas de las tareas por sí mismos”. Consultado en: https://elpais.com/economia/2017/12/15/actualidad/1513339146_474321.html el 20 de septiembre de 2019.

relación de trabajo y (iii) los despidos discriminatorios, se mantienen las brechas ocupacionales y salariales que dan cuenta de la discriminación por género en el sistema de relaciones laborales en Colombia.

La conquista jurídica de los ordenamientos labores que reconocen la cláusula general de igualdad contrasta con la evidencia empírica macroeconómica que refleja la permanencia de brechas por diversos criterios de discriminación.

De acuerdo con el Ranking Global sobre Brechas de Género del Foro Económico Mundial, la equidad de género en los sistemas laborales tardará en alcanzarse hasta el año 2234 dados los indicadores globales que relacionan a Colombia en el puesto 36 del ranking mundial en materia de paridad de género con una brecha de 0,73 (las brechas oscilan entre 0 equivalente a desigualdad total y 1 a paridad total).

Tabla 1. Brechas de género

0=desigualdad total 1=paridad total

País	Brecha	Puesto en el ranking mundial
LOS 10 PAISES CON MAYOR IGUALDAD DE GÉNERO		
Islandia	0,88	1
Noruega	0,83	2
Finlandia	0,82	3
Ruanda	0,82	4
Suecia	0,82	5
Nicaragua	0,81	6
Eslovenia	0,81	7
Irlanda	0,79	8
Nueva Zelanda	0,79	9
Filipinas	0,79	10
AMÉRICA LATINA		

Bolivia	0,76	17
Argentina	0,73	34
Colombia	0,73	36
Ecuador	0,72	42
Perú	0,71	48
Uruguay	0,70	56
México	0,69	81
Brasil	0,68	90
Paraguay	0,68	96

Fuente: Foro Económico Mundial (2018)

Las acciones afirmativas para superar las brechas oscilan entre los sistemas de intervención para imponer cuotas femeninas en el mundo laboral, que en el sector público colombiano han demostrado ser necesarias pero sin la efectividad deseables, y los sistemas de adscripción voluntaria empresarial a esquemas de certificación como el denominado en Colombia EQUIPARES de certificación empresarial de buenas prácticas en materia de respeto de los postulados de equidad de género (Ministerio del Trabajo de Colombia), sin el ámbito de cobertura necesario para el cierre de las brechas por género en Colombia.

En otros países, se han implementado medidas para promocionar la equidad a través de medidas empresariales para valorar la economía de cuidado que supone desequilibrio en la asignación de responsabilidades de cuidado y herramientas de efectividad del principio de no discriminación salarial.

En Francia, la Corte de Casación consideró legal otorgar medio día a trabajadoras en el día internacional de la mujer. La Cámara Social de la Corte de Casación Francesa avaló en el año 2018 el beneficio de media jornada para las trabajadoras de la francesa ST2N de transportes colectivos en Niza.

En este sentido, la Corte de Casación francesa consideró legítimo otorgar como beneficio extralegal un permiso a las trabajadoras de la empresa ST2N en consideración a que “un convenio colectivo puede otorgar un beneficio exclusivo

a las trabajadoras medio día de permiso con motivo del Día Internacional de los derechos de las mujeres, ya que esta medida es establecer la igualdad de oportunidades entre hombres y las mujeres mediante la eliminación de desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres”.

De la misma forma, se promulgó en el año 2018 una ley en Alemania por la cual se establece el derecho de los empleados, tanto hombre como mujeres, a pedir información sobre el salario que perciben sus colegas del sexo opuesto que realizan el mismo trabajo o actividades similares como herramienta para la efectividad de la equidad salarial.

Como consecuencia de la asignación cultural de los roles de cuidado del hogar y de otras personas las mujeres ven reducida ostensiblemente su participación en el sistema de relaciones laborales que determinan que tener personas a cargo reduce la oferta laboral femenina en 17.5% y la masculina sólo en 2.5%.

Los estereotipos por género impiden el acceso al sistema laboral y el cumplimiento de la promesa constitucional de equidad de género cuya inversión demanda esquemas de intervención normativa, política pública y designación de estrategias sectoriales (Tabla 2.).

Tabla 2. Porcentaje de hombres y mujeres de acuerdo con afirmaciones sobre roles tradicionales Total nacional

Afirmación	Personas de acuerdo o muy de acuerdo con la afirmación (%)		Personas de acuerdo o muy de acuerdo con la afirmación (%)	
	Total nacional		Bogotá	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
“El deber de un hombre es ganar dinero, el deber de la mujer es cuidar del hogar y la familia”.	40,9%	36,2%	29,1%	26,6%
“Las mujeres son mejores para el trabajo doméstico que los hombres”.	69,0%	67,1%	53,8%	52,2%
“Una madre que trabaja puede formar una relación tan cálida y segura con sus hijos como una madre que no trabaja”.	57,7%	60,0%	61,2%	61,9%
“La cabeza del hogar debe ser el hombre”.	47,2%	36,6%	30,0%	24,2%
“El esposo debe tomar las decisiones relacionadas con la vida de la esposa”.	22,0%	15,1%	12,6%	8,9%

Fuente: DANE – ENUT, 2016-2017

En este sentido, los hallazgos empíricos demuestran los desequilibrios en materias de horas asignadas a labores de cuidado no remuneradas que evidencia la asimetría de asignación de responsabilidades de cuidado bajo un patrón cultural de inequidades por género (Gráfico 1).

Gráfico 1. Distribución horaria actividades remunerado/ no remunerada por género



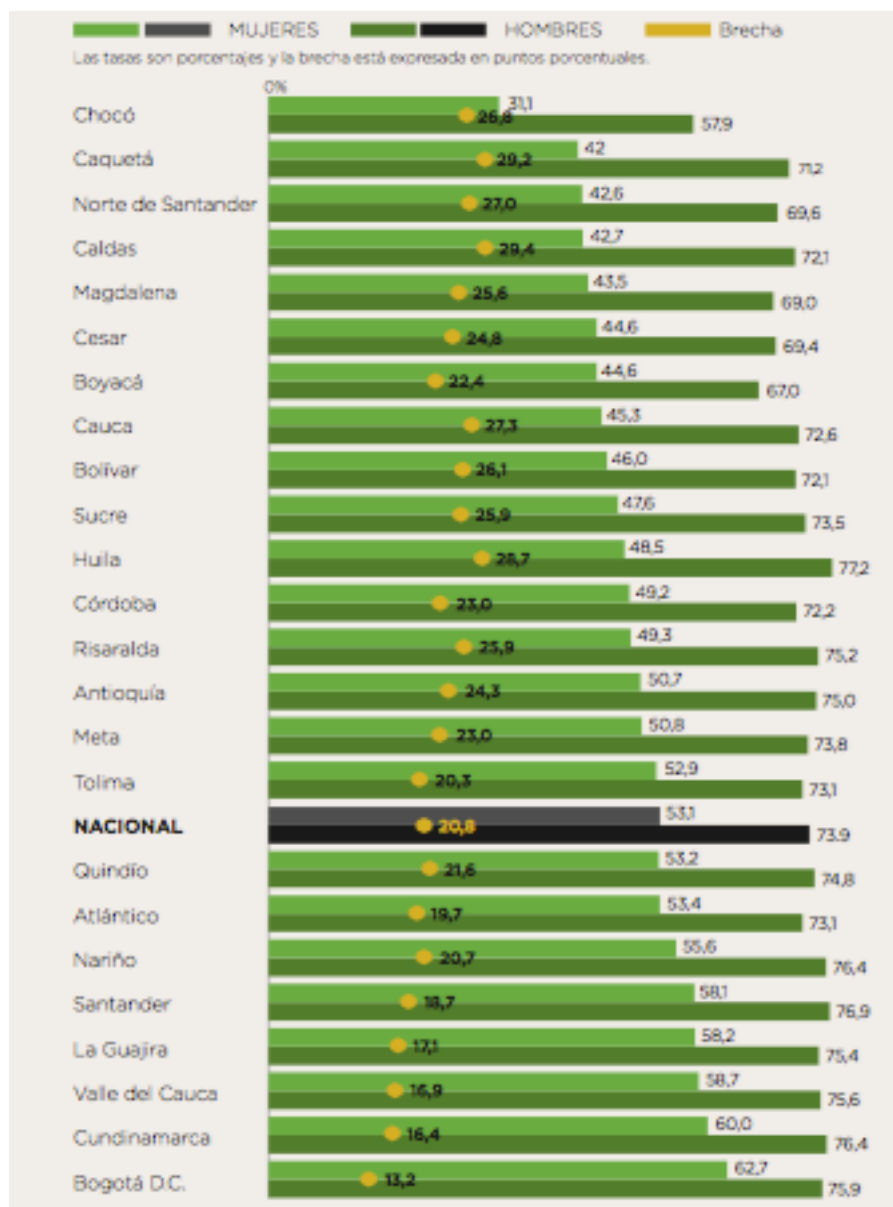
Fuente: Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT)

La descripción de la naturaleza jurídica de la protección a la maternidad ocupará la aproximación inicial seguida del contexto internacional de los sistemas de intervención normativos para dar paso al análisis de la problemática cuyos alcances se pretenden analizar con el objeto de valorar las medidas

legislativas y jurisprudenciales adoptadas por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social colombiano.

La brecha ocupacional que deriva, además de otros factores de la penalidad por maternidad y las correlaciones en la asignación social de actividades de cuidado no remunerado que influye en clave decreciente con el acceso a espacios de desarrollo de actividades remuneradas (Gráfico 2).

Gráfico 2. Tasa global de participación y brecha entre mujeres y hombres, por Departamento



Fuente: DANE/GEIH (2019)

2. Licencia de maternidad: naturaleza jurídica de partida y desajuste del mandato constitucional de equidad de género

La licencia de maternidad se orienta, en la concepción tradicional, a la necesaria compañía de la madre durante los primeros meses de vida del bebé que constituye una necesidad médica para el correcto desarrollo del menor cuyo derecho se privilegia frente a las necesidades laborales de la madre trabajadora que ceden temporalmente para permitir la cobertura de las necesidades que derivan de la maternidad.

La naturaleza jurídica del derecho como prestación económica del sistema general de seguridad social en salud se inscribe en el conjunto de beneficios contributivos financiados con cargo a las cotizaciones mensuales al sistema que las reconoce.

La prevalencia del derecho de los niños fundamenta la propuesta de ampliación del tiempo de acompañamiento como estrategia de reducción de patologías en los primeros meses de desarrollo y estímulo de las medidas para completar los cuadros de vacunación, los controles médicos y la lactancia como factor de crecimiento y desarrollo saludable en los primeros seis meses de vida.

De la maternidad emanan diversas garantías para las trabajadoras entre las que se enlistan: i) Licencia de maternidad ii) garantía en el empleo iii) prestaciones de maternidad y iv) facilidades para el amamantamiento.² En el presente estudio no abordaremos la perspectiva de garantía en el empleo o estabilidad reforzada por superar los límites de nuestra materia de análisis.

La licencia de maternidad se inscribe en la línea de promoción de la igualdad en materia de género a través de la protección de la circunstancia de la maternidad en que la trabajadora es más vulnerable demandando tutela en el empleo y el sistema de aseguramiento social que garantice a ella y al recién

² Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudios de la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitario, 1º edición, Montevideo, Uruguay, 1999.

nacido una atención prioritaria y adecuada durante el embarazo, el parto y el período posterior.³

3. La regulación de la licencia de maternidad

Desde la perspectiva de regulación internacional, dentro del elenco de derechos reconocidos en la primera fase de producción normativa de la Organización Internacional del Trabajo se relacionan los derechos que emanan de la protección a la maternidad.

En efecto el Convenio 3 de 1919, aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, establece como mecanismo de protección a la maternidad directrices para que la mujer pueda hacer compatible el estado de embarazo con el vínculo laboral bajo la concepción fundacional de la relación embarazo/ trabajo.

La regulación corresponde al contexto histórico de regulación en que estaban madurando los derechos en el trabajo y los descansos remunerados de media hora permitían el desarrollo de la lactancia que conecta con los parámetros del artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo.

El Convenio 103 de 1952 revisó la norma sobre protección a la maternidad ampliando la indicación en materia de duración de la licencia a 12 semanas.

La Recomendación 95 de 1952 sobre protección a la maternidad indica que el descanso remunerado por este concepto *debería ser prolongado hasta completar un período de catorce semanas*.

Posteriormente el Convenio 183 de 2000, aún no ratificado por Colombia, amplía la directriz sobre duración de la licencia de maternidad a una duración de al menos catorce semanas.

La Recomendación 191 de 2000 establece como norma orientadora la extensión de la licencia de maternidad a por los menos 18 semanas como medida de actualización de las directrices contenidas en los Convenios antes referidos.

³ Cfr. ERMIDA, Oscar, "La mujer en el Derecho del Trabajo: De la protección a la promoción de la igualdad" En: 1 aproximación al pensamiento iuslaboralista de OEU: sus fundamentos de Derecho del Trabajo", 2014.

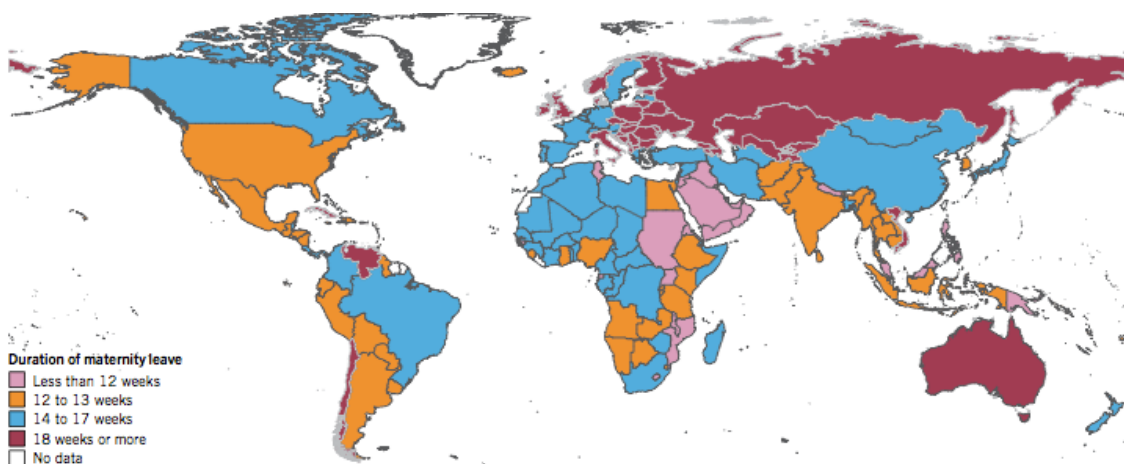
La fuente de la disposición de ampliación de la licencia de maternidad para cubrir los períodos de lactancia constituida por una recomendación tiene para Colombia obligaciones de *sumisión* de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la OIT.

En materia de derecho comparado la tendencia muestra la ampliación de la licencia de maternidad para adecuar el tiempo de disfrute del derecho a los parámetros de la Recomendación 191 para fijar períodos superiores las 18 semanas.

“Los más recientes estándares en materia de duración del permiso de maternidad disponen un mínimo de 14 semanas, mayor que las 12 semanas en los convenios previos. La Recomendación 191 alienta a los estados miembros de la OIT a incrementar el período de maternidad al menos a 18 semanas.”

La duración de la licencia es fundamental para permitir a las madres recuperarse del parto y regresar al trabajo manteniendo cuidados adecuados a sus hijos. Cuando la licencia es muy corto, las madres no se sienten listas para regresar al trabajo y abandonan la fuerza de trabajo. Sin embargo, períodos prolongados o el permiso parental tomado por mujeres, especialmente sin protección del empleo, puede dañar el apego de la mujer y su progreso en el trabajo, resultando en sanciones salariales (Gráfico 3).⁴

Gráfico 3. Duración de la licencia de maternidad



⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Maternity and paternity at work, Law and practice around the world” Ginebra, Suiza, 2014.

Fuente: ILO Working Conditions Laws Database (2014)

El contexto latinoamericano evidencia la tendencia al aumento del tiempo de licencia de maternidad que se inscribe en el modelo de protección a la maternidad y el favorecimiento de la lactancia sin comprometer el puesto de trabajo de la madre.

Tabla 3. Licencia de maternidad en América Latina

País	Licencia de Maternidad (en semanas)
Argentina	13
Brasil	17
Colombia	18
Chile	18
Costa Rica	17
Cuba	18
Ecuador	12
Panamá	14
Paraguay	12
Perú	13
Uruguay	12
República Bolivariana de Venezuela	26

Fuente: Organización Internacional del Trabajo (2017)

En Colombia, la ampliación de la licencia de maternidad por conducto de la Ley 1822 de 2017 en el ordenamiento colombiano de 14 a 18 semanas no obstante resultar una medida orientada correctamente en materia de realización de los derechos de la madre y los menores recién nacidos merece un especial análisis en cuanto al contenido y alcance de la medida.

El trámite legislativo eliminó medidas deseables de actualización en materia de ampliación de la licencia de paternidad de 8 a 15 días orientadas a la remoción progresiva de la asignación de roles de cuidado de matriz patriarcal que profundizan las brechas por género.

La fuerte oposición al proyecto de ampliación de la licencia sobre la base de los teóricos aumentos en costos salariales y prestacionales asociados a la maternidad y el cuidado infantil se han visto desvirtuados por la evidencia que demuestran un costo inferior a 2% por sobre la remuneración bruta de las mujeres ya que la prestación económica de la licencia de maternidad es asumido por el sistema de seguridad social.⁵

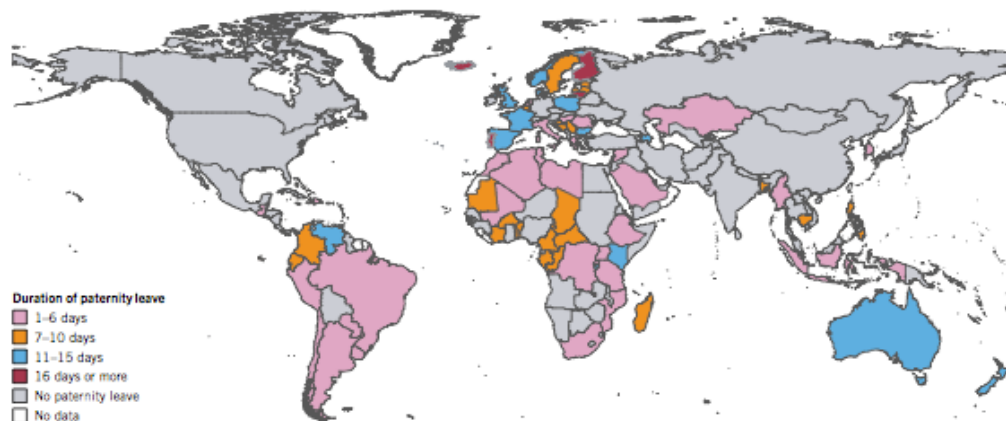
4. La regulación de la licencia de paternidad y el mensaje de inequidad en la asignación y corresponsabilidad de roles de cuidado

La correlación de tiempos destinados por la disciplina laboral para la licencia de paternidad resulta especialmente bajo frente a la intensidad de las medidas destinadas a las madres que acompaña el mensaje institucional del diseño de intervención de recarga en las mujeres aumentando la penalidad laboral que deriva del embarazo.

Gráfico 4. Duración licencia de paternidad

⁵ ABRAMO, Laís, "Costos Laborales de hombres y mujeres en países de América Latina: mitos y realidad", Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2003.

Map 3.1 Countries providing paternity leave by duration, 2013 (167 countries)



Source: ILO Working Conditions Laws Database – Maternity Protection. Available at: <http://www.ilo.org/travdatabase> [25 Mar. 2014].

Fuente: ILO Working Conditions Laws Database (2013)

En el ámbito latinoamericano, la licencia de paternidad se prevé en los rangos de una a dos semanas para la remoción progresiva de las barreras de género ligadas a la empleabilidad y la distribución de las cargas familiares que derivan de la maternidad/paternidad (Tabla 4).

Tabla 4. Licencia de paternidad en América Latina

País	Licencia de Paternidad (en días)
Argentina	2
Brasil	5
Colombia	8
Chile	5
República Dominicana	2
Guatemala	2
Ecuador	10
Bahamas	8
Paraguay	3
Perú	4
Uruguay	3
República Bolivariana de Venezuela	14

Fuente: Organización Internacional del Trabajo (2017)

5. El fuero de paternidad como fórmula de extensión e inclusión de los padres en la asignación de responsabilidades filiales en clave promoción de la corresponsabilidad en la atención y cuidado de los hijos

En materia de protección a la maternidad, la dimensión laboral de la protección de la estabilidad de las trabajadoras en estado de embarazo, acompaña las garantías económicas y asistenciales que derivan de atención médica y la licencia de maternidad que asume el sistema general de seguridad social en salud.

En este orden de ideas, el Código Sustantivo del Trabajo colombiano prevé una garantía de estabilidad laboral reforzada para las trabajadoras en estado de embarazo durante el tiempo de embarazo y el disfrute de la licencia de maternidad e los artículos 239 y 241 del referido estatuto.

Sobre la naturaleza jurídica de la licencia de maternidad la Corte Constitucional: “La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una

relación laboral sino, en general, de todas las mujeres.” (Corte Constitucional, sentencia SU-070 de 2013).

La realización de la protección especial antes ha determinado la asignación de roles en materia de economía de cuidado a las trabajadoras que derivan en restringen el acceso al sistema de relaciones laborales y las garantías en materia de equidad en la remuneración.

En consideración a los efectos adversos en materia de superación de brechas por género en materia salarial y ocupacional los sistemas de inclusión de los padres en la asignación de responsabilidades filiales resultan deseables en las que se inscriben medidas como la extensión de la garantía de estabilidad reforzada a los trabajadores de los cuales depende la madre del *naciturus* estructurada por la jurisprudencia constitucional colombiana.

En materia de extensión de garantías contra el despido al padre la Corte Constitucional precisó: “Esta Corporación ha admitido, con fundamento en el principio democrático, que cuando se encuentra ante una omisión legislativa relativa “es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador”. En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declara la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la). Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada. Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la

unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas.” (Corte Constitucional, sentencia C-005 de 2017).

6. Licencia parental compartida: Un paso adelante en la equidad de género en las relaciones laborales

La relación de roles en cabeza de padre y madre en el cuidado y acompañamiento de los menores recién nacidos ha significado una barrera para la promesa de igualdad de género en el mundo de las relaciones laborales en función del esquema patriarcal de distribución de responsabilidades que repercute negativamente en el acceso al sistema laboral de las mujeres en edad gestacional.

Desde la Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995 se incluyó el marco general del enfoque de reorientación de la distribución de las actividades de cuidado a partir del objetivo estratégico: “Promoción de la armonización de las responsabilidades laborales y familiares de mujeres y hombres” a partir de acciones específicas a ser consideradas:

“Garantizar, a través de la legislación, incentivos y / o estímulo, oportunidades para que mujeres y hombres disfruten de una licencia parental protegida en el empleo y de prestaciones parentales; promover el reparto equitativo de las responsabilidades de la familia entre hombres y mujeres, incluso mediante la legislación adecuada, incentivos y / o estímulo, y también promover la facilitación de la lactancia materna para las madres trabajadoras”, (ONU, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995).

En Colombia, la iniciativa legislativa C129 de 2019 Cámara de Representantes. por la cual se promueve la licencia parental compartida, constituye sin duda, un avance en el sentido correcto para remover las barreras que impiden la igualdad material en el acceso al trabajo y la remuneración entre hombres y mujeres, alineando la estructura de protección a la maternidad del esquema de regulación laboral, para estimular la corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de los menores recién nacidos y el consecuencial efecto

en el disfrute de la licencia por nacimiento de hijos de los trabajadores y trabajadoras.⁶

Con anterioridad a la introducción de la licencia de paternidad prevista en la Ley 755 de 2002, el Código Sustantivo del Trabajo establecía la posibilidad para la trabajadora de ceder una semana a su esposo o compañero permanente para “para obtener de este la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio.”

La reducida licencia de maternidad de entonces (equivalente a 12 semanas para la época) y la lógica patriarcal del momento determinaron la baja utilización de la cesión de la semana para la asunción de sus responsabilidades como padre.

La orientación de la licencia de maternidad se ha ido modificando progresivamente desde la inicial concepción como período de recuperación post-parto hacia la visión moderna de asunción de tareas de cuidado que deben distribuirse con el padre en las responsabilidades y derechos para remover las barreras que derivan en las brechas por género en materia laboral.⁷

La Corte Constitucional reconoció esta circunstancia en la sentencia de unificación 075 de 2018: “las políticas tendientes a proteger la discriminación por el hecho de la maternidad, la autonomía femenina y la desigualdad de género, al suponer costos adicionales para los empleadores respecto a los de la contratación masculina, han desencadenado un efecto negativo respecto del acceso al empleo para las mujeres.

⁶ En Italia, La ley (Decreto Legislativo N° 151/2001) proporciona a los padres un período opcional de ausencia del trabajo relacionado con el nacimiento de su hijo. Esto se suma al permiso de maternidad obligatorio por 5 meses, además de cualquier período de interdicción temprana y / o pospuesta.

⁷ “El análisis longitudinal de datos de la Seguridad Social muestra como el nacimiento de un primogénito se configura como punto de inflexión a partir del cual en nuestro país divergen el conjunto de trayectorias laborales femeninas y masculinas de forma que el acceso a la paternidad aparece claramente asociado con una mayor dedicación al empleo por parte de los padres. Esta constatación nos induce a explorar el desarrollo de la política social de la paternidad en España en la medida en que la implicación paterna en el cuidado de los hijos constituye un factor clave tanto para lograr una mayor igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como para mejorar el nivel de bienestar infantil.” FLAQUER, Lluís, ESCOBEDO, Anna, “Licencias parentales y política social de paternidad en España”, Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 32, Núm. 1, España, 2014.

Tal consecuencia, se debe, en primera medida, a que la legislación actual se enfoca en las madres, por ejemplo, al otorgar permisos como la licencia de maternidad en forma desigual entre éstos, lo cual genera que la tensión entre maternidad y trabajo se distribuya inequitativamente entre hombres y mujeres y que se limiten las oportunidades y autonomía económica de estas últimas. En segunda medida, no se socializan efectivamente los costos que representa la maternidad para las empresas.”

La Unión Europea adoptó la Directiva 2019/1158 del 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores que en el mismo sentido señala: “La ausencia de permisos de paternidad y permisos parentales remunerados en muchos Estados miembros contribuye a la baja frecuencia con la que los padres se acogen a estos permisos. El desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar. Las políticas de igualdad de trato deben orientarse a hacer frente al problema de los estereotipos en las profesiones y funciones tanto masculinos como femeninos, y se anima a los interlocutores sociales a que cumplan su papel de informar tanto a trabajadores como a empleadores, y sensibilicen sobre la necesidad de combatir la discriminación.”⁸

El proyecto de ley plantea la alternativa de extensión de la licencia a cambio de trabajo de medio tiempo utilizando la modalidad de teletrabajo, extendiendo al tiempo, la protección reforzada contra el despido al padre que disfrute de la licencia parental como medida complementaria contra la discriminación por género en el sistema laboral.

⁸ En España se propuso la igualación de las licencias de paternidad y maternidad como fórmula de promoción de equidad en las relaciones laborales: “Unidos Podemos ha presentado este viernes en el Congreso una proposición de ley para igualar los permisos de maternidad y paternidad a 16 semanas, así como hacerlos intransferibles entre los progenitores. En su propuesta, que parte de la plataforma PPIINA (Plataforma por los Permisos Iguales e Intransferibles), se prevé un calendario para la implantación progresiva de la medida hasta el año 2022, con un coste anual de 200 millones de euros al año y un importe global de 1.500 millones de euros en el quinto y último año de equiparación de los permisos de ambos progenitores. El líder de Podemos, Pablo Iglesias, ha presentado en el Congreso la iniciativa, acompañado de representantes de la asociación.” Consultado en: https://elpais.com/politica/2017/01/27/actualidad/1485534073_555719.html el 30 de septiembre de 2019.

Así las cosas, la licencia parental compartida constituye una iniciativa que promoverá la inversión del patrón machista de cuidado de recién nacidos así como la remoción de barreras para alcanzar el postulado de igualdad constitucional en el mundo laboral imputando el catálogo de derechos y deberes a padres y madres que contribuye a la superación de estigmas que derivan del esquema de protección a la maternidad.

7. Conclusiones

Las respuestas constitucionales y legales en el marco jurídico se muestran incapaces de corregir las disfuncionalidades del sistema laboral para invertir el patrón machista cultural en el enrolamiento y la asignación en el marco del sistema de relaciones laborales demandando la incorporación de políticas públicas de incentivos a la remoción de barreras de inclusión por género.

El tradicional enfoque del trabajador hombre entre 20 y 60 años en el marco de una organización empresarial directa como sujeto protegido por el Derecho del Trabajo, se ha modificado para incluir un ámbito subjetivo de tutela mayor que incluye la promoción de un sistema de intervención de cierre de brechas por género.

El Derecho del Trabajo ha omitido la actualización en materia de cierre de brechas ocupacionales y salariales que han determinado el incumplimiento de la promesa constitucional que enmarca el postulado general de igualdad.

En este contexto, el tradicional enfoque de la licencia de maternidad como medida para favorecer la recuperación médica pos parto y el acompañamiento del menor por la madre se ha transformado hacia un enfoque de corresponsabilidades de los padres en las actividades de cuidado como medida para favorecer la equidad por género en el sistema de relaciones laborales.

La política de intervención pública y normativa para la remoción de barreras debe incluir instrumentos para la erosión del denominado “techo de cristal” [*glass ceiling barriers*]⁹, que impide a mujeres calificadas alcanzar

⁹ AKPINAR-SPOSITO, Cansu, “Career barriers for women executives and the Glass Ceiling Syndrome: the case study comparison between French and Turkish women executives”, *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 75, Lyon, Francia, 2013.

posiciones laborales de alta responsabilidad y niveles jerárquicos de dirección que terminan siendo bloqueados por “barreras” invisibles, no declaradas en el ordenamiento, en función del patrón machista de asignación de roles de cuidado.

Resulta deseable priorizar acciones de intervención pública en materia de empleos masculinizados/feminizados que pongan el acento en la inversión de los patrones culturales que imposibilitan la participación de mujeres en sectores de la producción específicos.

Bibliografía

- ABRAMO, L. (2003). "Costos Laborales de hombres y mujeres en países de América Latina: mitos y realidad", Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza.
- ADATTI, L (2015). "Evaluation of the operations of the Social Security Board: ILO-MDRI technical report", *International social security review*, Vol. 68, no. 1 (Jan.-Mar.).
- AKPINAR-SPOSITO, C. (2013). "Career barriers for women executives and the Glass Ceiling Syndrome: the case study comparison between French and Turkish women executives", *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 75, Lyon, Francia.
- CINELLI, M. (2008). *Diritto della Previdenza Sociale*, G. Giappichelli editore, Turín, Italia.
- ERMIDA, O. (2014). "La mujer en el Derecho del Trabajo: De la protección a la promoción de la igualdad" En: 1 aproximación al pensamiento iuslaboralista de OEU: sus fundamentos de Derecho del Trabajo", Montevideo, Uruguay.
- FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A. (2013). *La prestación por maternidad*, Editorial Bomarzo, Albacete, España.
- FLAQUER, L. y ESCOBEDO, A. (2014). "Licencias parentales y política social de la paternidad en España", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, Núm. 1, España.
- GRIMSHAW, D. y RUBERY, J. (2015). "The motherhood pay gap: a review of the issues, theory and international evidence", International Labour Office, Gender, Equality and Diversity Branch.
- MORA CABELLO DE ALBA, L. (Coord.) (2013). *Trabajar en femenino, trabajar en masculino*, Editorial Bomarzo, Albacete, España.
- ROMERO RODENAS, M. (2015). "Requisitos generales de acceso a las prestaciones del sistema de seguridad social", *Curso de Experto en Seguridad Social*, Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, Universidad de Castilla La Mancha Albacete.

- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1999). *Estudios de la Seguridad Social*, FCU, 1º edición, Montevideo, Uruguay.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2015). Semana Mundial de la Lactancia Materna.
- VILLALBA SALVADOR, B. (2001). “Maternidad y no discriminación”, *Revista Derecho Social*, Número 15, Albacete, España.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). “Trabajo y familia: ¡Compartir es la mejor forma de cuidar!”, TRAVAIL y Oficina para la Igualdad de Género (GENDER), Ginebra.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). “Proteger el futuro: maternidad, paternidad y trabajo”, Bureau for Gender Equality, Ginebra.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2014). “Maternity and paternity at work, Law and practice around the world”, Ginebra.

LA LIBERTAD SINDICAL EN MEXICO

FREEDOM OF ASSOCIATION IN MEXICO

Julio Ismael CAMACHO SOLIS

Licenciado en Derecho y Doctor en Derecho de la Universidad Veracruzana, México. Profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas, México. Investigador nacional del SNI II del Conacyt. Ex becario de la OIT.

academico.chiapas15@hotmail.com

Fecha de envío: 09/03/2021

Fecha de aceptación: 21/03/2021

LA LIBERTAD SINDICAL EN MEXICO

Julio Ismael CAMACHO SOLIS

Universidad Veracruzana (México)

Resumen: La libertad sindical, dentro del contexto global, donde además del ámbito de las relaciones colectivas de trabajo y en particular la actividad sindical, junto con el mismo entorno del sindicalismo, propicia que el ejercicio de su libertad, su autonomía misma y de manera transversal el derecho inalienable y autentico que le propicia la negociación colectiva, para completar la razón de su existencia misma, que con la pandemia del covid 19, se alteraron en el desarrollo normal de cualquier actividad,laboral,productiva y organizacional, donde la suspension latente de actividades regulares,jurisdiccionales las graves crisis de salud, y letalidad, los factores económicos y financieros, sin duda han alterado el radio de acción y desarrollo de la libertad sindical como factor de la paz laboral de muchos países, el dialogo social se representa el factor de equilibrio que soslaya la ruta a seguir, donde México no escapa a esa realidad social.

Palabras clave: Sindicalismo - Libertad - Protección - Trabajo

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo histórico. 3. Libertad sindical. 4. La libertad sindical en México. 5. Derecho sindical y Contrato Colectivo. 6. La OIT y sindicalismo. 7. Normativa Internacional. 8. La Reforma Sindical En México. 9. Conclusiones.

Abstract: Freedom of association, within the global context, where, in addition to the field of collective labour relations and in particular trade union activity, together with the same environment of trade unionism, makes it possible for the exercise of its freedom, its autonomy itself and in a cross-cutting manner the inalienable and authentic right that leads to collective bargaining, in order to complete the reason for its very existence , the covid 19 pandemic, were altered

in the normal development of any activity, work, productive and organizational, where the latent suspension of regular, jurisdictional activities the serious health crises, and lethality, economic and financial factors, have certainly altered the radius of action and development of freedom of association as a factor of labor peace in many countries, social dialogue is represented by the balancing factor that bypasses the route to follow, where Mexico does not escape this social reality.

Key words: Trade Unionism - Freedom - Protection - Work

Summary: 1. Introduction. 2. Historical development. 3. Freedom of association. 4. Freedom of association in Mexico. 5. Union Law and Collective Contract. 6. The ILO and trade unionism. 7. International Regulations. 8. The Trade Union Reform In Mexico. 9. Conclusions.

“La protección del trabajador es un instrumento de igualación o de reducción de las desigualdades, la igualdad forma parte también de la idea de dignidad”.

Oscar Ermida Uriarte

1. Introducción

Es Mexico país de referencia como creador de las bases del Constitucionalismo social, que enmarca al derecho del trabajo a las relaciones laborales, desde el año 1917 fue la primera Constitución donde permeaba lo social, antes incluso del nacimiento de la propia Organización Internacional del trabajo que se dio en el año 1919, dos momentos históricos del derecho laboral, siempre referido por juristas estudiosos de la materia, lo que reflejaba la más amplia protección para garantizar los derechos, obligaciones y las responsabilidades para las partes de toda relación de trabajo, sin dejar de soslayar el ámbito incipiente de la época en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, que como base del dialogo social, incluían a los sindicatos, los contratos o convenciones colectivas y el más amplio derecho de huelga. Estando vigentes los diversos Convenios de la OIT como el 87, y otros de existencia y aplicación fundamental, es de reciente vigencia del año 2020 la entrada en vigor del Convenio 98 en lo relativo a la negociación colectiva, lo cual ubica al País para tener el entorno y marco deseado para la justicia laboral, ya que también entra en vigor el nuevo sistema de justicia laboral, con reformas constitucionales al reconocido artículo 123 en su apartado A, una nueva legislación laboral secundaria como lo es la Ley federal del trabajo, que transforma instituciones, crea además procedimientos para la resolución de conflictos en todos los escenarios de la relación individual, sea en lo individual, colectivo, procesal y los de seguridad social.

2. Desarrollo histórico

El movimiento obrero organizado se inició en Gran Bretaña y Francia durante el siglo XVIII y principios del XIX, extendiéndose con gran rapidez por todo el mundo. En Estados Unidos, en 1869 surge con carácter de sociedad secreta la Orden de Caballeros del Trabajo, que se convirtió en la organización laboral más poderosa.

La Ley estadounidense Taft-Hartley de 1947 que, pese al veto del presidente Harry S. Truman (1884-1972), estableció normas por las cuales debían regirse, en determinadas circunstancias, las relaciones obrero-patronales y las de los sindicatos y empleadores con el gobierno. Debe el nombre a los autores: el senador Robert A. Taft (1889-1953), quien encabezaba el movimiento tendente a conseguir un cambio de la Ley Wagner, y el abogado Fred A. Hartley (1902-1969).¹

Modificada sustancialmente la Ley Wagner, al transformar la estructura de la National Labor Relations Board, en la de una agencia independiente del gobierno y de carácter cuasi judicial en sus decisiones; especifica los derechos de los empresarios en los conflictos sociales y restringe los de los sindicatos, a la vez que salvaguarda los de los trabajadores que no quieren afiliarse a un sindicato, y los de los particulares contra los inconvenientes o perjuicios innecesarios que se produjeran con motivo de huelgas o lock outs.

Por la Ley Taft-Hartley quedan prohibidas las huelgas contra el gobierno federal y se confieren al presidente atribuciones especiales para intervenir en las que pongan en peligro la seguridad o salud de la nación y ordenar la reanudación temporal del trabajo. Según esta ley, las huelgas y lock outs se deberían aplazar y, de ser posible, no realizarse, mediante el aviso con seis días de antelación del deseo de modificar o dar por terminado el contrato laboral, todo ello a fin de establecer un periodo de enfriamiento, que permitiera la mediación o la conciliación, la ley fue condenada, determinada oposición y resistencia en su momento por los sindicatos estadounidenses.²

En Latinoamérica aparecen las primeras organizaciones de trabajadores a mediados del siglo XIX, adquiriendo pronto una destacada importancia. La

¹ Sanchez, Alfredo, *Diccionario de Derecho de Derecho Laboral*, Segunda Edición, Editorial Oxford, México, 2013, 145.

² *Ibíd.*

pobreza, las malas condiciones de vida, el bajo nivel de vida, y la explotación capitalista del proletariado del continente sudamericano hicieron que surgiesen multitud de organizaciones de trabajadores, en una idea de organizarse en gremios representativos la fuerza laboral.

Los primeros movimientos sindicales organizados aparecieron en América Latina a mediados del siglo XIX. En 1847 se crearon en Chile las primeras Sociedades de Socorro Mutuo que entre 1850 y 1860 convocarían las primeras huelgas de trabajadores.

Argentina inició sus relaciones con la Asociación Internacional de Trabajadores (AIT), en 1870. En Uruguay se creó en 1876 la Federación Regional de Montevideo, que dio lugar a la Federación Obrera Local Uruguaya de 1885. En 1901, surgió la Federación Obrera Argentina, antecedente de la socialista Unión General de Trabajadores (UGT), en Argentina (surgida en 1903); y sociedades similares aparecieron en Paraguay (1906), Bolivia (1908) y México en 1912.³

La agrupación de trabajadores en México puede resumirse de manera general de los años 1850-1860, donde aparecen las sociedades mutualistas, dirigidas a ayudar al trabajador en caso de enfermedad y desempleo, facilitando crédito para resolver problemas profesionales o personales, entre las que destacan la Sociedad de Artesanos, fundada en Guadalajara en 1850, y después, en 1864 y 1866 se agrupan los sastres y los sombrereros.⁴

La primera central obrera de carácter nacional en México se establece en 1872, el gran Círculo de Obreros de México que se integraba con 28 sociedades obreras afiliadas; las reglas de dicha organización como movimiento obrero, señalaba que no habría de utilizar más métodos de lucha conforme al ley, que sus movimientos de organización combativa de sus miembros se obligaban a no participar en política para evitar corromperse, y afirmaban: “La política ha quebrado la unidad humana, no dejemos que rompa la sagrada y fraternal unidad obrera.”⁵

³ Climent, Juan, *Derecho Sindical*, Editorial Esfinge, 2002, México,49.

⁴ Ídem.

⁵ Castorena, J.J, *Manual de Derecho Obrero*, Sexta edición, SE, México,1984,40.

Los primeros sindicatos en su acepción moderna aparecen entre 1880 y 1905, se organizan en virtud de las grandes concentraciones de operarios en las múltiples fábricas, promovidas por la política porfirista de industrialización y de apertura a los capitales extranjeros. Durante este periodo el sindicalismo fue víctima de represión gubernamental, políticamente respaldó sus luchas sindicales y sus pretensiones fueron moderadas, por ello las conquistas sindicales y la organización sindical solo alcanzaron pocos avances, y para 1905 el obrerismo mexicano se encontraba en franca decadencia.⁶

Sin embargo, la inestabilidad política y las dictaduras militares en el entorno latinoamericano, dificultaron la supervivencia de estos movimientos; algunos lograron sobrevivir en la clandestinidad, otros han desaparecido, y algunos han renacido en la época cual transformados con el restablecimiento de la democracia en el mundo.

La descripción de los sindicatos en el mundo de habla hispana viene dificultada por la ingente cantidad de organizaciones de este tipo existentes, puesto que no sólo aparecen sindicatos generales a los que se pueden adscribir todos los trabajadores por cuenta ajena, sino también sindicatos específicos para cada rama de actividad, industria, o incluso de empresas determinadas.

3. Libertad sindical

Los sindicatos pueden definirse como organizaciones y asociaciones que a lo largo de la historia han luchado por mejorar la situación de la clase obrera; su propósito es el de defender los derechos de los trabajadores y así poder lograr mejores condiciones laborales.

El sindicato debe participar de la vida social, no como organización organizada alrededor de los intereses del Estado, sino como portador de los intereses de las clases profesionales.⁷

La triple función que se puede manifestar como objetivo de todo sindicato; es que privilegia la democracia participativa de los trabajadores, integra a las

⁶ Castorena, J.J, *Procesos del Derecho Obrero, SE/DR. 2000, México, 56.*

⁷ Bueno Magano, Octavio, *Organización Sindical Brasileira, San Paulo, 1982, 136.*

organizaciones gremiales u profesionales, se convierte en un ente estabilizador de las relaciones colectivas de trabajo.

Nos lo recuerda el Convenio 87 de la OIT que lo precisa en el artículo 11: “Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo, para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.⁸

El derecho a la libertad sindical depende de los demás derechos fundamentales, porque es prácticamente imposible constituir un sindicato libre y desarrollar una actividad sindical autentica, si no se pueden ejercer esos derechos.⁹

En un sentido contemporáneo, el derecho humano laboral es la representación más prolija de la libertad sindical, que incluye el derecho a la democracia sindical participativa, objetiva y propositiva, en México el corporativismo sindical, siempre rechazo que los sindicatos establecieran como practica sindical que el voto para elecciones, para rendición de cuentas y democracia sindical fuera mediante el voto libre, secreto, directo, justificando que se vulneraba la autonomía sindical, presuponiendo que como organización sindical era más que suficiente, por ello la protección del derecho de sindicación y su más amplia protección se ratificó por México en abril de 1950, el mismo comité de libertad sindical de la organización internacional del trabajo, reconoció que lo establecido en la legislación laboral mexicana no representaba problema alguno para garantizar los principios de libertad de asociación, lo que alteraba esa organización era la injerencia patronal y los grandes corporativos de centrales obreras, que mantenían alianzas políticas de común beneficio.

Una de las variantes o modalidades de los derechos humanos laborales, deben preservar la dignidad del ser humano, lo cual no de perderse ni restringirse con motivo del trabajo y en los lugares que se desarrolla el trabajo, donde la

⁸ <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>. Consultado: 15 de febrero 2021.

⁹ Ermida Oscar, *Sindicatos en libertad sindical*, quinta edición, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2016, 24.

libertad sindical es vista como una consecuencia natural a la prestación de un trabajo en relación de dependencia.¹⁰

Las libertades civiles son la base necesaria de la libertad sindical, por lo cual no se puede realizar sin el respeto de la generalidad de los derechos humanos, que de igual manera parece condicionarlos.¹¹

El capital es el poder social concentrado, mientras que los trabajadores solo disponen de su fuerza de trabajo, por ello el sindicato es el medio de resistencia que se opone buscando el equilibrio en el sentido de justicia, como eje de una organización que busca la emancipación laboral como reconocimiento.¹²

El derecho del trabajo forma parte del sistema de derechos humanos, donde la protección al trabajador es un instrumento de igualación o reducción de desigualdades, que apunta al mismo tiempo a la preservación de la dignidad de la persona que trabaja, siendo el mecanismo de la realización de los principios y valores como la dignidad, la igualdad y la libertad.

La libertad sindical tiene consagración constitucional, está tutelada por numerosos tratados internacionales de igual jerarquía y contenida también en convenios internacionales con jerarquía superior a la de las leyes. Ha sido reconocida universalmente, en sentido estricto del término, como un derecho humano fundamental y es el pilar central sobre el cual se apoya el sistema de relaciones colectivas de trabajo; pero también, es una útil herramienta para encausar la representación y la defensa de los intereses colectivos de los actores sociales del sistema productivo.¹³

La libertad sindical es un derecho natural del ser humano en el sentido de que está fundada sobre los lazos naturales establecidos entre los miembros de una misma profesión, esta es de esencia individualista, se invoca para fundar un

¹⁰ Reynoso, Carlos, *Libertad sindical en el convenio 87*, Universidad Autónoma de México, 2002, México, 89.

¹¹ Barbagelata, Hector Hugo, *Introducción aux institutions du droit travail en América latina*, Louvain, 1980, 199.

¹² Losovski, A, *Marx y los sindicatos*, Ediciones de cultura popular, México, 1975, 16.

¹³ Ackerman, Mario, *Relaciones colectivas de trabajo*, tomo VIII, editorial rubinzal-culzoni, Buenos aires, 2013, 245.

sindicato, para pertenecer a él si está ya fundado, para no pertenecer a ninguno, para dejar de pertenecer o para afiliarse a otro.

La libertad sindical es así una manifestación de la libertad individual, es un complemento de la libertad individual de los trabajadores, en cuanto a la libertad sindical indica que todo patrono y todo obrero tienen la libertad de trabajar aisladamente o de entrar en un sindicato, también para abandonarlo.¹⁴

En su concepción más amplia, entendemos a la libertad sindical como un derecho personal de los trabajadores para formar sindicatos, esto es, sindicarse o no. Así también como la potestad de la asociación sindical, ya para auto organizarse o ya para actuar con independencia.¹⁵

La libertad sindical es el derecho que tiene toda persona de fundar sindicatos y asociarse en ellos para la defensa de sus intereses, el derecho de los trabajadores y patronos, expresado en poderes individuales y colectivos en virtud de los cuales, sin ningún tipo de distinción o discriminación, sin requerir autorización previa, y sin injerencias.

Los trabajadores tienen el pleno derecho a constituir libremente, en forma autónoma e independiente, las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como también el de afiliarse o no a organizaciones sindicales existentes, establecer su forma de organización, de administración, de participación, de elección de sus autoridades y de la toma de decisiones, de conformidad con lo que establezca el ordenamiento jurídico respectivo.¹⁶

4. La libertad sindical en México

En México, el derecho a la libertad sindical se encuentra plenamente reconocido como una figura jurídica de rango Constitucional, así establecido en la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos

¹⁴ Muller, Enrique, *Relaciones laborales productivas*, Editorial Trillas, 2008, México, 195.

¹⁵ Santos, Hector, *Estudios de Derecho Sindical y del Trabajo*, Primera Edición: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, 18.

¹⁶ *Ibidem*. 20.

Mexicanos y en su Ley reglamentaria de su Apartado A, la Ley Federal del Trabajo, así como en los artículos 6 y 17 Constitucional.

De acuerdo con el artículo 133 Constitucional, los Tratados que estén de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tengan la aprobación del Senado de la República, serán Ley Suprema de la Nación; así lo ha establecido el Pleno del Tribunal del Poder Judicial de la Federación, al manifestar que los Tratados Internacionales son parte integrante de la ley suprema de toda la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales.

El artículo 6 de la Constitución Mexicana establece: “Las leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia”.¹⁷

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales.

Dentro de su estructura formal, el ordenamiento mexicano del trabajo reglamenta el derecho a la libertad sindical con base en los principios constitucionales comprendidos en la fracción XVI del Apartado A, y la fracción X del Apartado B, ambos del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en la aplicación supralegal o supranacional de la jerarquía legal se suma en base al Convenio 87 de derecho a la sindicación y el Convenio 98 de la negociación colectiva, de la OIT. De conformidad con éstos, la libertad sindical se integra a los contenidos de la Ley Federal del Trabajo, como la codificación reglamentaria de la plataforma Constitucional mexicana.

La libertad sindical se reconoce formalmente en México en sus dos perspectivas principales:

¹⁷ El derecho internacional del trabajo constituye el marco legal aplicable para los trabajadores, estos lo constituyen los convenios de la Organización Internacional del trabajo y que sean ratificados por México, con el afán de que sean reconocidos en su aplicación en la normativa jurídica Nacional, tanto en las relaciones colectivas e individuales de trabajo, de tal manera que no contravengan con aquellas disposiciones legales u contractuales, que reconozcan más de las establecidas en los ordenamientos internacionales.

1. Como derecho individual de los trabajadores.

2. Como derecho colectivo de sus sindicatos

En cuanto derecho de los trabajadores y de sus agrupaciones sindicales, se reconoce en sus dos aspectos: positivo y negativo. En su aspecto positivo individual este derecho se explica dentro del sistema mexicano como facultad de los trabajadores para constituir sus sindicatos, sin previa autorización de ninguna autoridad, de conformidad al artículo 357 de la LFT que lo precisa de tal manera:

“Los trabajadores y los patrones, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Las organizaciones de trabajadores y de patrones deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus representantes en su constitución, funcionamiento o administración.

Se consideran actos de injerencia las acciones o medidas tendientes a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un patrón o una organización de patrones, o a apoyar de cualquier forma a organizaciones de trabajadores con objeto de colocarlas bajo su control. Las prestaciones pactadas en la contratación colectiva no serán consideradas como actos de injerencia. Cualquier injerencia indebida será sancionada en los términos que disponga la Ley”.¹⁸

Pero la faceta individual de la libertad sindical tiene también una dimensión negativa, que se configura explícitamente al mismo nivel de tutela que las actuaciones de adhesión o de participación en la organización y acción sindical, la libertad sindical individual negativa implica que ningún trabajador puede verse obligado a afiliarse a un sindicato.

Desde el enfoque jurídico, el derecho de libertad sindical es un concepto complejo por los elementos que lo componen y evolutivo en cuanto varía en el tiempo. Esta evolución se relaciona con los cambios en las relaciones laborales y con los enfoques que los Estados y las organizaciones internacionales van

¹⁸ Agenda laboral ISEF, Mexico, 2021, 86.

incorporando producto de las nuevas tendencias y situaciones que producen las transformaciones sociales y políticas en el mundo.¹⁹

El tema del contenido de la libertad sindical ha sido trabajado desde el punto de vista del derecho por diversos enfoques; siendo la libertad sindical colectiva la que trae consigo un conjunto de derechos que pueden ejercitarse por lo siguiente:

A) Ante el Estado: Autonomía sindical, personalidad jurídica, pluralidad sindical, ejercicio de las funciones sindicales.

B) Ante los empleadores y las organizaciones patronales: Fuero sindical y prohibición de prácticas desleales.

C) Ante otras organizaciones sindicales: pluralidad sindical, organización colectiva

La libertad sindical individual, es la que todo trabajador preserva, sea cual sea su condición tiene, además algunos derechos que le son propios. Puede ser una empleada del hogar, un trabajador asalariado de una empresa pública o privada, un trabajador independiente o un campesino. En cualquiera de estos casos y al margen de su situación laboral y de si está o no sindicalizado, tiene derecho al ejercicio de la libertad sindical, al menos en su ámbito individual de decisión o rechazo subjetiva incluso.²⁰

La constitución de un sindicato, considerado como negocio jurídico colectivo, la legislación laboral mexicana exige la concurrencia de por lo menos veinte trabajadores en servicio activo o de tres patrones, esto significa que es imposible jurídicamente ejercer individualmente el derecho a constituir sindicatos.²¹

La libertad sindical es entendida en su aspecto colectivo como un derecho de los sindicatos en su carácter de personas jurídicas, nuestro sistema jurídico Nacional contempla, a su vez la libertad colectiva sindical, entendida a través de diversas facultades:

¹⁹ Camps, R y, *Fundamentos del Derecho Sindical*, Madrid, 1977, 211.

²⁰ Climent, Juan, *Derecho Sindical*, Editorial Esfinge, 2002, México, 97.

²¹ De Buen, Nestor, *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, Mexico, 131.

a) Como Derecho de los sindicatos, en cuanto personas jurídicas, para redactar sus estatutos. b) Como su potestad, presumimos que irrestricta, para elegir a los miembros de su mesa directiva. c) Como Derecho, también intocable frente a la injerencia patronal y del estado, de determinar tanto su organización como sus actividades.

Como su derecho, como fin, para definir y articularse su programa de acción (artículo 359, LFT) sin embargo en franca contradicción, el legislador, apenas define al sindicato reconociendo los aspectos del derecho de libertad sindical (artículos 356 a 359 LFT), cuando ya enlista todo un cuerpo de limitaciones que desvirtúan su ejercicio, sentido y esencia; por ello bajo ninguna razón justificadamente, que la necesidad de sujetar la existencia de los sindicatos a un marco legal preciso, es decir a su régimen jurídico, justifique la elaboración de un completo aparato restrictivo que mediatice y deforme la libertad sindical.

Menos aun cuando en otros sistemas de avanzada basta el simple reconocimiento constitucional del derecho de sindicación para que la organización profesional determine y oriente a su arbitrio el sentido de sus reivindicaciones.

5. Derecho Sindical y Negociación colectiva

Las relaciones laborales en el contexto de la negociación colectiva permiten en su generalidad con rasgos conjuntados determinar algunas características como modelo: a)alta conflictividad)preferencia por la negociación colectiva descentralizada;c)dispersion en una pluralidad sindical y organizacional;d)tendencia a una baja membresía sindical; e)un mercado intervencionismo estatal.²²

Lo que supuso una heteronomía reforzada, que, como ejemplo paradigmático en el modelo uruguayo de relaciones laborales a la autonomía

²² Villasmil, Humberto, *negociación colectiva, estudios en honor del Dr. Emilio Morgado Valenzuela*, Sociedad chilena del trabajo-OIT, Santiago,2017,607.

colectiva, sumando lo que en el Mercosur donde prevaleció históricamente la negociación colectiva por rama de actividad o sector.

Uruguay cuenta con un sistema de negociación colectiva de larga data, que se destaca a nivel internacional, por promover y proteger no sólo la negociación colectiva, sino también los dos pilares del derecho colectivo del trabajo: el derecho de huelga y la libertad sindical.²³

Sostenía Oscar Ermida que los tres pilares del derecho colectivo del trabajo lo representan: sindicatos, convenio colectivo y la huelga, si faltara la libertad sindical (negociación colectiva o conflicto colectivo; o autarquía, autonomía colectiva o mecanismos de solución y prevención de conflictos, queda demostrada la inexistencia de libertad sindical; esta libertad sindical que reconoce tres subprincipios: 1. autoconstitución o autarquía; 2. autotutela; 3. autonomía colectiva.²⁴

Lograr que el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores para mejorar continuamente la eficiencia de la producción y la colaboración recíproca entre sí para la aplicación de medidas sociales y económicas, que hace que dos pilares de la autonomía colectiva se manifiesten: la negociación colectiva y el diálogo social.

El Derecho Sindical es la rama del Derecho del Trabajo que regula la constitución y actividad de los sindicatos y de las organizaciones empresariales, así como el ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, el Derecho sindical no es una rama autónoma, porque sus normas relativas a la organización sindical, se derivan del derecho colectivo del trabajo.

El Derecho Sindical es la rama del Derecho del Trabajo o Derecho Administrativo Laboral que regula la constitución y actividad de los sindicatos y de las organizaciones empresariales, así como el ejercicio del derecho a huelga. Sin embargo, el Derecho Sindical no es una rama autónoma, porque sus normas relativas a la organización sindical, caen dentro del Derecho del Trabajo en general y, dentro de éste, del Derecho Colectivo de Trabajo.

²³ Ermida, Oscar, *sindicatos en libertad colectiva*, fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2016, 208.

²⁴ Ermida, Oscar, *sindicatos en libertad colectiva*, fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2016, 209.

El Derecho Sindical puede entenderse como el conjunto de normas articuladas en sistema que lo establece el Estado, pero también los sujetos colectivos autonomía colectiva y regula las relaciones entre sindicatos y otros representantes de los trabajadores, por un lado, y por el otro, entre empresarios individuales, asociaciones empresariales y administración pública.

La libertad sindical como reflejo del derecho sindical, con una idea de autonomía puede verse desde dos vertientes, una de carácter positivo, que tiene que ver con la libertad del trabajador o de los trabajadores para formar sindicatos, que se manifiesta como libertad positiva; y la otra que tiene que ver con la libertad del trabajador o de los trabajadores para pertenecer o dejar de pertenecer a un sindicato, ya existente o que esta por constituirse, lo que se entiende como libertad sindical negativa.²⁵

En México lo que el contrato colectivo de trabajo busca es establecer el equilibrio entre los factores de la producción, de tal manera que, en las circunstancias económicas de una empresa, sus trabajadores laboren en condiciones adecuadas a su necesidad a y a la capacidad de la empresa.

Al igual que en los Contratos-Ley, la existencia válida y colectiva de un contrato colectivo de trabajo, determina que nazca la presunción de que la empresa o establecimiento a que se aplica exista un equilibrio en las relaciones laborales de índole colectivo.²⁶

El contrato colectivo de trabajo es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos.²⁷

²⁵ Sanchez, Alfredo, *Cláusula de exclusión y pluralismo sindical*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, 107.

²⁶ En México en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, también existen los llamados Contratos-Ley, que son en su mayoría por rama de industria en 15 ramas en específico, se conocen las organizaciones sindicales como de industria, a diferencia de los Contratos colectivos de trabajo en su inmensa mayoría son de empresa, que de igual manera se registran para su legalidad y funcionamiento en instancias diferentes, y los procedimientos también.

²⁷ Lo establece en esos términos el artículo 399 de la LFT: La solicitud de revisión deberá hacerse, por lo menos, sesenta días naturales antes: I. Del vencimiento del contrato colectivo por tiempo determinado, si éste no es mayor de dos años; II. Del transcurso de dos años, si el contrato por tiempo determinado tiene una duración mayor; y III. El transcurso de dos años, en los casos de contrato por tiempo indeterminado o por obra determinada. Para el cómputo de este término se atenderá a lo establecido en el contrato y, en su defecto, a la fecha del depósito.

El contrato colectivo de trabajo consta de dos partes: El elemento normativo y su cubierta, dividida ésta en dos capítulos, el elemento obligatorio y su envoltura. El elemento normativo, es una fuente autónoma de derecho objetivo, limitada a una o varias empresas, en tanto que la cubierta es la garantía de eficacia del derecho objetivo. Las causas ordinarias de terminación del contrato colectivo en México se reducen a cuatro:

1. Mutuo consentimiento; 2. Causas de terminación convenidas por las partes; 3. El vencimiento del término estipulado; 4. La terminación de la obra para la que fue contratado el trabajo. Se desprende de lo anterior, que las causas ordinarias de terminación del contrato colectivo pueden ir o no acompañadas de la desaparición de las relaciones individuales de trabajo.

6. La OIT y el Sindicalismo

De los criterios actuales que considera la Organización Internacional del Trabajo retoma, como una premisa fundamental propia de sus funciones, la de promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

Tal es la finalidad principal de la OIT hoy en día, teniendo como punto de convergencia cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social, y el dialogo social; todo ello obedece en buena medida a una determinada concepción del trabajo, su regulación y su papel en la vida de las personas y de las sociedades, con lo cual no podemos más que estar de acuerdo y que consiste en considerar a la protección de los trabajadores como un elemento indispensable a respetar en el desarrollo de las naciones.

Los derechos fundamentales en el trabajo son la expresión de la libertad del individuo en el ejercicio de su actividad productiva y profesional, son instrumentos básicos que garantizan algunos aspectos centrales de su desarrollo en una faceta esencial de su vida, aquélla que le permite ejercer sus

capacidades, además de ser útil en la comunidad y recibir por ello un fruto económico.

De ahí que la contratación colectiva, entendida como mecanismo formal de creación de derechos y obligaciones, tiene un papel de primer orden en la evolución del Derecho Laboral, el cual la ha dotado de ciertos marcos dentro de los que debe desarrollarse.

El sindicato es la organización creada por los trabajadores para defender y promover sus derechos e intereses legítimos; las relaciones laborales tienen en la negociación colectiva un instrumento invaluable en México ya se reconoce de manera reciente a raíz de la adopción, ratificación y entrada en vigor del Convenio 98 de la OIT, porque lo que ya se reconocía de manera amplia, legal era solamente la contratación colectiva, que se agrupa en corporativos gremiales de grandes e influyentes centrales de trabajadores.²⁸

Se camina entonces hacia el escenario de las relaciones colectivas que se consolidan y a otra fase emergente que está en ciernes en el mundo, y generalmente la legislación secundaria queda rezagada frente a las tecnologías y formas de trabajo mucho más recientes; la evolución de la negociación colectiva posiblemente esté relacionada con los cambios ocurridos en la organización del trabajo.

Después de la agitación de dos guerras mundiales y la llamada gran depresión de principios del siglo XX, los líderes mundiales entendieron que era importante construir un piso social de derechos y libertades democráticos y sistemas de protección social, este fue un contrato social con la gente del mundo.

La OIT se estableció en 1919 con una estructura de gobierno tripartita en la que los trabajadores, los empleadores y la gobernanza negociaban derechos fundamentales como la libertad de asociación y los derechos de negociación colectiva y el derecho a no ser discriminado y libre de trabajo forzado y trabajo infantil. A estos les siguieron otras normas, incluida la salud y seguridad en el trabajo, salarios mínimos y, a lo largo de los años, un conjunto de normas para garantizar un trabajo decente. Y se desarrolló un sistema de supervisión para

²⁸ Es en octubre del año 2020, que después de ser ratificado por el Senado de la Republica, es publicado en el Diario oficial de la federación para su vigencia plena.

responsabilizar a los gobiernos, cuyas quejas contra ellos se transforman en recomendaciones de política laboral.

Toda lucha por una mejor vida laboral o protección social o educación, salud, cuidado de niños u otros servicios públicos a nivel nacional, se suma al aludido contrato social. Y estas garantías, junto con los compromisos salariales negociados o estatutarios que venían con una oferta de trabajo o, dicho en otras palabras, un contrato de trabajo, se convirtieron en la base de las economías y sociedades que protegen a los trabajadores de los choques económicos, políticos y ambientales; estos ataques rompieron los últimos hilos del contrato social, que ha estado bajo un ataque creciente desde la década de 1980.

La finalidad esencialmente económica, que representan los sindicatos significa que la organización sindical representa, defiende y promueve aspiraciones e intereses orientados a satisfacer necesidades materiales (alimentación, vestuario, habitación, salud); no es, por tanto, la representación sindical una idea política, religiosa o de otro carácter semejante.

Donde el servicio de un interés privado compatible con el interés público, la organización sindical no se constituye para el servicio directo de un interés público sino para el bienestar económico-social de sus asociados, cuidando que ese grupo no resulte perjudicado respecto de otros grupos o sectores que participen en la vida económica y social del país. Eso sí, que ese interés privado está limitado por el interés público que no puede ser sobrepasado, debiendo la actividad sindical desarrollarse dentro de él.

Que la constitución e integración por acuerdo libre de los trabajadores y no por acto de autoridad. Que está fundado en la mayor cantidad posible de socios que es la base de su financiamiento; en la solidez de su unidad y en la preparación e idoneidad de los dirigentes, el sindicato necesita ser fuerte en cuanto a la relación laboral que vincula a sus asociados y ello, tanto por la debilidad del trabajador aislado frente al empleador como por la necesidad de no ser avasallado por otros grupos sociales o por excesos de la autoridad.

Para obtener la representatividad gremial auténtica, significa que el sindicato debe unir a un sector mayoritario, o al menos importante, de los trabajadores del área económico-social en la cual se ha constituido; así estará

mejor capacitado para conseguir el establecimiento de aquellas normas contractuales que favorezcan los intereses de sus afiliados, una condición básica para obtener esta representatividad es la unidad del Sindicato, la que se consigue defendiendo sus fines propios por encima de cuestiones ideológicas, políticas, religiosas o personalistas

El ejercicio del derecho de huelga es conforme a la Constitución Mexicana; un derecho social jurídicamente protegido por primera vez en el mundo a partir del 5 de febrero de 1917; corresponde al grupo de trabajadores no a los trabajadores individuales considerados, por ser un derecho colectivo exclusivo de los trabajadores, cuya finalidad es presionar al patrón para alcanzar alguno de los objetivos expresamente previstos en la ley laboral.

Por ello la misma OIT determina en que ámbitos se aplica la más amplia protección contra la discriminación antisindical; Su origen se encuentra en los artículos 1 y 2 del Convenio 98 de la OIT, cuyo texto es del tenor siguiente:

Artículo 1

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

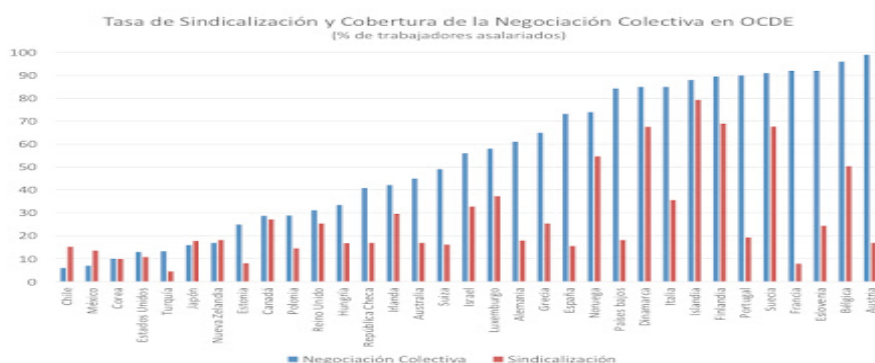
Artículo 2

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener

económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.²⁹

Por las posiciones de las organizaciones sociales han tenido consecuencias de estas múltiples mutaciones sobre la representatividad sindical; todas las estadísticas disponibles respecto a los países industrializados de manera global hacen resaltar que los sindicatos han perdido en los últimos diez a quince años, entre el 10, 20 y hasta el 50 por ciento de sus afiliados.

La gráfica siguiente refieren esta disminución de tasas de sindicalización y contratación colectiva de manera globalizada en el mundo del trabajo:



Gráfica 1: Datos referidos por la OCDE de países latinoamericanos y europeos, año 2020.

Sin embargo, el reflujo de los efectivos sindicales no es un fenómeno universal; por otra parte, la tasa de sindicalización es un indicador parcial de la efectividad de la acción sindical; la influencia efectiva positiva o negativa de las organizaciones en la toma de decisiones, las estructuras y los modelos de organización sindical, son también factores para tener en cuenta para evaluar la efectividad de la acción sindical.

Los modelos de organización sindical son otro factor que influye sobre la evolución de los sindicatos frente a los cambios económicos y sociales. Por ejemplo, el carácter unitario o pluralista de las estructuras sindicales puede influir

²⁹ <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>. Consultado: 15 de febrero 2021.

sobre la capacidad del sindicalismo de hacer frente a las dificultades creadas por el cambio del entorno económico y social.³⁰

En los países donde prevalece la unidad sindical, la probabilidad de que los sindicatos estén en medida de superar las dificultades son mucho más grandes que en los países donde prevalece la división sindical o disposiciones legales, políticas, económicas para contener su propia existencia.

Conviene hoy también preguntarse cuál ha sido el impacto de las mutaciones económicas y sociales sobre los varios tipos de organización sindical, ya que este impacto fue negativo para los sindicatos profesionales o de oficio que fueron en las primeras etapas del sindicalismo el modelo tradicional de organización sindical. Ante el creciente recurso a las nuevas tecnologías, resultó evidente que a menudo muchos trabajadores poco calificados no quedaban amparados por los sindicatos profesionales.

7. Normativa Internacional

La libertad sindical como un derecho humano fundamental, recuerda que esta puede ser entendida como derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos ya constituidos al ejercicio libre de las funciones constitucionalmente atribuidas en defensa de los intereses de los trabajadores.

Los convenios internacionales son verdaderas leyes internacionales que constituyen acuerdos de voluntades múltiples, que fijan normas objetivas aplicables a diversas colectividades nacionales, donde la OIT es la principal instancia, creando mecanismos que buscan cuidar la correcta aplicación de los mismos, así como dar seguimiento a las obligaciones de los países miembros, donde el tema de la libertad sindical, es vulnerable y de aplicación incorrecta y entendimiento de lo que el convenio 87 determina.³¹

³⁰ Rodríguez, *Reflexiones sobre cultura organizacional e instituciones en el mundo actual* [versión electrónica], 2007, Psicología científica, 27.

³¹ Reynoso, Carlos, *Libertad sindical en el convenio 87*, Universidad Autónoma de México, 2002, México, 91.

Su importancia ha llevado que todas las Declaraciones y Tratados Internacionales de carácter general que sobre Derechos Humanos se han elaborado en el mundo, desde la segunda posguerra, la hayan consagrado expresamente.

Entre los principales de éstos debemos mencionar a:

- ✓ La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.4).
- ✓ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.22).
- ✓ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8).
- ✓ La Constitución de la Organización de Estados Americanos (art. 29).
- ✓ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16).
- ✓ Los Convenios Internacionales de Trabajo de la OIT N° 87, 98, 135 ,151 y demás relativos.

La libertad sindical se encuentre reconocida como derecho laboral fundamental por casi todos los instrumentos legales internacionales, pero ello no significa que los trabajadores y las organizaciones sindicales están en condiciones de ejercerlo sin restricciones; muy por el contrario, para lograrlo necesitan, hoy más que nunca, afianzar su organización; pero esto se ve obstaculizado y reprimido por los empleadores en el mundo globalizado.³²

La libertad sindical entraña el reconocimiento de la posibilidad social y la legitimidad jurídica de que existan varios sindicatos en una misma categoría profesional, esta pluralidad sindical, que no se da siempre, pero que cuando aparece es ineludible reconocerla jurídicamente, acarrea sin duda desventajas a la inmediata eficacia de los movimientos sindicales y dificultades técnicas a su coordinación, pero por lamentables que parezcan aquellas desventajas y por difícil que sea el salvar estas dificultades, es inaceptable imponer artificialmente una forzada unicidad, la cual privaría al sindicalismo de su espontaneidad característica que constituye, indudablemente, su aporte más positivo a la vida pública contemporánea.

³² Las quejas ante el comité de libertad sindical de la OIT entre los años 1951-2018 suman 3336, dentro de las cuales por América latina son 1681 que representan el 50%.En Ilaw-Network-Webinar 23/03/2020.

Los sindicatos y las asociaciones de empresarios, expresa el que la libertad sindical tiene dos bases sustentadoras esenciales, una de carácter colectivo: el derecho a fundar u organizar sindicatos, y otra de carácter individual: el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o el de no afiliarse a ninguno.³³

La dimensión individual se concreta en los derechos del individuo frente al Estado y demás poderes públicos; frente a la empresa y frente al propio sindicato. La dimensión colectiva hace referencia con los derechos de auto organización, autonomía normativa y autonomía conflictual, la entidad sindical actúa en la libertad sindical cuando está en vigor un régimen de pluralismo sindical.³⁴

La diversidad sindical sólo puede darse por la natural extinción de una o varias organizaciones concurrentes o por el entendimiento directo y consiguiente fusión de las organizaciones superarse, pero sin apartarse de los principios de la competencia.

La autonomía colectiva, es el principio donde se fundamenta la negociación colectiva, pero no es ella misma fuente del derecho en ningún sentido. Como principio superior, representa el poder de donde viene la causa, la fuente a negociar, y por ello integra otros elementos anexos a la negociación, tales como la organización de los propios negociadores y aquellas opciones que en cada momento pueden tomar, por ejemplo, la huelga. Todo ellos, son elementos concurrentes, pero el proceso constitutivo del poder autónomo, tiene su cauce de expresión en la negociación colectiva.

Por tanto, hay una doble perspectiva para ver el modelo:

1.- Punto de vista estático, concebido como fuente del derecho, la negociación colectiva, estará definida como parte del ordenamiento jurídico. 2.- Punto de vista dinámico, su posición como fuente dentro del ordenamiento, aparece como el resultado de un proceso mediante el cual el poder social encuentra un cauce de expresión normativo en el que despliega su actividad por todo el proceso establecido, por lo tanto, se sitúa entre la conexión que se da entre la norma colectiva y el poder social.

³³ Barrionuevo, P. J, *Los Sindicatos y las Asociaciones de Empresarios, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Taravilla,1987,147.

³⁴ Borrajo, D,1997, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 9a. Ed, Tecnos, Madrid,1997, 67.

En el Derecho del Trabajo hay muy poco espacio para la imaginación y mucho para la improvisación; las cosas vienen del campo interminable de la necesidad, para que existan las organizaciones sindicales fuertes, solidarias.³⁵

El Sindicato es una asociación de trabajadores cuyo fin es mejorar las condiciones económicas y sociales de éstos, el sindicato representa los intereses de sus afiliados, negociando con el empresario los incrementos salariales y las condiciones laborales durante la negociación colectiva, si no es posible llegar a un acuerdo, el sindicato podrá convocar una huelga o llevar a cabo cualquier otro tipo de acción para presionar al empresario, muchos sindicatos también ofrecen servicios de asesoría jurídica para resolver problemas de empleo, seguros y otro tipo de atenciones para los miembros del sindicato y sus familias, donde el sustantivo sindicato proviene de la voz griega *síndicos* que significa representación y procuración.³⁶

8. La Reforma Sindical en México

La reforma al texto Constitucional vigente, que se da en 2017, así como la reforma legal del 1 de mayo del 2019 a la Ley Federal del Trabajo en México de gradual aplicación en el territorio nacional, le permiten tener a México como país, ser actor y protagonista en el contexto internacional de reformas a los sistemas laborales y de justicia que se han venido dando el mundo global, lo que sin duda integran aspectos relevantes del ámbito colectivo del trabajo, respecto de las organizaciones sindicales, el derecho de huelga, la negociación colectiva y la libertad sindical.

Lo cual significaría el escenario idóneo para los actores del trabajo en su conjunto e igual refleja la aplicación de otros Convenios Internacionales como el 144 por ejemplo, en materia de consulta tripartita para el dialogo social, estable y productivo para las relaciones laborales de índole colectivo, sobre todo.

³⁵ Hernández, Ivan, *Manual de Derecho Colectivo*, Lazcano Garza Editores., 2007, Monterrey. NL, 156.

³⁶ Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires. 1981, 78.

La reforma al texto constitucional vigente en México, así como la reforma legal sin duda toma aspectos relevantes del ámbito colectivo del trabajo respecto de las organizaciones sindicales, el derecho de huelga, la negociación colectiva y la libertad sindical; pretende armonizar lo que ya de suyo establecía el propio artículo 123 Constitucional, dejando por sentado los propios Convenios 87, 98 y demás relativos, emanados de la OIT, así como los criterios emitidos por el Comité de Libertad Sindical del mismo Organismo internacional, en el que se deberán incluir en el escenario práctico y funcional del Derecho Colectivo del Trabajo, donde también existe, sin duda, una extensa jurisprudencia aplicable en el caso de conflictos de orden colectivo del trabajo. Lo cual significaría el escenario idóneo para los actores del trabajo en su conjunto.

La reforma constitucional al artículo 123 Apartado A, del 24 de febrero de 2018, señala que será la ley la que garantizará el voto personal, libre y secreto de los trabajadores para la elección de sus dirigentes, la resolución de conflictos entre sindicatos y la solicitud de la celebración de un contrato colectivo de trabajo, esto fuera de que lo establecieran en la reciente reforma constitucional, eso ya estaba incluida en la reforma laboral del año 2012; pero, ante todo, ya de suyo lo consideran los propios estatutos sindicales, dirigido o focalizado, para los que en alguna medida aplican la democracia participativa sindical.³⁷

Siempre dentro del basamento formal de la fracción XVI del apartado A, del artículo 123 de la Constitución mexicana, el sindicato se define expresamente como: “La asociación de trabajadores o patronos constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses”.³⁸ Es también opinión difundida, con amplio soporte jurisprudencial y técnico, que la constitución del sindicato es libre y depende de la voluntad irrestricta de sus integrantes, por lo menos veinte, si es que son trabajadores, y tres si se trata de patronos, criterio que, por unánime dentro de nuestra dogmática, no se corrobora; sin embargo,

³⁷ Las reformas laborales en México han sido, en algunos casos, de larga duración. La Ley Laboral expedida en 1931, tuvo vigencia hasta el año 1970; ésta, todavía en vigor, tuvo una reforma laboral hasta 1980 que es donde se incorporan transformaciones en materia procesal y mantuvo su vigencia hasta el mes de noviembre de año 2012; mismo año tuvo reformas que se incorporaron en temas sustantivos sobre trabajo infantil, trabajo decente, subcontratación laboral, trabajo en minas, uso de tecnologías de comunicación e información para juicios, la reforma Constitucional de 2017 y la reforma legal de mayo del 2019.

³⁸ En el artículo 356 de la Ley Federal del Trabajo.

en la praxis mexicana, tan solo se reconoce como reales sindicatos a los que se encuentran registrados por las autoridades laborales.

Los sindicatos en México y en el mundo se encuentran en un momento crítico y decisivo, por un lado, han sido desplazados a un rol marginal como actores políticos y organizaciones sociales, y por el otro, surgen en ellos sectores que exigen formas de relaciones laborales nuevas y progresistas y que parecen capaces de imprimirle una nueva orientación al sindicalismo.

Los 4 puntos más importantes que contiene la reforma Constitucional en México en la materia de justicia laboral, de manera integral establece una dualidad de sedes para el sistema de justicia, donde la administrativa es para la conciliación, y la judicial para el desahogo procesal, que podrían desglosarse de la siguiente manera:

1. La resolución de los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo del Poder Judicial de la Federación o de los Poderes Judiciales de las entidades federativas, en razón de la respectiva competencia legal que pueden ser en el ámbito local o federal.

2. Se estableció una instancia conciliatoria previa y obligatoria para la solución de controversias de carácter laboral, pero será potestativa para las partes en relación de lograr o establecer acuerdos conciliatorios conforme a sus propios intereses, dicha conciliación prejudicial estará a cargo de organismos descentralizados, con patrimonio propio, personalidad jurídica y una autonomía relativamente centralizada.

3. Se creó un organismo descentralizado de la administración pública federal, que tendrá a su cargo el registro a nivel nacional de todos y en todas las materias de contrato colectivo de trabajo y de organizaciones sindicales, además será responsable en la instancia conciliatoria en materia federal. En las 32 entidades federativas deberán crearse los centros estatales de conciliación.³⁹

4. Los asuntos de naturaleza colectiva como lo son la negociación colectiva entre sindicatos y empleadores, así como lo relativo al registro de sindicatos y su actuación interna deberán garantizar los principios de certeza,

³⁹ La nación mexicana se divide en Estados o también llamadas entidades federativas que integran un país de 130 millones de habitantes de acuerdo al último censo del año 2020, cuyos datos en www.inegi.com.mx

independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad, así como el voto personal libre y secreto en elecciones sindicales y pruebas de recuento. Todo ello se hará en las instancias administrativas, dejando a salvo emplazar a huelga en los tribunales laborales, según la competencia.⁴⁰

Los sindicatos en el contexto dual por crisis social y sanitaria que ha provocado la pandemia del covid 19, insertada en paralelo con la reforma laboral, hoy en Mexico donde se adapta la transición como eje en el cambio al nuevo sistema de justicia laboral, sin olvidar que persisten e incluso intensificados los problemas en general que la pandemia del covid 19 ha potencializado, sin discriminar en los aspectos de las condiciones de salud para el trabajo, el desempleo, la precariedad y la desigualdad, donde la libertad sindical y autonomía colectiva se reinsertaran de manera gradual, como garante de las organizaciones sindicales.

Para ello en el ámbito de las relaciones colectivas en México con nuevas autoridades y procedimientos para la negociación colectiva, la rendición de cuentas, la democracia sindical con los nuevas formas de legitimación y registro así como el trabajo en casa mediante tecnologías, el derecho a la desconexión digital o la protección de datos, también la de elaborar estrategias para afrontar las nuevas formas de prestar en trabajo, que la imparable pandemia del covid 19 ha obligado a diseñar el nuevo contexto en su conjunto de las relaciones laborales en su conjunto para cuidar la salud y la vida para el trabajo, con irrestricto respeto a la libertad sindical y la negociación colectiva.

9. Conclusiones

Primera: Existe en México una diferente normativa legal, reglamentaria y particular, aplicable en su conjunto para el ámbito de la relaciones laborales, lo cual implica albergar buenos deseos que, la libertad sindical, sea no solo la narrativa de pertenencia a la OIT, si no represente la eficacia de los convenios

⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, 2020, México, 134-135.

ratificados sean en lo ordinario de su desarrollo, efectivos así como cuando se presentan en los conflictos individuales o colectivos que por diversas situaciones que van, desde el reconocimiento de derechos y/o prestaciones, despidos o conflictos propios de seguridad social, así de los cambios sustanciales sobresalen materia de derecho colectivo del trabajo, libertad sindical, democracia sindical, elección sindical y en aspectos procesales que contienen novedosas adiciones que se irán adaptando a la entrada en funcionamiento de los nuevas instituciones creadas.

Segunda: La garantía del dialogo social es determinante para la paz laboral de un país, sobre todo en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, que, en la justa dimensión, no deberá desaparecer, ya que, para el ámbito colectivo del trabajo, sindicatos, contratos colectivos y huelga, sin duda tendrán vital importancia, vigencia y presencia; por lo tanto, no desaparece, se legitima y sólo se transforma.

Bibliografía

- ACKERMAN, M. (2013). *Relaciones colectivas de trabajo*, tomo VIII, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- BARBAGELATA, H. H. (1980). *Introducción aux institutions du droit travail en América latina*, Louvain.
- BARRIONUEVO, P. (1987). "Los Sindicatos y las Asociaciones de Empresarios", *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Taravilla.
- BORRAJO, D. (1997). *Introducción al Derecho del Trabajo*, 9a. Ed, Tecnos, Madrid.
- BUENO MAGANO, O. (1982). *Organización Sindical Brasileira*, San Paulo.
- CASTORENA, J. (1984). *Manual de Derecho Obrero*, Sexta edición, SE, México.
- CASTORENA, J. (2000). *Procesos del Derecho Obrero, SE/DR*, México.
- CLIMENT, J. (2002). *Derecho Sindical*, Editorial Esfinge, México.
- DE BUEN, N. (1988). *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- ERMIDA, O. (2016). *Sindicatos en libertad sindical*, Quinta edición, Fundación de cultura universitaria, Montevideo.
- HERNÁNDEZ, I. (2007). *Manual de Derecho Colectivo*, Lazcano Garza Editores, Monterrey.
- LOSOVSKI, A. (1975). *Marx y los sindicatos*, Ediciones de cultura popular, México.
- MULLER, E. (2008). *Relaciones laborales productivas*, Editorial Trillas, México.
- REYNOSO, C. (2002). *Libertad sindical en el convenio 87*, Universidad Autónoma de Mexico, México.
- SANCHEZ, A. (2002). *Cláusula de exclusión y pluralismo sindical*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- SANCHEZ, A. (2013). *Diccionario de Derecho de Derecho Laboral*, Segunda Edición, Editorial Oxford, México.
- SANTOS, H. (1987). *Estudios de Derecho Sindical y del Trabajo*, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México.

VILLASMIL, H. (2017). "Negociación colectiva", *Estudios en honor del Dr. Emilio Morgado Valenzuela*, Sociedad chilena del trabajo-OIT, Santiago.

EL COMPONENTE ÉTICO DEL DERECHO DEL TRABAJO

THE ETHICAL COMPONENT OF LABOR LAW

Roy Alexis QUISPE AGIPE

Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Trujillo, Perú. Asistente Judicial en la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Coordinador General del Círculo de Estudio e Investigaciones del Trabajo (CEITRA).

alexisquispeagipe@gmail.com

Fecha de envío: 14/03/2021

Fecha de aceptación: 18/03/2021

EL COMPONENTE ÉTICO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Roy Alexis QUISPE AGIPE

Círculo de Estudio e Investigaciones del Trabajo (Perú)

Resumen: La presente investigación trata acerca de los rasgos esenciales del componente ético del derecho del trabajo formulado por el profesor Oscar Ermida Uriarte en su obra “Ética y derecho del trabajo” y su aplicación práctica en las relaciones laborales. Así pues, se conceptualizará a la ética en su dimensión epistemológica, para luego analizarla en su relación con el derecho en general. Asimismo, de forma introspectiva, determinar el punto de conexión entre la ética y el derecho del trabajo a efectos de establecer lineamientos que sirvan al profesional del derecho para identificar cuando estamos frente a conductas no éticas en las relaciones laborales y las posibles soluciones a tales efectos negativos.

Palabras clave: Ética - Moral - Relaciones laborales - Microética - Macroética laboral

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de ética. 3. Relación entre ética y derecho. 4. Deconstrucción de la ética. 4.1. En la sociedad. 4.2. En las relaciones laborales. 4.2.1. Mercantilización del trabajo. 4.2.2. Flexibilidad y desregulación. 4.2.3. Precarización laboral. 5. Manifestaciones de la ética en el mundo del trabajo. 5.1. Microética laboral. 5.1.1. El trabajador como sujeto ético en la relación laboral. 5.1.2. Ética del empleador. 5.2. Macroética laboral. 6. El trabajo decente como indicador ético para los estados. 7. Responsabilidad social de las empresas. 8. Conclusiones.

Abstract: This research deals with the essential features regarding the ethical component of labor law formulated by Professor Oscar Ermida Uriarte in his work “Ethics and Labor Law” and its practical application in labor relations. Thus, prima

facie, ethics will be conceptualized in its epistemological dimension, and then analyzed in its relation to morality. Likewise, in an introspective way, determine the connection point between ethics and labor law in order to establish guidelines that serve the legal professional to identify when we are facing unethical conduct in labor relations and the possible solutions for such purpose's negatives.

Key words: Ethics - Moral - Labor relations - Microethics - Labor macroethics

Summary: 1. Introduction. 2. Concept of ethics. 3. Relationship between ethics and law. 4. Deconstruction of ethics. 4.1. In society. 4.2. In labor relations. 4.2.1. Commodification of work. 4.2.2. Flexibility and deregulation. 4.2.3. Job insecurity. 5. Manifestations of ethics in the world of work. 5.1. Labor microethics. 5.1.1. The worker as an ethical subject in the employment relationship. 5.1.2. Employer ethics. 5.2. Labor macroethics. 6. Decent work as an ethical indicator for states. 7. Corporate social responsibility. 8. Conclusions.

1. Introducción

La ética, como área del conocimiento, puede considerarse - metafóricamente- como un gran lienzo que ha recibido diversas pinceladas. En efecto, la ética ha sido estudiada y explorada de diversas perspectivas tales como la literatura¹, la filosofía², el derecho genético³, la argumentación jurídica⁴, entre otras. Por otro lado, para los laboralistas existe un gran camino trazado por diversos autores que han realizado estudios profundos acerca del derecho del trabajo⁵. Sin embargo, esta diversidad no se presenta en cuanto a la relación entre derecho del trabajo y ética, siendo que a la fecha no existe una gran variedad de investigaciones en las que se analice el componente ético de las relaciones laborales.

Siendo así, el maestro Oscar Ermida Uriarte, siguiendo la obra de los pioneros en plantear esta temática de investigación entre los que destacan Ricardo Mantero y Hugo Fernández Brignoni, postula y desarrolla en su artículo *Ética y Derecho del Trabajo* aspectos esenciales a tenerse en cuenta a efectos de determinar una relación entre ambas áreas. En efecto, este mismo refiere que “el objetivo de este trabajo es el de destacar el componente ético del Derecho Laboral, del sistema de relaciones laborales y de varios de sus institutos, para luego reflexionar sobre ellos y sacar otras conclusiones, si fuera posible”⁶. Así

¹ En la obra distópica “Un mundo feliz” de Aldous Huxley se esboza la temática o discusión moral y ética respecto a la creación artificial de seres humanos, lo cual, en la actualidad tiene una gran relación con el derecho a la integridad somática, la investigación y experimentación humana o los avances bioéticos como la reproducción asistida, entre otras.

² En el texto “Apología a Sócrates”, Platón relata como este personaje ilustre para la historia de las ideas filosóficas fue acusado por sus opositores -entre ellos los sofistas- de haber sido una fuente humana de corrupción para los jóvenes y de haber cometido actos inmorales.

³ Destaca la obra del profesor peruano Enrique Varsi Rospigliosi denominada *Derecho Genético. Principios Generales* (Lima: Editora Normas Legales, 1995), prologada por el maestro Carlos Fernández Sessarego.,

⁴ Sobre este tema ha escrito Manuel Atienza en su obra *Bioética, Derecho y Argumentación* (Lima: Palestra Editores, 2010), donde realiza un estudio acerca de la relación entre la bioética y la argumentación jurídica.

⁵ Francisco De Ferrari, *Derecho del Trabajo. Volumen I* (Buenos Aires: Depalma, 1968); Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo* (Madrid: Tecnos, 2009); Manuel Alonso García, *Curso de Derecho del Trabajo* (Barcelona: Ariel, 1975); Javier Neves Mujica, *Introducción al derecho del trabajo* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014); y Oscar Ermida Uriarte, *Curso Introductorio de relaciones laborales. Selección de lectura* (Montevideo, 1995).

⁶ Oscar Ermida Uriarte, “Ética y Derecho del Trabajo”, *IUS ET VERITAS* (2005): 228.

pues, siguiendo ese horizonte mostrado por el autor, se desarrollará la vigencia de los postulados planteados y su aplicación práctica en el mundo del trabajo.

2. Concepto de ética

En términos etimológicos, la ética proviene del griego *ethikós* que viene de *ethos* que significa costumbre o hábito; asimismo, del griego *ethiké*, relativo a las costumbres. Así pues, se entendería como la “ciencia que estudia los valores morales y los principios ideales de la conducta humana”⁷. Según Aristóteles, la ética es la “ciencia práctica que versa sobre la naturaleza y el objeto de la acción humana”⁸, y de acuerdo a Bernard Russell “son principios generales que ayudan a determinar las reglas de conducta”⁹. Por otro lado, Miguel Reale la define como “la ciencia normativa de los comportamientos humanos”¹⁰.

Todos estos autores coinciden en que la ética tiene una relación estrecha con la conducta, pudiéndose considerar como una ciencia o disciplina que estudia y regula la acción humana. Inclusive, algunos autores plantean la existencia de un sistema de normas éticas configurado como un “conjunto de principios propuestos como fundamentos del obrar humano (...) y que determinan los fines de la voluntad y la acción humana”¹¹.

Por su parte, Oscar Ermida Uriarte define a la ética como “el conjunto de ideas, principios e ideales que una sociedad imagina para sí misma, con el objetivo de afirmar el bien y negar el mal”¹². Por tal motivo, la ética deriva como un componente importante para el derecho del trabajo al ser ésta última una rama del derecho compuesta por una compleja diversidad de relaciones micro y macro laborales derivadas de un contexto postindustrial y un mundo globalizado donde se generan conductas y acciones que podrían negar o contradecir los mínimos éticos establecidos en una sociedad determinada.

⁷ Zacarías Torres Hernández, *Introducción a la Ética* (México: Grupo Editorial Patria, 2014), 9.

⁸ A. Kenny, *Breve historia de la filosofía occidental* (Barcelona: Paidós, 2005), 100.

⁹ Bertrand Russell, *Fundamentos de filosofía* (México: Edit. El Arca de Papel, 1972), 418-482.

¹⁰ Miguel Reale, *Introducción al Derecho* (Madrid: Ediciones Pirámide, 1984), 41.

¹¹ Víctor García Toma, *Introducción a las Ciencias Jurídicas* (Lima: Jurista Editores, 2007), 73.

¹² Oscar Ermida Uriarte, “Ética y Derecho del Trabajo”, Op cit., 231.

3. Relación entre ética y derecho

No existe un único punto de convergencia entre ambas áreas; sin embargo, sí se discierne una pauta clara para diferenciarlas:

La ética se distingue del Derecho en que este tiene competencia en el fuero externo, fundamentalmente contiene normas imperativas, de cumplimiento obligatorio, acarreado sanciones por su incumplimiento cuando ciertas conductas afectan la convivencia humana. La ética tiene como ámbito de competencia el fuero interno de la conciencia. El Derecho solo tiene connotación cuando estas conductas se exteriorizan, lo cual no significa su intrascendencia cuando los actos realizados han obedecido a una intención¹³.

A pesar de ello, en la Teoría General del Derecho se ha establecido la teoría del mínimo ético planteada primigeniamente por Jeremías Bentham y desarrollada por posteriores autores como Miguel Reale. Este último refiere que la teoría del mínimo ético “consiste en afirmar que el Derecho representa el mínimo de Moral necesario para que una sociedad pueda sobrevivir”¹⁴. Con ello, se busca dotar de fuerza coercitiva a determinados preceptos éticos para mantener la paz y justicia social. Así mismo, esta teoría plantea que la moral es el género y el derecho está comprendida en esta o, en otros términos, todo acto jurídico es moral pero no todo lo moral es jurídico.

Al respecto, existen múltiples críticas a este modelo filosófico, sustentadas en la comprensión de actos inmorales y amorales en el derecho. En efecto, no toda norma o regla contiene un mínimo ético; por ejemplo, en el ordenamiento laboral peruano se exigía que los contratos modales fueran inscritos en la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), siendo que su incumplimiento podría generar graves consecuencias para el empleador; sin embargo, mediante el Decreto Legislativo N° 1246, vigente desde el 11 de noviembre del 2016, se estableció que no era una obligación que los contratos de trabajo sujetos a modalidad y los convenios de modalidades formativas se presentaran ante a la

¹³ César Fernández Arce, “El derecho, la justicia y la ética”, *Ius Et Veritas* (2006): 288.

¹⁴ Miguel Reale, *Introducción al Derecho*, Op. Cit., 51.

AAT para su registro. Dicha modificación normativa efectuada por ejecutivo - ejerciendo facultades legislativas- no tuvo repercusiones éticas o morales, siendo que sólo era una norma de carácter técnico.

Por otro lado, la norma jurídica puede regular actos que gran parte de la sociedad considera contrarios a la moral; por ejemplo, existe una tendencia a regular el trabajo sexual mediante el derecho del trabajo e inclusive otorgar determinados beneficios laborales o de seguridad social; pese a que un gran sector conservador de la sociedad lo considera como actos inmorales. De este modo, podría concluirse que en el derecho siempre existirá un remanente no ético con cobertura normativa.

A pesar de las críticas, esta teoría proporciona lineamientos importantes para el derecho en general y, en particular, para el derecho del trabajo. Con relación a esto, es incuestionable que las constituciones modernas, los tratados internacionales y las declaraciones de derechos humanos no posean componentes de carácter ético en su estructura o morfología normativa. En efecto, se busca no solo el reconocimiento de derechos fundamentales y humanos, sino que éstos se plantean como exigencias básicas para considerar una sociedad justa, equitativa, social y democrática. En el mismo sentido, para el derecho del trabajo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde 1919 ha producido diversos convenios internacionales que buscan contribuir en los estados industriales normas mínimas de protección para los trabajadores, respetando -a su vez- derechos humanos básicos. Es de citar el Convenio de las horas de trabajo (industria), de 1919, que buscaba eliminar la explotación laboral a la que estuvieron sujetos los trabajadores durante más de cinco décadas a partir de la revolución y auge industrial; y, de modo más reciente, el Convenio respecto a las peores formas de trabajo infantil (1999), que ha sido ratificada por múltiples estados en todo el orbe.

4. Deconstrucción de la ética

4.1. En la sociedad actual

Las estructuras sociales, políticas y económicas siempre han tenido un componente ético configurativo, pero es en la actualidad donde se puede evidenciar con mayor relieve este aspecto debido a su contracción permanente. Al respecto, se puede precisar que:

En nuestros tiempos, de mundialización y capitalismo salvaje, de invasiones y destrucción masiva de pueblos enteros, se habla de ética con una frecuencia inusual en la historia de la humanidad. Este interés repentino por la materia, quizás, se deba al deterioro que las nuevas relaciones de producción y de dominación han producido en el interior de todas las sociedades y de los individuos, que han hecho reaccionar, incluso, a los intelectuales de los países hegemónicos, ante la posibilidad, hoy cierta, de una deshumanización planetaria que signifique un cambio radical de civilización distinto de lo conocido hasta ahora¹⁵.

En efecto, la realidad circundante pone en evidencia que existe una deconstrucción de los componentes éticos de la sociedad. Basta con evidenciar las diversas pugnas políticas internas en los estados para inferir que la ética se encuentra alejada de las estrategias de los candidatos a ocupar cargos públicos.

Esta ignominia a la ética también se configura a partir de otros aspectos asociados a la sociedad postindustrial y globalizada. Así pues, podría señalarse que uno de los problemas de la globalización que plantea un modelo y un proceso de implantación a nivel mundial que no es generalizable, fomenta una creciente concentración del poder y de las riquezas, implica múltiples contradicciones y conlleva a la exclusión de grupos sociales¹⁶. Esto, sin lugar a dudas, genera un decaimiento en la ética social debido a que contraviene valores y axiomas de justicia que han sido instaurados previamente en la sociedad; sin embargo, se ven afectados por las condiciones y políticas económicas deshumanizadas que se generan en el mercado.

A pesar de ellos, una de las respuestas de la ética social es considerar a la dignidad humana como un criterio de validación del sistema social. En efecto, la respuesta a la deshumanización es el fortalecimiento del componente ético de

¹⁵ Luis Fuenmayor Toro, "¿Por qué la ética en nuestros tiempos?", Educere, 2004: 265.

¹⁶ Ciro Cerna Mendoza, "Globalización, desarrollo y ética social", Apuntes del CENES, 2009: 158.

la sociedad a través del reconocimiento y desarrollo de mecanismos que clarifiquen la dignidad, dado que ésta es:

Un requerimiento mínimo y un criterio de juicio de un proceso de desarrollo. La dignidad en el proceso de desarrollo, es un mínimo y un máximo; es un requerimiento y una meta. Puede haber crecimiento económico, pero si en este proceso no se respeta ni se fortalece la dignidad de las personas humanas, no representa un desarrollo verdadero¹⁷.

4.2. En las relaciones laborales

4.2.1. Mercantilización del trabajo

Se menciona que la instauración de nuevos modelos económicos ha generado el decaimiento del componente ético en el derecho del trabajo; sin embargo, esto no resulta totalmente cierto dado que esta característica podría considerarse como un *boomerang* histórico. En efecto, desde el germen de las relaciones de producción capitalista ha existido un rasgo antiético con relación a los trabajadores, dado que se privilegiaba el capital frente al factor humano. Así pues, Blancas Bustamante¹⁸ nos precisa que las condiciones laborales en las fábricas durante el auge de la revolución industrial y del capitalismo fueron las peores que se podían imaginar, la situación sanitaria de las fábricas era totalmente deficiente y no existían normas o dispositivos de seguridad, ni la preocupación de los propietarios para adoptar medidas de higiene y seguridad en el trabajo.

Cabe indicar que se considera un efecto boomerang en tanto dichas condiciones deplorables que acontecieron en el siglo XIX han surgido en la actualidad mediante otras circunstancias similares; es decir, han regresado. Al respecto, la mercantilización del trabajo es una de estas nuevas manifestaciones antiéticas del derecho laboral, que implica considerar el trabajo como una

¹⁷ Cristina Seijo y Karina Villalobos, "La ética social y la dignificación de la vida humana: Un alcance epistémico en la sociedad", *Clío América*, 2011: 107.

¹⁸ Carlos Blancas Bustamante, *La cláusula de estado social en la constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011), 23-24.

mercancía comercializable. Con relación a ello, el trabajo forzoso es una de las variantes de la mercantilización del trabajo, que según el Convenio sobre el trabajo forzoso de la OIT (1930), se considera a “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Esta definición ha sido desarrollada por el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, en el que se precisa los siguientes elementos:

Trabajo o servicios	Hace referencia a todo tipo de trabajo que tenga lugar en cualquiera actividad, industria o sector, incluida la economía informal.
Amenaza de una pena	Abarca una amplia gama de sanciones utilizadas para obligar a alguien a trabajar.
Involuntariedad	La expresión “se ofrece voluntariamente” se refiere al consentimiento otorgado libremente y con conocimiento de causa por un trabajador para empezar un trabajo y a su libertad para renunciar a su empleo en cualquier momento. No es el caso por ejemplo cuando un empleador o un reclutador hacen falsas promesas con el fin de inducir a un trabajador a aceptar un empleo que de otro modo no habría aceptado.

Esta forma de mercantilización del trabajo como fenómeno antiético afecta a gran parte de la población mundial. Así pues, la Oficina Internacional del Trabajo, en su Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo denominado Una alianza global contra el trabajo forzoso¹⁹, ha determinado que al menos 12,3 millones de personas son víctimas del trabajo forzoso; de las mismas que 9,8 millones son explotadas por agentes privado y más de 2,4 millones se

¹⁹ OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (Ginebra: OIT, 2005), 11.

encuentran en situación de trabajo forzoso como consecuencia de la trata de personas. Otros 2,5 millones son obligados a trabajar por el Estado o por grupo militares rebeldes.

Todo contraviene lo señalado por el Director Generales de la OIT, Guy Ryder, quien manifestó que el trabajo no es una mercancía, durante el acto de entrega del Premio Nueva Economía Fórum 2019, y que se condice con la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), donde se señala la misma consigna.

A pesar de dicha declaración, es claro que estamos frente a una mercantilización del trabajo, que es defendida por un sector al señalar que lo que se mercantiliza es el trabajo y no el trabajador; sin embargo, esto carece de sustento dado que “en el proceso laboral el hombre modifica la naturaleza que lo circunda, modificando simultáneamente también su propia naturaleza; forma y perfecciona sus cualidades humanas”²⁰; es decir, el hombre que trabaja no puede escindir de su propia actividad sino que está estrechamente vinculado a esta. Inclusive el derecho al trabajo tiene un respaldo en los instrumentos internacionales, precisamente, en el artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos se prescribe que “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. Por ende, no podría inferirse que el trabajo pueda ser considerado como una mercancía al tener un estatuto de derecho humano y fundamental para las personas.

4.2.2. Flexibilidad y desregulación

Otra de las formas en las que se ha afectado el componente ético en el derecho laboral es la aplicación de políticas flexibilizadoras en el trabajo. Al respecto, Raso Delgue refiere que:

Por flexibilidad laboral entendemos la tendencia generalizada de modificar por vía autónoma o heterónoma las reglas jurídicas de la prestación de trabajo,

²⁰ Fyodor Burlatski, *Materialismo Histórico* (Lima: Editorial Latinoamerica, 1982), 20.

alterando los niveles de protección preexistentes del trabajador con la finalidad de ajustar el factor trabajo a las nuevas exigencias del sistema de producción²¹.

En virtud de esta idea de flexibilidad, se puede construir una tipología parametrada en cuatro áreas según J. Atkinson²²:

a) Flexibilidad numérica, que permite que permite a las empresas adaptar el número de trabajadores, o el número de horas de trabajo, a los cambios de la demanda; b) la flexibilidad funcional, como la capacidad de las empresas para reorganizar los puestos de trabajo de forma tal que los empleados puedan ejercer sus calificaciones realizando un mayor número de tareas; c) el distanciamiento, el cual hace referencia a las subcontrataciones y d) las distintas formas de movilidad del colectivo de trabajo (geográfico, profesional y del empleo).

Asimismo, Oscar Ermida nos precisa que existen dos tipos de flexibilidad en cuanto a su instituto:

Podemos hablar de una flexibilidad interna, que modifica aspectos de una relación laboral preexistente y que subsiste, cuando se modifica el horario, la jornada, las condiciones de trabajo, la movilidad dentro de la fábrica, y de una flexibilidad externa, que supone una nueva forma de ingreso a la relación de trabajo, vía contratos atípicos, o de salida, de ruptura de la relación de trabajo, vía una facilitación del despido, de la terminación de la relación de trabajo²³.

Al respecto, las empresas han realizado una serie de actos tales como la descentralización productiva, reemplazo de determinadas áreas de empleo por servicio a través de subcontratas, introducción de maquinaria flexible, diversificación de la producción, políticas de diferenciación salarial acorde a cualificaciones laborales, modos de contratación temporal, entre otros²⁴.

De modo más específico, una de las manifestaciones de la descentralización productiva es la tercerización de servicios que hace referencia

²¹ Juan Raso Delgue, "Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del derecho del trabajo?", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Número 87* (1993: 389).

²² Osvaldo Battistini y Juan Montes Cató, "Flexibilización laboral en Argentina. Un camino hacia la precarización y la desocupación", *Revista Venezolana de Gerencia. Año 5 N° 10* (2000: 66).

²³ Oscar Ermida Uriarte, "La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas", *Ius Et Veritas N° 4* (1992: 14).

²⁴ Víctor Raúl Samamé Morante, *La flexibilidad del derecho de trabajo*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Lima: 2005), p. 17

al “desplazamiento de actividades fuera de los contornos del centro de trabajo, a un -pretendido- desplazamiento de las responsabilidades organizativas -y por ende patronales de ciertas actividades necesarias para el cabal desarrollo del proceso productivo que dirige el beneficiario”²⁵. Esto contraviene los valores asociativos en la organización del trabajo debido a que -de cierto modo- repercute en la fuerza sindical de los trabajadores y en la colaboración de acciones conjuntas. Cabe indicar que lo antiético -intrínsecamente- supondría el privilegio de una mayor eficacia en el mercado y optimización de recursos, frente al ejercicio y reconocimiento de los derechos de los trabajadores, tanto individuales como colectivos.

4.2.3. Precarización laboral

Como consecuencia negativa y, posiblemente, prevista por las políticas flexibilizadoras en el trabajo es la precarización laboral. Este fenómeno emergente e irruptivo es:

Una forma de estar/ser en el mundo vinculado a la pérdida y/o debilitamiento de los vínculos sociales de integración y protección social que sostenían el compromiso social fordista. En esa dirección el concepto de precariedad laboral tiende asociarse al deterioro de las condiciones laborales, a una condición de inestabilidad laboral, y/o inseguridad laboral; un lugar en el espacio social donde el/la trabajador/a se encuentra desprotegido/a ante la expansión de las relaciones no formales, donde las leyes no lo protegen, la consolidación de un área de desprotección, la inexistencia del derecho de afiliación o participación sindical, etc.²⁶

Al respecto, Stiglitz precisa que “en muchos países, la tasa de desempleo es elevada y quienes pierden su puesto de trabajo no pasan a ocupar otro

²⁵ César Carballo Mena, “Tercerización laboral”, en *La tercerización empresarial en América Latina*, coord. Wilfredo Sanguinetti Raymond y César Carballo Mena (Lima: Palestra Editores, 2019), 71-72.

²⁶ Dasten Julián Vejar, “La precariedad laboral, modernidad y modernización capitalista: Una contribución al debate desde América Latina Artículo sobre la precarización”, *Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas* N° 23 (2014): 150.

alternativo con mayor salario, sino que pasan a engrosar la lista de parados”²⁷. Esto sucede muchas veces cuando existen reestructuraciones empresariales por aplicación de nuevas tecnologías, lo que genera los conocidos despidos colectivos por razones tecnológicas, dejando a un gran sector de la población sin empleo y desprotegida. El problema se agrava porque las personas que pierden su trabajo realizan actividades inferiores o de índole manual-mecánico, y al ser reemplazados por máquinas, no es factible volver a ocupar el mismo puesto de trabajo, quedándose truncada en la misma escala o puesto laboral.

Otra de las manifestaciones de precarización es el sometimiento de los trabajadores a las reglas del derecho civil a pesar de existir los tres elementos esenciales de la relación laboral: prestación personal, remuneración y subordinación. En efecto, este fenómeno se conoce como la desnaturalización de la contratación, que en la mayoría de casos consiste en que un trabajador fue contratado por su empleador a través de contratos de locación de servicios, pero -en la realidad- no subsiste una relación autónoma sino subordinada, por lo que le debería ser aplicable las reglas del derecho laboral; sin embargo, el empleador se exime de estas responsabilidades sociales por haberlo contratado a través de un contrato civil o comercial. Nótese el carácter antiético en el accionar del empleador al perjudicar al trabajador por la búsqueda de reducción de costos laborales.

5. Manifestaciones de la ética en el mundo del trabajo

El componente ético del derecho del trabajo son las manifestaciones éticas en el derecho del trabajo; y está compuesto por la micro y macroética laboral. Al respecto, Oscar Ermida Uriarte precisa que la microética está referida a conductas concretas y deseables en cada una de las partes contractuales o en aspectos específicos de la relación laboral, las mismas que deben verificarse a efectos de no perder legitimidad y sentido ético²⁸; y la macroética se refiere al sistema de relaciones laborales y no a sus institutos de modo específico, y tiene

²⁷ Joseph E. Stiglitz, *Cómo hace que funcione la globalización* (Barcelona: Debolsillo, 2016), 100.

²⁸ Oscar Ermida Uriarte, “Ética y derecho del trabajo”, *Iuslabor* N° 1 (2006): 6.

por finalidad analizar si la estructura o funcionamiento del derecho del trabajo se ajusta a los valores éticos esperados (justicia social, equidad, igualdad, entre otros)²⁹. Así pues, pasaremos a revisar cada una de estas manifestaciones.

5.1. Microética laboral

5.1.1. El trabajador como sujeto ético en la relación laboral

Cabe indicar que el trabajo manual en la Grecia Antigua no era considerado como una virtud o valor, sino que tenía la misma jerarquía de una *res* (cosa). En efecto, Alonso García refiere que “la filosofía griega (Platón y Aristóteles) -representativa de la estructura social imperante- para la cual el trabajo manual o mecánico equivale a condición servil propia del esclavo, incapaz para la contemplación y el gobierno de los asuntos públicos”³⁰; sin embargo, con la incorporación de los dogmas cristianos y de las ideas liberales, se dotó de cierto humanismo al trabajo, tanto manual como intelectual. A pesar de ello, en la época industrial se generaron abusos contra los obreros industriales, tanto en su calidad de trabajadores como de personas. Pero esto tuvo freno irremediable a través del reconocimiento del trabajo como un derecho humano y fundamental, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)³¹, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)³², entre otros.

Siendo esto así, es innegable que el trabajo tenga un contenido axiológico y, con ello, existan obligaciones éticas del trabajador durante el ejercicio de la relación laboral. Al respecto, el deber de trabajar tiene un contenido ético e, incluso, un reconocimiento constitucional. En efecto, en el artículo 22 de la Constitución Peruana de 1993 se prescribe que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”;

²⁹ Oscar Ermida Uriarte, “Ética y derecho del trabajo”, Op. Cit., 7.

³⁰ Manuel Alonso García, *Curso de Derecho del Trabajo* (Barcelona: Ariel, 1975), 53.

³¹ Artículo 23 inciso 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

³² Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

y en el artículo 53 de la Constitución Uruguaya se precisa que “El trabajo está bajo la protección especial de la ley. Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica”. Así, tienen deber de trabajar para contribuir al desarrollo económico-social; y, a su vez, en el marco de una relación laboral, de cumplir con su prestación de servicios contratada, es decir, de trabajar efectivamente. Cabe indicar que no ha de confundirse el deber de trabajar con el principio de rendimiento³³, a pesar de tener ciertas características comunes.

Otro de los deberes del trabajador es ejercicio de la buena fe, que según Plá Rodríguez³⁴ se evidencia en el contrato de trabajo con especial relieve:

El contrato de trabajo no crea solo derechos y obligaciones exclusivamente patrimonial, sino también personal. Crea, por otro parte, una relación estable y continuada en la cual se exige confianza recíproca en múltiples planos, en encontradas direcciones y sobre todo por un periodo prolongado de tiempo. Para el debido cumplimiento de esas obligaciones y el adecuado mantenimiento de esas relaciones, resulta importantísimo que ambas partes actúen de buena fe. Esta se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar.

Así pues, la buena fe “sirve como relacionante entre las partes, de honestidad y de cumplimiento de las obligaciones, de confianza mutua, de tal manera que sirve como referente regulador de la conducta de las partes”³⁵. De

³³ En cuanto a la noción, entendemos que este principio consiste fundamentalmente en la afirmación de que ambas partes deben realizar el máximo esfuerzo en aumentar, acrecentar e impulsar la producción nacional, en cuanto dependa de la empresa. Américo Plá Rodríguez, *Los principios del derecho del trabajo* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998), 386.

³⁴ Américo Plá Rodríguez, *Los principios del Derecho del trabajo* (Buenos Aires: Depalma, 1998), 393-394.

³⁵ Leopoldo Gamarra Vélchez, “El deber de buena fe del trabajador: faltas graves derivadas de su transgresión”, en *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, (Lima: Grijley, 2009), 631-632.

modo concreto, este deber puede evidenciarse en el deber del trabajador de no revelar información reservada del empleador o secretos industriales, así como en el cuidado del área de trabajo y preservación de los materiales, entre otros.

Ahora bien, existen situaciones de la relación laboral donde este contenido ético puede verse afectado, pero se encuentra debidamente justificado. Al respecto, la relación laboral tiene un contenido conflictual en tanto existe una contradicción entre los intereses del empresario con los del trabajador; dicho conflicto³⁶ a veces se agudiza y concretiza en situaciones complejas como una huelga de trabajadores, donde los trabajadores dejan a un lado el deber de trabajar para ejercer un derecho humano y constitucionalmente reconocido. Asimismo, el deber de buena fe o de trabajar diligentemente puede verse mellado frente a la mercantilización del trabajo y precariedad laboral, dado que en esas condiciones -en las que no se respeta la dignidad de los trabajadores- no puede exigirse se cumpla satisfactoriamente el deber ético del trabajador.

5.1.2. Ética del empleador

Para evaluar el componente ético del empleador se debe partir de las funciones y finalidades que cumple una empresa en la sociedad. En rasgos generales, se podría señalar que la empresa cumple una función o rol económico y social; el primero, se sustenta en la dinámica económica del mercado donde busca obtener ganancias, y el segundo, por su contribución a la sociedad a través de la oferta de empleos y prestación de servicios o venta de productos.

Así pues, la ética del empresario estará destinada al cumplimiento de ambas finalidades, tanto en su relación con la sociedad y, de modo particular, con el trabajador. Respecto a este último, *ex ante* a la normativa, se pueden prever determinados límites éticos del empleador como prever un empleo digno a los integrantes de la sociedad. Cabe indicar que esta es una exigencia

³⁶ Conflicto de trabajo se entiende todo aquel procedente de la prestación de servicios retribuidos por el patrono al trabajador; esto es, derivados de la actividad laboral. Por esa causa, los tipos de conflictos de trabajo resultan muy numerosos, como son distintos los hechos que pueden darle origen, bien por la calidad del objeto que sirve de motivación, bien por el número de los sujetos participantes en los mismos. Guillermo Cabanellas y Mozart Víctor Russomano, *Los conflictos colectivos de trabajo y su solución* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979), 12.

normativa, pero que previo a su configuración positiva y debido al humanismo o a los principios liberales, el empresario no podía menoscabar los derechos de las personas mediante el contrato de trabajo. Inclusive, ciertas constituciones han previsto que las relaciones de trabajo no puedan limitar derechos constitucionales reconocidos al trabajador como persona³⁷, lo cual, sin duda, simboliza un límite ético para el empleador.

Por otro lado, en la normativa laboral de los estados se han previsto diversas obligaciones de contenido ético al empresario, tales como no discriminar en el acceso al empleo -que está ligada a la etapa precontractual-, otorgar condiciones de salud y de trabajo favorables para los trabajadores, no otorgar remuneraciones diferentes por razones de sexo o género, entre otras. Asimismo, se ha previsto de contenido ético la extinción del vínculo laboral, pues, el empleador deberá despedir o desvincular al trabajador por una causa justa y de acuerdo ley. Esto, permite identificar que el ordenamiento laboral establece tope a las facultades del empleador (poder de dirección), exigiéndole que justifique válidamente el motivo por el que despedirá a sus trabajadores. En caso el empleador incurra en una conducta antiética como despedir a sus trabajadores por motivos de raza, sexo u otra índole de carácter discriminatoria, el afectado podrá recurrir a los órganos jurisdiccionales para hacer valer su derecho; lo mismo en caso no exista una causa justa contemplada en la ley.

5.2. Macroética laboral

Conforme se señala en la doctrina, “un sistema de relaciones laborales puede ser éticamente admisible o éticamente inadmisibles”³⁸. La pregunta al respecto sería bajo qué parámetros se podría concluir que un sistema u ordenamiento laboral es éticamente admisible. Consideramos que esto se debe al respeto y cumplimiento efectivo de valores generales tales como justicia social, igualdad, equidad, dignidad y respeto de derechos fundamentales. Al respecto,

³⁷ Artículo 23° de la Constitución Política del Perú prescribe que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

³⁸ Ibidem, 239.

“la igualdad es el valor inicial que da fundamento a todo el Derecho del trabajo y al resto de sus principios”³⁹, por ello, la efectivización de este derecho mediante normas que lo reconozcan y garanticen es un indicador de cuan ético es un sistema de relaciones laborales.

En efecto, estos valores no son etéreos, sino que se encuentran positivizados en diversos instrumentos internacionales (declaraciones, tratados, convenios de la OIT, entre otros). De este modo, desde un plano internacional normativo, ya existen criterios para validar un sistema como ético o no ético, en cuanto se garanticen mínimamente los derechos humanos de los trabajadores. Al respecto, existen estados que consideran a la dignidad como el fin supremo de la sociedad y del estado⁴⁰, lo cual denota un rasgo de eticidad en los estados en cuanto a establecer un tope mínimo para garantizar los derechos de los trabajadores.

Ahora bien, no solo se puede concluir que un sistema es ético a partir del reconocimiento y positivización de tales valores, sino en la parte empírica del derecho del trabajo. Para ello, se requiere utilizar indicadores para determinar cuan ético es el modelo o sistema de relaciones laborales de un país frente a otro. Al respecto, el maestro Oscar Ermida Uriarte no proporciona los siguientes⁴¹:

a) el porcentaje de población asalariada sobre la población económicamente activa, b) el nivel educativo de la misma, c) el Producto Bruto Interno per cápita, d) la distribución del ingreso, e) la brecha salarial, f) la rotatividad en el empleo, g) la duración promedio de los lapsos de desempleo, g) la duración promedio de los contratos de trabajo, h) el monto del salario real, i) la brecha entre salario mínimo y salario medio, j) la participación del salario en la renta nacional, k) el acceso a la justicia del trabajo, etc.

Así pues, para determinar cuan ético es un sistema de relaciones laborales deberá primero establecerse parámetros mínimos -sea planteados por organismos internacionales como la OIT o propuestas doctrinarias como las de

³⁹ Oscar Ermida Uriarte, “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación”, *Derecho & Sociedad* 37 (2011): 15.

⁴⁰ Artículo 1° de la Constitución Política del Perú de 1993.

⁴¹ *Ibidem*, 239.

profesor Oscar Ermida Uriarte-; y luego, recurrir a la estadística a efectos de ubicar específicamente y de modo macro cómo se han desarrollado los indicadores en un determinado estado.

6. El trabajo decente como indicador ético para los estados

Para obtener una clara definición de trabajo decente debemos recurrir a lo señalado por la OIT (1999) quien refirió que es el “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”⁴². Asimismo, se establecieron cuatro objetivos estratégicos entre los que destacan: a) la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, b) la promoción del empleo, c) la protección social frente a las condiciones de vulnerabilidad, y, d) el fomento del dialogo social⁴³.

Por su parte, Oscar Ermida refiere que se ha definido al trabajo decente como “un trabajo productivo, en el cual se respeten los derechos, y en el cual se goce de protección social”⁴⁴; asimismo, precisa este es “un concepto en construcción, de carácter integrativo y de profundo contenido ético”⁴⁵. Por lo que, este concepto originario irá variando a través de los años en cuanto a su inclusión de garantías a favor de los trabajadores, pero sin que ello modifique su esencia ética.

Así pues, respecto a considerar el trabajo decente como un indicador ético para los estados, Antonio Baylos Grau refiere que el trabajo decente se considera como un:

“Elemento importante de medición de las características centrales del sistema de relaciones laborales en un país determinado y consiguientemente, sirve como elemento de evaluación del mismo en relación con las pautas que

⁴² Reunión N° 87 de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, Memoria del Director, Ginebra 1999.

⁴³ Martín Pascual, Chile ¿más cerca o más lejos del trabajo decente?, en *Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? El trabajo. Valor y sentido del trabajo*, director Víctor Hugo de la Fuente (Santiago de Chile: Editorial Aún creemos en los sueños, 2007), 9.

⁴⁴ Ibidem, 245.

⁴⁵ Oscar Ermida Uriarte, “Trabajo decente y formación profesional”, *Boletín Cinterfor: Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional* (2001): 13.

caracterizan de manera general el trabajo como una actividad prestada en condiciones de seguridad y de dignidad para las personas”⁴⁶.

De este modo, el tema de la ética en el derecho del trabajo no resulta un tema baladí o superfluo, sino que tienen connotaciones prácticas a través de un indicador común -aplicable tanto para las relaciones laborales individuales (microética laboral) y para el sistema de relaciones laborales (macroética laboral)- como es el trabajo decente. En efecto, su noción, características y el respaldo que brinda la OIT, proporciona indicadores específicos para los estados en virtud de los cuales pueden medir -a través de variables econométricas- la eticidad de sus prácticas económicas y sus repercusiones en las relaciones laborales.

7. Responsabilidad social de las empresas

Por último, debido a la vorágine económica del mercado, se ha planteado la responsabilidad social de las empresas. Esta última tendencia es una respuesta la expansión de los mercados nacionales a zonas extrajeras, lo cual genera, en muchos casos, la vulneración de los derechos de los trabajadores. Una de estas manifestaciones de la responsabilidad de la empresa es el origen de instrumentos emergentes de regulación en caso de empresas multinacionales. En efecto, esto derivada de la de idea de que:

“La responsabilidad por vigencia de los derechos humanos a nivel mundial no incumbe sólo a los estados sino también a estos conglomerados económicos, cuyo inmenso poder les permite llevar a cabo atentados de gran dimensión contra ellos y, a la vez, escapar de los mecanismos previstos por las autoridades nacionales para su control”⁴⁷.

⁴⁶ Antonio Baylos Grau, “Sobre el Trabajo Decente: La Formación del concepto”, *Derecho & Sociedad Año XXVII-2016* (2016): 21.

⁴⁷ Wilfredo Sanguinetti Raymond, “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en *Temas Centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*, (Lima: Ara Editores, 2009), 208.

Así pues, Wilfredo Sanguinetti desarrolla estos instrumentos de regulación del siguiente modo⁴⁸:

<p>Acuerdos marco internacionales</p>	<p>La celebración de acuerdos marco internacionales o globales entre las casas matrices y las federaciones sindicales mundiales de rama constituye una fórmula particularmente idónea para permitir la puesta en práctica de políticas de personal coherentes para la totalidad de las sociedades que forman parte de los grupos multinacionales.</p>
<p>Códigos de conducta para proveedores y contratistas</p>	<p>Estos códigos se distinguen de los de carácter ético a los que suelen recurrir estas compañías con el fin de ordenar con arreglo a principios comunes la conducta de sus trabajadores y directivos situados en diversos países no tanto por su origen, que sigue siendo unilateral, como por la función singular que cumplen, representada aquí por la fijación de un núcleo básico de estándares justos de trabajo o derechos laborales básicos cuyo respeto o cumplimiento por las empresas que integran sus cadenas mundiales de producción se comprometen a promover o garantizar las multinacionales que se sirven de ellos.</p>

Tales instrumentos no solo tendrán un contenido coercitivo sino también ético, debido a que plantean estándares, parámetros o topes mínimos respecto a los derechos laborales. Esto, en el campo práctico, denota la necesidad de establecer un mínimo ético en las relaciones laborales a efectos de no transgredir

⁴⁸ Wilfredo Sanguinetti Raymond, *Redes empresariales y Derecho del Trabajo* (Granada: Editorial Comares, 2016), 147-156.

la dignidad y los derechos humanos de las personas que trabajan. Sin embargo, cierto sector de la doctrina ha señalado que existen serias sospechas en cuanto a “la verdadera motivación de la adopción, por parte de las empresas, de estos códigos de conducta unilaterales. Parece evidente que la idea nace como una estrategia comercial de imagen y que ese continúa siendo su principal objetivo”⁴⁹. Por lo que no podría considerarse como la panacea final para solucionar los problemas éticos generados por la existencia de multinacionales.

8. Conclusiones

- El concepto de la ética ha sido estudiado de diversas perspectivas, pero su relación estrecha con el derecho del trabajo aún es un terrero que requiere una mayor profundización. El trabajo del profesor Oscar Ermida Uriarte proporciona lineamientos generales que nos permite empezar ese camino.
- Existe una deconstrucción de los preceptos éticos en la sociedad y, de modo específico, en el derecho laboral. Sin embargo, subsisten mínimos éticos en las micro relaciones laborales tales como la buena fe laboral, el deber de trabajar, entre otros; y en las macro relaciones del trabajo tales como el respeto por determinados valores o axiomas como la justicia social, la igualdad, la dignidad de la persona, equidad, entre otros.
- El componente ético del derecho del trabajo sirve para establecer determinados parámetros de validación de un ordenamiento jurídico laboral o de un sistema de relaciones laborales. Con este, se pretende justificar la legitimidad de las relaciones de producción no solo en su dimensión jurídica-normativa o económica, sino en su dimensión axiológica al respetar garantías mínimas como la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales.
- El trabajo decente es un pilar fundamental para la construcción de sociedad más justa y equitativa en cuanto a la distribución de la riqueza y al respeto de los derechos fundamentales. Éste podría considerarse como el

⁴⁹ Oscar Ermida Uriarte, “Responsabilidad social de la empresa: ¿Ética, marketing o Derecho?”, *Revista de la Facultad de Derecho (PUCP) N° 64* (2010): 84.

mínimo ético laboral que deben respetar los estados a efectos de legitimar socialmente sus normas laborales.

- Las empresas multinacionales también generan normas de contenido ético que buscan garantizar el respeto de los derechos humanos a través de una política expansionista de responsabilidad social; sin embargo, no solo se requiere de tales acuerdos unilaterales sino también que respeten los preceptos éticos y normativos establecidos en los Convenios Internacionales de la OIT.

Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, M. (1975). *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona, Ariel.
- BATTISTINI, O. y MONTES CATÓ, J. (2000). “Flexibilización laboral en Argentina. Un camino hacia la precarización y la desocupación”, *Revista Venezolana de Gerencia*, Año 5, N° 10.
- BAYLOS GRAU, A. (2016). “Sobre el Trabajo Decente: La Formación del concepto”, *Derecho & Sociedad*, Año XXVII-2016.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2011). *La cláusula de estado social en la constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial PUCP.
- BURLATSKI, F. (1982). *Materialismo Histórico*, Lima, Editorial Latinoamerica.
- CABANELLAS, G. y RUSSOMANO, M. (1979). *Los conflictos colectivos de trabajo y su solución*, Buenos Aires, Editorial Heliasta.
- CARBALLO MENA, C. (2019). “Tercerización laboral”, *La tercerización empresarial en América Latina*, Wilfredo Sanguinetti Raymond y César Carballo Mena (Coords.), Lima, Palestra Editores.
- CERNA MENDOZA, C. (2009). “Globalización, desarrollo y ética social”, *Apuntes del CENES*.
- ERMIDA URIARTE, O. (2005). “Ética y Derecho del Trabajo”, *Ius Et Veritas*.
- ERMIDA URIARTE, O. (2006). “Ética y derecho del trabajo”, *Iuslabor* N° 1.
- ERMIDA URIARTE, O. (1992). “La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas”, *Ius Et Veritas* N° 4.
- ERMIDA URIARTE, O. (2011). “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación”, *Derecho & Sociedad* N° 37.
- ERMIDA URIARTE, O. (2010). “Responsabilidad social de la empresa: ¿Ética, marketing o Derecho?”, *Revista de la Facultad de Derecho (PUCP)* N° 64.
- ERMIDA URIARTE, O. (2001). “Trabajo decente y formación profesional”, *Boletín Cinterfor: Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*.
- FERNÁNDEZ ARCE, C. (2006). “El derecho, la justicia y la ética”, *Ius Et Veritas*.
- FUENMAYOR TORO, L. (2004). “¿Por qué la ética en nuestros tiempos?”, *Educere*.

- GARCÍA TOMA, V. (2007). *Introducción a las Ciencias Jurídicas*, Lima, Jurista Editores.
- GAMARRA VÍLCHEZ, L. (2009). "El deber de buena fe del trabajador: faltas graves derivadas de su transgresión", *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Grijley.
- JULIÁN VEJAR, D. (2014). "La precariedad laboral, modernidad y modernización capitalista: Una contribución al debate desde América Latina", *Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas N° 23*.
- KENNY, A. (2005). *Breve historia de la filosofía occidental*, Barcelona, Paidós.
- OIT (2005). *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Ginebra.
- PASCUAL, M. (2007). "Chile ¿más cerca o más lejos del trabajo decente?", *Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? El trabajo. Valor y sentido del trabajo*, Víctor Hugo de la Fuente (Dir.), Santiago de Chile, Editorial Aún creemos en los sueños.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998). *Los principios del Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma.
- RASO DELGUE, J. (1993). "Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del derecho del trabajo?", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Número 87.
- REALE, M. (1084). *Introducción al Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide.
- RUSSELL, B. (1972). *Fundamentos de filosofía*, México, Edit. El Arca de Papel.
- SAMAMÉ MORANTE, V. (2005). *La flexibilidad del derecho de trabajo*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima.
- SANGUINETTI RAYMOND, W. (2009). "La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales", *Temas Centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*, Lima, Ara Editores.
- SANGUINETTI RAYMOND, W. (2016). *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada, Editorial Comares.

SEIJO, C. y VILLALOBOS, K. (2011). “La ética social y la dignificación de la vida humana: Un alcance epistémico en la sociedad”, Clío América.

STIGLIZ, J. (2016). *Cómo hace que funcione la globalización*, Barcelona, Debolsillo.

TORRES HERNÁNDEZ, Z. (2014). *Introducción a la Ética*, México, Grupo Editorial Patria.

EL DERECHO DE HUELGA DE LOS JUECES EN URUGUAY

THE RIGHT TO STRIKE OF JUDGES IN URUGUAY

Manuel ECHEVERRÍA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Uruguay.

drmecheverriamartinez@gmail.com

Fecha de envío: 14/03/2021

Fecha de aceptación: 17/03/2021

EL DERECHO DE HUELGA DE LOS JUECES EN URUGUAY

Manuel ECHEVERRÍA

Universidad de la República (Uruguay)

Resumen: En el presente trabajo se analiza si los Jueces son titulares del derecho de huelga. Se hará mención al rol de los Jueces en la Teoría General del Derecho. Se indicará la normativa nacional e internacional vigente y las posiciones de los órganos de control de la OIT, que proclaman la existencia del derecho de huelga, su titularidad a los funcionarios públicos y límites. Se señalarán argumentos a favor y en contra del derecho de huelga de los Jueces, su eventual colisión con otros derechos, forma de lograr su “armonización”, la posibilidad de mantener servicios mínimos y de decretar la esencialidad de la función jurisdiccional. Por último, se formularán algunas reflexiones a modo de conclusiones.

Palabras clave: Huelga - Jueces - Límites - Servicios esenciales

Sumario: 1. Introducción. 2. Breves consideraciones respecto al rol de los Jueces en la Teoría General del Derecho. 3. Acceso a la justicia. Principio de tutela jurisdiccional efectiva. 4. Actos jurídicos estatales y función jurisdiccional. Cometidos estatales: una perspectiva desde el Derecho Público. 5. Breves referencias a la noción del derecho de huelga y su consagración a nivel normativo. 5.1. Noción de Huelga. 5.2. Normativa internacional. 5.2.1. Textos normativos a nivel de OIT que consagran el derecho de Huelga. Pronunciamientos del CEACR y CLS. 5.2.2. Normativa supranacional sobre derecho de huelga. 5.3. Normativa Nacional. 5.3.1. Art. 57 de la Constitución. 5.3.2. Art. 65 de la Constitución. 5.3.3. Normativa infra constitucional. 5.3.4. Doctrina vernácula vinculada al derecho de huelga de los funcionarios públicos. 6. La Huelga como derecho humano, integrante del “bloque de constitucionalidad” y su incidencia en los criterios de interpretación de las normas

internas. 7. Los Jueces como trabajadores del sector público y derecho de huelga. 8. Límites al derecho de huelga de los Jueces. 8.1. Teoría de los límites (límites “internos” y “externos”). 8.2. Límites dispuestos por organismos de la OIT. 8.2.1. Restricciones en “servicios esenciales” y en “funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado”; 8.2.2. Garantía de prestación de “servicios mínimos”. 8.3. Prohibiciones y restricciones en nuestro ordenamiento jurídico interno (aplicables a los Jueces). 8.4. Nuestra posición respecto de los límites. 9. Reflexiones finales.

Abstract: In the present work it is analyzed if the Judges are holders of the right to strike. Mention will be made of the role of Judges in the General Theory of Law. The current national and international regulations and the positions of the ILO supervisory bodies, which proclaim the existence of the right to strike, its ownership to public officials and limits, will be indicated. Arguments in favor and against the right to strike of the Judges, its eventual collision with other rights, the way to achieve its "harmonization", the possibility of maintaining minimum services and decreeing the essentiality of the jurisdictional function will be pointed out. Finally, some reflections will be formulated as conclusions.

Key words: Strike - Judges - Limits - Essential services

Summary: 1. Introduction. 2. Brief considerations regarding the role of Judges in the General Theory of Law. 3. Access to justice. Principle of effective judicial protection. 4. State legal acts and jurisdictional function. State tasks: a perspective from Public Law. 5. Brief references to the notion of the right to strike and its consecration at the normative level. 5.1. Notion of Strike. 5.2. International regulations. 5.2.1. Normative texts at the ILO level that establish the right to strike. CEACR and CLS pronouncements. 5.2.2. Supranational regulations on the right to strike. 5.3. National Regulations. 5.3.1. Art. 57 of the Constitution. 5.3.2. Art. 65 of the Constitution. 5.3.3. Infra constitutional regulations. 5.3.4. Vernacular doctrine linked to the right to strike of public servants. 6. The Strike as a human right, a member of the “constitutionality block” and its impact on the criteria for

interpreting internal regulations. 7. Judges as public sector workers and the right to strike. 8. Limits to the right to strike of the Judges. 8.1. Theory of limits ("internal" and "external" limits). 8.2. Limits established by ILO bodies. 8.2.1. Restrictions on "essential services" and on "officials who exercise authority functions on behalf of the State"; 8.2.2. Guarantee of provision of "minimum services". 8.3. Prohibitions and restrictions in our internal legal system (applicable to Judges). 8.4. Our position regarding the limits. 9. Final reflections.

1. Introducción

Pocos son los derechos humanos cuyo ejercicio sea tan polémico, cuestionado y hasta resistido, como lo es la huelga. Prueba de ello es que tuvo una etapa de prohibición, otra de tolerancia y luego de reconocimiento como Derecho, a nivel legal, constitucional e internacional¹. Por su parte, como enseña DE LA CUEVA el Derecho del Trabajo “es un derecho de y para los trabajadores”, siendo un “derecho polémico” por sus “orígenes, por su sus fines y por su esencia”, siendo el Derecho Colectivo del Trabajo un “derecho de la clase trabajadora”².

Se considera a la huelga como un “correctivo al desequilibrio existente entre el grupo de trabajadores subordinados y los empresarios dotados de un poder económico cuasi soberano”³ y como un instituto “de autoprotección de quienes se encuentran en una situación de hipo suficiencia social o económica”⁴. La huelga tiene como esencia “causar un daño” y presionar⁵, es el derecho a limitar la libertad empresarial⁶ y, como enseña GUIGNI, “presupone una voluntad de infligir un daño y tal voluntad ha sido legitimada por la Constitución”⁷.

En el marco de tal concepción del instituto de la huelga queda planteada -por lo menos- la duda de su aplicación a aquellos funcionarios que actúan como órganos de poder y a quienes tienen la función de dirimir conflictos de acuerdo a Derecho⁸, como es el caso de los Jueces.

¹ Puede verse: DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II, 4ta edición actualizada, Editorial Porrúa, México 1986, pp. 569 a 571.

² DE LA CUEVA, M, ob. cit., pp. 218 – 219.

³ Cfr. DE LA CUEVA, M, citando a Hélene SINAY, ob. cit., p. 597.

⁴ Cfr. MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo, Límites al Derecho de huelga, Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo 1992, pp. 165.

⁵ Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Curso de Derecho laboral, Tomo IV, Vol. 2, Ed. IDEA, Montevideo 2001, p. 65. Este autor dice: “nadie se puede asombrar que las huelgas causen perjuicio”.

⁶ Cfr. Sentencia STC 11/981 citada por OJEDA AVILES, Antonio. Compendio de Derecho sindical, 3ra edición, 2014, Ed. Tecnos, p. 238.

⁷ Cfr. GIUGNI, Gino, Derecho Sindical, 1ª edición en español, Madrid, abril 1983, traducción y estudio preliminar por José Vida Soria, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Servicios de publicaciones del MTSS España, p. 251.

⁸ Por esto, es evidente que, como afirma ZAPIRAIN, el derecho de huelga de los Jueces “concita desconfianza y suscita controversia” y teniendo presente el rol de los Jueces, su alto rango funcional y “poder estatal” que detentan se podría sostener que la posibilidad de que realicen huelga “contradice las propia esencia de este instrumento de autotutela” (Cfr. ZAPIRAIN, Héctor, La Huelga de los Magistrados Judiciales Editorial AMF, 1ª edición diciembre de 2008, p. 43).

Habida cuenta lo expresado y de que la función jurisdiccional es imprescindible para la convivencia pacífica, se analizará el rol del Juez desde la Teoría, desde la perspectiva del Derecho Público, partiendo de la existencia de un Derecho General del Trabajo, de principios y reglas admitidas en el Derecho Colectivo del Trabajo vinculadas a la huelga. Por ello, puede apreciarse, en este trabajo monográfico, la vinculación entre Derecho Público, Derecho Colectivo del Trabajo y la Teoría General del Derecho. Entonces, reconociendo que la temática escogida es muy compleja, se pretende analizar si los Jueces⁹ son titulares del derecho de huelga y, en caso afirmativo, cuáles serían sus límites. Por último, se elaborarán algunas reflexiones a modo de conclusiones finales.

2. Breves consideraciones respecto al rol de los Jueces en la Teoría General del Derecho

A nivel de Teoría, se discute si el Juez aplica el derecho o realmente crea el mismo. En este aspecto podemos citar a TARELLO, quién adhiere a una “concepción realista del derecho”, “cuyos eslabones principales son una teoría de la norma y una, conexas, teoría de la interpretación”; afirmando que “los juristas (y los jueces) siempre, y de todos modos, crean derecho”¹⁰. Para este autor la “norma” es el significado del enunciado normativo, y no el texto normativo, por lo cual el “derecho no es objeto sino fruto de la interpretación”¹¹. Otra posición, sostiene que el Juez sería quien “dice” el derecho mientras que el legislador es quién lo “hace” o “crea”¹².

Por su parte, resulta relevante destacar la visión de FERRAJOLI, quién sustenta la sujeción del Juez a la Constitución como el “garante de los derechos

⁹ Siguiendo la definición proporcionada por COUTURE, en Juez es el “Magistrado integrante del Poder Judicial, investido de la autoridad oficial requerida para desempeñar la función jurisdiccional y abogados al cumplimiento de los deberes propios de la misma, bajo responsabilidad que establecen la Constitución y las leyes” (Cfr. COUTURE, Eduardo, Vocabulario jurídico, 2ª reimpresión, año 1983, Editorial Depalma, p. 353).

¹⁰ Cfr. GUASTINI, Riccardo citando a N. Bobbio, Distinguiendo Estudios de Teoría y metateoría del derecho, Ed. Gedisa, Barcelona (España), Traducción: Jordi Ferrer i Beltrán, 1era edición noviembre – 1999, pp. 32.

¹¹ Cfr. GUASTINI, R., ob. cit., 35 y 36.

¹² GUASTINI, analizando la función jurisdiccional, afirma que “Legislar es ‘hacer’ el derecho, y juzgar es ‘decirlo” (Cfr. GUASTINI, R, ob. cit., p. 248).

fundamentales constitucionalmente establecidos”, siendo el Poder Judicial la garantía de los derechos sustanciales contenidos en la Constitución¹³. Pues bien. En esta visión, donde el Juez tiene una “función de garantía de los derechos fundamentales” sobre la que se basa la “democracia sustancial”¹⁴, parecería que el derecho de huelga de los Jueces no tendría cabida, en tanto éstos son los garantes de los derechos constitucionales.

3. Acceso a la justicia. Principio de tutela jurisdiccional efectiva

El Juez tiene el cometido fundamental de dirimir los conflictos que se le plantean, acorde a un sistema de reglas y principios pre - establecidos. En un Estado de Derecho, el Magistrado dirime los conflictos (sean penales, laborales, civiles, familiares, comerciales, etc.) de manera pacífica y acorde a las reglas y principios establecidos por el Derecho¹⁵. Es por ello que ZAPIRAIN ha considerado que los Jueces tienen un “rol político e institucional clave”, ya que “garantizan la vigencia del ordenamiento jurídico, los derechos de las personas y la resolución pacífica (justa) de los litigios”¹⁶.

En tal sentido, TRUJILLO y VIGNA, al analizar el **acceso a la justicia**, afirman que “la administración de servicios de justicia en sentido amplio puede definirse como una actividad en el marco de un tipo particular de política, la que tiene como finalidad la gestión pacífica de conflictos entre partes”¹⁷. El acceso

¹³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, 4ta edición, Madrid 2004, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, p. 26.

¹⁴ Cfr. FERRAJOLI, L., *ob. cit.*, p. 27. Por tal motivo, vemos pertinente la interrogante planteada por ZAPIRAIN, H.: “¿El instituto de la huelga es compatible con el rol asignado en las Constituciones modernas a los magistrados judiciales?” (Cfr. ZAPIRAIN, H., *ob. cit.*, p. 44).

¹⁵ Sin perjuicio de ello, existen otros mecanismos para solucionar los conflictos, como son la mediación, conciliación y el arbitraje. Al respecto, debe señalarse que, en materia laboral, la SCJ, por sentencia 596/2017 del 8/5/2017 (con discordia de Ricardo PÉREZ MANRIQUE y Rosina ROSSI), admite el la validez de una clausula compromisoria de arbitraje para resolver un conflicto individual de trabajo. La sentencia se encuentra publicada en la BJNP del Poder Judicial (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>).

¹⁶ Cfr. ZAPIRAIN, H., *ob. cit.*, p. 45.

¹⁷ TRUJILLO, Henry y VIGNA, Marcela, “Acceso a la justicia: estudio descriptivo de la necesidades legales en el Uruguay en el año 2013”, Serie Documentos de Trabajo Nro. 14, FDER – UDELAR, febrero de 2016, pp. 4. Disponible en: <http://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/sdt/article/view/19/14>.

a la justicia “es un componente fundamental del Estado de Derecho, y su inexistencia pone en tela de juicio la existencia real de la ciudadanía”¹⁸.

Por su parte, el **principio de tutela jurisdiccional efectiva** implica “el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”¹⁹.

Entonces, “para resolver los conflictos que se plantean en el medio social podemos decir que hay dos líneas de solución: una, basada en la fuerza, triunfo del más poderoso, por sus armas, por su inteligencia o por su astucia; otra, basada en la razón, basada en el establecimiento de un sistema normativo aceptado como obligatorio por los contendientes”²⁰.

La importancia del rol del Juez es tan grande que autores que pregonan la corriente neo constitucionalista, como PRIETO SANCHIS, han señalado que una Constitución “garantizada significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomiende a los jueces”²¹. En la misma línea de razonamiento, ROSSI afirma que “la garantía intrínseca de los derechos fundamentales, constituye en sí misma un derecho fundamental que se expresa en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, que “tiene fuente en el bloque de constitucionalidad de los derechos Humanos”^{22 23}.

En este aspecto también se destaca el art. 1 de la Parte I del Código Modelo de Ética Judicial Aprobado por la Asamblea Plenaria de la XIII Edición

¹⁸ Cfr. TRUJILLO, H. y VIGNA, M., ob. cit., p. 1.

¹⁹ Cfr. VÁZQUEZ, Cristina citando a Néstor SAGUÉS, “Agotamiento de la vía administrativa y acción reparatoria”, Revista La Justicia Uruguaya, Año LXXVIII, Tomo 155, julio - agosto 2017, pp. D 122 – 123.

²⁰ Cfr. LANDONI SOSA, Ángel y BIURRUM, Rafael, “El rol de los Jueces y abogados en la efectiva y eficiente tutela de los derechos sustanciales”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVII (1966), p. 55.

²¹ CORREA FREITAS, Ruben, citando a Luis PRIETO SANCHIS, Fundamentos de la Constitución ROU, Editorial B de F, Montevideo 2017, p. 68.

²² Argumentación de la Dra. Rosina ROSSI en su discordia en la sentencia de la SCJ Nro. 596/2017, antes citada.

²³ El derecho a la justicia está consagrado en las siguientes normas internacionales: art. 8 y 25 de la Conv. Americana de los DDHH, Pacto de San José de Costa Rica (1969); art. 8 de la Decl. Universal de los DDHH (1948); inc. 3 del art.2 del Pacto Int. de Derechos Civiles y Políticos (1966); Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad” (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008), recogidas en Acordada de la SCJ Nro. 7647.

de la Cumbre Judicial Iberoamericana²⁴, en cuanto dispone que la “razón de ser” del Juez “es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos (...)”.

Sin adelantarnos a dar una respuesta, partiendo de un análisis abstracto, se podría afirmar que la huelga de los Jueces afectaría la seguridad, no garantizaría los derechos sustanciales ni el acceso a la justicia, vulneraría el principio de tutela jurisdiccional efectiva y, en definitiva, impediría la resolución de los conflictos sociales en forma pacífica y democrática.

4. Actos jurídicos estatales y función jurisdiccional. Cometidos estatales: una perspectiva desde el Derecho Público

Siguiendo a SAYAGUES LASO podemos sostener que para realizar sus fines las “entidades estatales actúan mediante actos jurídicos y operaciones materiales”, que se realizan “en virtud de los poderes jurídicos que el derecho objetivo establece. Dichos poderes jurídicos son una aptitud para obrar de determinado modo o manera”²⁵. Según las características de los poderes se distingue la potestad de legislación, de administración y jurisdiccional, siendo ello lo que “tradicionalmente se denominan funciones jurídicas del Estado”²⁶.

De esa manera, antes de analizar la función jurisdiccional, debe hacerse mención a los actos jurídicos que emanan del Estado. Y, dentro del elenco de los mismos, basándose en la doctrina francesa, al analizar la clasificación material de los actos jurídicos, SAYAGUÉS LASO, enseña que existen cuatro categorías, a saber: (a) actos regla; (b) actos subjetivos; (c) actos – condición; y (d) actos jurisdiccionales²⁷. Éstos últimos “consisten en un pronunciamiento o constatación sobre un punto controvertido que adquiere fuerza de verdad definitiva”; y “pertenecen en general al derecho público, pues el Estado se atribuye el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional” (sin perjuicio de que “la

²⁴ Declarada con valor de Acordada por la SCJ, según Acordada Nro. 7688 del 30/7/2010, Ref. “Principios de la ética judicial Iberoamericana”.

²⁵ SAYAGUÉS, LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, tercera edición, Montevideo 1969, pp. 34.

²⁶ SAYAGUÉS, LASO, E. ob. cit., p. 35.

²⁷ SAYAGUÉS, LASO, E. ob. cit., 26 a 28.

existencia de la jurisdicción arbitral en muchos países introduce un elemento de duda²⁸). El concepto de acto jurisdiccional “está directamente vinculado con la función jurisdiccional”²⁹.

Pues bien. Ingresando al concepto de la *función jurisdiccional*, SAYAGUÉS LASO hace las siguientes puntualizaciones³⁰: (i) puede utilizarse un criterio orgánico (“sería función jurisdiccional la que desarrollan los órganos judiciales”³¹); (ii) un criterio formal (sería la “actividad estatal que se manifiesta mediante actos procesales, especialmente por el acto denominado sentencia”; y (iii) “la función jurisdicción es la que tiene por objeto decidir cuestiones jurídicas controvertidas mediante pronunciamientos que tienen fuerza de verdad definitiva”.

Se ha distinguido, por su parte, entre *funciones y cometidos estatales*³². Dentro de los cometidos estatales tenemos aquellos que son “esenciales”, que serían “los cometidos del Estado inherentes a su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por el mismo”³³. Para SAYAGUÉS LASO es “*cometido fundamental* del estado hacer justicia, es decir, reparar toda violación del derecho”, realizándose “principalmente mediante la función jurisdiccional”³⁴.

A nivel de derecho positivo, la función jurisdiccional está expresamente establecida en el art. 6 de la ley 15.750 (LOT), al disponer que los Tribunales tienen función “jurisdiccional” que consiste la “potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado”, aclarando en el art. 51 que el ejercicio de dicha función compete a la SCJ, Tribunales de Apelaciones, Juzgados Letrados, Juzgados de Paz y Tribunales de Faltas.

Efectuadas estas necesarias precisiones, sostenemos que los Jueces cumplen con realizar actos jurisdiccionales y función jurisdiccional, siendo un

²⁸ Esta afirmación se corrobora con la posición de la SCJ en sentencia 596/2017 (antes citada), donde se sostiene que la función que cumplen los árbitros “es de naturaleza jurisdiccional”.

²⁹ SAYAGUÉS LASO, E., ob. cit., pp. 27 - 28.

³⁰ SAYAGUÉS LASO, E., ob. cit., pp. 46 - 47.

³¹ El autor sostiene que este criterio es “equivocado” ya que los órganos jurisdiccionales también realizan función administrativa (función que también cumpliría Suprema Corte de Justicia). (Cfr. SAYAGUÉS LASO, E., ob. cit., pp. 47).

³² Al respecto debe verse: SAYAGUÉS LASO, E., ob. cit., pp. 50.

³³ Cfr. SAYAGUÉS LASO, E., ob. cit., pp. 56.

³⁴ Cfr. SAYAGUÉS LASO, E., ob. cit., pp. 82.

cometido fundamental e inherente en un Estado de Derecho, lo cual torna más compleja aun la duda planteada al comienzo, de si los Jueces tienen (o no) derecho de huelga.

5. Breves referencias a la noción del derecho de huelga y su consagración a nivel normativo

5.1. Noción de Huelga

Una visión *triangular* del Derecho Colectivo del Trabajo propugna que éste se apoya en tres pilares básicos: *libertad sindical, derecho de huelga y negociación colectiva*. Es así que podría representarse como un “triángulo equilátero, cuyos ángulos todos idénticos en graduación, serían el sindicato, la negociación y contratación colectiva, y la huelga, de tal manera que ninguna de las tres figuras de la trilogía podría faltar porque desaparecería el triángulo”. El “principio básico y creador del derecho colectivo del trabajo es la libertad, a la que, en la materia que nos ocupa, se da el título de libertad sindical, y que es todo el contenido del triángulo”³⁵. Esta “*triangularidad*” se basa en los tres pilares fundamentales: “*autonomía sindical, autonomía colectiva y autotutela*”³⁶.

Ahora bien. No hay un texto normativo que defina el derecho de huelga³⁷ por lo que debemos recurrir a la doctrina. En tal sentido, se han manejado innumerables definiciones, pero solo se destacará la utilizada por ERMIDA URIARTE, por considerarse la más ilustrativa atento a la evolución que ha tenido

³⁵ Cfr. Mario DE LA CUEVA, ob. cit., pp. 214, 216 y 217.

³⁶ Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar, “Modalidades de conflicto colectivo”, rev. Der Lab Tomo XLII, Nro. 194, abril – junio 1999, FCU, p. 235).

³⁷ Oscar ERMIDA URIARTE considera a la huelga como el “**fenómeno más atípico de la parte más atípica del derecho más atípico (porque en definitiva, el Derecho del Trabajo es el derecho más atípico o uno de los más atípicos; el derecho colectivo es el sector más atípico; y la huelga es el instituto más atípico del derecho colectivo del Trabajo)**” (Cfr. ERMIDA URIARTE, O., Apuntes sobre la Huelga, Colección JVS 22, FCU, Montevideo 1983, p. 12). Se considera importante destacar lo afirmado por MANTERO ÁLVAREZ, en cuanto a que “resulta insuficiente definir la huelga como la simple paralización colectiva del trabajo, desde que la realidad es más rica que eso, más cambiante más plástica, además, como señala Javellier, definir puede equivaler a veces a restringir las posibilidades de acción de los interesados, ya que el ejercicio del derecho se limita al campo tomado en consideración por la definición” (Cfr. MANTERO ÁLVAREZ, R, ob. cit., p. 56).

este instituto³⁸. Este autor maneja como definición “tentativa” la adoptada por COUTURE y PLÁ RODRÍGUEZ, y sostiene que la huelga constituye “toda omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta”³⁹.

No obstante la definición, ERMIDA URIARTE ha admitido que “el concepto de huelga ha evolucionado mucho (...) privando hoy la concepción de la huelga como la suspensión o alteración colectiva del trabajo con una finalidad de reclamo o protesta o, también, como la introducción colectiva de una anomalía en el proceso productivo”⁴⁰.

La amplitud de la noción de huelga ha determinado que se distinga entre modalidades de ejercicio de huelga, denominándolas típicas o atípicas⁴¹.

5.2. Normativa internacional

5.2.1. Textos normativos a nivel de OIT que consagran el derecho de Huelga. Pronunciamientos del CEACR⁴² y CLS⁴³

El CLS ha considerado que “si bien pueden existir varios tipos de huelga, por lo general, se entiende por huelga una interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con

³⁸ Como bien sostiene DE LA CUEVA la huelga está en “en evolución permanente, como consecuencia de los cambios de la vida económica y social” (Cfr. DE LA CUEVA, M., ob. cit., p. 232).

³⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar. citando a PLÁ RODRÍGUEZ y COUTURE, Apuntes sobre la Huelga, ob. cit., p. 35.

⁴⁰ Cfr. ERMIDA URIARTE, O., “Ocupaciones y solución de conflictos colectivos”, en XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- Minas – 2006, FCU, p. 259.

⁴¹. Respecto a las huelgas típicas y atípicas puede verse: PÉREZ del CASTILLO, Santiago, El derecho de huelga, FCU, 1ª edición, Montevideo mayo de 1999, p. 343 y ss. Las modalidades atípicas han sido admitidas por los decretos 165/006 y 401/008. Debe señalarse que el decreto 165/006 ha sido derogado por el decreto 281/020 de 15/10/2020. A nivel legal, las modalidades atípicas en general son admitidas por el **art. 1 de la ley 19.051**, en cuanto refiere a “**ejercicio del derecho de huelga en cualquiera de sus modalidades**”. Las modalidades atípicas también son admitidas, siempre que sean pacíficas, por el Comité de Libertad Sindical de la OIT (Ver: CLS, La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra 2006, OIT, 5ª edición (revisada), párr. 545).

⁴² Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

⁴³ Comité de Libertad Sindical.

el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”⁴⁴.

La OIT adopta un concepto *amplio* de huelga al admitir diversas modalidades de la misma, entre las cuales se encuentran la “paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de empresa o del centro de trabajo”, pudiéndose limitar las mismas en caso de que la “huelga dejase de ser pacífica”⁴⁵.

Como bien lo destaca BRONSTEIN “actualmente la huelga únicamente figura, y ello de manera indirecta en el art. 1 del convenio 105, sobre abolición del trabajo forzoso, 1957; en los párrs. 4, 6 y 7 de la recomendación 92, sobre conciliación y arbitraje voluntarios, 1951; y en el párr. 6 de la recomendación 188, sobre las agencias de empleo privadas, 1977. En cambio, varias resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo, de conferencias regionales o de comisiones sectoriales, ponen de manifiesto el derecho de huelga o las medidas adoptadas para garantizar su derecho”⁴⁶.

A partir del art. 3 del CIT 87, por el cual se consagra el derecho a las organizaciones de trabajadores y de empleadores de “organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” y se establece el objeto de las organizaciones de “fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores (art. 10)”, la CEACR y el CLS “han reconocido en innumerables ocasiones el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones y han delimitado el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio”⁴⁷. En efecto, el **CLS** sostiene que el derecho a la huelga es un elemento esencial del derecho sindical y siempre lo ha considerado como uno de los derechos fundamentales y legítimos de los trabajadores y sus organizaciones, en la medida que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales, siendo un

⁴⁴ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra 2018, OIT, 6ª edición, párr. 783.

⁴⁵ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 784.

⁴⁶ BRONSTEIN, Arturo, Derecho Internacional del Trabajo, 1era edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 2013, pp. 184.

⁴⁷ Cfr. CASTELLO, Alejandro, citando a GERNIGÓN, ODERO y GUIDO, “Límites al derecho de huelga: a propósito de las huelgas en la Administración Central del Estado”, rev. Der. Lab. Tomo LVII, Nro. 256, FCU, octubre- diciembre de 2014, pp. 663 y 664.

corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio Nro. 87⁴⁸.

Por su parte, al analizar el CIT 87 y la huelga, el **CEACR** ha sostenido que “la ausencia de una disposición concreta al respecto no es determinante en la medida que el contenido del convenio debe ser interpretado teniendo en cuenta su objeto y fin”, que la huelga ha sido afirmado como principio esencial de la libertad sindical por el Comité de Libertad Sindical”, reafirmando que el derecho de huelga se deriva del convenio⁴⁹.

De diversos pronunciamientos de ambos órganos de contralor (CLS y CEARC) surge la existencia de límites, algunos de los cuales se indicarán más adelante.

Por último, no puede dejarse de mencionar que existe un fuerte cuestionamiento, a nivel internacional, del derecho de huelga por parte del sector empleador en la OIT⁵⁰.

5.2.2. Normativa supranacional sobre derecho de huelga

⁴⁸ Cfr. CLS, La Libertad Sindical, Recopilación...5ª edición, ob. cit., párrs. 131, 520, 521, 522 y 523.

⁴⁹ Estudio general de la CEACR sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos del trabajo a la luz de la declaración de OIT sobre justicia social para una globalización equitativa, 2008, párrs. 118 a 120 (citada por BRONSTEIN, A., ob. cit., pp. 188 – 189).

⁵⁰ En concreto, durante la 101ª reunión de la Conferencia Internacional de la OIT (año 2012), el grupo de empleadores reiteró que: el derecho de huelga no está consagrado en el CIT 87; la CEACR no tiene potestad para interpretar las normas internacionales; son “básicamente inaceptables” las interpretaciones del derecho de huelga que hace la Comisión; en base al art. 37 de la Constitución de la OIT, únicamente, la Corte Internacional de Justicia “puede dar interpretación definitiva a las normas internacionales de trabajo”; las opiniones de la CEACR no constituyen jurisprudencia vinculante, debido a que no tiene competencia judicial dentro de la OIT; corresponde a los gobiernos establecer “sus propias reglas y prácticas” del derecho de huelga “al considerar la manera de resolver los conflictos nacionales en materia de relaciones laborales” (Cfr. Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, Extracto de actas de la 101 reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, año 2012, parte I, parr. 82, 147, 148 y 149). Al respecto puede verse BARRETTO GHIONE, Hugo, “¿Es posible leer sin interpretar? Sobre el derecho de huelga y la posición de los empleadores en la OIT, rev. Der. Lab, Tomo LV, Nro. 247, julio – setiembre de 2012, FCU, Montevideo, p. 475. Este autor destaca la “bipolaridad” de los empleadores quienes, por una parte, cuestionan la interpretación del CIT 87 por la CEACR y, por otra parte, asumen que el derecho de huelga es un corolario de la libertad sindical (CIT 87) en el CLS. También puede verse: ROJAS RIVERO, Gloria P., “La protección del derecho de huelga por la OIT en entredicho”, rev. Der. Lab. Tomo. LXIII, Nro. 277, enero – marzo 2020, FCU, p. 7.

El derecho de huelga está reconocido expresamente en los siguientes instrumentos internacionales:

- Art. 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1947)⁵¹.

- literal d del art. 8 del PIDESC (1966)⁵².

- literal d del art. 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "*Protocolo de San Salvador*" (1988)⁵³.

- Art. 18 de la Declaración Socio-laboral del Mercosur⁵⁴.

5.3. Normativa Nacional

5.3.1. Art. 57 de la Constitución

No cabe la menor duda que el art. 57 es el pilar básico y piedra angular de Derecho Colectivo del Trabajo en tanto "declara" a la huelga como un derecho gremial.

5.3.2. Art. 65 de la Constitución

Cómo se indicará más adelante, la doctrina interpreta que del inciso 2° del art. 65⁵⁵ se extrae la posibilidad de ejercer la huelga por parte de los funcionarios públicos.

5.3.3. Normativa infra constitucional

⁵¹ Adoptada en Río de Janeiro, Brasil, 1947. A

⁵² Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A XXI del 16/12/1966, vigente desde el 3/1/19796.

⁵³ Adoptada el 17/11/1988 en San Salvador, El Salvador, vigente desde el 16/11/1999.

⁵⁴ Reformulada en Brasilia el 17/6/2015.

⁵⁵ Inciso 2° del Art. 65: "En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios"

A nivel infra constitucional la huelga está regida por las siguientes normas: decreto ley 13.720⁵⁶; leyes 10.913⁵⁷, 18.508, 19.051⁵⁸, 19.121⁵⁹, 19.315⁶⁰ y 19.889 (“LUC”⁶¹); decreto 401/008⁶² y decreto de fecha 15/X/2020⁶³.

Además de tales normas, a nivel de la negociación colectiva (tripartita y bipartita) se ha reglamentado el ejercicio del derecho de huelga a través de los mecanismos de prevención y solución de conflictos⁶⁴.

5.3.4. Doctrina vernácula vinculada al derecho de huelga de los funcionarios públicos

Mucho se ha escrito respecto de si los funcionarios públicos son titulares (o no) del derecho de huelga⁶⁵, pero coincidimos con CASTELLO de que “en

⁵⁶ Regula el preaviso de la huelga (art. 3 literal f), así como la huelga en los servicios públicos (aún los administrados por particulares) y esenciales.

⁵⁷ Regula las divergencias y Consejos Paritarias en las empresas concesionarias de servicios públicos (norma actualmente desaplicada).

⁵⁸ Refiere al descuento proporcional de determinados rubros salariales vinculadas a la asistencia es en caso de huelga; reiterándose que, en su art. 1, refiere a la huelga “*en cualquiera de sus modalidades*”.

⁵⁹ “Regulación del Estatuto del funcionario público de la Administración Central”. En su art. 35 declara el derecho sindicalización, libre asociación, negociación colectiva y a la huelga.

⁶⁰ El literal M del art. 35 de la ley 19.315 establece que los policías tienen derecho a la sindicalización, estándole expresamente prohibido el ejercicio de la huelga.

⁶¹ En especial, el art. 392: “(Libertad de trabajo y derecho de la dirección de la empresa). El Estado garantiza el ejercicio pacífico del derecho de huelga, el derecho de los no huelguistas a acceder y trabajar en los respectivos establecimientos y el derecho de la dirección de las empresas a ingresar a las instalaciones libremente”

⁶² Regula el descuento de salarios en caso de medidas gremiales de los funcionarios de la Administración Central.

⁶³ Este reciente decreto derogó los decretos 165/006 y 354/010 y establece la posibilidad de que el MTSS intervenga ante las ocupaciones de los lugares de trabajo (públicos y privados), intime la desocupación y solicite el desalojo a través del Ministerio del Interior. Si bien no es objeto de este trabajo, adelantemos opinión respecto a la ilegalidad de este decreto en tanto se aparta de la garantía estatal del derecho de huelga ordenada por el art 392 de la ley 19.889 (LUC); vulnera el art 57 de la Constitución; se aparta de dictámenes del CLS en cuanto admite la desocupación por la fuerza pública únicamente cuando se afecte el orden público o se cometan actos delictivos; generando un Arbitraje -discrecional- y decidido por el PE para la finalización de un conflicto colectivo de trabajo.

⁶⁴ No se hará referencia a los sectores dónde se han incorporado estos mecanismos, porque se considera que excede el objeto de este trabajo. Al respecto puede verse: FERRIZO, Arturo y PITA, Fabián, “Deber de paz y prevención de conflictos en la negociación colectivo actual”, rev. Der Lab. Tomo LXIII, Nro. 277, enero – marzo 2020, FCU.

⁶⁵ Entre otras publicaciones, puede verse: ARTECONA, Martha Abella, “La huelga de los funcionarios públicos”, rev. Der Lab, Tomo XIV, Nro. 78, julio –setiembre de 1996, p. 60; DE FERRARI, Francisco, “La huelga y los funcionarios públicos”, rev. Der Lab, Tomo XIII, Nro. 75, diciembre de 1962, pp. 250; LARRAÑAGA, Nelson, Derecho de huelga y Negociación Colectiva, Editorial AMF, 1ª edición, setiembre de 2011, pp. 59 y ss.; ZAPIRAIN, H., ob. cit., pp. 16 a 22.

nuestro país se encuentra superado el debate acerca de si los funcionarios públicos se encuentran o no asistidos del derecho de huelga (...)” y que en la actualidad “ya nadie duda de que la regla general es que en Uruguay los funcionarios públicos son titulares del derecho de huelga”; en todo caso pueden limitarse según categorías u ocupaciones (ej. policías, militares, funcionarios que ocupan órganos de poder público)⁶⁶. Por ello, se destacarán brevemente algunas posiciones doctrinarias ilustrativas al respecto.

ERMIDA URIARTE sostiene cuatro argumentos que consagran el derecho de huelga de los funcionarios públicos. Ellos son: (1) el art. 65 de la Const. prevé la interrupción de los servicios públicos, “con lo cual viene a reconocer que el funcionario público puede hacer huelga”; (2) el citado art. 57 “no distingue”, por lo tanto, no puede distinguir el intérprete; (3) el decreto ley 13.720, en cuanto “previó la huelga de los funcionarios públicos, analizando justamente cuando era lícita, cuándo no, qué servicios debían mantenerse, etc.”; y (4) los arts. 53 y siguientes de la Const., en los cuales se “edicta una especie de derecho general del trabajo, aplicable por igual a empleados públicos y particulares”⁶⁷. En la misma línea y basados en el art. 65 de la Constitución, se han pronunciado RASO DELGUE⁶⁸ y MANTERO ÁLVAREZ⁶⁹.

Como bien lo señala MANTERO DE SAN VICENTE el reconociendo de huelga a los funcionarios públicos es “relativamente moderno, no solo en nuestro país sino a nivel universal”, derivado del “carácter expansivo del derecho del trabajo y de la eliminación de la distinción que había hecho el derecho entre los trabajadores públicos y los de la actividad privada”. Con acierto, el autor señala que “el Estatuto del Funcionario Público (Ley 19.121) “reconoce el derecho de huelga de los funcionarios públicos”, existiendo limitaciones (ej. a los funcionarios de las fuerzas armadas, policía, funcionarios de autoridad y de confianza)⁷⁰.

⁶⁶ Cfr. CASTELLO, A., ob. cit., pp. 662 y 663.

⁶⁷ ERMIDA URIARTE, O., Apuntes..., ob. cit., pp. 52 y 53.

⁶⁸ Ver: RASO DELGUE, Juan, Reglamentación del Derecho de Huelga Argentina, Paraguay y Uruguay, Cuadernos Laborales de América y España, AAVV, Embajada de España Consejería Laboral, MTSS de España, p. 151.

⁶⁹ Ver: MANTERO ÁLVAREZ, R. ob. cit., p. 47.

⁷⁰ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, Derecho Sindical, Tomo I, FCU, 2ª edición abril 2015, actualizada por Rodolfo BECERRA y Ariel NICOLIELLO, pp. 229, 231 y 232.

6. La Huelga como derecho humano, integrante del “bloque de constitucionalidad” y su incidencia en los criterios de interpretación de las normas internas

La expresa inclusión del derecho de huelga en convenios, protocolos y pactos internacionales así como en dictámenes de los órganos de control de la OIT determina que estemos ante un innegable derecho fundamental. Y, ello puede generar alguna contradicción con normas nacionales, sea en el grado de intensidad de protección o en su contenido sustancial, por lo que la doctrina ha elaborado principios interpretativos basados en el *bloque de constitucionalidad de los derechos humanos*⁷¹.

Dentro de tales principios, que han sido sistematizados por BARBAGELATA⁷², nos interesa destacar el *principio de la primacía de la aplicación de la disposición más favorable a la persona humana* (“favorabilidad”); principio que además ha sido adoptado por la CIDH, en la OC 18/03⁷³ al disponer que, como no siempre hay armonía entre una norma supranacional y otra de orden interno, la interpretación debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (**principio pro homine**⁷⁴).

Las disposiciones constitucionales (arts. 57, 72 y 332) así como los principios interpretativos mencionados y el criterio de la “interpretación

⁷¹ Al respecto, puede verse: Héctor - Hugo BARBAGELATA, “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”, rev. Der. Lab. Nro. 214, Tomo XLVII, FCU, abril – junio 2004, pp. 217. El bloque de constitucionalidad ingresa a nuestro ordenamiento jurídico a través de los arts. 72 y 332 de la Constitución. Este bloque, que ha sido reconocido expresamente por el art. 30 de la ley 18.572, “representa la superación del monismo y dualismo” y reconoce “un derecho de los derechos humanos, supralegal, supra constitucional, no de orden interno o internacional sino “universal” (Cfr. BARBAGELATA, H – H, El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos laborales, 2ª Edición actualizada y ampliada - marzo de 2009, FCU, reimpresión inalterada – junio de 2014, pp. 222).

⁷² Héctor - Hugo BARBAGELATA sistematiza tales principios en El particularismo..., ob. cit., pp. 240 a 248. Por su parte, CASTELLO afirma que si la huelga es un derecho fundamental debe interpretarse “a favor libertatis”, lo que no implica que sea un derecho superior y que en caso de contradicción con otros derechos deberá buscarse su compatibilización, aclarando que solo excepcionalmente se puede autorizar su limitación (Cfr. CASTELLO, A., ob. cit., p. 664).

⁷³ Párrafo 156 de la Opinión Consultiva (OC) 18/03.

⁷⁴ Este principio puede extraerse del art. 4 del Protocolo de San Salvador.

conforme”, permiten inferir que los Jueces son titulares del derecho de huelga y que toda limitación o prohibición del derecho de huelga debe ser extraordinaria y restringida a casos excepcionales y rigurosamente fundados.

7. Los Jueces como trabajadores del sector público y derecho de huelga

Surge del Título III⁷⁵ de la ley 15.750 que los Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones (art. 84); tienen derecho a: la licencia (art. 86); una remuneración (art. 86); al ascenso (art. 95) -cuyo orden es establecido por la SCJ (art. 96)-; a la carrera judicial (arts. 78 y 98); pueden ser trasladados “por razones de buen servicio” por decisión de la SCJ (art. 99); están bajo responsabilidad disciplinaria (112), y las correcciones serán impuestas por la SCJ (art. 114). También tienen derecho a la negociación colectiva (ley 18.508⁷⁶).

La SCJ es quién “ejerce la superintendencia, directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del Poder Judicial” (Nral. 2º del art. 239 de la Const.), y nombra a los miembros de los Tribunales de Apelaciones y a los Jueces letrados y (Nral 4º y 5º del art. 239).

Como bien afirma VAZQUEZ, “el funcionario público es un trabajador que, como tal resulta alcanzado por las disposiciones que rigen el trabajo como hecho social y, en esencial, el trabajo subordinado”. “Ningún trabajador público puede tener menos garantías que un trabajador privado”⁷⁷.

De las disposiciones legales citadas, se extrae que los Jueces son trabajadores del sector público y están, por consiguiente, inmersos en el sistema de relaciones laborales del ámbito público. El trabajo personal, la onerosidad, la subordinación (ante la SCJ) es innegable, por lo cual la calidad de trabajadores dependientes de los Jueces no puede cuestionarse. Como consecuencia, tienen toda la protección que nuestra Constitución otorga al trabajo (como hecho social)

⁷⁵ Denominado “Estatuto de los Jueces”.

⁷⁶ El art. 8 de esta ley comprende expresamente a los funcionarios del Poder Judicial.

⁷⁷ Cfr. sentencia No 314 del 18/9/2007 dictada por el TAT de 2º turno, citando a Cristina VÁZQUEZ (publicada en AJL año 2007 caso 314)

y a los trabajadores sin distinción, entre ellos el derecho de huelga declarado en el art. 57 de la Constitución.

Refuerza dicha tesis, lo sostenido por CASSINELLI MUÑOZ de que las normas constitucionales que refieren al trabajo tienen “aplicabilidad indiscriminada a todo tipo de relación de trabajo”, salvo que haya una disposición expresa que distinga según sea la contraparte de esa relación, si un ente público o una empresa privada”⁷⁸. De esa manera, el autor concluye que existe un “Derecho General del Trabajo”, que se aplica a todos los trabajadores⁷⁹.

Por tales argumentos, son aplicables a los trabajadores, públicos y privados, todas “las normas constitucionales sobre derechos deberes y garantías de las personas o de los habitantes, por la sencilla razón de que son personas o habitantes de la república. No hay reserva constitucional que permita excluir a los funcionarios públicos como titulares de ningún derecho laboral, sin perjuicio de que en el ámbito específico se les apliquen las normas pertinentes”⁸⁰. De esta forma todos los trabajadores gozan de la protección constitucional y, en especial los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia” (arts. 7, 53 a 57 de la Const.), existiendo un “Derecho General del Trabajo”^{81 82}.

Por su parte, nuestro país ratificó los CIT 87, 98 y 151, por lo que “no existen dudas en cuanto a que todas éstas normas resultan íntegramente aplicables a los funcionarios públicos”⁸³.

Como corolario, los Jueces, en tanto son trabajadores dependientes, tienen derecho a la libertad sindical, a la sindicalización, al derecho de huelga y a la negociación colectiva.

⁷⁸ CASSINELLI, MUÑOZ, Horacio, *Cursillo sobre El Derecho del Trabajo y los Funcionarios públicos*, AAVV, Biblioteca de Derecho laboral Nro. 5, Montevideo 1977, pp. 105 y 115.

⁷⁹ CASSINELLI, MUÑOZ, H., *ob. cit.*, pp. 115.

⁸⁰ Cfr. TAC 1º turno en sentencia 194/2013 del 23/10/2012, citando a CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Disponible en BJPN del Poder Judicial: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>).

⁸¹ Cfr. TAC 1º, sent. 194/2013, citada ut supra.

⁸² PRATT, Julio a., sostiene que prefiere hablar de “normas aplicables a todo trabajo subordinado o regulación jurídica del trabajo como hecho” en vez de derecho general del trabajo. (Cfr. PRATT, A, *Derecho Administrativo*, Tomo 3 Volumen1, Los funcionarios públicos, editorial Acali, Montevideo 1978, pp. 207.

⁸³ Cfr. RACCIATI, O., GARMENDIA, M., y GOLDFLUS, S., “Relaciones industriales, incluyendo disputas colectivas en el sector público”, *rev. Der Lab.*, Tomo XLII, Nro. 199, FCU, julio – setiembre 2000, p. 572.

8. Límites al derecho de huelga de los Jueces

8.1. Teoría de los límites (límites “internos” y “externos”)

En doctrina se ha distinguido entre límites “internos” y “externos”⁸⁴. Compartimos lo sostenido por MANTERO ÁLVAREZ respecto de que no sería posible hablar de límites internos, ya que éstos “cuando asumen una entidad suficiente, aparecen como límites externos, en tanto por su gravedad lesionan esferas jurídicas de terceros, tuteladas por el propio ordenamiento jurídico al mismo nivel que el derecho de huelga”. Los límites de la huelga no derivan de su modalidad sino de la lesión de otros derechos o bienes tutelados por el ordenamiento jurídico⁸⁵.

8.2. Límites dispuestos por organismos de la OIT

Como bien señala BRONSTEIN, si “la huelga es un derecho fundamental, no es, sin embargo, un derecho absoluto”, ya que puede entrar en conflicto con otros derechos lo que obliga a formular reglas de convivencia entre los derechos posiblemente afectados⁸⁶. Claro está, entonces, que el derecho de huelga, como todos los derechos, **no es absoluto**⁸⁷.

Una innumerable cantidad de dictámenes del CLS establecen que, en determinadas circunstancias, se puede limitar o prohibir la huelga. En términos muy generales, ellas son: (1) “en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado”; (2) en

⁸⁴ Los “internos” parten de la existencia de un concepto de huelga y todo lo que no encaje en el mismo sería ilícito o por lo menos “despojado de la protección del orden jurídico”. Por su parte, los límites externos indican “la protección de otros derechos o bienes jurídicos de igual o superior jerarquía que la huelga, que eventualmente se pueden ver lesionados por ésta”, o sea, serían un “límite en función de la tutela de esferas jurídicas de terceros (Cfr. MANTERO ÁLVAREZ, R., ob. cit., pp. 54).

⁸⁵ MANTERO ÁLVAREZ, R., ob. cit., 63.

⁸⁶ BRONSTEIN, Arturo, Derecho Internacional del Trabajo, 1era edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 2013, ob. cit. p. 190.

⁸⁷ Al respecto, puede verse: MANTERO ÁLVAREZ, R. ob. cit., p. 17.

los servicios esenciales en el sentido estricto del término”⁸⁸; y (3) “en una situación de crisis nacional aguda”⁸⁹.

A continuación se señalarán algunas restricciones admitidas por el CLS y que podrían aplicar a la actividad de los Jueces.

8.2.1. Restricciones en “servicios esenciales” y en “funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado”

Al analizar la función pública y el derecho de huelga, el CLS ha dictaminado que “el reconocimiento de la libertad sindical a los funcionarios públicos no implica necesariamente el derecho de huelga”⁹⁰, sosteniendo que el derecho de huelga “puede limitarse o prohibirse: **1)** en la función pública solo en **casos de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado; y 2)** en **los servicios esenciales en el sentido estricto** del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)”⁹¹.

Para el CLS, el criterio del servicio esencial supone un “criterio determinante” por el cual se “podría” “prohibir” la huelga⁹²; este criterio se configura con la “existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población”⁹³. El Comité da pautas generales para la determinación de los servicios esenciales en sentido estricto y aclara que su definición “depende en gran medida de las condiciones propias de cada país”⁹⁴.

También puede considerarse esencial aquellos servicios que no lo sean en sentido estricto pero que se conviertan en tal cuando su duración “rebase

⁸⁸ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación decisiones del Comité de Libertad Sindical, 6ª edición, año 2018, párr. 830.

⁸⁹ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 824.

⁹⁰ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones... 5ª edición, ob. cit., párr. 572.

⁹¹ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 5ª edición, ob. cit., párr. 576.

⁹² CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 836.

⁹³ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 836.

⁹⁴ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 837.

cierto periodo o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona la salud de toda o parte de la población”⁹⁵.

Concretamente, referido a los **funcionarios del Poder judicial**, el Comité ha dictaminado “que ejercen funciones de autoridad en nombre del estado, por lo que su derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, como la suspensión del ejercicio del derecho o incluso su prohibición”⁹⁶. En cierto modo, tal dictamen tiene sustento en lo dispuesto en el **Nral. 2 del art 1 del CIT 151** (Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978)⁹⁷.

En nuestra posición, al ejercer una función jurisdiccional y ser soporte del Estado en un cometido esencial, el Juez ejerce una función *de autoridad en nombre del Estado*⁹⁸, tal como lo destaca el CLS.

Ahora bien. Los dictámenes de los órganos de la OIT pueden utilizarse para interpretar las normas pero no en un sentido peyorativo cuando en el orden interno se consagra un derecho a nivel constitucional; tal como sucede en nuestro derecho interno, que declara la existencia del derecho de huelga en forma expresa y sin distinción (**art. 57 de la Constitución**). Además, el derecho de huelga integra el “bloque de constitucionalidad”. Y, por si ello fuera poco, es aplicable el numeral **8 del art. 19 de la Constitución de la OIT**.

En buen romance, no puede dejarse de aplicar el art. 57 de la Constitución bajo el argumento de un criterio peyorativo del CLS⁹⁹.

8.2.2. Garantía de prestación de “servicios mínimos”

⁹⁵ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 5ª edición, ob. cit., párr. 582.

⁹⁶ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 5ª edición, ob. cit., párr. 578. CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición CLS, párr. 832.

⁹⁷ Nral 2 del art.1 del CIT 151: “La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial”.

⁹⁸ ARAUJO, Jorge Alberto, al analizar la huelga de los Jueces y su función, sostiene que “no hay duda que éstos funcionarios actúan en nombre del Estado, incluso emitiendo determinaciones directamente a los demás agentes políticos, revocando o anulando sus decisiones y obligándolos a realizar determinados actos, en el ejercicio del poder jurisdiccional” (Cfr. ARAUJO, J. A., “Magistrados y Derecho de huelga en Brasil”, rev. Der. Lab., Nro. 230, Tomo LI, FCU, abril - junio 2018, p. 284)

⁹⁹ Además resulta de aplicación el criterio de interpretación de la “*aplicación de la disposición más favorable a la persona humana*” (“favorabilidad”), pro homine o favor libertatis, antes mencionado.

MANTERO DE SAN VICENTE señala que, como medida sustitutiva a la prohibición total de la huelga, la CEACR propone que “sería adecuado en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de trabajadores, podría tratar de asegurarse la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones”¹⁰⁰.

El CLS afirma que en ciertas **situaciones y condiciones** podría establecerse un servicio mínimo de funcionamiento (en adelante: SM). La **situaciones** son la siguientes: (1) cuando se esté en presencia de **servicios esenciales en sentido estricto**; (2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que **huelgas de una cierta extensión** y duración podrían provocar una situación de **crisis nacional** aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro; y (3) en **servicios públicos de importancia trascendentales**¹⁰¹ (incluso en sectores de “**muy alta importancia del país**”¹⁰²). A los mencionados, debe agregarse el establecimiento de SM en caso de “huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar **daños irreversibles**”¹⁰³.

Es importante destacar que los SM son una “solución sustitutiva apropiada” a la prohibición de la huelga, ya que “sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones”¹⁰⁴. Si bien los SM deben evitar “peligros para la salud o seguridad pública”¹⁰⁵, su alcance “no tiene como resultado que la huelga sea inoperante”¹⁰⁶ o “ineficaz”¹⁰⁷.

¹⁰⁰ MANTERO DE SAN VICENTE, O., ob. cit., pp. 257.

¹⁰¹ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 866.

¹⁰² CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 868.

¹⁰³ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 869.

¹⁰⁴ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 867.

¹⁰⁵ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 870.

¹⁰⁶ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 874.

¹⁰⁷ CLS, caso 2654 (contra Canadá), informe 356 de marzo de 2010, parr. 375.

En cuanto a las **condiciones** para la determinación de los SM, el CLS ha entendido que “deberían poder participar no solo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas”¹⁰⁸. El principio es que para la determinación de los SM participen las organizaciones de empleadores y trabajadores interesadas y en caso de divergencia se debería prever que su fijación sea por “un órgano independiente de confianza de las partes interesadas, y no por la autoridad administrativa; no pudiendo el empleador determinar los mismos en forma unilateral”¹⁰⁹.

8.3. Prohibiciones y restricciones en nuestro ordenamiento jurídico interno (aplicable a los Jueces)

MANTERO ÁLVAREZ, al analizar los límites del derecho de huelga, refiere que la “elevación de la huelga a la categoría de un derecho constitucional, trae aparejado una serie de problemas”. Uno de ellos es la “armonización” con los distintos derechos y “el resto de las esferas jurídicas”. Este autor marca que “la presencia de derechos absolutos e ilimitados, no parece compatible con un Estado pluralista y democrático”, concluyendo que “si todo derecho nace con su límite, el derecho de huelga no constituye una excepción, esto es no es expresión de una libertad plena y absoluta”¹¹⁰.

Entonces, no concibiendo a la huelga como un derecho absoluto, **corresponde destacar aquellas prohibiciones y restricciones aplicables a la actividad de los Jueces, establecidas en nuestro orden jurídico interno.** Entre ellas, se destacan las siguientes disposiciones normativas:

a) Nral. 4 del art. 77 de la Const. Este enunciado, al regular el sufragio, establece que los Magistrados “deberán abstenerse, bajo pena de destitución e inhabilitación (...), de formar parte de comisiones o clubes políticos, de suscribir manifiestos de Partidos, autorizar el uso de su nombre y, en general, ejecutar cualquier otro acto político o privado de carácter político, salvo el voto”. En este

¹⁰⁸ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 612.

¹⁰⁹ CLS, La Libertad Sindical, Recopilación..., 6ª edición, ob. cit., párr. 881, 882 y 883.

¹¹⁰ MANTERO, R., ob. cit., p. 17.

caso la destitución o inhabilitación será dispuesta por la Corte Electoral, por ser un “delito electoral”¹¹¹.

Vemos, aquí, una prohibición de que los Jueces ejerzan el derecho de huelga “contra el Estado para presionar al gobierno por una política diferente, o por mera oposición al gobierno”¹¹². Se les prohíbe realizar lo que se denomina “huelga política”¹¹³ o, como indica ZAPIRAIN, tienen vedado realizar “medidas de corte netamente político, o en otras palabras acciones o realizar actos de carácter político partidario”¹¹⁴.

b) inciso 2° del art. 65 de la Const. Este inciso prevé la potestad de que la autoridad pública mantenga la continuidad de los servicios públicos en caso de conflictos (“desinteligencias”) “con sus obreros y empleados”.

c) art. 4 de la ley 13.720. Este artículo le otorga la potestad al MTSS de indicar, por resolución fundada, los servicios públicos que se consideren esenciales y que deban ser mantenidos por turnos de emergencia, así como de “disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios”.

Si bien, la función jurisdiccional no es un servicio esencial en sentido estricto, siguiendo el criterio del CLS antes descripto, una paralización (huelga) prolongada claramente ingresaría en tal concepto. Asimismo, siguiendo al CLS, la función jurisdiccional constituye un “servicio público de importancia trascendental”, por lo cual debería asegurarse un “servicio mínimo”.

En el caso concreto (huelga de los Jueces), la SCJ podría solicitar al Poder Ejecutivo la declaración de esencialidad de la función judicial, cuando la extensión del conflicto lo amerite, lo que de ninguna manera podría implicar una prohibición de huelga sino una restricción de la misma.

¹¹¹ Dicha norma está en armonía con el art. 4 de la Parte I del Código Modelo de Ética Judicial aprobado por la Asamblea Plenaria de la XIII Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana en cuanto establece que la “independencia judicial implica que al juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria”.

¹¹² Cfr. Informe jurídico elaborado para la AMU (Asociación de Magistrados del Uruguay) por los Dres. Alicia CASTRO, Julio POSADAS y Rosina ROSSI. Disponible en <http://amu.org.uy/estimados-colegas-de-la-amu/>

¹¹³ Sería “aquella huelga de protesta contra la orientación política o económico política del gobierno, en la que el trabajador participa de su doble condición de trabajador y ciudadano” (Cfr. MANTERO ÁLVAREZ, R., ob. cit., p. 96).

¹¹⁴ ZAPIRAIN, H., ob. cit., p. 58.

d) art. 23 de la Const. Esta disposición establece que los Jueces son responsables ante la ley de la “más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como el separarse del orden de proceder en que ellas se establezca”. Este enunciado normativo se complementa con el art. 26 del CGP (en cuanto refiere a la responsabilidad de los Magistrados por “demoras injustificadas”) y Nral 1 del art. 112 de la ley 15.750 (responsabilidad disciplinaria por acción u omisión que produzca un “perjuicio para el interés público” o conlleve al “descrédito a la Administración de Justicia”)¹¹⁵.

Por supuesto, que también aplican los límites dispuestos por el art 392 de la ley 19.889 (“LUC”), en especial de que la huelga debe ser pacífica, pero no se hace énfasis en esta disposición por entender no genera ninguna dificultad en la huelga de los Jueces.

8.4. Nuestra posición respecto de los límites

Dada la amplitud de la noción de huelga, jurídicamente, no parece posible establecer límites a la huelga de los Jueces basadas, exclusivamente, en la modalidad de la medida gremial adoptada¹¹⁶ (es decir no existirían “límites internos” propiamente dichos¹¹⁷).

En cambio, respecto a los “límites externos”, consideramos que sí existen, como en todo derecho. En el caso de los Jueces los límites son mayores, en tanto la función jurisdiccional constituye un cometido fundamental del Estado, al garantizar la solución pacífica de los conflictos en una sociedad democrática.

¹¹⁵ Este límite y disposiciones normativas son señalados en el informe de los Dres. Alicia CASTRO, Julio POSADAS y Rosina ROSSI (antes citado).

¹¹⁶ Al respecto, ZAPIRAIN, analizando las formas atípicas de los Magistrados, afirma que, “en principio”, “dada la ausencia de reglamentación al ejercicio de este derecho, la huelga, en la esfera judicial ‘strictu sensu’, podría asumir cualquiera de sus variantes o modalidades que la doctrina señala”. El autor, sin embargo, reconoce que esta solución es “polémica” (ZAPIRAIN, H., ob. cit., p. 62).

¹¹⁷ En este sentido, Alejandro CASTELLO señala que “no existen prohibiciones, impedimentos o inhibiciones derivadas de la noción de huelga”. El autor parte de la base que la doctrina y jurisprudencia adoptan un “concepto sumamente amplio, comprensivo de todas las modalidades de huelga” (Cfr. CASTELLO, A., “Influencia del Convenio 87 de OIT en la autonomía del Derecho Sindical Uruguayo”, en XXIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Paysandú, 1 y 2 de diciembre de 2018, 1era edición, FCU, diciembre 2018, pp. 223).

La huelga de los Jueces puede entrar en conflicto con otros derechos, por lo cual debe realizarse una “armonización” que evite sacrificio de derechos¹¹⁸; se debe procurar que los derechos fundamentales en colisión coexistan en el sistema jurídico. Entre los derechos de terceros, eventualmente vulnerados por la huelga de los Jueces, se encuentran los referidos al comienzo de este trabajo; y, entre otros, serían: el *acceso a la justicia*, la *tutela jurisdiccional efectiva*, *respeto y garantía de los derechos fundamentales* (aquí ingresa un amplia gama de derechos de las personas, de igual jerarquía que la huelga).

Como dijo, los Jueces tienen derecho de huelga. No obstante ello, por considerar a la función judicial como “un servicio de importancia trascendental” y un cometido fundamental del Estado, se concluye necesariamente, que se deba mantener un “servicio mínimo”¹¹⁹. Y, si bien la función jurisdiccional no es un “servicio esencial” en sentido estricto, la prolongación de la medida gremial dará lugar a la declaración de esencialidad. La fijación de un “servicio mínimo” será la forma de “armonizar” los derechos de los terceros y de los Jueces.

9. Reflexiones finales

1°) - Al ejercer la función jurisdiccional, los Jueces tienen un cometido esencial del Estado, ya que deben aplicar (en un visión realista: “crear”) y garantizar los derechos sustanciales de las personas cuando éstos acuden a la Justicia para que los dirima.

2°) - Los Jueces gozan la protección especial que la Constitución otorga al trabajo como hecho, siéndoles aplicable el marco normativo constitucional

¹¹⁸ RISSO FERRAND, sostiene que en caso de colisión de derechos humanos, el primer paso, para dirimir el conflicto entre ambos debe ser la “armonización”, tarea no sencilla, que debe salvaguardar “el contenido esencial” de cada uno de los derechos en juego, evitando principalmente la desnaturalización de cada uno: esto significa que cuando es posible la armonización mediante el respeto de los contenidos esenciales de todos los derechos, el intérprete debe necesaria e inevitablemente optar por ésta variante interpretativa, desterrando toda otra que implique sacrificar algún derecho” (Cfr. RISSO FERRAND, Martín, Guía para la resolución de casos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos”, FCU, 1era edición, Montevideo, marzo 2017, pp. 75 – 76).

¹¹⁹ Este servicio mínimo debería cumplir con las exigencias del CLS, es decir que participen los trabajadores (Jueces) y empleador (Estado y SCJ).

protector de todos los trabajadores (“Derecho General del Trabajo”). Dentro de ese marco se encuentra el derecho de huelga (arts. 57 y 65 de la Const.).

3°) - La declaración del derecho de huelga como un “derecho gremial” en el art. 57 de la Carta Magna así como su consagración en diversos instrumentos normativos internacionales, que conforman el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, determina que no se pueda excluir los Jueces de este derecho fundamental. Quedan sí exceptuados de realizar “huelgas políticas” (Nral. 4 del art. 77 de la Const.).

4°) - No se visualiza impedimento jurídico para que los Jueces puedan adoptar una medida gremial “típica” o “atípica”, por más que ésta conclusión pueda tener un matiz polémico.

5°) - La huelga no es un derecho absoluto y los Jueces ejercen una función de autoridad en nombre del Estado, por lo que la forma de evitar conflictos con derechos fundamentales de terceros es mediante la “armonización”. Esto determina que se deba mantener un servicio mínimo en la función jurisdiccional, por constituir un “servicio público de importancia trascendental”. Este servicio mínimo constituye una restricción al derecho de huelga, pero no su proscripción. La transitoriedad de la huelga y el mantenimiento de un servicio mínimo constituyen, en definitiva, los presupuestos necesarios para lograr la armonización de los posibles derechos en colisión.

6°) - Si bien la función jurisdiccional no ingresa en el concepto de servicio esencial en sentido estricto, la prolongación de dicha medida gremial determinará que se pueda declarar la esencialidad por parte de la autoridad competente.

Bibliografía

- ARAUJO, J. (2018). “Magistrados y Derecho de huelga en Brasil”, *rev. Der. Lab.*, Nro. 230, Tomo LI, FCU, abril - junio.
- ARTECONA, M. (1996). “La huelga de los funcionarios públicos”, *rev. Der. Lab.*, Tomo XIV, Nro. 78, julio –setiembre.
- BARBAGELATA, H. H. (1952). “Un debate sobre la naturaleza jurídica de los laudos de los Consejos de Salarios y el problema de su retroactividad”, *rev. Der. Lab.* Nro. 49 - 50, Tomo IX, FCU, noviembre - diciembre.
- BARBAGELATA, H. H. (1977). *Cursillo sobre El Derecho del Trabajo y los Funcionarios públicos*, AAVV, Biblioteca de Derecho laboral Nro. 5, Montevideo.
- BARBGELATA, H. H. (2004). “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”, *rev. Der. Lab.*, Nro. 214, Tomo XLVII, FCU, abril – junio.
- BARBGELATA, H. H. (2014). *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos laborales*, 2da. Edición actualizada y ampliada - marzo de 2009, FCU, reimpresión inalterada – junio.
- BARRETTO GHIONE, H. (2012). “¿Es posible leer sin interpretar? Sobre el derecho de huelga y la posición de los empleadores en la OIT”, *rev. Der. Lab.*, Tomo LV, Nro. 247, julio – setiembre, FCU.
- BRONSTEIN, A. (2013). *Derecho Internacional del Trabajo*, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos.
- CASSINELLI MUÑOZ, H. (1977). *Cursillo sobre El Derecho del Trabajo y los Funcionarios públicos*, AAVV, Biblioteca de Derecho laboral Nro. 5, Montevideo.
- CASTELLO, A. (2014). “Límites al derecho de huelga: a propósito de las huelgas en la Administración Central del Estado”, *rev. Der. Lab.*, Tomo LVII, Nro. 256, FCU, octubre - diciembre.
- CASTELLO, A. (2018). “Influencia del Convenio 87 de OIT en la autonomía del derecho Sindical Uruguayo”, en *XXIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Paysandú, 1 y 2 de diciembre de 2018, 1ª edición, FCU, diciembre.

- CORREA FREITAS, R. (2017). *Fundamentos de la Constitución ROU*, Editorial B de F, Montevideo.
- COUTURE, E. (1983). *Vocabulario jurídico*, 2ª reimpresión, Editorial Depalma.
- COUTURE, E. y PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1950). “La huelga en el derecho positivo uruguayo”, *rev. Der. Lab.*, Nro. 27, Tomo V, junio.
- DE FERRARI, F. (1962). “La huelga y los funcionarios públicos”, *rev. Der Lab.*, Tomo XIII, Nro. 75, diciembre.
- DE LA CUEVA, M (1986). *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo II, 4ª edición actualizada, Editorial Porrúa, México.
- ERMIDA URIARTE, O. (1983). *Apuntes sobre la Huelga*, Colección JVS 22, FCU, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1999). “Modalidades de conflicto colectivo”, *rev. Der Lab.*, Tomo XLII, Nro. 194, abril – junio, FCU.
- ERMIDA URIARTE, O. (2006). “Ocupaciones y solución de conflictos colectivos”, en *XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Minas, FCU.
- FERNÁNDEZ, T. y CASAGNE, J. (2017). *Temas de Derecho Público, Legalidad, Discrecionalidad, Sistema y Control Judicial*, Editorial B de F, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, 4ª edición, Madrid, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi.
- FERRIZO, A. y PITA, F. (2020). “Deber de paz y prevención de conflictos en la negociación colectivo actual”, *rev. Der Lab.*, Tomo LXIII, Nro. 277, enero – marzo, FCU.
- GIUGNI, G. (1983). *Derecho Sindical*, 1ª edición en español, Madrid, abril, traducción y estudio preliminar por José Vida Soria, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Servicios de publicaciones del MTSS España.
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo Estudios de Teoría y metateoría del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona (España), Traducción: Jordi Ferrer i Beltrán, 1era edición noviembre.

- LANDONI SOSA, Á. y BIURRUM, R. (1966). “El rol de los Jueces y abogados en la efectiva y eficiente tutela de los derechos sustanciales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII.
- LARRAÑAGA, N. (2011). *Derecho de huelga y Negociación Colectiva*, Editorial AMF, 1ª edición, setiembre.
- MANTERO ÁLVAREZ, R. (1992). *Límites al Derecho de Huelga*, Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo.
- MANTERO DE SAN VICENTE, O. (2015). *Derecho Sindical*, Tomo I, FCU, 2ª edición, abril, actualizada por Rodolfo BECERRA y Ariel NICOLIELLO.
- OIT – CLS (2006). *La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, OIT, 5ª edición (revisada).
- OIT – CLS (2018). *La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, OIT, 6ª edición.
- OJEDA AVILES, A. (2014). *Compendio de Derecho sindical*, 3ra edición, Ed. Tecnos.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (2001). *Curso de Derecho laboral*, Tomo IV, Vol. 2, Ed. IDEA, Montevideo.
- PÉREZ DEL CASTILLO, S. (1999). *El derecho de huelga*, FCU, 1ª edición, Montevideo, mayo.
- PRATT, A. (1978). *Derecho Administrativo*, Tomo 3 Volumen1, Los funcionarios públicos, editorial Acali, Montevideo.
- RACCIATI, O., GARMENDIA, M., y GOLDFLUS, S. (2000). “Relaciones industriales, incluyendo disputas colectivas en el sector público”, *rev. Der Lab.*, Tomo XLII, Nro. 199, FCU, julio – setiembre.
- RASO DELGUE, J. (s/f). “Reglamentación del Derecho de Huelga Argentina, Paraguay y Uruguay”, *Cuadernos Laborales de América y España*, AAVV, Embajada de España Consejería Laboral, MTSS de España.
- RISSE FERRAND, M. (2017). *Guía para la resolución de casos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos*, FCU, 1ª edición, Montevideo, marzo.

- ROJAS RIVERO, G. (2020). “La protección del derecho de huelga por la OIT en entredicho”, *rev. Der. Lab.*, Tomo. LXIII, Nro. 277, enero – marzo, FCU.
- SAYAGUÉS, LASO, E. (1969). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3ª edición, Montevideo.
- VÁZQUEZ, C. (2017). “Agotamiento de la vía administrativa y acción reparatoria”, *Revista La Justicia Uruguaya*, Año LXXVIII, Tomo 155, julio - agosto.
- ZAPIRAIN, H. (2008). *La Huelga de los Magistrados Judiciales*, Editorial AMF, 1ª edición diciembre.

Recursos electrónicos

- TRUJILLO, H. y VIGNA, M. (2016). “Acceso a la justicia: estudio descriptivo de la necesidades legales en el Uruguay en el año 2013”, *Serie Documentos de Trabajo*, Nro. 14, FDER – UDELAR, febrero. Disponible en: <http://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/sdt/article/view/19/14>.

MODELOS DE REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

MODELS FOR REGULATING THE RIGHT TO STRIKE IN ESSENTIAL SERVICES

Karla VARAS MARCHANT

*Profesora de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.
Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca y Universidad Diego
Portales.*

karla.varas@pucv.cl

Fecha de envío: 14/03/2021

Fecha de aceptación: 17/03/2021

MODELOS DE REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

Karla VARAS MARCHANT

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Resumen: La huelga es un derecho incómodo, qué duda cabe. Un derecho que rompe los principios básicos del derecho de los contratos, que provoca ruido, molestias y altera la normalidad productiva de la empresa. Es por ello que, la tentación de limitarlo excesivamente estará a la orden del día y, en esa misión, la protección o tutela de los derechos fundamentales de terceros podría ser una excusa perfecta para restringir al máximo posible la efectividad de este derecho fundamental.

Sin desconocer que la huelga, en tanto derecho fundamental, admite límites razonables y proporcionales cuando pueda entrar en conflicto con derechos fundamentales de terceros, es indispensable que los referidos límites efectivamente estén pensados para salvaguardar tales intereses y no otros. Como explicaba el profesor Ermida, de las diversas limitaciones impuestas a la huelga, la que parece más fundada y sólida es la referida a la continuidad de los servicios esenciales, lo que nos plantea un desafío de suma relevancia: “garantizar la continuidad del servicio afectando lo menos posible el ejercicio pleno del derecho de huelga y –sobre todo-, la función de autotutela que éste desempeña”.

El presente artículo tiene por objeto analizar y sistematizar los posibles modelos de regulación del derecho de huelga en el ámbito de los servicios esenciales, a la luz de las reflexiones realizadas por el profesor Ermida en su artículo “La huelga en los servicios esenciales”, teniendo en especial consideración su interés por que la función de autotutela de la huelga no se vea anulada.

Palabras clave: Derecho a huelga - Servicios esenciales - Colisión de derechos
- Límites externos

Sumario: 1. Los servicios esenciales como límites externos del derecho de huelga. 2. Hacia un concepto de servicio esencial. 3. Las respuestas del ordenamiento jurídico ante el conflicto entre la huelga y los derechos fundamentales de terceros. 4. Conclusiones.

Abstract: There's no doubt that the strike is an uncomfortable right. A right that breaks the basic principles of the law of contracts, which causes noise, annoyances and alters the normal efficiency of the company. That is why the temptation to limit it excessively will be present day by day and, in that direction, the protection of the fundamental rights of third parties could be a perfect excuse to restrict the effectiveness of this fundamental right as much as possible.

Taking into consideration that the strike, as a fundamental right, admits reasonable and proportional limits when it may conflict with the fundamental rights of third parties, it is essential that the aforementioned limits are effectively designed to safeguard those interests and not others. As Professor Ermida explained, regarding the various limitations imposed on the strike, the one that seems most solid and well founded is the one referred to the continuity of essential services, which poses a highly relevant challenge: "To guarantee the continuity of the service with the least possible impact on the full exercise of the right to strike and - specially - the role of self-supervision that it performs".

The purpose of this article is to analyze and systematize the possible models for regulating the right to strike in the field of essential services, in light of the reflections made by Professor Ermida in his article "The strike in essential services", having take into account in special consideration your interest that the strike's self-supervision function is not annulled.

Key words: Right to strike - Essential services - Collision of rights - External limits

Summary: 1. Essential services as external limits of the right to strike. 2. Towards a concept of essential service. 3. The responses of the legal system to the conflict between the strike and the fundamental rights of third parties. 4. Conclusions.

1. Los servicios esenciales como límites externos del derecho de huelga

La incorporación de la huelga al sistema jurídico la obligó a interactuar y a entrar en diálogo¹ con otros derechos. En otros términos, cuando alcanza el máximo reconocimiento jurídico –derecho fundamental–, entra en convivencia con otros derechos fundamentales para la vida en sociedad.

Esta convivencia no siempre resultará pacífica, al contrario, muchas veces existirán tensiones que podrían derivar en un choque o colisión de derechos.

De esta manera, el choque o colisión que podría generarse entre la huelga y los demás derechos fundamentales reconocidos en un determinado ordenamiento jurídico² configuran o determinarán los límites a su ejercicio. Tales límites se corresponden con lo que la doctrina denomina como teoría externa de los derechos fundamentales,³ la que establece precisamente que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por otros derechos de la misma naturaleza o jerarquía normativa. Para el caso del derecho de huelga, tal problemática se reconduce al estudio de los servicios esenciales.

Se trata de conflictos que pierden el carácter de bilateral –huelguistas versus empleador o empleadores–, ya que su desenvolvimiento va a afectar a terceros ajenos al mismo, que serán los que deberán soportar las consecuencias del derecho de huelga (Mantero 1992,183). En razón de lo anterior, existe un consenso en torno a la legitimidad de la imposición de límites al derecho de huelga cuando esta puede afectar derechos fundamentales de terceros ajenos al conflicto.

Este consenso o aceptación nace del carácter de derecho fundamental de la huelga, y, por ende, de la posibilidad de que entre en colisión con otros

¹ Terminología utilizada por Valdés Dal-Ré, para quien la huelga, al entrar en diálogo con otros derechos, debe ejercitarse de un modo compatible con la satisfacción de intereses fundamentales de la vida en comunidad (Valdés Dal-Ré 2002, 755).

² Cuando los derechos son ejercitados en una misma situación fáctica se producirá un choque entre los mismos, cuestión que la doctrina ha denominado como “colisión de derechos fundamentales” (Ugarte 2013, 41).

³ Una revisión más detenida de la conexión entre los límites del derecho de huelga y la teoría externa de los derechos fundamentales se puede ver en: Varas, Karla, *Derecho a huelga: los límites derivados de la protección de terceros*, (Chile: Ediciones DER, 2019), 12 y ss.

derechos de idéntica naturaleza. De producirse un choque o colisión, se enfrentarán de un lado, el interés de los trabajadores porque su principal herramienta de presión alcance una efectividad plena, y de otro, el interés de los usuarios de los servicios esenciales de no ver afectados sus derechos fundamentales a causa de la huelga.

La legitimidad que gozan los límites impuestos a la huelga para la salvaguarda de los servicios esenciales, impone un gran desafío, que para Ermida se traduce en: “garantizar la continuidad del servicio afectando lo menos posible el ejercicio pleno del derecho de huelga y –sobre todo–, la función de autotutela que éste desempeña” (Ermida 2001, 3).

Lograr ese equilibrio no es una tarea sencilla, para lo cual será determinante el concepto de servicio esencial y el modelo de regulación que escojamos. Así lo planteaba el profesor Ermida, para quien las grandes cuestiones sobre la problemática de la huelga en los servicios esenciales eran precisamente: (1) la determinación de los servicios esenciales y, (2) el régimen especial al que se someterá la huelga. Asimismo, para el autor, dicho régimen especial conllevará limitaciones e incluso, una posible prohibición del derecho de huelga, ante lo cual surge una tercera cuestión crucial: la búsqueda de mecanismos sustitutivos de la huelga que sean eficaces (Ermida 2001, 4).

2. Hacia un concepto de servicio esencial

No existe un concepto universal y absoluto de servicio esencial. Ello, porque estamos ante un concepto jurídico indeterminado,⁴ de alto contenido valorativo, extraordinariamente elástico e influido o condicionado por el contexto en el que se inserta (histórico, social, político, económico, cultural y normativo).⁵

⁴ La indeterminación del concepto ha sido reconocida de manera generalizada por la doctrina. Entre otros: (Valdés Dal-Ré 2002, 764), (Terradillos 2005, 49).

⁵ Expresiones utilizadas por (Valdés Dal-Ré 1986, 128-129).

Este relativismo del concepto de servicio esencial también ha sido reconocido por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, los que en reiteradas oportunidades han expresado que “lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto del término depende en gran medida de las condiciones propias de cada país”. (Gernigon et. al. 2000, 20).

Ahora, si aceptamos como válida la premisa de que la temática de los servicios esenciales se enmarca dentro de lo que la doctrina ha denominado como teoría de los límites externos, el concepto de servicio esencial podrá estar conectado con todos los derechos fundamentales –acepción amplia–, con algunos derechos fundamentales –acepción intermedia–, o exclusivamente con aquellos de carácter vital e inaplazables –acepción estricta–.⁶

Si bien resulta apropiada la conexión del concepto de servicio esencial con los derechos fundamentales de terceros, la doctrina ha advertido que, mediante esta técnica, denominada como definición vía cláusula general,⁷ se podría presentar una dificultad interpretativa en relación a la inserción o expulsión de particulares actividades a la categoría de servicio esencial (Fernandez 2005, 90). Lo anterior se produce porque por medio de la definición vía cláusula general no se especifican o detallan los concretos servicios que caerán en la categoría de esencial a efectos del ejercicio del derecho de huelga, sino que tan solo los derechos fundamentales que se tutelan, debiendo posteriormente delegarse en alguna autoridad u órgano ad-hoc la misión de concretar las particulares actividades que entrarán en dicha categoría, en caso que el legislador no hubiere previsto una enumeración autoritativa de los mismos.

Como hemos visto, el legislador –siguiendo la teoría de los límites externos–, podrá conectar el concepto de servicio esencial con todos los derechos fundamentales de terceros, algunos de ellos o exclusivamente los de carácter vital. Ahora, de seguir de forma aislada esta técnica definitoria, existirá

⁶ La identificación del concepto de servicios esenciales con los derechos fundamentales de terceros se corresponde con la técnica denominada por la doctrina como definición vía cláusula general. (Martín Valverde 1979, 232).

Ahora, no siempre el concepto de servicio esencial estará en conexión con los derechos fundamentales de terceros (todos, algunos o los de importancia trascendental). Determinadas experiencias comparadas nos muestran que esa conexión algunas veces es realizada con categorías abstractas, como el interés general, necesidades sociales ineludibles, servicios de utilidad pública, etc.

⁷ La doctrina ha llegado a un cierto consenso en torno a las técnicas mediante las cuales puede delimitarse el concepto de servicios esenciales. Siguiendo la distinción realizada por Martín Valverde, cabe identificar dos técnicas definitorias: la definición vía cláusula general y la técnica enumerativa. (Martín Valverde 1979, 232). Una tercera técnica definitoria estaría constituida por la identificación de la esencialidad con conceptos o categorías abstractas. Finalmente, una última técnica combina la cláusula general o las categorías abstractas utilizadas por el legislador, con listados o elencos de actividades o sectores reputados esenciales, razón por la cual ha sido denominada por la doctrina como técnica mixta. (Varas 2019, 83-84).

un problema de inseguridad jurídica, ya que del concepto no se desprenderán cuál o cuáles serán los concretos sectores o servicios esenciales, lo que traerá un alto nivel de conflictividad, especialmente a la hora de delegarse en algún órgano o autoridad la labor de concreción. En efecto, una vez que la autoridad u órgano competente especifique o enumere los sectores o servicios esenciales, se producirá una reacción de descontento o disconformidad, tanto de las organizaciones sindicales que verán restringido su derecho de huelga (en caso que la empresa o servicio haya sido incorporado al listado), como de los empleadores cuyas empresas hayan quedado fuera del listado. Como explica Ermida, el recurso a una definición genérica, si bien puede resultar más conceptual y flexible, encierra el riesgo de favorecer un uso excesivamente discrecional y, por tanto, eventualmente arbitrario (Ermida 2001, 9).

Un ejemplo de lo que se viene diciendo lo constituye el caso español. En efecto, la alta conflictividad que está detrás del proceso de concreción de la esencialidad es una constante en este modelo, donde los conflictos entre las organizaciones sindicales y la autoridad gubernativa competente para realizar tal cometido se producen en diversas secuencias: “en la fase de convocatoria de la huelga, al identificarse el concreto servicio como esencial, en la fase de celebración de la huelga, al discutirse las medidas ordenadas a garantizar el mantenimiento de un servicio cuya esencialidad se discute, y, en fin, en la fase de control judicial de las decisiones acordadas por los poderes públicos o de las reacciones adoptadas por los sindicatos” (Valdés Dal-Re 2002, 769).

Concordando con la dificultad de concreción que se plantea, la conexión del concepto de servicio esencial con los concretos derechos fundamentales de terceros que tendrán la potencialidad de limitar el derecho de huelga, a mi juicio, va en la línea correcta, ya que el campo de actuación de los límites que cabe imponer al derecho de huelga sólo estarán radicados en función de la protección de derechos fundamentales de terceros y no en categorías abstractas como servicios de utilidad pública, servicios de interés social, imprescindibles, entre otros.

Para reducir la dosis de incerteza jurídica, junto a esta identificación o conexión entre el concepto de servicios esenciales y los derechos fundamentales

de terceros (todos, algunos o los de carácter vital), se puede consagrar un listado o catálogo (abierto o cerrado), de los servicios reputados esenciales a efectos del ejercicio del derecho de huelga.⁸ De no preverse tal listado, deberá delegarse en la autoridad gubernativa, judicial u órgano *ad hoc*, la tarea de calificar qué servicios tendrán el carácter de esencial.⁹

Al modo propuesto por el profesor Ermida, a la hora de preguntarnos por el concepto de servicio esencial, resulta necesario resolver el problema de la fuente de reglamentación, esto es: ¿quién determinará cuáles son los servicios esenciales? Una alternativa es que sea el legislador, y otra, es que sea una cuestión que esté en la órbita de regulación de los convenios colectivos o en las directrices de los sindicatos, según da cuenta el autor (Ermida 2001, 4). A las alternativas propuestas hay que añadir la de delegación a una autoridad u órgano *ad-hoc*, quien podrá fijar el listado de servicios esenciales de forma oficiosa o previa solicitud de parte.

Esta última alternativa es la que se contempla actualmente en el modelo chileno. En efecto, tras la dictación de la Ley 20.940, la determinación de si una empresa presta un servicio de utilidad pública o de si su eventual paralización puede causar grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional, se realiza por la autoridad gubernativa cada dos años, previa solicitud de parte, la que deberá ser ingresada antes del 31 de mayo del año respectivo. Recibida la solicitud, ésta debe ser puesta en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora, para que dentro del

⁸ Para Ermida, la enumeración de los servicios considerados esenciales en una lista tiene el riesgo de resultar interminable, incorporando servicios que realmente no son esenciales. De otro lado, en caso que la enumeración contenga una cláusula general o flexibilidad, se terminará por desdibujar la taxatividad. (Ermida 2001, 4).

⁹ Hacen referencia a las diversas técnicas de determinación de los servicios esenciales autores como: (Pankert 1981, 58 y ss), quien se refiere a la técnica enumerativa y de definición general, concluyendo que los países en vías de desarrollo preferentemente utilizan la técnica enumerativa, en tanto que los países industrializados utilizan mayoritariamente la definición general; (Rivero 1993, 209-210), al referirse a la delimitación conceptual vía cláusula general y al sistema de lista; (Pérez de los Cobos 1994, 296), quien se refiere a la técnica de la enumeración exhaustiva, la fórmula abierta y el sistema mixto; (Garate 1996, 9), quien distingue entre definición general –opción escogida por la jurisprudencia española, constitucional y ordinaria- y definición vía enumeración; (Vivero 2002, 116 ss.), al referirse a las técnicas de definición general, enumerativa y mixta. Para una categorización e identificación de técnicas definitorias y modelos normativos ver: Varas, Karla. 2019. *Derecho a huelga: los límites derivados de la protección de terceros*. Chile: DER Ediciones, pp. 79 ss.

plazo de 15 días formule las observaciones que estime pertinentes. Luego de recabarse las observaciones de la parte contraria, la solicitud deberá ser resuelta en el mes de julio del año respectivo por medio de una resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo.¹⁰

Ahora, ¿cuál de estas técnicas definitorias es la más respetuosa del carácter fundamental del derecho de huelga?, o formulando la idea en otros términos, ¿a través de qué definición se podrá acotar con precisión el ámbito o la esfera de actuación de los límites al ejercicio del derecho de huelga?¹¹

Dada la relevancia del derecho fundamental de huelga –principal herramienta de presión que detentan los trabajadores para la defensa de sus intereses- y su vinculación con los fines trazados por la propia Constitución que derivan de un Estado democrático de derechos –libertad, igualdad material, participación y libertad de expresión-, el concepto amplio e intermedio de servicios esenciales resultan inadecuados y peligrosos, dado que con ello se extiende excesivamente el ámbito donde la huelga puede quedar sujeta a especiales restricciones, resultando más apropiada la técnica de identificación del concepto de servicio esencial con determinados derechos fundamentales de

¹⁰ Artículo 362 del Código del Trabajo, incisos 2° y 3°: “La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo será efectuada cada dos años, dentro del mes de julio, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, previa solicitud fundada de parte, la que deberá presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo.

Promovida la solicitud, se pondrá en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora para que formule las observaciones que estime pertinentes, dentro del plazo de quince días”.

Refiriéndose al ex artículo 384 del Código del Trabajo, Caamaño y Ugarte criticaban duramente esta delegación de competencias para calificar la esencialidad de un servicio, crítica que sigue plenamente vigente ya que independientemente de que se haya incorporado una fase contradictoria, es la autoridad triministerial la que determina las empresas que deberán ser incluidas al listado prohibitivo. De este modo, los autores estimaban que la restricción de un derecho fundamental debería estar en la ley, y en casos excepcionales, en manos de los Tribunales de Justicia, ya que de lo contrario se vulnera el principio de esencialidad del artículo 19 n° 26 de la Constitución al permitirse la supresión de un derecho fundamental (prohibición de la huelga) por medio de una resolución administrativa. (Caamaño y Ugarte 2008, 91-92).

¹¹ La delimitación conceptual de los llamados servicios esenciales de la comunidad no es una mera operación de carácter teórico o doctrinal, sino que “nada menos que la determinación efectiva de la esfera de actuación del límite constitucional al ejercicio del derecho de huelga”, toda vez que mientras más amplio sea el concepto, mayores restricciones sufrirá el ejercicio del derecho de huelga, en tanto que mientras más estricto sea, tales restricciones estarán delimitadas o acotadas. En ese sentido: (Fernández 2005, 64).

las personas, en específico, aquellos de carácter vital.¹² En otras palabras, a través de un concepto amplio o intermedio, y en caso que el legislador no haya establecido un listado o catálogo de los servicios esenciales, la autoridad u órgano encargado de calificar la esencialidad de un servicio tendrá un cheque en blanco para realizar tal cometido, con el consiguiente sacrificio del derecho de huelga, lo que generará una posterior judicialización a efectos de que sea un órgano imparcial el que dirime si efectivamente se está o no ante un servicio esencial.

En consecuencia, desde nuestra perspectiva, la técnica definitoria más respetuosa del carácter fundamental del derecho de huelga es la acepción estricta,¹³ complementado con un listado o catálogo legal de carácter cerrado y acotado de los servicios reputados esenciales a efectos del ejercicio del derecho de huelga, ya que es la única vía para poner coto a la tendencia expansiva de la noción de esencialidad. Como explica Ermida, esta definición estricta “se justifica por tratarse de una noción cuya aplicación determina la proscripción o limitación de un derecho fundamental” (Ermida 2001, 5).

3. Las respuestas del ordenamiento jurídico ante el conflicto entre la huelga y los derechos fundamentales de terceros: la configuración jurídica del régimen de la huelga en los servicios esenciales

¹² De la Villa persistentemente ha criticado la opción escogida por el TC a la hora de delimitar el concepto de servicios esenciales –concepto amplio–, toda vez que a partir de él se perpetua el empequeñecimiento del derecho de huelga, al estar supeditado a todos los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos. Para el autor, hubiera sido preferible seguir la línea del Comité de Libertad Sindical de la OIT, restringiendo los servicios esenciales al ámbito de los derechos fundamentales relacionados con la vida o con la seguridad de las personas. (De la Villa Gil 2003, 282- 284).

Baylos, uno de los autores más críticos a la técnica definitoria amplia del TC español, señala que con tal concepto pueden llegar a incluirse como servicios esenciales el “núcleo del sistema político-administrativo de dirección de los procesos sociales y de revalorización de la fuerza de trabajo global”, lo que en definitiva deriva en “un margen de actuación para el poder mayor que un sistema de lista taxativo”. (Baylos 1988, 68).

¹³ Concepto postulado por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, para quienes sólo son servicios esenciales aquellos cuya interrupción pueden poner en peligro la vida, la seguridad o salud de las personas en todo o parte de la población.

La temática de los servicios esenciales nos conduce a una situación de conflicto, a un enfrentamiento de intereses protegidos a un mismo nivel normativo, debiendo el ordenamiento jurídico resolver la colisión que se produce entre el ejercicio del derecho fundamental de huelga y otros derechos constitucionalmente protegidos.

Ante ese conflicto de derechos, el ordenamiento jurídico debe activar algún tipo de respuesta,¹⁴ pudiendo optar por alguna de las siguientes alternativas: (1) fijar *a priori* cuál de los derechos prevalecerá ante una eventual situación de conflicto: la huelga o los derechos fundamentales de terceros¹⁵; (2) fijar la prioridad de los derechos en juego ante una situación concreta de conflicto y, (3) abandonando la idea de derechos prioritarios o prevalentes, donde uno de ellos anulará por completo el ejercicio del otro, buscar mecanismos de conciliación o armonización que permitan el ejercicio, aunque limitado, de los derechos en conflicto.¹⁶

Conforme a lo señalado, la primera alternativa que denominaremos alternativa de los derechos prioritarios o prevalentes,¹⁷ fija autoritativamente y de forma previa, cuál de los derechos prevalecerá ante una concreta situación de

¹⁴ El profesor Ermida explicaba que el régimen excepcional al que se someterá la huelga en el campo de los servicios esenciales puede consistir en la prohibición de la huelga o en la admisión del ejercicio del derecho pero sometido a limitaciones de diverso tipo o intensidad, lo que nosotros hemos llamado como modelo prohibitivo y modelo de permisión condicionada. (Ermida 2001, 8).

¹⁵ Es el legislador el que define la prioridad de un derecho frente a otro, realizando una ponderación legislativa por medio de una regla. (Ugarte 2013, 45).

¹⁶ Baylos, ya en el año 1977 indicaba que las respuestas que un sistema jurídico liberal puede entregar a la problemática de la huelga en los servicios esenciales pueden ser múltiples: “Desde la negación del derecho de huelga al colectivo del personal de los servicios públicos, pasando por su reconocimiento previo cumplimiento de una serie de requisitos formales y, a veces, con la obligación de mantener determinadas prestaciones esenciales, hasta la indiferenciación del derecho reconocido constitucionalmente para todos los trabajadores, sin más límites que los fijados de forma concreta para el mismo”. (Baylos 1977, 55).

Rivero, refiriéndose a las opciones legislativas frente al ejercicio del derecho de huelga en el campo de los servicios esenciales, entrega dos respuestas o puntos de vista: la primera, partiendo del carácter fundamental del derecho de huelga, extiende su ejercicio al campo de los servicios esenciales, el que estará condicionado y limitado, en tanto que la segunda visión, parte de la idea de que los derechos en conflicto no admiten una recíproca acomodación o armonización, de manera que el ejercicio del derecho de huelga es excluido de dicho ámbito. Respecto a esta última alternativa, el autor nos señala que no es la tendencia prevalente en casi ningún ordenamiento, salvo que el concepto de esencialidad se restrinja al de prestaciones vitales. (Rivero 1993, 208).

¹⁷ Esta técnica de solución puede reconducirse a lo que Ugarte denomina como “derogación de un principio constitucional por otro”. (Ugarte 2013, 42).

conflicto: el derecho de huelga o los derechos fundamentales de terceros. En caso que la huelga sea el derecho prioritario, su ejercicio en el campo de los servicios esenciales no estará sometido a especiales restricciones, debiendo ajustarse al régimen general. En cambio, si se otorga primacía a los derechos fundamentales de terceros,¹⁸ el ordenamiento jurídico establecerá una prohibición absoluta del ejercicio del derecho de huelga.¹⁹ Esta última alternativa conlleva entonces la exclusión del derecho de huelga del campo de los servicios esenciales.²⁰

La alternativa que confiere una prevalencia absoluta de los derechos fundamentales de terceros dará lugar al denominado modelo prohibitivo de la huelga en los servicios esenciales.²¹ Se trata de la máxima restricción posible que un ordenamiento jurídico puede imponer al derecho de huelga. En otros términos, la alternativa más radical que existe para resolver el conflicto de derechos que se presenta en este especial ámbito, donde determinados derechos constitucionales prevalecerán de forma absoluta por sobre el ejercicio del derecho de huelga. Como nos comentaba el profesor Ermida, es un modelo relativamente común en el derecho comparado (Ermida 2001, 8), especialmente en los países en vías de desarrollo y, por lo demás, es el que recoge el legislador chileno.

¹⁸ Dentro de la literatura jurídica, Cassagne se muestra partidario de la técnica de los derechos prevalentes, en específico, de la prevalencia de los derechos de terceros, al entender que “su jerarquía y valoración social resulta superior a los derechos sectoriales y, aun, individuales”. Su planteamiento se basa en la negación del carácter de derecho fundamental de la huelga, toda vez que carece de la vocación de universalidad propia de esa categoría de derechos. (Cassagne 1993, 35-36).

¹⁹ Palomeque da cuenta de estas dos soluciones extremas en los siguientes términos: la primera alternativa, antepone el interés de los trabajadores huelguistas, “en cuyo caso el ejercicio de la huelga en los servicios esenciales habría de ser tratado legalmente como un supuesto ordinario de ejercicio de la huelga, sin quedar sometido por esta causa a límite externo alguno. Y la segunda, antepone, por el contrario, el interés de los ciudadanos usuarios de los servicios esenciales, con la decisión consiguiente de prohibir, lisa y llanamente, el ejercicio de la huelga en tales actividades”. Frente a esas soluciones, que al autor califica de radicales, señala que el Constituyente español optó por una “fórmula de compromiso, manifestada a través del establecimiento de limitaciones para el ejercicio de ambos derechos en conflicto”. (Palomeque 2008, 459).

²⁰ Se trata de un modelo prohibitivo del derecho de huelga que siguen países como Chile, Bolivia, República Dominicana, Colombia, República Eslovaca, Malta y Polonia.

²¹ Aquel ordenamiento jurídico que opte por dar prevalencia a los derechos fundamentales de terceros, deberá a su vez determinar si dicha prevalencia abarcará a todos los derechos fundamentales, sólo a algunos, o a determinados y especiales derechos fundamentales – aquellos de carácter vital o inaplazable-.

A su vez, este modelo prohibitivo podrá tener una versión extrema –la prohibición se extenderá a las empresas o sectores cuya finalidad sea la satisfacción de todos los derechos fundamentales de terceros²², o una versión reducida o light, el cual se caracteriza por fijar el ámbito de prohibición de la huelga en base al concepto estricto de servicios esenciales,²³ es decir, solo se excluirá el ejercicio del derecho en aquellas actividades cuya interrupción pudiera poner en peligro la vida, salud o seguridad de las personas en toda o parte de la población –los derechos fundamentales de carácter vital–, en concordancia con la doctrina de la OIT.

De optarse por esta alternativa de prohibición reducida o light de la huelga en los servicios esenciales, hay que hacerse cargo de la siguiente interrogante: En aquellos casos donde el ejercicio del derecho de huelga colisione con derechos fundamentales distintos a los de carácter vital, ¿existirán restricciones adicionales al ejercicio del derecho? Veamos qué respuestas normativas es posible construir.

Una primera respuesta nos dirá que en estos casos la huelga quedará sometida a una restricción especial, menos intensa claro está que la prohibición, como, por ejemplo, la imposición de servicios mínimos.²⁴ En tanto que, una segunda respuesta nos dirá que no existirán restricciones adicionales cuando la huelga pudiera afectar derechos fundamentales distintos a los de carácter vital, aplicándose directamente el régimen general u ordinario.

²² En otras palabras, en su versión más extrema, el modelo prohibitivo preferirá el concepto amplio de servicios esenciales, ya que, a través de él, el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga será a su vez el más extenso posible.

²³ En ese sentido Rivero, quien señala que siendo la prohibición de la huelga en el campo de los servicios esenciales una excepción, los países que siguen tal tendencia adoptan un concepto de esencialidad restringido al de prestaciones vitales (Rivero 1993, 208).

Ahora, entre la versión extrema y reducida del modelo prohibitivo pueden construirse diversas combinaciones para fijar el ámbito de prohibición de la huelga.

²⁴ La restricción del derecho de huelga fuera del campo del concepto estricto de servicios esenciales, donde, como hemos dicho, quedará prohibido su ejercicio, coincide con el concepto intermedio elaborado por la OIT de “servicios de utilidad pública o de importancia trascendental”, los que han sido definidos como aquellos servicios que no siendo esenciales, las autoridades pueden establecer un régimen de servicios mínimos con la finalidad de “evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, a los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos”, como por ejemplo los servicios de transbordadores de islas, puertos, transportes de pasajeros y mercancías, transporte ferroviario, correos, bancos, petróleos y el instituto monetario nacional (Gernigon, Odero y Horacio 2000, 22 y 32).

En otras palabras, cuando el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga queda determinado por el concepto estricto de servicios esenciales –modelo prohibitivo reducido o light-, el ordenamiento jurídico debe dar respuesta a los casos de colisión de la huelga con derechos fundamentales que no son de carácter vital, por ejemplo, la libertad de circulación, el derecho a la información, educación, etc. Para ello podrá moverse entre dos extremos: establecer restricciones especiales al ejercicio del derecho de huelga, distintas a su prohibición, o, dar preeminencia al ejercicio de la huelga, quedando sujeta al régimen general.

Desde la perspectiva de la OIT, el derecho de huelga puede admitir una limitación adicional precisamente cuando entra en colisión con derechos fundamentales de terceros distintos a los de carácter vital. En efecto, la OIT no agota el ámbito de posibles limitaciones al derecho de huelga en base al concepto de servicios esenciales *stricto sensu*, extendiendo tal posibilidad, aunque no en base a la prohibición, a lo que ha denominado servicios esenciales por extensión y servicios públicos de importancia trascendental.²⁵ Desde esa perspectiva para la OIT, un servicio no esencial puede convertirse en esencial “cuando la duración de una huelga rebasa cierto periodo o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”,²⁶ por ejemplo, en el caso de huelgas de larga duración de los servicios de recogida de basura o el transporte y distribución de medicamentos (Gernigon, Odero y Guido 2000, 22). Junto con ello, la OIT ha admitido la posibilidad de que las autoridades puedan establecer un régimen de servicios mínimos en los servicios de utilidad pública o importancia trascendental,²⁷

²⁵ En razón de lo anterior es que con acierto Rosenbaum ha calificado esas técnicas de ampliación como “desviaciones del concepto de servicio esencial, ya que han terminado por desnaturalizar la noción de servicio esencial. (Rosenbaum 2013, 623).

²⁶ La aplicación de esta primera variante que permitirá extender el concepto estricto de servicio esencial, estará determinada, por un lado, por las circunstancias o características de la huelga, y de otro, por el eventual daño que una huelga en curso pueda generar a los derechos fundamentales de carácter vital (vida, salud y seguridad).

²⁷ El presente concepto tiene su origen en una queja presentada el año 1994 por la Unión Tranviarios Automotor ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, denunciando que ante una huelga en el sector de transportes de pasajeros en Argentina, el Ministerio del Trabajo encuadró dicha actividad como servicio esencial, exigiendo el cumplimiento de servicios mínimos. En lo que nos interesa, el Comité consideró que si bien el transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en sentido estricto del término, sí constituye un servicio de importancia

categoría intermedia que se refiere a “aquellas situaciones en que no se justifica una limitación importante al derecho de huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones”.²⁸ Dicho de otro modo, los servicios de utilidad pública o de importancia trascendental son servicios que, en circunstancias y condiciones excepcionales, una eventual paralización de actividades puede poner en peligro la satisfacción de necesidades básicas de la población. Así, han sido considerados como servicios de utilidad pública o de importancia trascendental los servicios de transbordadores de islas, los puertos, el transporte de pasajeros y mercancías y el transporte ferroviario, correos, bancos, el sector del petróleo, el instituto monetario nacional y la división de sanidad animal (Gernigon, Odero y Guido 2000, 32).

En consecuencia, desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo existirían dos clases de servicios esenciales: aquellos de carácter estricto que habilitarían para prohibir absolutamente el ejercicio del derecho de huelga,²⁹ y aquellos que, dependiendo de las circunstancias o características de la huelga, permitirían otro tipo de limitación que no anula por completo su ejercicio, pero sí lo limita de modo considerable: los servicios mínimos. Junto con

trascendental para el país, ya que a través de él se atienden necesidades de interés general, especialmente en un país que tiene puntos geográficos distantes, donde la falta de un servicio mínimo de transporte pudiese tener consecuencias negativas, como por ejemplo en la distribución de alimentos o atención de enfermos. En consecuencia el Comité concluye que en estos casos se encuentra justificada la imposición de un servicio mínimo, previniendo eso sí que la decisión final sobre los servicios mínimos a mantener durante la huelga en caso de falta de acuerdo entre las partes debe corresponder a un órgano independiente. Comité de Libertad Sindical, Informe definitivo núm. 292, Marzo 1994, Caso núm. 1679 (Argentina). Fecha de presentación de la queja: 06 de noviembre de 92. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TE_XT_ID:2902511, visto por última vez 25-07-2018.

²⁸ Entre los servicios esenciales y los no esenciales, los órganos de control de la libertad sindical de la OIT han elaborado un concepto intermedio: servicios de importancia trascendental, conforme a la terminología del Comité de Libertad Sindical. (Gernigon, Odero y Guido 2000, 23).

²⁹ Para la OIT, la prohibición de la huelga no solo se limita a los servicios esenciales en el sentido estricto del término, sino que también, a las situaciones de crisis nacional aguda, siempre que se dé en un período limitado y en la medida de lo necesario para hacer frente a la misma. Ahora, “debe existir una auténtica situación de crisis como la que se produce en casos de conflictos graves, de insurrección e incluso de catástrofe natural, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil”. (Gernigon, Odero y Guido 2000, 25).

ello, existiría un tercer nivel de restricción del derecho de huelga: los servicios públicos de importancia trascendental, que al igual que los servicios esenciales por extensión, sólo permiten la imposición de servicios mínimos.

Un ejemplo concreto del modelo que se viene explicando es el chileno.

En efecto, en cuanto a los límites externos del derecho de huelga el legislador chileno consagró **una trilogía de limitaciones**, que van desde la prohibición lisa y llana de su ejercicio, hasta la posibilidad de detener o poner fin a la misma por medio de la acción judicial de reanudación de faenas.

De esta manera, el legislador chileno consagró 3 tipos o clases de límites del derecho de huelga³⁰ cuyo centro es la protección de esferas jurídicas de terceros –no del empleador–, que afectarán o incidirán en su ejercicio con distinta intensidad. Nos referimos a la prohibición de ejercicio del derecho de huelga para los trabajadores que se desempeñan en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional³¹; la obligación de prestar servicios mínimos para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios³² y, la acción judicial de reanudación de faenas, que puede ser ejercida ante una huelga o cierre temporal de la empresa donde no se hayan fijado servicios mínimos y que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.³³

La trilogía de limitaciones que consagra el derecho chileno permite encuadrarlo dentro de las dos grandes soluciones normativas que existen ante

³⁰ En agosto del año 2016 fue promulgada la ley N° 20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales en Chile, introduciendo una serie de modificaciones al Código del Trabajo en materia de relaciones colectivas de trabajo, entre ellas, las vinculadas con las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga.

³¹ Artículo 362 del Código del Trabajo.

³² Artículo 359 del Código del Trabajo.

³³ Artículo 363 del Código del Trabajo.

el conflicto que se deriva del ejercicio del derecho y la posible afectación de derechos fundamentales de terceros. En efecto, por un lado, se establece un ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga y, de otro, una normativa especial de carácter restrictiva para los supuestos de colisión que quedan fuera de esa prohibición.

Esto se produce porque el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga no se fija en base a la posible afectación de todos los derechos fundamentales de terceros –versión extrema–, sino que en base a la combinación de categorías abstractas –servicios de utilidad pública, daños a la economía nacional y abastecimiento de la población– y determinados derechos fundamentales de terceros –salud y seguridad–.³⁴

Ahora bien, siguiendo con el análisis de los modelos de regulación de la huelga en los servicios esenciales, una segunda alternativa o respuesta que puede entregar un ordenamiento jurídico, partiendo de la base que el conflicto entre el ejercicio del derecho de huelga y los derechos fundamentales de terceros constituye un genuino conflicto entre principios,³⁵ nos señala que debe solucionarse por medio de la técnica de la ponderación y la proporcionalidad,³⁶

³⁴ El artículo 362 del Código del Trabajo, fija el ámbito de prohibición del derecho de huelga en los siguientes términos: “No podrán declarar la huelga los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquier sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”.

La prohibición en referencia está en perfecta armonía con la norma constitucional que decreta la prohibición de declararse en huelga a las personas que trabajen “en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

³⁵ La doctrina mayoritariamente entiende que los derechos fundamentales, entre ellos la huelga, corresponden a principios y no a reglas, distinción que tiene su centro o base en la estructura de las normas. Mientras que las reglas tienen una estructura disyuntiva, es decir, en caso de concurrir sus condiciones de aplicación, automáticamente se producirá la consecuencia normativa, sin que exista posibilidad de una solución intermedia o una aplicación parcial de la consecuencia (aplicación al modo “todo o nada”), los principios serán aplicados en la mayor medida de lo posible, en base a las posibilidades jurídicas y fácticas, ya que como indica Alexy, constituyen “mandatos de optimización”. (Alexy 2007, 67-68). Además, en el caso de las reglas, el legislador prevé de modo exhaustivo las excepciones a su aplicación, en tanto que los principios, al ser normas jurídicas incompletas, sus excepciones no son previstas *ex ante*. (Ugarte 2013, 60).

³⁶ Bernal da cuenta que en la literatura jurídica suelen confundirse los conceptos de ponderación y el principio de proporcionalidad. Así, dentro del campo específico de los derechos fundamentales, hay autores que entienden que dichos conceptos son sinónimos, otros que

otorgándose preferencia a uno u otro derecho, pero ante un caso concreto de choque o colisión, debiendo primar el que tenga un mayor peso específico.³⁷ Como diría Alexy, para los efectos de determinar cuál de los principios deberá ceder para permitir la realización del que opera en sentido contrario, el juez deberá ponderar las circunstancias específicas del caso a objeto de establecer las relaciones de precedencia entre los principios en colisión en base al peso específico que se le haya asignado a cada uno.³⁸ En otras palabras, habiéndose constatado la existencia de una colisión entre principios que abstractamente tienen la misma jerarquía, la solución viene dada por la aplicación de la técnica de la ponderación y la proporcionalidad, técnica que permitirá determinar cuál derecho desplazará la satisfacción del otro ante un caso concreto de colisión, en base al análisis de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.³⁹

En cuanto a la tercera alternativa de solución del conflicto que se produce entre el ejercicio del derecho de huelga y los derechos fundamentales de terceros, a diferencia de las anteriores, no persigue dar prioridad a un derecho frente al otro, sino que, al contrario, busca su conciliación o armonización de manera que ambos derechos puedan realizarse, aunque dicha realización será en un menor grado o intensidad de la que existiría en una situación de

afirman una coincidencia parcial, y, por último, quienes estiman que son nociones contradictorias. Para los efectos de la presente investigación, seguiremos la postura defendida por Bernal, quien explica que la ponderación se identifica con el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, esto es, con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado. (Bernal 2007, 570).

³⁷ La determinación de ese mayor peso específico para un caso concreto de colisión, se realiza por medio de la aplicación del test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Ugarte 2013, 42).

³⁸ (Alexy 2007, 73 a 76).

En sentido similar, Bernal explica que, “en la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto. Como resultado de la ponderación surge una regla. Esta regla expresa la relación de precedencia entre dos principios en conflicto, condicionada por las circunstancias del caso”. (Bernal 2007, 581).

³⁹ Como indica Ugarte, aplicando la técnica de la ponderación y proporcionalidad –modo de solución de los conflictos entre principios-, se establecerá “la relación de procedencia condicionada”. Ahora, la preferencia de un derecho frente a otro en base a la asignación de peso o valor no será fija o absoluta, ya que, como se ha dicho, se construye para un caso concreto, por lo que “nada impide que en otros casos se revierta la atribución de pesos utilizada y triunfe el derecho fundamental ahora derrotado”. (Ugarte 2013, 92).

normalidad. Como se trata de compatibilizar el ejercicio de ambos derechos –el de huelga y el derecho fundamental que resulte afectado por la misma–, ambos derechos resultarán limitados, debiendo existir entre esos límites una relación de proporcionalidad.⁴⁰

En definitiva, para el modelo o técnica de conciliación, compromiso o armonización, el objetivo no es determinar cuál derecho tendrá prevalencia absoluta frente al otro, sea de manera abstracta o para el caso concreto, sino que alcanzar un punto de equilibrio entre los mismos, de manera que la huelga siga siendo un instrumento de presión hábil para procurar la consecución de las reivindicaciones de los trabajadores, y a su vez, que los usuarios puedan gozar de las prestaciones esenciales a fin de no ver amenazados sus derechos fundamentales de manera irremediable.

Ese punto de equilibrio será alcanzado por medio del establecimiento de un régimen especial de carácter restrictivo al que deberá sujetarse la huelga cuando se ejerza en el campo de los servicios esenciales. Tal régimen o regulación especial podrá venir determinado heterónomamente –por el poder legislativo, gubernativo o judicial–, dando lugar a los modelos de regulación especial de la huelga de carácter heterónimo, o por fuentes autónomas, lo que a su vez dará lugar a los modelos de autorregulación de la huelga en los servicios esenciales, los que podrán ser puros, es decir, fijados unilateralmente por las organizaciones sindicales, o negociados, es decir, determinados por medio de acuerdos suscritos entre las organizaciones sindicales y empresariales. Entre estos dos polos habrá un punto de intersección que dará lugar a los denominados modelos mixtos de regulación de la huelga en los servicios esenciales, los que combinan fuentes de origen estatal y profesional.⁴¹

Las alternativas de regulación de la huelga en los servicios esenciales se moverán entonces entre dos polos: la intervención heterónoma o la

⁴⁰ En opinión de Ramírez, existirá relación de proporcionalidad, por ejemplo, cuando en una huelga convocada en un hospital, se exija la realización de turnos de urgencia, a fin de evitar daños irreparables a terceras personas. En cambio, se romperá esa proporcionalidad, si existiera una prohibición absoluta de ejercicio del derecho de huelga para los médicos o el personal auxiliar de un hospital. (Ramírez 1980, 446 y 447).

⁴¹ Como explicaba Ermida, el régimen especial al que se someterá la huelga en los servicios esenciales puede ser fijado por la ley, vía reglamentaria, vía convencional e, incluso, vía unilateral. (Ermida 2001, 9).

autorregulación. La fuente de regulación heterónoma, a su vez, podrá emanar del legislador o del poder ejecutivo, complementada con una intervención judicial o, eventualmente, emanar del poder judicial, especialmente cuando el derecho de huelga no tenga un desarrollo legal integral (Von Potobsky 1991, 92). Esta última opción –regulación judicial de la huelga y, en concreto, de la huelga en los servicios esenciales-,⁴² a primera vista pudiese parecer una fórmula mucho más garantista del derecho de huelga, bastando entonces la mera proclamación constitucional del derecho y sometiendo al conocimiento de los Tribunales casos concretos de la aplicación del derecho a los efectos de ir moldeando los requisitos para su ejercicio. Se contraponen así una intervención legal limitadora y restrictiva a una regulación judicial, que garantizaría la efectividad del derecho.⁴³

Sin embargo, una regulación exclusivamente judicial no parece ser la vía más adecuada para fijar la disciplina del derecho de huelga, ya que como nos recuerda Palomeque, la magistratura no es una instancia democrática. En ese sentido, no se puede olvidar que la determinación de la disciplina de la huelga no es solo una cuestión técnico-jurídica, sino que esencialmente social y política, por lo que no resulta conveniente dejar en manos de los Tribunales de Justicia su determinación (Palomeque 1980, 16). De todos modos, independientemente de cuál sea la fuente concreta de regulación de la huelga en los servicios esenciales, siempre cabrá la intervención judicial, tanto para controlar la actuación de los órganos de la administración del Estado que tengan

⁴² Las grandes decisiones vinculadas a la regulación de la huelga en los servicios esenciales dependerán del Poder Judicial, a saber, definición de la esencialidad; identificación de las prestaciones esenciales; medidas de compatibilización del ejercicio de la huelga y el goce de derechos fundamentales de terceros; en caso que dicha medida sean los servicios mínimos, la calificación o fijación de los mismos y, finalmente, las sanciones derivadas del incumplimiento de tales medidas.

⁴³ La ventaja que un sector doctrinal ha advertido de este tipo de regulación es la garantía de imparcialidad con que estará revestida la decisión que adopte el órgano judicial, especialmente por alejamiento que este poder del Estado tiene respecto de las contiendas políticas y el evidente carácter técnico-jurídico de sus respuestas o soluciones. (Mantero 1992, 191).

Ahora, si bien todos los modelos de regulación de la huelga contemplan la intervención de la autoridad judicial, no hemos encontrado ningún país que siga un modelo de regulación judicial en estado puro. Su intervención suele limitarse a la de instancia de control de los actos de la administración o a la de resolución de las diferencias que surjan entre las partes a propósito de la definición de los límites del derecho de huelga, y más concretamente, cuando no existe acuerdo en torno a la calificación del mínimo de actividad que debe mantenerse durante la huelga.

competencias en la gestión del conflicto, como para resolver las diferencias que surjan entre las partes a la hora de fijar los límites a los que se deberá sujetar la huelga.

Volviendo a las otras técnicas de regulación, dentro de los denominados modelos de autorregulación, existen dos variantes. Primero, la autorregulación pura, que entrega la regulación de la huelga y la determinación de sus límites al sindicato y, segundo, la autorregulación mixta o pactada, cuando tal regulación es realizada por medio de la negociación colectiva o de acuerdos *ad hoc* (Rivero 1993, 213). Junto a estos dos polos, existirá un espacio de intersección entre la heteroregulación y la autorregulación que dará origen al modelo de regulación mixto de la huelga en los servicios esenciales.

Ahora, es importante precisar que las restricciones especiales a las que se sujetará la huelga en el campo de los servicios esenciales tienen por objetivo conciliar los intereses en juego –los de los usuarios y los de los huelguistas–, por lo que no pueden ser utilizadas como herramientas para obstaculizar la finalidad del derecho de huelga. En otros términos, la imposición de determinados límites al ejercicio del derecho de huelga no puede desvirtuar el carácter garantizador de tales técnicas, “convirtiéndose en medios que procuren la inocuidad del ejercicio del derecho, vaciándolo de efectividad” (Baylos 1988, 135). La regulación especial de la huelga en el ámbito de los servicios esenciales debe tomar como base el reconocimiento constitucional de la misma, por lo que, la búsqueda de mecanismos de conciliación o compatibilización de los derechos en conflicto por parte del Estado debe dirigirse a garantizar su protección, más no a anular la eficacia de la huelga por medio de una legislación anti huelga o represora del conflicto colectivo (Moreno 2007, 93).

No debe olvidarse que al admitirse el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de los servicios esenciales se admite a su vez que tales servicios se verán afectados, perturbados, que se ocasionarán molestias a los usuarios (Escribano 2006, 201). Ahora, esa afectación o perturbación no debe llegar al punto de causar un daño irremediable a los derechos fundamentales que se pretendan tutelar, y es por ello que, el reconocimiento del derecho de huelga irá acompañado de ciertas limitaciones cuyo objetivo será precisamente evitar los

daños excesivos que tal medida de presión pudiera ocasionar en los derechos fundamentales tutelados. De ahí que exista un abanico de medidas restrictivas que pudieran aplicarse para el caso que la huelga colisione con algunos de los derechos fundamentales de terceros especialmente tutelados. Como explicaba Ermida, las restricciones pueden consistir en un preaviso, mantenimiento de servicios mínimos, prohibición o abstención de ejercer el derecho de huelga en determinados períodos (Ermida 2001, 9), entre otros.⁴⁴ Lo relevante es que la medida de limitación a aplicar sea proporcional al grado de afectación de los derechos fundamentales objeto de protección.

4. Conclusiones

La obra del profesor Ermida ha sido central para el entendimiento de las instituciones del derecho colectivo del trabajo, entre ellas, la huelga.

Uno de los aspectos más complejos ha sido el de los servicios esenciales, más, la lucidez con que el profesor ha abordado tal temática hasta el día de hoy nos ha servido para detectar que las cuestiones más problemáticas de esta materia son: la determinación del concepto de servicio esencial; la configuración del modelo especial al que se sujetará la huelga (la cuestión de los límites) y, la búsqueda de paliativos o mecanismos sustitutivos ante la eventual prohibición de la huelga.

Hemos visto que las distintas respuestas entregadas por el derecho frente a la problemática suscitada por el ejercicio del derecho de huelga en el campo de los servicios esenciales tienen por objeto tutelar los derechos fundamentales de los terceros eventualmente afectados por la huelga (todos, algunos o los de carácter vital).

Sin embargo, el recurso a la tutela de los usuarios es un argumento que se ha venido utilizando para obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de

⁴⁴ Un análisis más profundo de las límites concretos al ejercicio del derecho de huelga puede verse en: Varas, Karla. 2019. *Derecho a huelga: los límites derivados de la protección a terceros*. Santiago: DER Ediciones.

huelga,⁴⁵ tanto por la extensión indebida de la noción de esencialidad, como por la imposición de límites totalmente desproporcionados que tan solo persiguen restar efectividad o derechamente anular el derecho de huelga. Está aquí presente la gran preocupación manifestada por Ermida cuando se avocó al estudio de esta materia: que por medio de las medidas de restricción se llegue a anular la función de autotutela del derecho fundamental de huelga.

La experiencia nos indica que tal preocupación no era baladí, ya que se ha podido observar una clara tendencia a utilizar la noción de servicios esenciales como una excusa para restringir indebidamente el derecho de huelga, sea por medio de una calificación abusiva de un servicio como esencial (que realmente no lo es), o por la imposición de límites a su ejercicio sin haber ponderado previamente las características de la huelga, para de ese modo determinar el grado de afectación efectivo de los derechos fundamentales objeto de tutela. Piénsese por ejemplo en el caso del Museo del Prado o la calificación como esencial de las actividades desarrolladas por todo el personal funcionario y laboral de la Administración del Estado y la calificación como servicio esencial de la seguridad privada en España;⁴⁶ lo sucedido en Italia con la dictación del

⁴⁵ Tomándonos de las reflexiones realizadas por Birgillito, el recurso a la tutela de los usuarios, a la esencialidad de los servicios, a la necesidad de limitar los daños del conflicto y reprimir el orden, no son más que argumentos retóricos utilizados por el poder público para limitar el derecho de huelga, y de ese modo, despolitizar el rol del trabajo y desconstitucionalizar los derechos sociales. (Birgillito 2016, 190).

⁴⁶ La justificación que fue entregada para calificarlo como servicio esencial se apoyó en el bien constitucional de: “el acceso a la cultura y la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico”. Sentencias de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala cuarta de lo Contencioso Administrativo, de 7 de abril de 1988 y sentencia del Tribunal Supremo N° 163, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de 15 de febrero de 1989, ponente: Manuel Garayo Sánchez. A su turno, el Tribunal Constitucional, por medio de la STC 362/1993, de 13 de diciembre de 1993, rechazó el recurso de amparo promovido por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, confirmando el carácter de servicio esencial del Museo del Prado.

Otro caso paradigmático lo constituye la calificación de esencialidad, tras la huelga general de 14 de diciembre de 1988, de la actividad desarrollada por todo el personal funcionario y laboral “de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos, Administración de la Seguridad Social y Universidades”. La misma situación se registró tras la huelga general de 20 de junio de 2002, donde se consideraron esenciales “todos los servicios que presta la Administración (considerando además esenciales todas las prestaciones que integran el servicio) y a identificar los conceptos de servicios públicos y servicios esenciales, con independencia de que en todos estos servicios se satisfagan o no derechos fundamentales”, produciéndose con ello “una sustitución progresiva del concepto de servicios esenciales por el de servicios públicos”. (Moreno 2008, 495).

En cuanto a la calificación de esencialidad del servicio de seguridad privada nos remitimos a los comentarios de Baylos en su libro *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2018, pp. 79 ss.

D.L N° 146/2015 que declaró como servicio esencial “la apertura al público de museos y centros culturales como bibliotecas, archivos históricos, áreas y parques arqueológicos y complejos monumentales”;⁴⁷ o en Uruguay, donde se han declarado esenciales los servicios portuarios, aduaneros, frigoríficos, combustibles, correos, transporte, servicios de inspección ganadera, servicios de educación, etc.;⁴⁸ o, finalmente, lo ocurrido en Chile, donde las autoridades ministeriales encargadas de fijar el listado de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga dentro de los próximos dos años, han incluido al Banco Central, bajo la excusa de que su paralización puede causar un grave daño a la economía del país; a empresas portuarias privadas con el objeto de dar cumplimiento al tratado de Paz, Amistad y Comercio entre Chile y Bolivia, y en fin, a diversos centros de diálisis privados, sin tomar en consideración que en Chile, la posibilidad de que una huelga pueda afectar a todo un sector de actividad es prácticamente imposible, dado que este derecho fundamental tiene como finalidad ser una herramienta de presión en el contexto de un proceso de negociación colectiva, y esta a su vez, está anclada al nivel de empresa.⁴⁹ De esta manera, la prohibición absoluta de ejercicio de este derecho

La cuestión de la regulación de la huelga en los servicios esenciales en España ha derivado en una excesiva litigiosidad, producto de la falta de un desarrollo legislativo coherente con el reconocimiento constitucional del derecho a huelga contenido en el art. 28.0 CE. Y es que el derecho de huelga en España está regulado por una norma preconstitucional, la que, si bien fue depurada por el Tribunal Constitucional en la famosa y conocida STC 11/1981, sigue manteniendo una regulación insatisfactoria en materia de servicios esenciales. Al respecto ver: (Baylos 2018).

⁴⁷ El referido decreto fue dictado como reacción a las protestas organizadas por trabajadores de importantes sitios arqueológicos de Italia (los casos de Pompeya y el Coliseo). (Birgillito 2016, 191).

⁴⁸ Los puntos más críticos de estas declaraciones de esencialidad están, en primer lugar, en que muchos de ellos no se corresponden con el concepto estricto que ha sido elaborado por los órganos de control de la libertad sindical de la OIT, ya que su eventual interrupción no pone en peligro la vida, salud o seguridad de la persona en toda o parte de la población. En segundo lugar, porque las referidas declaraciones de esencialidad se realizan sin consulta a las organizaciones sociales involucradas y, finalmente, porque en el caso de servicios estatales, la declaración de esencialidad no ha sido realizada por un órgano independiente. (Ermida 2016).

⁴⁹ El 5 de agosto de 2017 fue publicada en el Diario Oficial la Resolución Exenta N° 133 de 28 de julio de 2017, por medio de la cual se determinaron las empresas y corporaciones que se encuentran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 362 del Código del Trabajo, siendo incorporadas al listado un total de 102 empresas cuyos trabajadores no podrán declarar la huelga, dentro de las que se encuentran: concesionarias de servicios sanitarios, empresas de distribución y transmisión eléctrica, empresas de servicios de gas, centros de diálisis, Banco Central, Terminal Puerto Arica S.A., Empresa Portuaria de Arica, Antofagasta Terminal Internacional S.A. e Iquique Terminal Internacional S.A.). La calificación precedente tiene una duración de 2 años, por lo que en agosto de 2019 se emite la Resolución Exenta N° 173, donde

esencial se ha extendido a sectores o empresas cuya finalidad no es la satisfacción de los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad —el concepto estricto de servicios esenciales manejado por la OIT para justificar la prohibición de este derecho. Junto con ello, cuando las autoridades competentes deciden la inclusión de una empresa al listado prohibitivo, no distinguen entre las áreas de actividad y, por tanto, cuáles de sus trabajadores estarán afectos a la referida prohibición, para de ese modo respetar el carácter estricto o restringido de los límites de los derechos fundamentales.⁵⁰

Para justificar todos estos excesos se recurre al discurso de que el derecho de huelga, al igual que el resto de los derechos fundamentales, no es ilimitado ni absoluto, por lo que su ejercicio debe estar condicionado, o, en una versión más radical, que los intereses de los huelguistas son contrapuestos a los de los usuarios, que a través de la huelga se defienden concretos intereses particulares, contraponiendo de ese modo el ejercicio del derecho de huelga con toda la sociedad.

Ante estos excesos resulta indispensable repensar la configuración de los límites al ejercicio del derecho de huelga. Desde nuestra perspectiva el derecho de huelga no es un derecho fundamental más,⁵¹ sino que un derecho de primer orden, que forma parte del nervio democrático, que es instrumental para la consecución de otros derechos,⁵² en definitiva, un derecho que permite romper

vuelve a calificar las empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho a huelga, que vuelve a incorporar a los sectores recién individualizados. Para el año 2019, la autoridad triministerial mantuvo idénticos criterios.

⁵⁰ En el caso chileno, la prohibición al ejercicio del derecho de huelga opera en bloque, sin distinguir entre aquellos trabajadores que efectivamente satisfacen los derechos fundamentales de terceros especialmente tutelados, de aquellos que realizan actividades que no están directamente conectados con ellos.

⁵¹ La huelga, explica De la Villa, es “un derecho necesario en una sociedad de estructura capitalista en la que, por hipótesis confirmada por los hechos, la mayor parte de la población activa ha de vender su trabajo por un precio y quedar así en una situación de inferioridad social y económica que, precisamente, el derecho de huelga tiende a paliar, posibilitando la organización democrática y convivencia social. El derecho de huelga no es un derecho más, sino que un derecho fundamental con la función típica de dignificar la condición de los trabajadores y posibilitar su promoción efectiva, objetivos éstos que a la fecha no se consiguen por ninguna otra vía”. (De la Villa 2003, 273).

⁵² La huelga no solo juega un rol en el ámbito de la relación de trabajo —herramienta de equilibrio y contrapoder— sino que, además, es un instrumento esencial o crucial que disponen los trabajadores para alcanzar otros derechos de carácter fundamental, como son, la igualdad, libertad, expresión y participación. (Baylos 1980, 8).

los obstáculos para alcanzar la igualdad real de todas las personas,⁵³ por lo que los límites a su ejercicio no pueden venir impuestos por la totalidad de los derechos fundamentales que un determinado ordenamiento jurídico consagre, sino que única y exclusivamente por aquellos derechos estructurales de la humanidad, es decir, la vida, la salud y la seguridad.

Además, junto con ser una herramienta de reivindicación de una mayor igualdad material, la huelga constituye una manifestación del derecho a la libertad de expresión, ya que a través de ella un sector importante de la población alza su voz, visibiliza sus demandas y reclamos a fin de colocarlos en el centro del debate nacional y de decisión política, ya que tal como indica Gargarella, en muchas zonas y círculos sociales los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político (Gargarella 2007, 30). En esta faceta entonces, la huelga actúa como un grito desesperado, una necesidad de hacer visibles situaciones extremas, graves y urgentes de la clase trabajadora –salarios de hambre, condiciones insalubres de trabajo, factores de riesgo en el trabajo, ejercicio abusivo del poder empresarial, como el acoso laboral o sexual, entre otras-, que de otro modo no tendrían visibilidad pública ni serían escuchadas.

La huelga, al dar visibilidad a las demandas y reclamos de un importante sector de la población que suele ser ignorado por el poder político, es una herramienta esencial de la democracia, sobre todo si estamos ante un modelo de democracia representativa, donde más allá de las elecciones periódicas, no existen cauces de participación efectiva de la sociedad y las decisiones son tomadas de forma exclusiva por la clase política. Es por ello que, ante el modelo representativo expuesto, “la única alternativa con la que cuentan los ciudadanos para cambiar el rumbo de las cosas es la de protestar y quejarse contra las autoridades”, por lo que, si el ordenamiento jurídico restringe el derecho a la protesta social, entre ellos, el derecho de huelga, “la democracia representativa

⁵³ Como indica Ramírez, la huelga es un derecho instrumental, un medio para alcanzar un fin: la igualdad material o sustancial de los individuos y los grupos en que se integran. (Ramírez 1980, 584).

se convierte en una oligarquía o en una plutocracia, es decir, la democracia llega a su fin” (Gargarella 2007, 60).⁵⁴

Junto con restringir el campo o esfera de actuación de los límites del derecho de huelga a través de un concepto estricto de servicio esencial, estimamos que la respuesta más adecuada de ese carácter fundamental del derecho de huelga es la que, admitiendo el reconocimiento del ejercicio del derecho de huelga en el campo de los servicios, fija un régimen especial de carácter restrictivo a los efectos de hacer compatible el ejercicio de esta medida de presión con el goce o disfrute de los derechos fundamentales de terceros de carácter vital e inaplazables.

Delimitados los derechos que tendrán la potencialidad de limitar el ejercicio del derecho de huelga cabe preguntarse ¿quién tendrá la misión de fijar esos límites? Desde nuestra perspectiva, son los propios trabajadores los que deben determinar las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, fijar sus límites para no dañar de modo irremediable los derechos fundamentales de carácter vital de las personas, ya que a diferencia de quienes creen que los trabajadores a través de sus organizaciones sindicales obrarían como juez y parte, que no serían capaces de limitar su principal arma de lucha, o que no tienen la suficiente madurez y responsabilidad, estimamos que como integrantes de la sociedad y como portadores del interés colectivo, son los principales interesados en no generar un daño irremediable a la sociedad, en definitiva, a quienes detentan su misma condición de trabajadores.⁵⁵

Con lo dicho, no queremos desconocer que la huelga, en tanto derecho fundamental, estará sujeta a restricciones. Simplemente hemos querido poner de relieve que a la hora de fijar esas restricciones debemos tener en

⁵⁴ Con estas reflexiones, el autor pretende advertir que un modelo democrático, incluso en el más modesto, debe promover la acción colectiva de los ciudadanos —entre ellos los trabajadores—, ya que es esencial que los representantes estén al tanto de las necesidades y urgencias que afectan a la población, “como forma de remediar el problema que significa no haber optado por una forma más directa de democracia, y como forma de dotar de sentido a la democracia representativa”. Sánchez, por su parte, señala que la huelga pretende dar a los trabajadores una auténtica participación en la toma de las decisiones producto del fracaso de los cauces institucionales. (Sánchez 1997, 66).

⁵⁵ Esta propuesta de autorreglamentación de los límites del derecho de huelga en el campo de los servicios esenciales debe venir necesariamente complementada, a nuestro juicio, con una legislación de apoyo y sustento de la autorregulación, especialmente en aquellos países de alta fragmentación sindical y con escasa tradición participativa.

consideración las funciones que cumple este derecho para la consecución de otros derechos y para la profundización y perfeccionamiento del modelo democrático. En consecuencia, para ser respetuosos del carácter fundamental del derecho de huelga, estimamos que los únicos derechos que podrían justificar la imposición de algún tipo de restricción a su ejercicio son aquellos que hemos denominado de carácter vital –vida, salud y seguridad de las personas- y, además, que no es posible admitir cómo respuesta a la eventual colisión entre la huelga y los referidos derechos vitales, la prohibición total y absoluta de su ejercicio.⁵⁶

Se trata, en definitiva, de fijar los límites del derecho de huelga con un criterio restrictivo, con el objeto de no dar cabida a una extensión sin límites de los servicios que pudiesen ser reputados como esenciales. En ese sentido, la elección de los derechos que serán merecedores de protección y tendrán la capacidad de limitar el derecho de huelga, debe recaer, como diría Birgillito, sobre aquellos derechos que, puestos a flotar en el mismo líquido, tengan el mismo peso específico que la huelga, esto es, la vida, salud y libertad personal. Respecto de los demás derechos fundamentales, si bien también se encuentran bajo el paraguas de una norma constitucional, “no forman parte de aquellos derechos fundamentales que, a la par que la huelga, componen el andamiaje constitucional” (Birgillito 2016, 195-198).⁵⁷

⁵⁶ Es difícil levantar objeciones a la necesidad de racionalizar el ejercicio del derecho de huelga cuando entra en colisión con otros derechos protegidos al mismo nivel normativo. Gran parte de la doctrina, como hemos podido ver, es partidaria de que ante el referido conflicto de derechos la huelga se deba sujetar a límites o restricciones de diverso grado e intensidad. Ahora, cuándo será necesario restringir el derecho de huelga y cuál o cuáles serán esas restricciones, son las dos grandes interrogantes que se levantan a la hora de abordar la temática de los límites externos al derecho de huelga que tradicionalmente ha sido reconducida al estudio de los servicios esenciales. En nuestro análisis, la respuesta a tales interrogantes debe realizarse en base al carácter multifuncional del derecho de huelga y su conexión directa con el nervio democrático.

⁵⁷ Analizando el caso italiano, la autora señala que no es posible poner en un mismo nivel el ejercicio del derecho de huelga, con el derecho constitucional de entrar a los museos u otros lugares de cultura, ya que no tienen el mismo peso específico. En base a lo anterior, estima que una interpretación más acorde con los principios constitucionales y con el carácter de la huelga como derecho fundamental, debería considerar esenciales únicamente los derechos inviolables reconocidos en el artículo 2 de la Constitución Italiana y, en los casos residuales –la mayoría- se debería deducir que el derecho de huelga no podrá someterse a limitaciones.

Del mismo modo Sarthou, es partidario de que el concepto de esencialidad sea fijado en base a los valores esenciales de la vida, salud y seguridad de las personas, ya que de ese modo se concilia razonablemente el ejercicio del derecho de huelga y la protección del interés general. Sarthou, Helios, "La huelga en los servicios esenciales en nuestro derecho positivo y la

Bibliografía

- ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BAYLOS, A. (1977). "La militarización en los servicios públicos", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, N° 3.
- BAYLOS, A. (1980). "Desarrollo legislativo y domesticación del derecho de huelga", *Gaceta Sindical*, N° 3.
- BAYLOS, A. (1988). *El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga en los servicios esenciales. (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, Sala segunda de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de diciembre de 1987)*, Poder Judicial, N° 11.
- BAYLOS, A. (2018). *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Albacete, Editorial Bomarzo.
- BERNAL, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BIRGILLITO, M. (2016). "Una mirada comparada sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales y sus sujetos reguladores: España e Italia", *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, N° 73.
- CAAMAÑO, E. y UGARTE, J. (2008). *Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico*, Santiago, Legal Publishing.
- CASSAGNE, J. (1993). *La huelga en los servicios esenciales*, Madrid, Civitas.
- DE LA VILLA GIL, L. (2003). "Huelga: servicios esenciales y servicios mínimos", *Derecho vivo del Trabajo y Constitución, Estudios en Homenaje al profesor Fernando Suarez González*, Ignacio Albiol Montesinos (Coord.), Madrid, La Ley.
- ERMIDA, O. (2001). "La huelga en los servicios esenciales", *XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Córdoba, Argentina.

autonomía del derecho del trabajo", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXVI, Julio-diciembre, N° 1-2, 1986, p. 116.

- ERMIDA, M. (2016). *Los decretos de esencialidad y la huelga*, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, N° 2.
- ESCRIBANO, J. (2006). “Derecho de huelga y servicios esenciales de la comunidad en el ámbito de las telecomunicaciones”, *Temas Laborales*, N° 87.
- FERNÁNDEZ, F. (2005). *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad. Algunas propuestas de regulación*, Madrid, CES.
- GARATE, J. (1996). “Derecho de huelga y servicios esenciales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 75.
- GARGARELA, R. (2007). *El derecho a la protesta: El primer derecho*, Departamento de publicaciones Facultad de Derecho UBA y Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires.
- GERNIGON, B., ODERO, Á. y HORACIO, G. (2000). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- MANTERO, R. (1992). *Límites al derecho de huelga*, Montevideo, Editorial Amalio M. Fernández.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1979). “El derecho de huelga en la Constitución de 1978”, *Revista de Política Social*, N° 121.
- MORENO, M. (2007). *La huelga en servicios esenciales*, Navarra, Aranzadi.
- MORENO, M. (2008). “La huelga en servicios esenciales”, *El conflicto colectivo y la huelga: estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Ediciones Laborum.
- PALOMEQUE, M. (1980). “Regulación y autorregulación del derecho de huelga”, *Gaceta Sindical*, N° 2.
- PALOMEQUE, M. (2008). “El ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, *El conflicto colectivo y la huelga: estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Ediciones Laborum.
- PANKERT, A. (1981). “Solución de conflictos del trabajo en los servicios esenciales”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 100, N° 1.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F. (1994). “La definición de los servicios esenciales en el proyecto de ley de huelga”, *Homenaje a J. García Abellán*, Murcia, Publicaciones Universidad de Murcia.

- RAMÍREZ, J. (1980). "Huelga y cierre patronal en la Constitución Española", *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos.
- RIVERO, J. (1993). "La huelga en los servicios esenciales: complejidad del supuesto y opciones legislativas", *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, N° 17.
- ROSENBAUM, J. (2013). "La huelga en los servicios esenciales. Algunas inflexiones en los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical", *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, N° 252.
- SÁNCHEZ, M. (1997). *La huelga ante el derecho: conflicto, valores y normas*, Madrid, Dykison.
- TERRADILLOS, E. (2005). "Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas", *Estudios sobre la huelga*, Antonio Baylos Grau (Coord.), Albacete, Bomarzo.
- UGARTE, J. (2013). *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Chile, Legal Publishing.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (1986). *Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública*, La Ley, Tomo II.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2002). "Derecho de huelga e interés comunitario: los criterios de solución de un conflicto de derechos fundamentales", *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, España, Congreso de los Diputados.
- VARAS, K. (2019). *Derecho a huelga: los límites derivados de la protección de terceros*, Chile, Ediciones DER.
- VIVERO, J. (2002). *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, Lex Nova.
- VON POTOBOSKY, G. (1991). "La huelga en los servicios públicos esenciales" *Revista Debate Laboral*, N° 8-9.

TRABAJO DECENTE, TELETRABAJO Y PRECARIEDAD LABORAL: LOS EFECTOS DE UNA PANDEMIA

DECENT WORK, TELEWORKING AND JOB INSECURITY: THE EFFECTS OF A PANDEMIC

Reynaldo LAM PEÑA

Profesor Asistente de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social y Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de La Habana, Cuba. Juez Profesional de lo Laboral, Tribunal Provincial Popular La Habana, Cuba.

reynaldolam21@gmail.com

Fecha de envío: 14/03/2021

Fecha de aceptación: 17/03/2021

TRABAJO DECENTE, TELETRABAJO Y PRECARIEDAD LABORAL: LOS EFECTOS DE UNA PANDEMIA

Reynaldo LAM PEÑA

Universidad de La Habana (Cuba)

Resumen: La pandemia del Covid-19, ha generado una crisis económica y social sin precedentes, la que afecta a todas las esferas de las relaciones sociales, entre ellas las relaciones laborales. Enfrentar fenómenos, que se venían arrastrando desde tiempos atrás, como la precarización laboral, es una tarea más urgente en tiempo de pandemia. Las nuevas estrategias que toman fuerza en la contemporaneidad tienen al teletrabajo como, uno de sus ejes centrales. No obstante, teniendo en cuenta los incuestionables beneficios de esta forma de organización del trabajo, se necesitan políticas públicas de contención para evitar la precarización de las condiciones de trabajo, desde un enfoque multidisciplinario del fenómeno en pos de la garantía de los derechos laborales de los trabajadores y sus familias. Desde esta integración será posible alcanzar una de las metas de desarrollo sostenible: “el trabajo decente”.

Palabras clave: Trabajo decente - Precarización laboral - Teletrabajo - Derechos laborales

Sumario: 1. Ideas iniciales. 2. Precariedad en el empleo. 3. El teletrabajo en el eje de la pandemia. 4. La intervención de políticas públicas como estrategias de contención a la precarización laboral. La nueva búsqueda del trabajo decente. 5. Una idea central de cierre.

Abstract: The Covid-19 pandemic has generated an economic and social crisis without precedent, which affects all spheres of social relations, including the labor relations. Facing phenomena which had been dragging since times behind, like job insecurity. It is a more urgent task in times of pandemic. The new strategies

that gain strength in it, contemporaneity have teleworking as the central axis. However, taking into account the unquestionable benefits of this form of work organization, public containment policies are needed to avoid the precariousness of working conditions, from a multidisciplinary approach of the phenomenon in pursuit of the guarantee of the labor rights of workers and their families. From this integration it will be possible to achieve one the development gals sustainable: decent work.

Key words: Decent work - Job insecurity - Telecommuting - Labor rights

Summary: 1. Initial ideas. 2. Precariousness in employment. 3. Teleworking at the center of the pandemic. 4. The intervention of public policies as strategies to contain job insecurity. The new search for decent work. 5. A central idea of closure.

1. Ideas iniciales

Escribir unas líneas para congratular a quien ha dedicado parte de su vida a la salvaguarda de los derechos de los trabajadores es siempre un motivo de honor. El profesor Ermida Uriarte, ha dejado en el contexto laboralista, especialmente el latinoamericano, un amplio repertorio de obras científicas dedicadas al análisis de diversas manifestaciones de los derechos laborales; temas no solo desde la “pura y dura” teoría del Derecho del Trabajo, sino desde un enfoque contemporáneo, donde el contexto social y económico le inspiraron atinados análisis.

Uno de sus estudios versó sobre el «trabajo decente». Desde el año 2001 el profesor Ermida Uriarte¹ intentó conceptualizar el trabajo decente expresando que: “Trabajo decente es un concepto integrativo en cuya realización es necesario combinar aspectos relativos a los derechos, el empleo, la protección y el diálogo en un todo integrado, agregándose que constituye una meta, un marco para la definición y actuación de políticas, un método de organización de actividades y programas, y una plataforma para la asociación con otras entidades”.

Para ello, tomó como base los cuatro pilares que la Organización Internacional del Trabajo, desde 1999, utilizó para la construcción del mencionado concepto.

Sin embargo, hoy, el trabajo decente, constituye uno de los pilares fundamentales de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Constituye una meta a alcanzar en la búsqueda de la dignidad plena del hombre.

Desde comienzos del siglo XXI han existido cambios importantes en todas las esferas del planeta. La competitividad y los cambios en las economías han generado consecuencias precarias en el sector de los trabajadores en todos los rincones del mundo. Se ha osado hablar, alguna vez, del fin del trabajo. Sin embargo, el propio contexto demostró que el trabajo es esencial para el

¹ Ermida Uriarte, O. (2001) Trabajo decente y formación profesional. Boletín interno 151, CINTERFOR.

desarrollo de la humanidad y ha llevado a que se sustituya esa idea tan radical por la interrogante de: “¿cómo debería ser en la actualidad el trabajo?”.

No obstante, en medio de este contexto ya convulso, el 2020 nos dejó un duro golpe con la pandemia del coronavirus, que ha empeorado el panorama del empleo en todo el mundo, sobre todo en América Latina y el Caribe. El mercado laboral sufre la peor crisis desde la Segunda Guerra Mundial. La paralización de las actividades productivas en casi todo el planeta ha causado una crisis económica que se avalancha rápidamente, de la cual ninguna economía, en mayor o menor medida, quedará ilesa.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe² pronostica una contracción económica para la región de menos 5.3%. El observatorio de la Organización Internacional del Trabajo³ ha planteado que en el segundo trimestre de 2020 se perdieron 400 millones de empleos a tiempo completo. La Organización Internacional del Trabajo⁴ ha estimado, para América Latina y el Caribe en su conjunto, una pérdida de 10,3% de las horas de trabajo para el segundo trimestre del año lo que corresponde a 25 millones de empleos a tiempo completo equivalentes (de 40 horas por semana).

El Director General de la Organización Internacional del Trabajo ha expresado: “(...) esta pandemia ha revelado, de la manera más cruel, la extraordinaria precariedad y las injusticias de nuestro mundo laboral (...) Con la batalla contra la Covid 19 sin ganar aún, se ha instalado la idea de que lo que nos espera tras la victoria es una nueva normalidad (...) Este es el momento de examinar más de cerca esta nueva normalidad para comenzar la tarea de forjar una normalidad mejor”⁵.

² Comisión Económica para América Latina y el Caribe. 2020. *Dimensionar los efectos del Covid-19 para pensar en la reactivación*. Informe Especial. Disponible en: www.repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45445/4/S2000286_es.pdf

³ Organización Internacional del Trabajo. 2020. Observatorio de la OIT: Covid-19 y el mundo del trabajo. Estimaciones actualizadas. 5ta edición. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/documents/briefingnote/wcms_749470.pdf

⁴ Organización Internacional del Trabajo 2020. Panorama Laboral 2020: América Latina y el Caribe. Lima.

⁵ Guy Ryder. 2020. El COVID-19 ha revelado la fragilidad de nuestras economías. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_739995/lang--es/index.htm

La unión de una precarización, ya acrecentada en América Latina desde finales del siglo pasado, y la crisis económica y social que se enfrenta a causa de la Covid-19, multiplica un panorama de precarización laboral, sobre el que este ensayo, inspirado en las reflexiones de Ermida Uriarte, reflexiona.

2. Precariedad en el empleo

Los grandes cambios económicos en las naciones más industrializadas, la pérdida de la protección social y la flexibilización de la relación jurídica laboral han sido factores decisivos en la fragilidad del trabajo decente. Estos factores han sido determinantes en la precarización de las relaciones laborales en todo el mundo. Ha sido parte de la revuelta de la condición salarial en las sociedades del capitalismo industrial en la década de los 70 y 80, la cual estuvo marcada por la innovación socio-técnica de la reorganización de las lógicas del trabajo, un quiebre en la anterior división social del trabajo, una revolución científico tecnológica de los medios de producción, la desregulación laboral y una masiva desvinculación de los individuos de los sistemas de protección característicos del Estado de Bienestar.

Estos cambios comenzaron a generar una transformación en el trabajo, dando surgimiento a nuevas configuraciones jurídicas que generan inestabilidad en los empleos y por supuesto en las condiciones de los mismos causadas por el propio mercado, pero también por el empleador que busca acelerar los procesos productivos en aras de entrar en la feroz competitividad.

Entre algunas definiciones de precariedad encontramos a Vejar que establece: “La “precariedad” se define en este contexto más bien como una “condición”, un fenómeno emergente e irruptivo, una forma de estar/ser en el mundo vinculado a la pérdida y/o debilitamiento de los vínculos sociales de integración y protección social que sostenían el compromiso social fordista. En esa dirección el concepto de precariedad laboral tiende asociarse al **deterioro de las condiciones laborales**, a una condición de **inestabilidad laboral, y/o inseguridad laboral**; un lugar en el espacio social donde el/la trabajador/a se encuentra **desprotegido/a ante la expansión de las relaciones no formales**,

donde las leyes no lo protegen, la consolidación de un área de desprotección, la inexistencia del derecho de afiliación o participación sindical, etc”.⁶

Asimismo, Martínez⁷ exclama que la precariedad es un concepto que se relaciona con el mercado de trabajo, es decir se refiere a las condiciones en que se vincula el trabajador y a las condiciones en que desempeña su trabajo. Por tanto, se puede entender que cuando de precariedad se habla hay que relacionarla con las condiciones de trabajo como uno de sus factores. La precariedad laboral es una crisis en el mundo del trabajo. Ocurren diversos fenómenos que así lo demuestran. La externalización del trabajo es un ejemplo. Este fenómeno es una forma de organización empresarial del proceso productivo. A pesar de encontrarse dentro de las facultades comprendidas en la libertad empresarial no deja de afectar a los trabajadores porque es una corriente de flexibilización laboral⁸.

Por otra parte, la expresión «trabajo precario» hace alusión a una forma de contratación atípica, en la que se encuentran restringidos (o anulados) los derechos legales y beneficios sociales asociados al empleo y que se caracteriza por involucrar uno o todos de los siguientes tres elementos críticos: inestabilidad, ilegalidad y desprotección⁹.

La perspectiva sobre el trabajo ha cambiado. Los logros sociales de protección social en que intervenía el Estado como ente protector de los trabajadores, desde la autotutela colectiva, está dejando de fomentar nuevas alternativas en un empleo amplio y decente para los ciudadanos con capacidad de trabajar. De esta forma la visión sobre el trabajo se transforma, su dimensión social se trastoca tras los umbrales de relaciones inestables que a favor de la acumulación de capital afectan la estabilidad en el trabajo. Para Sennett¹⁰: “el trabajo comienza a ser parte de una cadena en la que el sujeto es conducido a

⁶ Vejar Dasten Julián. 2014 *La precariedad laboral, modernidad y modernización capitalista: Una contribución al debate desde América Latina*. Revista Trabajo y Sociedad. p. 150.

⁷ Martínez Valle Luciano 2017. La precariedad laboral, manifestación de la mala calidad del empleo. Consultable en: <https://www.researchgate.net/publication/318686788>

⁸ La precariedad laboral es diferenciable de la flexibilización laboral. Esta última está relacionada con la relación entre trabajador y capital y no entre trabajador y condiciones de trabajo; aunque ambas guardan relación con las políticas laborales de cada país.

⁹ Salvia, A., y Tissera, S. 2002. Heterogeneidad y precarización de los hogares asalariados en Argentina durante la década del noventa. Revista Debate No. 56.

¹⁰ Sennett, Richard. 2006. *La cultura del nuevo capitalismo*. España: Anagrama. p. 18.

observarse y reconocerse desde la conformación de una temporalidad inestable y cambiante, con la ausencia de contratos, contratos temporales y población que no reúnen las condiciones objetivas/subjetivas necesarias para los requerimientos de un empleo formal; de una condición de renuncia a la seguridad, a cualquier tipo de cobertura, con la flexibilidad de despido, y cualquier forma de regulación, con la correspondiente violación de los derechos sindicales y de negociación colectiva, por parte del empleador/a y del conjunto de la legislación; y una maximización del talento, como contra-tendencia adaptativa a la sobreexplotación auto-creativa en contra de la insuficiencia, relacionada a los subempleos, los salarios bajos y la autonomía encubierta”.

La precarización de las relaciones laborales afecta la dignidad de los trabajadores como principio conquistado, no solo como derecho humano, sino como principio constitucional que ha quedado plasmado en varios textos constitucionales. La supresión del Estado de Bienestar General por otros neoliberales flexibiliza todas las relaciones que se interpongan con un desarrollo económico al que aspiran las industrias capitalistas modernizadas. Los derechos de los ciudadanos, y en este caso de los trabajadores quedan en el olvido. Uno de los principios que fragmenta la precarización es el llamado trabajo decente al que hemos hecho referencia. Se puede decir que el aumento de la precarización laboral es inversamente proporcional a la disminución del trabajo decente. Estas son dos posturas contrapuestas. La disminución de la primera solo encuentra refuerzo en el fortalecimiento de los derechos sociales.

Por esta causa se habla de una mejora en la calidad del empleo. Pok¹¹ plantea “(...) la necesidad de incorporar entre los problemas del empleo la “precariedad, la flexibilidad, la terciarización y la intermediación”, como problemas que permitirían acercarse a una mejor comprensión del funcionamiento del mercado de trabajo. Aunque es válido mencionar que no se considera que la precarización depende solamente de la calidad de empleo y la precariedad de los contratos, sino también de las condiciones de trabajo que de

¹¹ Pok, Cynthia. (1992) Precariedad Laboral: personificaciones en la frontera de la estructura del empleo. Documento presentado en el 1er Congreso Nacional de Estudios del Trabajo: Reestructuración económica y reforma laboral. Asociación Argentina de Especialistas de Estudios del Trabajo (ASET). Buenos Aires.

igual manera pueden comprenderse dentro del derecho marco a la estabilidad en el empleo como se verá en epígrafes posteriores”.

La precariedad laboral ha sido objeto de estudios sociológicos¹² en varios lugares del mundo. Dichos estudios resumen que afecta a todos los trabajadores, sobre todo en los países menos industrializados. Es vulnerable en sectores de trabajadores jóvenes que se incorporan al mercado de trabajo e influye en ella decisivamente el grado de escolaridad de los trabajadores. A menos educación en la masa trabajadora puede generarse más precariedad. Este autor continúa diciendo que otras de las causas de la precarización es la desarticulación y la pérdida de capital social de los trabajadores que se refleja en la debilidad de la organización sindical es otro de los elementos que inciden en la falta de visibilidad de los problemas que afectan a los asalariados y la ausencia de propuestas sobre las actuales condiciones de trabajo para no dejar vía libre al predominio de las iniciativas empresariales sobre todo aquellas que provienen desde el neoliberalismo y que buscan como es conocido la completa desregulación del mercado de trabajo. Por ello es importante también un refuerzo del derecho de libertad sindical, del reconocimiento de la autonomía colectiva, tema al que se hace referencia en otro capítulo de esta obra.

Estas diversas miradas a un fenómeno multidimensional han llevado a que se pueda analizar desde tres perspectivas, la primera desde “(...) un *plano socioeconómico*, la precariedad responde a dinámicas productivas y empresariales que fragmentan el proceso de trabajo y las relaciones laborales y cuartejan la calidad del empleo; desde un *plano socioestructural*, la precariedad equivale a poner en duda los pilares básicos que contribuyen a la cohesión social

¹² Entre los resultados se encuentran a) que a menor edad hay mayores probabilidades de ser precario; b) que la precariedad afecta tendencialmente a las mujeres; c) que a mayor nivel de educación existirían mayores probabilidades de escapar de la precariedad y, c) que los precarios se encuentran efectivamente vinculados al sector informal de la economía. Vid: Martínez Valle Luciano (2017). La precariedad laboral, manifestación de la mala calidad del empleo. Consultable en: <https://www.researchgate.net/publication/318686788> pp. 3-7.

Otros estudios sociológicos intentan establecer parámetros cualitativos del empleo precario. Estos distinguen ocho parámetros a saber: llevar menos de un año en el empleo, tener un contrato temporal, trabajar en horario asocial, recibir bajos ingresos, malas condiciones físicas en el puesto de trabajo, sufrir acoso en el trabajo, bajo nivel de autonomía y bajo contenido intelectual del trabajo. Vid: Santamaría López, Elsa (2009) Precariedad laboral: apuntes para una aproximación sociológica a sus formas contemporáneas. Papeles del CEIC (Revisión Crítica) vol. 2009/1. Consultable en: <http://www.identidadcolectiva.es/pdf/critica6.pdf> p. 36.

y desde un *plano experiencial*, la precariedad se equipara a la incertidumbre, a la inseguridad y a la falta de protección, no sólo de las condiciones de trabajo sino también de las condiciones de vida”¹³.

Dicha precariedad en el empleo puede estar influenciada por un contexto de flexibilidad, el cual en el contexto actual adquiere nuevos matices, pero que necesita de miradas críticas en pos de no lacerar derechos laborales fundamentales. La flexibilidad pone en peligro los puestos de trabajo y, a su vez, las condiciones de trabajo para juntas hacer cada vez más lejos el trabajo decente mientras triunfa la precariedad. Los cambios sociales y técnicos que caracterizan las recientes décadas han repercutido en el mundo del trabajo, el cual ahora se encuentra caracterizado por una mayor flexibilización, la precarización del contrato laboral y la eliminación de puestos de trabajo. En general se presenta una desproletarización del trabajo manual, industrial y fabril: heterogeneización, subproletarización y precarización del trabajo, disminución del proletariado industrial tradicional y aumento de la clase que vive del trabajo. (Quevedo y Agudelo 2012, 105).

Para Arenas¹⁴ el análisis parte de las tres formas de flexibilidad en la contratación: “(...) la primera es la que se refiere al **monopolio en el reclutamiento de trabajadores**, en los países que lo tenían en manos del servicio público de empleo. La segunda alude a la **flexibilidad en las formas de terminación del vínculo laboral** y la disminución de la estabilidad laboral que tradicionalmente pregonaba el Derecho Laboral. Y la tercera se relaciona con **las modalidades específicas en que se presta el trabajo**, las que dieron lugar a las llamadas «relaciones de trabajo atípicas»: trabajo a tiempo parcial, trabajo intermitente, contratos de duración determinada, programas de empleo formación, «teletrabajo», trabajo mediante vínculo autónomo, etc. En este grupo de aspectos de la flexibilidad en la contratación se sitúan precisamente las

¹³ Santamaría López, Elsa. 2009. Reseña crítica: Precariedad laboral: apuntes para una aproximación sociológica a sus formas contemporáneas, en Papeles del CEIC (Revisión Crítica), Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva. p. 35.

¹⁴ Arenas Monsalve, Gerardo. 2002. La contratación de trabajadores a través de empresas de servicios temporales. Precedente. p. 209.

relaciones de trabajo «triangulares», y entre ellas la intermediación de las agencias de trabajo temporal”.

La primera de ellas hace alusión al monopolio en el reclutamiento de la mano de obra trabajadora que ha quedado en varias oportunidades en manos de empresas privadas. Este fenómeno es que se ha mencionado con anterioridad y se relaciona la terciarización de la relación jurídica laboral. La terciarización según Ferriol¹⁵ se entiende que ocurre cuando ciertas tareas que eran antes desarrolladas por una empresa son contratadas a terceros, o cuando una empresa cede sus trabajadores a una tercera donde desarrollaran sus labores, cuando la empresa externalizadora venía realizando una determinada actividad con activos y personal propios y se deshace definitivamente de la misma, transfiriendo al subcontratista estos activos y ese personal, o despidiendo a estos últimos, o cuando la empresa confía a otro la ejecución de un incremento transitorio o definitivo de actividades, sin la transferencia de los recursos correspondientes.

La segunda consecuencia jurídica es la flexibilización de la terminación de la relación jurídica de trabajo. Hoy se alega el derecho al trabajo como una limitante al despido, el cual debe estar precedido de con justa causa. Baylos Grau¹⁶ que uno de los aspectos fundamentales de la dimensión individual del derecho al trabajo es la que se refiere a la permanencia del trabajador en el empleo, lo que implica “la enunciación de un principio de estabilidad en el empleo, concretizado, de manera limitada en la imposibilidad de ser despedido sin que concurra una justa causa, lo que definitivamente viene a significar el derecho del trabajador con empleo a no ser expropiado arbitrariamente del mismo”.

La tercera manifestación son las nuevas expresiones de relaciones de trabajo que han dado surgimiento a los contratos atípicos y a nuevas formas de contratación impulsadas por las nuevas tecnologías dejando de lado las formas

¹⁵ Ferriol Molina, Guillermo 2018. Derecho del Trabajo. Su actualización. ¿Renovación, modernización o refundación? La Habana: Editorial ONBC. p. 158.

¹⁶ Baylos Grau, Antonio (2004). Protecáo de direitos fundamentais na ordem social. O direito ao trabalho como direito constitucional. Separata de la Revista Trabalhista, Rio de Janeiro.

tradicionales de organización del trabajo. Es la contrapartida a los contratos indefinidos como conquista de la clase trabajadora.

En medio de este marco de precarización latente, llegó a inicios de 2020 una crisis sanitaria sin precedentes que afectó el mundo del trabajo y llamó a la readecuación de las formas clásicas de empleo. Uno de los mecanismos sostenidos por los empleadores y defendidos por los Estados, como forma de lograr el distanciamiento social requerido para proteger la salud de todos, fue el teletrabajo, el cual generó riesgos y beneficios que hoy son eje de debate.

3. El teletrabajo en el eje de la pandemia

El teletrabajo es una forma de organización del trabajo. En la actualidad es un punto de convergencia entre las políticas que se veían trazando para hacerle frente a la precariedad en el empleo y los mecanismos necesarios para hacerle frente a la crisis económica de la pandemia. Desde 2002, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo¹⁷ lo definió como: “una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”.

Sin embargo, hoy ha sido un eslabón clave para minimizar los riesgos económicos de la Covid-19. No obstante, ha llegado para convertirse en una fuente viable y óptima de organización del trabajo, que necesita de una regulación jurídica precisa y objetiva, para que no convertirse en un foco de precarización laboral.

El teletrabajo llegó para quedarse, han dicho una y otra vez, un fenómeno que permite una forma novedosa de organización de las labores al aprovechar la utilidad de las nuevas tecnologías para colocar al trabajador en un lugar distinto de su centro laboral, rompiendo los esquemas de la forma taylorista y fordista de organización del trabajo.

¹⁷ Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, 2002. Disponible en: www.uned.ac.cr.

Los beneficios para el trabajador se asocian a la flexibilización de la jornada de trabajo, una mejor conciliación entre la vida familiar y personal, reducción de riesgos de estrés laboral por determinadas circunstancias, entre otros. Para el empleador representa menores costos al mover el puesto del trabajo al espacio personal de su empleado o disminuir costos accesorios.

Más allá de riesgos y beneficios, lo cual analizarlos sobrepasaría los límites de estas líneas, “no todo lo que brilla es oro”. El teletrabajo es una opción viable en estos tiempos, una forma oportuna y útil para adecuar la prestación laboral. Sin embargo, no puede representar una forma de vulneración de los derechos de los trabajadores.

Los empleadores necesitan cambiar los paradigmas que han sustentado la organización del trabajo. Se trata de romper los esquemas de una presencialidad constante que han anclado a los trabajadores a los centros laborales durante una jornada estricta e inamovible de ocho horas, aun cuando las funciones de trabajo no requieran de ese máximo de tiempo.¹⁸

Se hace necesario un análisis objetivo de los procesos a adoptar para esta forma de empleo, teniendo en cuenta las necesidades de la actividad empresarial, la garantía de las condiciones tecnológicas de conectividad, medios y condiciones de trabajo para un desempeño eficiente para ambas partes.

No puede ser una carga para el trabajador las obligaciones económicas asociadas a la facturación de electricidad o teléfono, cuando el gasto se asocia al uso para desarrollar la labor encomendada, ni los deterioros de los medios personales como computadoras o teléfonos utilizados para trabajar. Teletrabajar no puede significar la conciliación de las condiciones de trabajo. La distancia entre el trabajador y el colectivo laboral no quiebran las obligaciones recíprocas entre ambos sujetos establecidas por el contrato de trabajo o en su defecto por la realización continua, ajena y subordinada de la prestación laboral.

El empleador continúa obligado a garantizar las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de sus empleados, a cubrir los gastos y riesgos

¹⁸Lam Peña, Reynaldo J. (2020) El teletrabajo en Cuba: ¿riesgos o beneficios para los derechos de los trabajadores? Periódico Trabajadores (versión digital). Disponible en: <http://www.trabajadores.cu/20200624/tiempo-de-teletrabajo-en-cuba-riesgos-o-beneficios-para-los-trabajadores/> , 24 de junio de 2020.

profesionales en que puede incurrir y a respetar el horario de trabajo. La llamada “nueva presencialidad” no puede alterar los horarios de descanso de los trabajadores, con emails, llamadas a deshora, o tareas que irrespetan los límites del trabajo extraordinario. Asimismo, continúa siendo un problema mayor para las mujeres que para los hombres, consecuencia de alternar las labores del hogar el cuidado de los hijos menores y el desempeño de la labor en el mismo espacio.

Igualmente, se considera como un factor que puede acrecentar la brecha de desigualdad en materia de acceso al empleo pues la probabilidad de perder el empleo aumenta marcadamente con la proporción de las tareas que no pueden realizarse a través del teletrabajo, según Adams-Prassl¹⁹, en cual influye el dispar acceso a los mecanismos tecnológicos de la informática y las comunicaciones y el aprendizaje de estos medios en dependencia de las posibilidades de acceso real a su capacitación.

Se le suma también la disparidad en materia de género que representa el acceso al teletrabajo para hombres y mujeres. “Las pautas prevalecientes de la división del trabajo por sexo a nivel del hogar tienden a aumentar la carga de trabajo de las mujeres que tendrían que asumir tareas adicionales de cuidado de adultos mayores (con mayor riesgo de contagio), a menores que deben acompañarse en el proceso de educación a distancia o a otras personas dependientes. Si el teletrabajo se mantiene como modalidad de trabajo más utilizada que antes de la crisis sanitaria, también las desigualdades relacionadas con las tecnologías digitales y específicamente al teletrabajo tenderían a quedarse, por ejemplo, respecto a la desigual distribución del trabajo doméstico”²⁰.

¹⁹ Adams-Prassl, A., T. Boneva, M. Golin y C. Rauh. 2020. “Inequality in the Impact of the Coronavirus Shock: Evidence from Real Time Surveys”, IZA Discussion Paper Series IZA DP No. 13183.

²⁰ Weller, Jürgen. 2020. La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales. Documentos de Proyectos. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. p 17.

4. La intervención de políticas públicas como estrategias de contención a la precarización laboral. La nueva búsqueda del trabajo decente

Una intervención de los Estados a través de políticas públicas puede frenar un creciente aumento del desempleo, la desaparición y precarización de los empleos. No es cuestión solo de legislar, sino de accionar desde un enfoque multidisciplinario.

La intervención legislativa en materia de teletrabajo o en previsión social a través de nuevos mecanismos jurídicos, como, por solo citar un ejemplo, el ingreso mínimo vital implementado en España, son elementos importantes, pero que por sí solos no solucionan los problemas de una crisis que se desencadena con fuerza.

Según reportes de la OIT, algunos de los instrumentos de las principales políticas utilizadas en América Latina y el Caribe para sostener el empleo y otorgar seguridad jurídica a las familias y personas se concentran en subsidios a la nómina salarial, prestaciones de seguros de desempleos para cubrir suspensiones, periodos de horarios reducidos y otros eventos diferentes al despido, subsidios al regreso y a la contratación de trabajadores, ampliación de otros contributivos de desempleo o cesantía y las prestaciones condicionadas y monetarias para las familias y personas en la economía informal.²¹

No obstante, hay problemáticas de raíz que solo podrán evitarse desde una combinación efectiva de los pilares de un verdadero trabajo decente: acceso al empleo, derechos laborales, protección social y dialogo tripartito.

Las nuevas formas de trabajo que se implementan que llaman a un uso más frecuente de los medios tecnológicos y a contar con la infraestructura para su implementación, convocan a mirar, desde nuevos enfoques, instituciones básicas como la formación profesional y la capacitación de los trabajadores. “Las nuevas demandas laborales son ahora mucho más cercanas a una capacidad y habilidad específica que a una titulación de media o larga duración. Las brechas

²¹ Organización Internacional del Trabajo 2020. Panorama Laboral 2020: América Latina y el Caribe. Lima. p. 63.

de habilidades se concentran en capacidades más focalizadas, habilidades de programación, de diseño, de especificación de productos y no tanto en titulaciones académicas tradicionales”²². Ello será un punto necesario no solo para el nuevo análisis de los derechos laborales clásicos, como la capacitación de los trabajadores, sino una misión de políticas públicas de acceso al empleo, para preparar a los ciudadanos en los campos que demanda el cambiante mercado laboral.

En materia de derechos laborales, se necesita la recuperación de aspectos que conforman las buenas prácticas y aportan al respeto de los derechos en el trabajo, sobre todo de cara a las diversas manifestaciones del teletrabajo y el trabajo a distancia. Entre ellas señalamos el principio de la voluntariedad y el acuerdo entre las partes, el tiempo de trabajo y su organización, el equipamiento, capacitación, productividad y protección del derecho de privacidad de los trabajadores, la seguridad y salud en el trabajo, cultura organizacional y diálogo y legislación y rol de actores sociales. De esta manera, si bien las diversas legislaciones pueden abordar materias fundamentales, las estrategias de participación colectiva desde los Convenios Colectivos de Trabajo y la participación de los sindicatos permitirán una adecuación concreta a los diversos escenarios del teletrabajo.

La protección social se redimensiona. Aparece la necesidad de proteger de forma más eficientes a los trabajadores y sus familias. Los países respondieron fortaleciendo y ajustando los seguros contributivos o, cuando éstos no existían, avanzando en etapas para su construcción. Los países también respondieron con una serie de transferencias que se convirtieron, en algunos casos, en garantías de ingresos y pisos de protección social. La seguridad social resultó ser un elemento indispensable en la dignificación del ser humano y la persecución de un verdadero «Estado de bienestar general».

Una combinación de estos enfoques permite tomar lo positivo y las enseñanzas que nos deja la pandemia del coronavirus, adecuar el mundo laboral y el trabajo a las nuevas necesidades y sus nuevas formas de expresión y

²² Organización Internacional del Trabajo 2020. Panorama Laboral 2020: América Latina y el Caribe. Lima. p. 72.

configuración, pero manteniendo la centralidad del trabajador como punto de mira. Se necesita una reactivación de las políticas de acceso al empleo, desde la intervención estatal para proteger a los sectores más vulnerables, pero también, para preparar a los ciudadanos en las formas de empleo, no solo a los jóvenes, sino también a los de más edad que necesitan readecuar sus formas de trabajar, sin quedar discriminados o segregados.

Es importante el fortalecimiento, para el crecimiento económico de los países y de la región, del teletrabajo y los derechos laborales que lo rodean, en pos de eliminar, cuanto antes, los escollos de una crisis sanitaria sin precedentes.

La preocupación hoy ha cambiado. La protección a los trabajadores no se construye solo sobre la jornada de trabajo y un principio protectorio válido en el constitucionalismo social de inicios del siglo XX. Hoy aparecen nuevos fenómenos laborales que necesitan de una intervención profunda, en pos de construir un verdadero trabajo decente. Si durante la revolución industrial la principal preocupación fue limitar la jornada de trabajo de manera que la salud de los trabajadores quedara salvaguardada, la etapa que vivimos de globalización económica y masiva utilización de nuevas tecnologías en el trabajo implica la internacionalización del empleo y la necesidad de que de las nuevas oportunidades surgidas se aprovechen debidamente, justamente, quienes prestan por cuenta ajena o propia un trabajo.

El *trabajo decente*, **es un derecho** que va más allá de la legislación laboral vigente, que tiene el sentido de reconocer derechos básicos y que permite una comprensión mucho más alentadora de las necesidades de las distintas instituciones y las distintas políticas en pro de los derechos y de los intereses de los trabajadores²³.

Las posturas buscan enarbolar un problema actual que encierra en sí la búsqueda de soluciones a los conflictos de una era globalizada y herida por la crisis económica y social que deja a su paso la COVID-19.

²³ Amartya Sen (1999). Alocución en la 87 Conferencia Internacional del Trabajo, el 15 de junio de 1999. Disponible en: www.ilo.org/public/spanish/standards/reilm/ilc/ilc87/a-sen.htm.

Godfrey²⁴ reconoce seis dimensiones del término, donde en realidad extiende el alcance de cada una de las nociones ya identificadas: “(...) existe *trabajo decente* cuando las oportunidades para encontrar trabajo fuera cual fuera el trabajo- son para todos: esto incluye el autoempleo, el trabajo doméstico, y tanto el empleo asalariado en los sectores formales, cuanto el empleo informal. Cuando el trabajo es elegido en libertad, lo cual deja afuera de toda consideración al trabajo forzoso y toda forma de trabajo infantil; siempre que el trabajo sea productivo y justamente remunerado; cuando hay equidad en el trabajo, incluyendo en ello la ausencia de la discriminación en el acceso: donde existe seguridad y protección social y, finalmente, cuando se respeta a los trabajadores, se les permite participar, expresar libremente sus preocupaciones y reclamos; en síntesis, asociarse para poder opinar y decidir acerca de sus condiciones de trabajo”.

El trabajo decente es una postura que deben asumir todos los Estados, tanto los más desarrollados como los en vías de desarrollo. Empero, son medidas que se deben aplicar sobre la base de las posibilidades económicas de cada nación. En esto juega un rol importante el reconocimiento de los derechos de los trabajadores. El propio Ghai²⁵ advierte que “(...) el trabajo decente se logra si los hombres y mujeres encuentran sus oportunidades. Las oportunidades deben ser promovidas por los Estados a través de las políticas públicas que garanticen cantidad y calidad de trabajos para todos. Por tanto, la fuente del trabajo decente descansa en derechos y para que haya derechos en el trabajo lo primero es que exista trabajo, es decir empleo. Solo de esta forma se podrá construir la igualdad, y la estabilidad en el empleo como un elemento fundamental en el logro del trabajo decente”.

El trabajo decente es una construcción ética y social, que debe informar la actuación de todos los sujetos involucrados en las relaciones de trabajo. La crisis abre la oportunidad para reestructurar las instituciones laborales y de protección social para avanzar en estrategias que permitan una garantía laboral y pisos de protección social más permanentes, como también estructurar una

²⁴ Godfrey, M. 2003. Employment dimensions of decent work: trade-offs and complementarities. ILS, DP/148/2003. Suiza.

²⁵ Ghai, D. 2005. Decent work: universality and diversity. ILS, DP/159/2005, Suiza.

política de empleo integral que acompañe o sea parte de la estrategia económica de recuperación. La adaptación de algunas instituciones laborales como los seguros de desempleo puede ya considerarse como un avance institucional importante. En este sentido, ir hacía un diseño de un sistema de protección ante la desocupación, que incluya la suspensión y reducción de jornada de trabajo como una causal para recibir las prestaciones, está permitiendo mejorar la cobertura y a la vez mantener la relación de trabajo. Estos dispositivos, serán seguramente muy apropiados para futuras crisis sistémicas o sectoriales que puedan enfrentar las economías de la región; y todo ello volcarlo a las diversas manifestaciones de teletrabajo.

Mencionado nuevamente, las palabras de Ermida Uriarte, el trabajo decente en un todo integrado, que representa un marco para la definición y actuación de políticas públicas. Las nuevas formas de empleo, y la respuesta la crisis en el mercado laboral, no puede representar la quiebra de los derechos laborales y la precarización de las condiciones de empleo, sino que deber ser una manera de atemperarse a la realidad, pero sin dejar de ver una meta, hoy, lejos de alcanzar, un mundo con «*trabajo decente para todos*».

5. Una idea central de cierre

El mundo del trabajo, se revoluciona, se adapta a los nuevos escenarios, que no solo están dado por el avance de la Globalización o las tecnologías, sino por las lagunas en el Derecho, que la pandemia del COVID-19 que evidenciado.

No obstante, lejanos a pensar que una pandemia paralizaría la humanidad, se llamaba la atención sobre el contexto de precarización laboral que rodeaba a varios países u oficios en particular, lo cual laceraba los derechos en el trabajo de una amplia masa obrera y distanciaba cada día el disfrute de un empleo digno. Por ello, se lanzó la idea del «trabajo decente». Numerosos autores, entre los que resaltan a quien hoy le dedicamos estas líneas, abordaron el tema, nutriéndolo de un contenido teórico y jurídica que pudiese servir de axioma a los ordenamientos jurídico.

La pandemia nos reta para adaptar las instituciones jurídicas del Derecho, crear instituciones nuevas y defender la máxima protectoria del Derecho del Trabajo, sobre la base de una disciplina científica en constante cambio y evolución que no debe alejarse de la centralidad²⁶ (Podetti 1997, 145) que, para ella, representa el trabajador.

²⁶ Podetti, Humberto. 1997. Los principios del Derecho del Trabajo. Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 145.

Bibliografía

- ADAMS-PRASSL, A., BONEVA, T., GOLIN, M. y RAUH, C. (2020). "Inequality in the Impact of the Coronavirus Shock: Evidence from Real Time Surveys", IZA Discussion Paper Series IZA DP No. 13183.
- ARENAS MONSALVE, G. (2002). *La contratación de trabajadores a través de empresas de servicios temporales*, Precedente.
- BAYLOS GRAU, A. (2004). "Protecao de direitos fundamentais na ordem social. O direito ao trabalho como direito constitucional", *Separata de la Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro.
- ERMIDA URIARTE, O. (2001) Trabajo decente y formación profesional. Boletín interno 151, CINTERFOR.
- FERRIOL MOLINA, G. (2018) *Derecho del Trabajo. Su actualización. ¿Renovación, modernización o refundación?*, La Habana, Editorial ONBC.
- GHAJ, D. (2005) *Decent work: universality and diversity*, ILS, DP/159/2005, Suiza.
- GODFREY, M. (2003). *Employment dimensions of decent work: trade-offs and complementarities*, ILS, DP/148/2003. Suiza
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020). *Panorama Laboral 2020: América Latina y el Caribe*, Lima.
- PODETTI, H. (1997). "Los principios del Derecho del Trabajo", *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- POK, C. (1992). *Precariedad Laboral: personificaciones en la frontera de la estructura del empleo*, Documento presentado en el 1er Congreso Nacional de Estudios del Trabajo: Reestructuración económica y reforma laboral, Asociación Argentina de Especialistas de Estudios del Trabajo (ASET), Buenos Aires.
- SALVIA, A., y TISSERA, S. (2002). "Heterogeneidad y precarización de los hogares asalariados en Argentina durante la década del noventa", *Revista Debate*, No. 56.

- SANTAMARÍA LÓPEZ, E. (2009). “Reseña crítica: Precariedad laboral: apuntes para una aproximación sociológica a sus formas contemporáneas”, *Papeles del CEIC (Revisión Crítica)*, Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva.
- SENNETT, R. (2006). *La cultura del nuevo capitalismo*, España, Anagrama.
- VEJAR DASTEN J. (2014). “La precariedad laboral, modernidad y modernización capitalista: Una contribución al debate desde América Latina”, *Revista Trabajo y Sociedad*.
- WELLER, J. (2020). “La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales”, *Documentos de Proyectos*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Recursos electrónicos

- LAM PEÑA, R. (2020). “El teletrabajo en Cuba: ¿riesgos o beneficios para los derechos de los trabajadores?”, *Periódico Trabajadores* (versión digital). Disponible en: <http://www.trabajadores.cu/20200624/tiempo-de-teletrabajo-en-cuba-riesgos-o-beneficios-para-los-trabajadores/>, 24 de junio.
- MARTÍNEZ VALLE, L. (2017). *La precariedad laboral, manifestación de la mala calidad del empleo*. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/318686788>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020). *Observatorio de la OIT: Covid-19 y el mundo del trabajo. Estimaciones actualizadas*, 5ta edición. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/documents/briefingnote/wcms_749470.pdf.

CRÍTICA DEL DERECHO DE ACCESO AL TRABAJO EN LA REALIDAD PERUANA

CRITIQUE OF ACCESS TO EMPLOYMENT RIGHT IN THE PERUVIAN REALITY

Oscar Raúl CHUQUILLANQUI ARAGÓN

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú. Asociado de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas.

oscar.chuquillanqui@gmail.com

Fecha de envío: 15/03/2021

Fecha de aceptación: 17/03/2021

CRÍTICA DEL DERECHO DE ACCESO AL TRABAJO EN LA REALIDAD PERUANA

Oscar Raúl CHUQUILLANQUI ARAGÓN

Sección Peruana de Jóvenes Juristas

Resumen: El presente trabajo expone la conceptualización del derecho de acceso al trabajo en el Perú para luego desarrollar y criticar los mecanismos de tutela que protegen este derecho en el marco legal peruano, profundizando en los vinculados con el mandato de no discriminación. Finalmente, presentamos una serie de propuestas para mejorar el tratamiento de este derecho, las mismas que toman relevancia tras los nuevos retos producto de la COVID-19.

Palabras clave: Acceso al trabajo - Discriminación - Motivos prohibidos - Derecho al trabajo

Sumario: 1. Aclaración Previa. 2. El lado oscuro del derecho al trabajo: Conceptualizando el acceso al empleo. 3. Qhapaq Ñan: la tutela del derecho de acceso al trabajo en el Perú, un camino en construcción. 3.1. Una de las primeras piedras: ratificación del Convenio No. 111 de la OIT. 3.2. Indemnización por discriminación: “esas son monedas que no valen nada”. 3.3. Multas administrativas por discriminación. 3.4. “Ya lo pasado pasado”: el acceso al trabajo y el principio de resocialización. 3.5. Cuota de empleo en favor de personas con discapacidad. 3.6. Postulantes vs trabajadoras: La protección especial de la gestante en el trabajo. 4. Propuestas de mejora: “hay, hermanos, muchísimo que hacer”. 4.1. Utilizar una mejor técnica legislativa. 4.2. Precisiones procesales. 4.3. Legislar tomando en cuenta las dos caras del derecho al trabajo. 5. La del Estribo: nuevas formas de discriminación en el acceso al empleo producto de la pandemia por la COVID-19. 6. Reflexiones finales.

Abstract: This paper presents the conceptualization of the access to employment right in Peru, then develops and criticizes the mechanisms of protection of this right in the Peruvian legal framework, especially related to the non-discrimination mandate. Finally, we present a series of proposals to improve the treatment of this right, which become relevant after the new challenges resulting from COVID-19.

Key words: Access to employment - Discrimination - Prohibited grounds - Labor Law

Summary: 1. Prior clarification. 2. The dark side of the Labor Law: Conceptualizing the access to employment. 3. Qhapaq Ñan: the protection of the access to employment right in Peru, a road in construction. 3.1. One of the first stones: ratification of Convention No. 111. 3.2. Compensation for discrimination: "these are worthless coins". 3.3. Administrative fines for discrimination. 3.4. "Bygones be bygones": access to employment and the resocialization principle. 3.5. Employment quota for people with disabilities. 3.6. Applicants vs. workers: Special protection of pregnant women in the workplace. 4. Improvement proposals: "there is, brothers, a lot to do". 4.1. Use a better legislative technique. 4.2. Procedural clarifications. 4.3. Legislate taking into account the two sides of the Labor Law. 5. The one with the stirrup: new forms of discrimination in access to employment as a result of the COVID-19 pandemic. 6. Final reflections.

1. Aclaración previa

El presente trabajo busca rendir un homenaje a quien en vida fue Oscar Ermida Uriarte, distinguido abogado y profesor uruguayo; a quien tuvimos la oportunidad de conocer mediante la lectura de sus textos académicos durante nuestra época universitaria en la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, lecturas que deberían ser de carácter obligatorio a todas las personas que tengan un gusto y/o acercamiento al derecho laboral; por ello, el título del presente artículo parafrasea, de alguna manera, los utilizados por el profesor Ermida en dos de sus obras: “Crítica de la subordinación”¹ y “Crítica de la libertad sindical”².

Asimismo, siguiendo el ejemplo del maestro, aclaramos que la expresión crítica en este trabajo no es en contra de la existencia del derecho al acceso al trabajo, sino más bien se apunta al poco desarrollo, tanto legislativo como doctrinario, que ha tenido este derecho, al menos en la realidad peruana, despojándolo de esa manera de la real importancia, que desde nuestro punto de vista, debería gozar. Realizada esta aclaración, debemos reconocer que el profesor Ermida no solo fue un académico brillante, sino que su capacidad visionaria lo llevó a despertar el interés de todo un texto con solo las palabras del título de sus obras, hecho que podría posicionarlo como el precursor de los ahora denominados “clickbaik” (tomando el mejor sentido del término), concepto que toma mayor relevancia en este mundo cada vez más digital producto de la pandemia de la Covid-19.

Hechas las precisiones previas, en este trabajo se expondrá como ha sido definido el derecho de acceso al empleo o trabajo en el Perú mediante su reconocimiento constitucional, desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional, así como los planteamientos realizados por la doctrina especializada, estableciendo como parámetro mínimo de respeto el

* El presente trabajo está dedicado a la “norma” más importante de mi vida, no me refiero a la Constitución, pero, sí a mi madre Norma Aragón Ramírez, gracias por todo.

¹ Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez, “Crítica de la Subordinación”, *Ius Et Veritas* 13, no. 25 (2002): 281-295. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214>.

² Oscar Ermida Uriarte, “Crítica de la Libertad Sindical”, *Derecho PUCP*, no. 68 (junio 2012): 33-61. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.001>.

cumplimiento al mandato de no discriminación, si bien somos conscientes que existen otras aristas que abordar en el derecho de acceso al empleo, por temas de extensión profundizaremos únicamente en la problemática de la discriminación en el sector privado. Luego, pasaremos a desarrollar y criticar los mecanismos de tutela al derecho de acceso al trabajo establecidos en el Perú, ya que, muchos de ellos son contradictorios e ineficaces. Finalmente, humildemente, plantearemos algunas propuestas de solución para salvaguardar el derecho de acceso al empleo. Asimismo, haremos hincapié de que este tópico tomará más relevancia en los años venideros, ya que, la pandemia producto de la COVID-19, ha generado una masiva tasa de desempleo mundial que obliga al derecho laboral a girar el foco de atención a la protección del acceso al trabajo.

2. El lado oscuro del derecho al trabajo: Conceptualizando el acceso al empleo

El derecho al trabajo es un Derecho Fundamental reconocido por la Constitución del Perú (artículo 22 y siguientes), esta regulación constitucional no solo se limita a tutelar la relación de trabajo en su etapa contractual, sino que también tutela la etapa previa, es decir el acceso al trabajo, el cual debe ser fomentado por el Estado y velar para que se produzca en condiciones de igualdad de trato, igualdad de oportunidades y bajo el mandato de no discriminación. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano, en reiterada jurisprudencia, ha establecido lo siguiente:

El contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: Por un lado, el **derecho a acceder a un puesto de trabajo**, y por otro lado, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. **En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo**; precisando que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto se trata del derecho al

trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.³ (énfasis nuestro)

Muchos años antes, en 1981, DE BUEN, ya había establecido esta posición al señalar que “[e]l derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestarse. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo. En segundo lugar, del derecho a conservar un empleo”⁴. Asimismo, el autor citado profundizaba su análisis respecto la primera forma de manifestación del derecho al trabajo de la siguiente manera:

La primera manifestación, aun cuando se exprese programáticamente en forma absoluta es, siempre, relativa. En todo caso dependerá de la condición de cada país y del equilibrio económico y demográfico que pueda lograrse. Puede tener diferentes expresiones: el Estado asume por sí mismo la obligación de dar empleo, o bien, el Estado obliga a los particulares para que éstos lo hagan. Tiene, en ocasiones, una institución complementaria que sólo puede operar en países con una situación económica privilegiada, y un adecuado sistema de seguridad social: el seguro de desempleo. La realidad de las cosas es que el derecho a adquirir un empleo, por éstas y otras muchas consideraciones, tiene mucho de utópico.⁵

Nosotros, coincidimos con DE BUEN en el extremo que el derecho al acceso al trabajo es algo programático que dependerá mucho del contexto en el que se encuentre inmerso el país, evidentemente el Estado no puede estar en condiciones de otorgar una fuente de ingreso a todos los ciudadanos, ni puede obligar a privados a que lo hagan, sin embargo, sí puede y a nuestro entender sí debe incentivar y fomentar que el acceso al trabajo se de en condiciones de igualdad de trato, de oportunidades y en respeto al mandato de no

³ Tribunal Constitucional del Perú. **EXP. Nro. 03052-2009-PA/TC. Fundamento 11. Precisamos que dicha posición se mantiene hasta la actualidad; como por ejemplo, en el Fundamento 3 de la sentencia recaída en el EXP. 03343-2018-PA/TC, en la cual se vuelve a recalcar este doble sentido del derecho al trabajo:**

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Al respecto, este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: de una parte, el de acceder a un puesto de trabajo; y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por una causa justa.”

⁴ Nestor De Buen, *Derecho del trabajo* (México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1981), 80. Tomo Primero, Cuarta Edición.

⁵ De Buen, *Derecho del Trabajo*, 80.

discriminación. Entendemos que ello constituye el piso mínimo que debe construir el Estado para que en base de ello los ciudadanos puedan pugnar por obtener un empleo.

Por lo antes dicho, concordamos con BLANCAS cuando establece que “[e]s evidente que el “derecho al trabajo” tiene una expresión extracontractual, como expectativa legítima de toda persona a obtener de la sociedad en que vive, un puesto de trabajo que le permita subsistir y desarrollarse”⁶; por lo que, para efecto del presente trabajo, entendemos que el derecho a acceder a un puesto de trabajo se extiende en toda la etapa precontractual de la relación laboral, aquella que inicia cuando el empleador requiere cubrir un determinado puesto de trabajo –ya que al realizar la convocatoria no podrá incluir requisitos discriminatorios- hasta la contratación de la postulante para el puesto disponible –debiéndose llevar todas las entrevistas y/o exámenes bajo el principio de no discriminación, igualdad de oportunidades y buena fe-. Entendida así el procedimiento de reclutamiento o la etapa precontractual, doctrina especializada en recursos humanos menciona que dentro de ésta hay que diferenciar entre dos subetapas; por un lado tenemos la subetapa de convocatoria de personal, la cual es acto abierto y que busca **atraer** postulantes (aspecto positivo); por otro lado, tenemos la subetapa de selección, la cual es un proceso de **descarte** de postulantes en busca del más idóneo para el cargo (aspecto negativo)⁷.

En consecuencia, el derecho de acceso al trabajo tiene reconocimiento constitucional en el Perú, sin embargo, ello no implica otorgar un puesto de trabajo a cada ciudadano, pero, sí conlleva que el Estado establezca y fiscalice las condiciones en las cuales se podrá acceder a un puesto de trabajo, jugando un papel importante el respeto al mandato de no discriminación, el cual también tiene un reconocimiento constitucional general aplicable a todo ciudadano y específico en las relaciones laborales⁸.

⁶ Carlos Blancas Bustamante, *El derecho de la estabilidad en el trabajo* (Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo. ADEC-ATC, 1991), 21.

⁷ Al respecto véase: Idalberto Chiavenato, *Gestión del talento humano* (Mexico D.F: McGraw-Hill/Interamericana Editores S.A., 2009), 101-170; Lydia Arbaiza, *Dirección de recursos humanos: el factor humano* (Lima: Universidad Esan, 2016) 81-121 y Pinkas Flint Blanck, *La revolución del derecho de seguros y del derecho laboral* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998), 127-146.

⁸ Constitución Política del Perú

3. Qhapaq Ñan⁹: la tutela del derecho de acceso al trabajo en el Perú, un camino en construcción

Ya definido lo que se entiende por derecho de acceso al trabajo o acceso al empleo, queremos exponer que mecanismos de tutela ha establecido el Perú para salvaguardar su cumplimiento y/o sancionar a los infractores. Como veremos hay algunas iniciativas interesantes, pero, que desde nuestra perspectiva no han sido eficaces o resultan contradictorias. Sin duda la principal problemática a combatir en la etapa de acceso al trabajo es la discriminación que se puede generar en ella, más aún si tomamos en cuenta las palabras de ERMIDA cuando menciona que “la relación de trabajo en tanto relación de poder o relación desigual, es un campo fértil, un campo de cultivo para la discriminación”¹⁰. Consideramos, que el referido “campo de cultivo” es aún más fértil durante la etapa precontractual, porque, es aquí donde se aprecia la asimetría de poderes en sentido puro, ya que, al no existir todavía contrato de trabajo, no existe equiparación normativa que evite, o al menos intente reducir, una relación abusiva entre las partes.

3.1. Una de las primeras piedras: ratificación del Convenio No. 111 de la OIT

“El concepto de discriminación, a pesar de presentar una cierta elasticidad, tiene siempre dos elementos definidores. Se trata, en primer lugar, de la diferencia de trato con respecto a alguien (término de comparación) y,

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...]

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

“Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. [...]

⁹ En idioma quechua significa “Camino Inca”, está constituido por un complejo sistema vial (caminos preincaicos e incaicos) que durante el siglo XV los incas unificaron y construyeron como parte de un gran proyecto político, militar, ideológico y administrativo que se conoció como Tawantinsuyu.

¹⁰ Oscar Ermida Uriarte. “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, *Revista Derecho & Sociedad.*, no. 37 (2011): 18.

después, del fundamento o apoyo en determinados motivos o razones específicas (causa de discriminación)”¹¹. Es claro, que en la subetapa de selección el término de comparación se manifiesta en la cantidad de postulantes que tienen el interés de acceder a un mismo puesto de trabajo, aquí el empleador tiene la posibilidad de compararlos y elegir, quién a su criterio es el más apto; pero si su decisión se basa, o hay pruebas que puedan llevarnos a pensar que se basaron, en los denominados “motivos prohibidos”, esta decisión debería ser inválida.

Pero ¿cuáles son los motivos prohibidos? una remisión importante la encontramos en la Constitución de 1993¹², sin embargo, una referencia previa y más específica del ámbito laboral lo encontramos en el Convenio No. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo, el cual fue ratificado por el Perú el 10 de agosto de 1970 y señala que “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”¹³; al respecto, defendemos la idea de que, si bien estos motivos son generales, es decir abarcan múltiples supuestos, no son taxativos, porque no podemos equiparar la realidad social de las naciones, ya que, podrán existir nuevos motivos prohibidos a partir de las problemáticas propias de cada país. Esta línea de pensamiento la sigue la OIT, al establecer en su artículo 1, párrafo 2.b¹⁴, la posibilidad de ampliar los supuestos de discriminación que considere el

¹¹ Luis Martínez Rocamora, *Decisiones empresariales y principio de igualdad* (Barcelona: Cedecs, 1998), 166.

¹² La Constitución Política del Perú de 1993, vigente en la actualidad, señala en su artículo lo siguiente:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole

[...]

Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.”

¹³ OIT. 1984, Convenio 111, artículo 1, párrafo 1.a.

¹⁴ OIT. 1984, Convenio 111, artículo 1, párrafo 2.b. “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones

país miembro, previa coordinación con las instituciones representativas de los distintos actores sociales. Por su parte la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, siguiendo lo regulado por la OIT, mediante Casación No. 4133-2009 Arequipa (El Peruano, 30 de abril de 2013) estableció lo siguiente en el fundamento Décimo Quinto:

La discriminación en el ámbito laboral implica una conducta del empleador carente de objetividad y razonabilidad con relación al trato desigual de uno o más trabajadores. Esto es, consiste en dispensar a las personas un trato diferencial y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, color de piel, religión, ideas políticas o el origen social, entre otros motivos, sin tomar en cuenta los méritos y calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate. Estas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes: Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo. Acto de diferenciación durante la relación laboral.¹⁵

Asimismo, el artículo 1, numeral 2, del Convenio 111 de la OIT, establece que “[l]as distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”, ello es acogido en nuestro poder judicial en la Casación No. 4133-2009-Arequipa (El Peruano, 30 de abril de 2013) que estableció lo siguiente en el fundamento Décimo Cuarto:

No obstante lo señalado, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. [...] Es decir, no todo trato desigual constituye discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada¹⁶.

representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

¹⁵ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Casación N° 4133-2009-Arequipa, fundamento Décimo Quinto.

http://www.trabajo.gob.pe/JURISPRUDENCIA/ficheros/casacion_771.pdf.

¹⁶ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Casación N° 4133-2009-Arequipa, fundamento Décimo Cuarto.

http://www.trabajo.gob.pe/JURISPRUDENCIA/ficheros/casacion_771.pdf.

En consecuencia, quedado evidenciado que una de las principales problemáticas que afecta directamente al derecho de acceso al trabajo es la discriminación, por ello, combatir esta problemática constituye un pilar fundamental para la adecuada tutela del derecho al acceso al empleo.

3.2. Indemnización por discriminación: “esas son monedas que no valen nada”¹⁷

De una interpretación sistemática del artículo 2, numeral 1, literal c, de la Ley No. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo¹⁸ y los artículos 8 y 9 del Decreto Supremo No. 002-98-TR¹⁹, podemos concluir que un ciudadano que ha sido discriminado en un proceso de reclutamiento de personal puede demandar una indemnización a la empresa convocante mediante un proceso ordinario laboral.

Ello podría ser de utilidad para la fase de la convocatoria del proceso de reclutamiento, donde un elemento probatorio importante podría ser el aviso de oferta de empleo donde se establezca uno o varios motivos prohibidos sin justificación alguna (por ejemplo: “ se requiere mujer de test blanca de 25 años

¹⁷ Extracto de la canción “Cholo soy y no me compadezcas” del cantautor peruano Luis Abanto Morales, quien fue condecorado con el título de Patrimonio Cultural de América, por la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1987. Esta canción es considerada un himno para los peruanos que a finales del siglo XX tuvieron que migrar a la capital del Perú, Lima.

¹⁸ Ley No. 29497

“Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo

Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

[...]

c) **Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.**” (énfasis nuestro)

¹⁹ Decreto Supremo No. 002-98-TR:

“Artículo 8.- La persona que hubiere participado en un procedimiento de selección o admisión a un puesto de trabajo o a un medio de formación educativa y que, debido a criterios discriminatorios señalados por la Ley, no hubiese sido contratada o admitida, podrá demandar una indemnización por los daños sufridos. Dicha demanda será tramitada en la vía civil en un proceso de conocimiento.

Artículo 9.- La indemnización a que se refiere el artículo anterior, será fijada con criterio de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración, el monto de la remuneración anual ofertada o de la pensión anual, según se trate de discriminación en materia de oferta de empleo o de acceso a medios de formación educativa, respectivamente.”

de buena presencia para cubrir determinado puesto”); pero, qué elemento probatorio podría ser utilizado si la discriminación se produce en la segunda fase del procedimiento de reclutamiento: la fase de selección, la cual incluye las famosas entrevistas personales, esta etapa de oralidad evita o reduce la posibilidad de que ante algún escenario de discriminación se cuente con un medio de prueba que lo avale. Asimismo, las malas empresas que quieran mantener prácticas discriminatorias solo deberán eliminar los motivos prohibidos en las ofertas de empleo que realicen, es decir cuidar la formalidad de su aviso, siendo posible que estas malas prácticas se mantengan en los hechos.

Entonces, estamos ante una buena iniciativa legislativa que termina siendo insuficiente por no tomar en consideración ambas fases de un proceso de reclutamiento. En el mismo sentido, doctrina nacional, menciona que “[n]o resulta común, encontrar una sentencia que aborde el tema de discriminación en el acceso al empleo, y más difícil es encontrar una que ampare al demandante en este tipo de supuestos. Posiblemente ello tenga como justificación [...] la falta de medios probatorios para determinar ya sea el motivo o el efecto de la discriminación”²⁰. A la dificultad probatoria antes mencionada habría que añadir que los posibles afectados tienen muy poco interés en iniciar un proceso judicial porque ello implica una inversión económica (honorario de abogados y aranceles judiciales) y de tiempo (asistencia a audiencias y coordinaciones con su abogado).

Por otro lado, el artículo 9 del Decreto Supremo No. 002-98-TR²¹ establece que la indemnización debería ser proporcional y razonable, tomando como parámetro el monto de la remuneración anual ofertada. El gran problema con ello es que en el Perú no existe obligación legal para las empresas privadas

²⁰ Jorge Toyama Miyagusuku. “Discriminación en las ofertas de empleo”, *Dialogo con la Jurisprudencia*, no. 87 (Diciembre 2005): 26. Otras posibles causas que expresa el autor son: 1. “[E]l desconocimiento del alcance de este derecho por los postulantes preocupados más por encontrar un trabajo” y 2. “[L]os costos de iniciar y seguir un proceso para una persona sin recursos, pues estamos ante desempleados”.

²¹ Decreto Supremo No. 002-98-TR:

Artículo 9.- La indemnización a que se refiere el artículo anterior, será fijada con criterio de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración, el monto de la remuneración anual ofertada o de la pensión anual, según se trate de discriminación en materia de oferta de empleo o de acceso a medios de formación educativa, respectivamente.

de establecer el monto de la remuneración ofertada²²; por lo que, en este sector nos quedamos sin un método claro para cuantificar una eventual indemnización.

En consecuencia, criticamos enérgicamente la mala aplicación de la legislación que prohíbe la discriminación en el acceso al trabajo en el Perú, ya que, si bien ha sido prohibida, estableciendo acciones contrarias como supuesto de hecho sancionables, la consecuencia jurídica para quienes la incumplen no es eficaz, generando el incentivo perverso de no cumplir con el mandato de no discriminación o en el mejor de los escenarios dejar en la esfera de decisión personal de cada ciudadano si la cumple o no.

3.3. Multas administrativas por discriminación

Otra sanción regulada en nuestra legislación contra actos de discriminación en el acceso al empleo la encontramos en el artículo 3 de la Ley No. 26772²³ en donde se establece la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Ministerio de Trabajo) imponga multas de hasta tres (03) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)²⁴, es decir S/ 13,200.00 (Trece mil doscientos con 00/100 Soles) o incluso se podría sancionar con el cierre temporal del local por el plazo máximo de un año, sin embargo, en caso la medida de cierre sea muy perjudicial se podrá optar por duplicar el monto de la multa impuesta.

²² Distinto es el caso de las entidades del sector público. En este caso si podría utilizarse como parámetro la remuneración anual detallada en la convocatoria.

²³ El mencionado artículo 3 de la Ley No. 26772, modificado en el año 2000 por el artículo 2 de la Ley No. 27270 y nuevamente modificado en el año 2017 por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley No. 30709 establece lo siguiente:

Artículo 3.- Las personas naturales o jurídicas que, en el ejercicio de su actividad a través de sus funcionarios o dependientes, incurran en las conductas que impliquen discriminación, anulación, alteración de igualdad de oportunidades o de trato, en las ofertas de empleo y durante la relación laboral, serán sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; y cuando se refieran al acceso a centro de formación educativa, serán sancionadas por el Ministerio de Educación. La sanción administrativa será de multa no mayor de tres (03) Unidades Impositivas Tributarias o cierre temporal del local que no excederá de un año. En los casos antes mencionados se podrá sustituir la sanción de cierre temporal por el doble de la multa impuesta, si las consecuencias que pudieran seguir a un cierre temporal lo justifican. La sanción se aplica sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar a favor de la persona afectada.

²⁴ Actualmente, conforme Decreto Supremo No. 392-2020-EF, en el 2021 una (01) UIT equivale a S/ 4,400.00 (Cuatro mil cuatrocientos con 00/100 Soles).

Por si misma la medida parecería ideal; sin embargo, la norma antes citada no es la única que establece multa por discriminación en el acceso al trabajo a las entidades que realicen prácticas discriminatorias, ya que, en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo aprobado por Decreto Supremo No. 019-2006-TR establece como Infracción muy grave en materia de relaciones laborales la discriminación en la contratación de personal; regulando la infracción como sigue:

Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales
Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos:

25.17 La discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquiera otra índole.

Un primer problema con la redacción de la infracción citada es que afecta el principio de legalidad, ya que, inicia la tipificación señalando “la discriminación del trabajador”, dejando de lado la posibilidad de incluir a postulantes como perjudicados en el escenario de discriminación en la contratación, ello, porque los postulantes no son trabajadores propiamente dichos; por lo que, alguna empresa que realizó actos discriminatorios encontraría en ello una defensa formal exitosa.

Una segunda crítica, respecto el escenario de contar con dos normas que regulan una multa por discriminación, la encontramos en la contradicción que incurren al determinar el monto económico de la multa, mientras una establece el tope de tres (03) UIT, la otra (Reglamento de la Ley General de Inspecciones)²⁵ regula una multa superior en escenarios de Pequeñas empresas con más de 51 trabajadores, permitiendo multas desde tres punto cincuenta y seis (3.56) UIT

²⁵ Defensoría del Pueblo, *La Discriminación en el Perú: problemática, normatividad y tareas pendientes*. (Lima: Series de Documentos Defensoriales – Documento No. 2, 2007)
https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP_PER_URP_S2_2008anx_ane_xo2dd002_07.pdf

hasta siete punto sesenta y cinco (7.65) UIT o en empresa del régimen general (no micro ni pequeña empresas) que cuenten con más de 11 trabajadores, permitiendo una multa desde cinco punto veinticinco (5.25) UIT hasta cincuenta y dos punto cincuenta y tres (52.53) UIT. Nuevamente, esta contradicción genera una ventaja al eventual infractor, ya que, de nada sirve establecer multas tan elevadas si existe una regulación que la objeta.

Otro problema, que genera una segunda norma que regule y sancione la misma conducta es que se podría caer en la vulneración del principio de Non bis in ídem, en la medida que concurran los mismos hechos (datos facticos del caso en concreto), sujeto (persona natural o jurídica que realiza actos de discriminación) y fundamento (discriminación en el acceso al empleo), ello lejos de facilitar la imposición de sanciones en los hechos haría que las autoridades encargadas de imponer las sanciones actúen de forma timorata ante escenarios de discriminación en el acceso al empleo.

3.4. “Ya lo pasado pasado”²⁶: el acceso al trabajo y el principio de resocialización

Una práctica muy común en el Perú es que las empresas convocantes de un procedimiento de reclutamiento soliciten a los postulantes tres documentos: (i) certificado de antecedentes penales²⁷, (ii) certificado de antecedentes judiciales²⁸; y, (iii) certificado de antecedentes policiales²⁹, con la finalidad de contratar a una persona “íntegra”.

Este criterio de evaluación ha sido avalado por el propio Ministerio de Trabajo, ya que, desde el 2018 con la promulgación del Decreto Legislativo No. 1378 se facilitó el acceso al “Certificado Único Laboral para Jóvenes –

²⁶ Extracto de la canción “Lo pasado, pasado” compuesta por el cantautor mexicano Juan Gabriel e interpretada por el cantante mexicano José José.

²⁷ Documento oficial que certifica si una persona registra o no sentencias condenatorias impuestas como consecuencia de haber cometido un delito, emitido por el Poder Judicial.

²⁸ Documento que detalla si estás o has estado recluso en un Establecimiento Penitenciario (interno) o si se han realizado trabajos comunitarios impuestos por la autoridad judicial, emitido por el Ministerio de Justicia.

²⁹ Este certificado muestra si la persona tiene o no algún tipo de antecedente o ha cometido algún acto delictivo y/o se encuentra en un proceso de investigación, es emitido por la Policía Nacional del Perú.

CERTIJOVEN”, documento que contiene la información sobre antecedentes policiales, penales y judiciales, entre otros. Dicha entidad, promociona este servicio como un beneficio para poder “incrementar las oportunidades de inserción al mercado laboral formal [...] mediante el otorgamiento en un solo trámite de toda la información requerida por los empleadores”³⁰ Como su propio nombre lo indica este certificado tenía como “beneficiarios” a personas que tengan entre 18 y 29 años de edad; sin embargo, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 mediante Decreto Legislativo No. 1498 se extendió su cobertura, incluyendo a ciudadanos con edad superior a 30 años, llamándose en dichos casos CERTIADULTO.

Consideramos que en determinados casos puede ser válido que los empleadores requieran alguno de estos antecedentes al postulante, ya que, hay algunos delitos que pueden estar muy vinculados a las funciones del puesto que se requiere cubrir (por ejemplo: un administrador que haya sido condenado por malversación de fondos); sin embargo, esta práctica no puede ser masivamente aceptada ni generalizada a la totalidad de convocatorias de empleo sin que se tome en cuenta las funciones del puesto de trabajo que se requiere cubrir, ya que, excluir a un postulante con antecedente policial, penal o judicial podría constituir un acto discriminatorio.

Por todo lo dicho criticamos enérgicamente al Ministerio de Trabajo, por no fomentar el uso restringido de los antecedentes bajo comentario y por no velar que el acceso al trabajo se produzca sin vulnerar el mandato de no discriminación; por el contrario, el Ministerio viene fomentando y facilitando que prácticas de ese tipo se masifiquen.

Nuestra posición se ve reafirmada por reciente jurisprudencia que ha establecido que “la revisión de los antecedentes penales, [...], como documento determinante para acceder a la condición de feriante³¹, resulta lógico que esto se convierta en un tipo de discriminación laboral”³². Es decir, para el Juzgado de

³⁰ Decreto Legislativo No. 1378, artículo 1.

³¹ Es un puesto de trabajo.

³² Juzgado de Derecho Constitucional Transitorio de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Expediente No. 00761-2017-0-0501-JR-DC-01, fundamento 6.1 (2018) <https://lpderecho.pe/tc-limitar-derecho-trabajo-tener-antecedentes-penales-constituye-discriminacion-laboral/>.

Derecho Constitucional Transitorio de Huamanga la revisión de este tipo de antecedentes para un determinado puesto es considerada discriminación.

Asimismo, consideramos que el requerimiento de solicitar antecedentes judiciales sin contar con una justificación clara, atenta contra el artículo 139, numeral 22 de la Constitución Política del Perú, donde se reconoce que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y **reincorporación del penado a la sociedad**” (énfasis nuestro). Dicho esto, podemos concluir que uno de los fines de la función jurisdiccional es brindar a una persona condenada por un delito la capacidad de poder reingresar a la sociedad tras cumplir con la pena impuesta, lo cual incluye la necesidad y derecho de poder acceder a un empleo.

Por otro lado, respecto los antecedentes policiales, consideramos que de igual forma solicitarlos sin tener una justificación razonable implicaría una vulneración al principio de presunción de inocencia, establecido en el artículo 2, numeral 24, literal e, de la Constitución³³.

En base a todo lo comentado, consideramos que el Ministerio de Trabajo debería reevaluar el “beneficio” otorgado, cuando menos restringiéndolo en determinados casos, así como redirigir sus esfuerzos en tutelar el derecho de acceso al empleo.

3.5. Cuota de empleo en favor de personas con discapacidad

A finales del año 2012 en el Perú se promulgó la Ley No. 29973 “Ley General de la Persona con Discapacidad” que tiene como finalidad promover entre otras cosas el acceso al empleo de este grupo en situación de vulnerabilidad, estableciendo en su artículo 49 una cuota de empleo que asciende al 3% de la planilla de la empresa del sector privado que cuenten con más de 50 trabajadores.

³³ Constitución

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...]

e. toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Si bien desde nuestro punto de vista esta regulación es positiva y va acorde con las políticas públicas del país permitiendo la inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral; es importante señalar que su propio reglamento en su artículo 56 establece una serie de reglas adicionales, entre las que se encuentra un listado de eventos en los que el empleador puede excusarse para no realizar dicha contratación.

Si una empresa incumple con dicha obligación de contratación, no será sancionada si demuestra: (i) que el número de trabajadores no ha disminuido respecto del año anterior o que de haber disminuido no se han generado convocatorias para cubrir dichos puestos; o (ii) que de haberse generado vacantes concurren la existencia de razones de carácter técnico (puestos con alto nivel de especialización no cubiertos por las personas con discapacidad que postulan) o de riesgo en salud o vida (que por las funciones del puesto ponga en riesgo a la persona con discapacidad), todo ello impediría de manera válida el cumplimiento de esta cuota; un segundo requisito, es haber realizado la convocatoria en la Ventanilla Única de Promoción del Empleo o articulados a ella; en tercer lugar, no se debe haber incluido requisitos discriminatorios en las convocatorias de empleo y la última exigencia es haber garantizado que los procesos de evaluación permitan una efectiva participación de las personas con discapacidad³⁴.

Nosotros estamos de acuerdo con el punto (i), debido a que, si no se ha generado una necesidad de cubrir vacantes no se le podrá exigir a la empresa el cumplimiento de una cuota de empleo; sin embargo, respecto el punto (ii) observamos que cumplir con la totalidad de requisitos para excusarse del cumplimiento de la cuota de empleo es relativamente sencillo más aún si tomamos que en promedio este grupo vulnerable tiene un bajo nivel de

³⁴ Cabe precisar que la Resolución Ministerial No. 107-2015-TR que aprueba la Norma Técnica “Normas complementarias para la aplicación y fiscalización del cumplimiento de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores privados” en su artículo 23 señala que “para los supuestos del numeral ii) el empleador “deberá acreditar que ha desarrollado una conducta diligente para asegurar, con los medios disponibles, que las convocatorias y los procesos de evaluación realizados para cubrir dichos puestos, han sido dirigidos en número suficiente para cumplir con la cuota de empleo, y en cada caso acreditar la ocurrencia de las circunstancias y su concurrencia.”

capacitación, por ejemplo, 40.5% solo cuenta con educación primaria³⁵; por lo que, en muchos casos contar con el informe que justifique razones de carácter técnico constituirá un mecanismo para su incumplimiento, volviéndose una regulación sin efectividad práctica ya que no logra su finalidad. Esto se ve reflejado en que, según el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), 8 de cada 10 personas discapacitadas no participan en el mercado laboral en el Perú³⁶.

3.6. Postulantes vs. trabajadoras: La protección especial de la gestante en el trabajo

El Perú reconoce en su legislación³⁷ una protección especial contra el despido en favor de las trabajadoras que se encuentren en situación de gestación, dentro de los primeros 90 días de nacimiento de su menor hijo(a) o dentro del periodo de lactancia, generando la presunción de que cualquier despido producido en esos periodos está basado en una causa inválida; sin embargo, precisamos que estamos ante una presunción relativa, ya que, el empleador siempre mantiene su derecho a despedir por causa justa debidamente acreditada.

Al respecto, recientemente, el Congreso de la República ha aprobado un Proyecto de Ley³⁸ que busca modificar la citada norma, ampliando los escenarios

³⁵ Saulo Galicia, "Comentarios al Reglamento de la Ley general de la persona con discapacidad en materia laboral", *Clínica jurídica en discapacidad y derechos humanos de la PUCP*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/04/Comentarios-al-Reglamento-de-la-Ley-General-de-la-Persona-con-Discapacidad-en-materia-laboral.pdf>.

³⁶ "8 de cada 10 personas con discapacidad no participan del mercado laboral en el Perú", Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), revisado el 10 de marzo de 2021. <https://peru.unfpa.org/es/news/8-de-cada-10-personas-con-discapacidad-no-participan-del-mercado-laboral-en-el-per%C3%BA>.

³⁷ Decreto Supremo No. 003-97-TR que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

³⁸ Se debe tener en cuenta que a la fecha de cierre de redacción del presente artículo aún no ha sido publicada ni entrado en vigencia la referida ley, siendo que se encuentra a la espera de ser promulgada u observada por el Poder Ejecutivo.

de protección a favor de las mujeres que encontrándose en las situaciones antes descritas trabajan en tiempo parcial³⁹, o se hallan dentro del periodo de prueba⁴⁰.

Si bien, esta protección es favorable a la mujer trabajadora, podría ser perjudicial para la mujer postulante, ya que, podría generar un incentivo perverso en malos empleadores, quienes podrían optar por no contratar mujeres con la intención de evitar caer en los nuevos supuestos de protección regulados, ya que, el empleador perderá la facultad de cesar libremente en dichos casos (trabajadoras a tiempo parcial o trabajadoras en periodo de prueba); por lo que, solo podrá cesarlas si han cometido alguna falta grave acreditada.

Este caso, constituye un ejemplo del desconocimiento o poca importancia que nuestros legisladores le otorgan a la vertiente del derecho al trabajo desarrollada en esta investigación: acceso al empleo; dándole únicamente preferencia y tutela a la vertiente de la protección contra el despido (mantener un puesto de trabajo), que si bien es positivo, en algunos casos, como el expuesto, podría terminar afectando al mismo grupo que se buscaba proteger, en detrimento de un eslabón de suma importancia para poder reducir los índices de desempleo, ya que, de nada sirve generar más supuestos de protección frente a un despido si la población no cuenta con una tutela idónea para lograr ocupar un puesto de trabajo.

4. Propuestas de mejora: “hay, hermanos, muchísimo que hacer”⁴¹

Conforme lo establecido por el profesor ERMIDA:

“[I]a heterotutela es la protección dispensada por el Estado, a través de sus tres poderes. Desde el legislativo, se aprueba una legislación protectora del trabajador; desde la administración, se controla el cumplimiento de esa

³⁹ En el Perú la modalidad de trabajo a tiempo parcial es aquella que tiene una jornada diaria de menos de 4 horas diarias; por ello, no cuentan con protección contra el despido arbitrario.

⁴⁰ Entendido como el lapso de tiempo en el cual un trabajador busca adaptarse a las funciones de su cargo, tiene una duración de 3, 6 o 9 meses dependiendo de la naturaleza del trabajador (ordinario, de confianza o de dirección, respectivamente); y, en dicha etapa el empleador se encuentra facultado para desvincular al trabajador si considera que no se ha adaptado de manera exitosa.

⁴¹ Extracto del Poema de Cesar Vallejo “Los Nueve Monstruos” publicado póstumamente como parte de “Poemas Humanos” (julio 1939). César Vallejo es un poeta peruano considerado como uno de los más grandes e innovadores del siglo XX.

normativa (inspección del trabajo) y desde el judicial, se estructura una justicia especializada y un proceso autónomo que garantice su rápida aplicación”⁴².

Lamentablemente como desarrollaremos en este capítulo el Perú pese a haber apostado por la heterotutela o heterocomposición, no se ha conseguido proteger de forma idónea el derecho de acceso al trabajo, no obstante, consideramos pertinente que sí es factible tener una mejora en base a las críticas planteadas en el presente trabajo, las cuales buscan ser un punto de partida en la mejora de dicha problemática.

4.1. Utilizar una mejor técnica legislativa.

Si bien es cierto que el Perú no cuenta con un código o ley general de trabajo que permita ordenar todos los derechos y obligaciones de las partes que conforman la relación laboral y otros aspectos vinculados a esta, ello no puede justificar que existan dos legislaciones que regulen el mismo hecho con consecuencias distintas como el escenario de determinación de multas por discriminación, ni que las consecuencias jurídicas establecidas en las normas encuentren una imposibilidad material en su ejecución.

En consecuencia, consideramos que a largo plazo contar con un código o ley general de trabajo puede ser una alternativa de solución para los problemas antes detallados; sin embargo, mientras ello se concreta podemos tomar en cuenta lo siguiente al momento de legislar:

- Unificar la legislación sobre discriminación en el acceso al empleo, para evitar contradicciones entre distintas normas.
- Determinar la entidad con potestades fiscalizadoras y sancionadoras, de esa forma se evita conflictos de competencias.
- Fomentar la realización de procedimientos de reclutamientos sin discriminación, planteando incentivos tributarios y/o administrativos a los empleadores del sector privado.
- Analizar constantemente las poblaciones vulnerables que requieran cuotas de participación en el empleo.

⁴² Ermida “Crítica de la libertad sindical”, 35.

➤ Cuando se legisle temas vinculados al derecho al trabajo en su vertiente de protección contra el despido, se analice las repercusiones negativas que pueda generar en la vertiente del acceso al trabajo⁴³.

4.2. Precisiones procesales

A diferencia, de lo que ocurre en la legislación sustantiva, en materia de derecho procesal sí contamos con una norma que regula los principales aspectos a tener en cuenta en procesos de resolución de conflicto, como desarrollamos actualmente una persona que se ve afectada en su derecho de acceso al trabajo al haber sido discriminada en el procedimiento de reclutamiento tiene derecho a una indemnización, sin embargo, ello casi nunca se concreta en los hechos.

Es por ello, que consideramos que debería haber ciertas facilidades procesales a las personas que deciden presentar una demanda por discriminación en el acceso al trabajo dichas facilidades podrían asemejarse a las vigentes para las personas que demanden alimentos.

Así, consideramos pertinente que se exonere a la demanda por discriminación en el acceso al trabajo de la firma de abogado y de pago de tasas y/o aranceles judiciales; asimismo, sería conveniente que la demanda tenga la naturaleza de un formulario, en el cual el demandante complete sus datos personales, los fundamentos de hecho que la sustentan y los medios probatorios con los que cuente (tal y como existe en los casos de demanda por pensión de alimentos).

Por otro lado, en el Perú está regulado el proceso abreviado, el cual debería tener una mayor celeridad que el proceso ordinario; sin embargo, contradictoriamente es el proceso menos célere, el habilitado para recibir las demandas por discriminación en el acceso al trabajo, creemos conveniente que ello debería ser modificado para generar incentivos en los afectados de recurrir al poder judicial⁴⁴.

⁴³ Desarrollaremos un poco más este punto más adelante.

⁴⁴ Si bien no es intención del presente trabajo analizar la carga procesal de los juzgados laborales, debemos precisar que lo planteado en este punto no tendrá mayor repercusión si es

Finalmente, nuestro sistema procesal ha visto en la heterocomposición el único medio posible de alcanzar tutela frente a la discriminación en el acceso al trabajo, consideramos que ello podría ser una visión limitada, ya que, otro medio de solución de conflictos podría tener mejores resultados, como la autotutela, entendida como el ejercicio de un derecho, que permita a un postulante en el escenario de una entrevista de trabajo negarse a responder (u otras acciones semejantes) preguntas no vinculadas al puesto ofertado (por ejemplo: ¿tiene hijos?, ¿está embarazada?, ¿qué religión profesa?, ¿qué partido político es de su preferencia? entre otros). Evidentemente esta negación debería estar facultada y tutelada por el Estado por un derecho subjetivo que evite represalias por parte de la empresa convocante⁴⁵.

4.3. Legislar tomando en cuenta las dos caras del derecho al trabajo

Nos parece pertinente profundizar en este aspecto, ya que, muchas veces la mala regulación se debe al desconocimiento del real alcance del derecho al trabajo, el cual se cree está diseñado únicamente para proteger al trabajador de no ser cesado sin justa causa. No obstante, el derecho de trabajo también incluye una segunda cara, la cual en nuestra opinión es tan importante como la antes mencionada.

Es por ello, que se debe analizar muy bien cualquier regulación que proteja en exceso al postulante o al trabajador, ya que, en situaciones específicas podría beneficiarse a uno en desmedro del otro, como podría suceder en el caso de las nuevas protecciones a las trabajadoras embarazadas.

Asimismo, por razones similares a las antes mencionadas, es importante tener en cuenta ambas vertientes del derecho al trabajo al momento de ejecutar

que a la vez no se realiza gestiones para descongestionar la carga procesal, lamentablemente en la actualidad el proceso abreviado, solo tiene la condición de abreviado en el nombre.

⁴⁵ No es intención de este trabajo explayarnos en este punto, pero, sí aprovechamos en mencionar que la autotutela en ocasiones es mal vista como método de solución de conflicto, no obstante, sigue estando vigente en regulaciones como el derecho a la autodefensa e incluso en las relaciones laborales la huelga constituiría un ejemplo vigente y válido de dicho método de solución de conflictos.

políticas públicas de formalización laboral, ya que, se podría perjudicar en exceso o los postulantes o a los trabajadores.

5. La del Estribo: nuevas formas de discriminación en el acceso al empleo producto de la pandemia por la COVID-19

Por temas de extensión, no realizaremos un detallado análisis de este punto; no obstante, es realmente importante afinar nuestra legislación para contar con mecanismos de tutela adecuada del derecho de acceso al trabajo que excluya, entre otras cosas, practicas discriminatoria, ya que, una de las consecuencias de la pandemia de la COVID-19, es el gran aumento de la tasa de desempleo en el mundo⁴⁶, concretamente en el Perú, hemos pasado de una tasa de desempleo de 7.1% en marzo 2020 a una tasa de 13.0% en febrero 2021; lo que por razones lógicas generará que se realicen mayores procedimientos de reclutamientos, en los sectores económicos que empiecen a reactivarse, y que dentro de estos procedimiento, el número de postulantes será mayor que en el pasado.

Asimismo, es importante señalar que en esta “nueva normalidad”⁴⁷ las condiciones en la que se desempeñan las labores han cambiado, dando preferencia al trabajo a distancia, mediante las tecnologías de la información y comunicación (TIC), desplazando al trabajo presencial. Ello, implicará también importantes cambios al momento de realizar procedimientos de reclutamiento, dando preferencias a candidatos con nuevas capacidades y/o condiciones; como por ejemplo contar con TIC y estar capacitado en el uso de estas; esto que puede ser válido; podría traer consecuencias cuando estos requerimientos escandan motivos prohibidos que termine en una discriminación indirecta o encubierta de candidatos. A manera de ejemplo podemos enunciar los siguientes escenarios:

⁴⁶ Conforme lo señala la OIT, América Latina y el caribe proyecta un incremento de la tasa de desempleo de 4 a 5 puntos porcentuales, respecto la tasa de 8,1 de fines de 2019.

Organización Internacional del Trabajo, “OIT: Fuerte aumento del desempleo en América Latina y el Caribe deja a millones sin ingresos”, revisado el 10 de marzo de 2021.

https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_749663/lang-es/index.htm.

⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO, “La campaña “La Nueva Normalidad” de la UNESCO”, revisado el 8 de marzo de 2021. <https://es.unesco.org/campaign/nextnormal>.

Podría afectar el motivo prohibido de condición económica	Preferir la contratación de trabajadores que tengan sus propias TIC, excluyendo a los que no cuentan con ellas (laptops, por ejemplo)
	Preferir la contratación de trabajadores que tengan un vehículo de transporte privado en desmedro de los que sean usuarios del transporte público, donde hay más riesgo de contagios.
	Preferir a trabajadores que cuenten con una casa amplia o con una habitación acondicionada para realizar trabajo a distancia.

Podría afectar el motivo prohibido de edad	Preferir la contratación de jóvenes, en desmedro de personas adultas bajo la lógica de que los primeros están más familiarizados con TIC (laptops, aplicaciones de comunicación, etc.)
	Preferir la contratación de trabajadores jóvenes sin carga familiar, para evitar que se distraigan cuando realicen labores en su domicilio.
	Preferir la contratación de jóvenes en desmedro de personas adultas que pueden ser más vulnerables al contagio de la COVID-19, pese a que podría implementarse trabajo a distancia.

Podría afectar el motivo prohibido de sexo	Inclinarse por la contratación de hombres que realicen labores a distancia, en desmedro de mujeres (bajo la lógica de que solo ellas tienen el cuidado de sus hijos en casa).
	Dejar de lado la contratación de mujeres en situación de embarazo para evitar contagios de la COVID-19, pese a que el trabajo pueda ser realizado a distancia.

6. Reflexiones finales

Por todo lo comentado podemos concluir que, si bien en el Perú el derecho de acceso al trabajo o al empleo tiene un reconocimiento constitucional y jurisprudencial, concretamente en lo referente a la problemática de discriminación solo se ha establecido una tutela formal que a nivel de los hechos no resuelve la problemática planteada.

Asimismo, hacemos hincapié de la importancia de tomar acción y reformar la legislación de tutela de la discriminación en el acceso al trabajo, más aún cuando producto de la pandemia de la COVID-19, la cual elevó los niveles de desempleo, esta problemática pasara a tener mayor relevancia práctica.

Bibliografía

- ARBAIZA, L. (201&). *Dirección de recursos humanos: el factor humano*, Lima, Universidad Esan.
- BLANCAS, C. (1991). *El derecho de la estabilidad en el trabajo*, Lima, Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC.
- CHIAVENATO, I. (2009). *Gestión del talento humano*, México D.F, McGraw-Hill/Interamericana Editores S.A.
- DE BUEN, N. (1998). *Derecho del trabajo*. México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1981.
- FLINT, P. *La revolución del derecho de seguros y del derecho laboral*, Lima, Fondo Editorial PUCP.
- MARTÍNEZ, L. (1998). *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Barcelona, Cedecs.
- TOYAMA, J. (2005). “Discriminación en las ofertas de empleo”, *Dialogo con la Jurisprudencia*, no.87 (Diciembre).

Recursos electrónicos

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2007), *La Discriminación en el Perú: problemática, normatividad y tareas pendientes*, Lima, Series de Documentos Defensoriales – Documento No. 2. Disponible en: https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP_PER_UR_P_S2_2008anx_anexo2dd002_07.pdf.
- ERMIDA, O y HERNÁNDEZ ALVAREZ, O. (2002). “Crítica de la Subordinación”, *Ius Et Veritas*, 13, no. 25. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214>.
- ERMIDA, O. (2011). “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, *Revista Derecho & Sociedad*, no. 37. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.001>.
- ERMIDA, O. (2012). “Crítica de la Libertad Sindical”, *Derecho PUCP*, no. 68 (junio). Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.001>.

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA) (2021). “8 de cada 10 personas con discapacidad no participan del mercado laboral en el Perú”. Disponible en: <https://peru.unfpa.org/es/news/8-de-cada-10-personas-con-discapacidad-no-participan-del-mercado-laboral-en-el-per%C3%BA>.

GALICIA, S. (s/f). “Comentarios al Reglamento de la Ley general de la persona con discapacidad en materia laboral”, *Clínica jurídica en discapacidad y derechos humanos de la PUCP*. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/04/Comentarios-al-Reglamento-de-la-Ley-General-de-la-Persona-con-Discapacidad-en-materia-laboral.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA – UNESCO (2021). “La campaña “La Nueva Normalidad” de la UNESCO”. Disponible en: <https://es.unesco.org/campaign/nextnormal>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2021). “OIT: Fuerte aumento del desempleo en América Latina y el Caribe deja a millones sin ingresos”. Disponible en: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_749663/lang--es/index.htm.

DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL

CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR TRADE UNION ORGANIZATIONS IN THE EXERCISE OF FREEDOM OF ASSOCIATION

Marianela BOLILOLO

Abogada, Técnica Asesora en Relaciones Laborales y Profesora de Teoría de las Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

mboliolo@yahoo.com

Zulmira SILVA

Licenciada en Relaciones Laborales, Técnica Asesora en Relaciones Laborales y Profesora de Organización del Trabajo y Organización Empresarial, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

zulmisilva@gmail.com

Fecha de envío: 15/03/2021

Fecha de aceptación: 17/03/2021

DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL

Marianela BOLILOLO

Universidad de la República (Uruguay)

Zulmira SILVA

Universidad de la República (Uruguay)

Resumen: En Uruguay, la consagración del derecho al trabajo a través de diversos mecanismos de reconocimiento y protección genera en los operadores del derecho y actores sociales el interés y preocupación por mantener la valoración del mismo. Nuevas formas de ejecutar el trabajo, determinan que algunos empleos pierdan relevancia en una proporción mayor, respecto de otros, que surgen y cobran una actualidad inevitable.

El derecho al trabajo se ha visto constreñido y en ocasiones amenazado, el riesgo de la inestabilidad, la precariedad y el menoscabo en el ejercicio de derechos fundamentales están presentes. En este contexto nos proponemos analizar uno de los derechos fundamentales por antonomasia: *la libertad sindical*. Un primer acercamiento a los sindicatos, nos conduce a enfatizar sus programas de acción colectiva, los desafíos y las oportunidades frente a las invenciones tecnológicas. La acción sindical hoy más que nunca adquiere un rol preponderante para afrontar la difícil tarea de fortalecer el diálogo social, la formación profesional, y la búsqueda constante de caminos tendientes a vigorizar la organización, pero sobre todo, proteger el trabajo humano. Son las mismas organizaciones sindicales de trabajadores que ostentan en sus manos la oportunidad de participar y lograr un viraje en el sistema de relaciones laborales.

Palabras clave: Derecho del trabajo - Trabajo - Libertad sindical - Sindicatos

Sumario: 1. Nuestra propuesta: bajo la égida de un precepto guía. 2. Breve referencia a la evolución de las organizaciones sindicales desde la perspectiva de las relaciones laborales. 2.1. Una noción de sindicatos. 2.2. El pensamiento neoliberal frente a la consolidación del nuevo constitucionalismo del siglo XX. 2.3. Modificación de roles de los actores sociales y el advenimiento consecuente de nuevas formas de organizar el trabajo. 3. La obligada relectura de los derechos humanos vinculados al trabajo. 4. Libertad sindical: desde el reconocimiento constitucional a la realidad imperante y el tiempo del revisionismo. 4.1. Un marco jurídico institucional promotor de las relaciones laborales y de las organizaciones sindicales. 4.2. Alcance de la protección de la libertad sindical en la normativa internacional y regional. 4.3. La impostergable adaptación del Derecho del Trabajo. 5. Desafíos de las organizaciones sindicales y los recursos de poder en el ejercicio de la libertad sindical. 5.1. El debilitamiento sindical. 5.2. La dimensión supranacional. 5.3. Oportunidad de trabajo decente. 6. La visión de las organizaciones sindicales de trabajadores. 7. Reflexiones finales.

Abstract: In Uruguay, the consecration of the right to work through various mechanisms of protection and recognition generates in the operators of the right and social actors the interest and concern to maintain the valuation of the same. New ways of executing work, determine that some jobs lose relevance in a greater proportion, compared to others, which emerge and become unavoidable today.

The right to work has been restricted and sometimes threatened, the risk of instability, precariousness and impairment in the exercise of fundamental rights are present. In this context, we propose to analyze one of the fundamental rights par excellence: freedom of association. A first approach to the unions, leads us to emphasize their collective action programs, the challenges and opportunities in the face of technological inventions. Union action today more than ever acquires a preponderant role to face the difficult task of strengthening social dialogue, professional training, and the constant search for ways to invigorate the organization, but above all, protect human work. They are the same workers

union organizations that hold in their hands the opportunity to participate and achieve a change in the labor relations system.

Key words: Labor Law - Labor - Freedom of Association - Trade Unions

Summary: 1. Our proposal: under the aegis of a guiding precept. 2. Brief reference to the evolution of trade union organizations from the perspective of labor relations. 2.1. A notion of unions. 2.2. Neoliberal thought in the face of the consolidation of the new 20th century constitutionalism. 2.3. Modification of roles of social actors and the consequent advent of new ways of organizing work. 3. The compulsory rereading of human rights related to work. 4. Freedom of association: from constitutional recognition to the prevailing reality and the time of revisionism. 4.1. An institutional legal framework that promotes labor relations and trade union organizations. 4.2. Scope of the protection of freedom of association in international and regional regulations. 4.3. The urgent adaptation of Labor Law. 5. Challenges of trade union organizations and power resources in the exercise of freedom of association. 5.1. Union weakening. 5.2. The supranational dimension. 5.3. Decent job opportunity. 6. The vision of the workers' union organizations. 7. Final thoughts.

1. Nuestra propuesta: bajo la égida de un precepto guía

Hemos sido convocados a rendir homenaje al Profesor Oscar Ermida, quien tuvo una trayectoria académica e intelectual excepcional, a nivel nacional e internacional. Un jurista con firmeza jurídica y dedicación, formador de prestigiosos expertos con sentido práctico apegado a los más caros principios fundamentales de la libertad sindical y a los convenios de la OIT. Un gran laboralista de todos los tiempos, que ha incidido e incidirá en sus discípulos, colectividad académica y operadores del derecho en general.

Nos proponemos hacer eco de la enseñanza del Profesor Ermida, procurando dar respuestas a algunos temas en debate, desde una óptica interdisciplinaria con asiento en el Derecho del Trabajo y las relaciones laborales.

A los efectos de dar cumplimiento a la propuesta, realizamos un análisis de carácter descriptivo. Obtuvimos información de diferentes fuentes mediante el relevamiento de datos secundarios emergentes de publicaciones, sitios web, disposiciones normativas en general y otras bases doctrinarias contemporáneas de carácter nacional e internacional. Asimismo, presentamos datos primarios procedentes de opiniones destacadas de algunos actores sindicales, que poseen una decidida labor en las relaciones laborales del Uruguay y que nos permitirá comprender el rol de los sindicatos en el ejercicio de la libertad sindical frente al avance de nuevas tecnologías. Por último, esbozamos algunas reflexiones finales con la intención de ser fermental, dejando abierta la instancia para la valiosa contribución de colegas y estudiosos de las relaciones laborales.

Un precepto guía erigirá nuestro trabajo, extraído del pensamiento del Profesor Ermida: *el Derecho del Trabajo está inspirado en la idea suprema de igualdad, no la mera igualdad ante la ley, sino una igualdad compensadora y por ello emancipadora a la subordinación del empleador. La dignidad, la protección y la libertad de la persona que trabaja, son obligaciones que emergen para las partes de la relación laboral, y el Estado, para su garantía y protección.*

En el capítulo siguiente, abordamos concisamente la historia de los sindicatos en nuestro país - y una rápida mirada al ámbito internacional - con la

finalidad de determinar su origen, desarrollo, rupturas y programas de acción. Consideramos imprescindible realizar una reseña básica de los mismos, con la convicción y certeza que los acontecimientos acaecidos sustenta nuestro presente y permite construir con mayor acierto el tiempo venidero. La historia solo resulta comprensible y aceptada si se observa el contexto político, económico y social en el que se encuentra inmersa y con el que se retroalimenta.

2. Breve referencia a la evolución de las organizaciones sindicales desde la perspectiva de las relaciones laborales

En los preámbulos del sindicalismo moderno, principios del siglo XV, con la organización de los primeros gremios artesanales, ya se detectaban acciones reivindicativas. La primera revolución industrial con los nucleamientos en sociedades de beneficencia, mutuales, clubes de amigos, va perfilando un objetivo que tiene que ver con la lucha de los intereses directamente relacionados con los asociados.¹

Desde el surgimiento del asociacionismo de los trabajadores uruguayos, sus organizaciones han adoptado diferentes formas. Se considera el año 1870, como punto de partida del movimiento obrero uruguayo, al conformarse de manera permanente una organización formada exclusivamente por trabajadores como fue la Sociedad Tipográfica Montevideana. Desde entonces se formaron sociedades de socorros mutuos vinculadas a diferentes oficios o actividades y orígenes. Algunas de éstas terminaron constituyendo verdaderas organizaciones de clase. También hubo cooperativas de producción, como la de los tipógrafos entre 1889 y 1892.²

En el año 1905, se funda y afirma la implantación del movimiento anarquista a través de la FORU (Federación Obrera Regional Uruguay), conformada por sindicatos de oficios y sectores urbanos, pero

¹ Guerra, Pablo. Gestión participativa y nuevas relaciones laborales en empresas uruguayas, FCU, 1º edición, Montevideo, Uruguay, mayo 1996, pág. 93.

² Porrini, Rodolfo. Curso de Formación sindical 2015. Módulo básico. Movimiento sindical Uruguayo. El sindicalismo Uruguayo en el proceso histórico nacional 1870/2006, pág. 4.

predominantemente artesanos. Tengamos presente que en esa época estructuralmente nuestro país no contaba con grandes industrias.

En esa época, la estructura organizativa de sindicatos era “por oficios”, en un contexto en el cual el desarrollo de fábricas aún era débil. Existía en ese entonces, importantes concentraciones de obreros en los saladeros, y en los frigoríficos, conjuntamente con la existencia de talleres de producción artesanal. Se visualizaba en la época, la incidencia del avance tecnológico, suficiente para movilizar una masa considerable de trabajadores que intentaba acomodarse con el devenir de los cambios. Entre otros: el transporte, los tranvías, los ferrocarriles, sectores que poseían un importante número de trabajadores.³

Desde 1875 se creó en Montevideo la Federación Regional de la República Oriental del Uruguay, con una ideología política más definida que los promotores de las “sociedades mutuales”; intentaron organizar y concientizar a los trabajadores de luchar contra la “explotación del hombre por el hombre”. A partir de 1890 se fueron formando sociedades de resistencia, con ideologías anarquistas. También surgían las organizaciones socialistas, de origen “marxista”. A comienzos del siglo XX, emergían los católicos, además de otras organizaciones en las que participaban conjuntamente obreros y patronos.⁴

Recordemos que los primeros sindicatos en Uruguay fueron conformados por inmigrantes españoles e italianos, los cuales influidos por la corriente anarquistas, se mantenían renuentes a cualquier intervención del Estado, sin perjuicio de reconocer la fortaleza sindical de la época.

Entre 1919 y 1920, se constituyó la Federación Sindical Internacional, integrada con representantes de doce países europeos. Su creación permitió la participación sindical de los trabajadores, junto con la representación patronal y gubernamental, en la Organización Internacional del Trabajo. En 1968, se funda la Confederación Mundial del Trabajo (CMT), de origen cristiano. Junto con las grandes internacionales sindicales que se constituyeron antes de la Segunda Guerra Mundial, aparecieron otras organizaciones obreras internacionales, que

³ Porrini, Rodolfo, ob cit, pág. 5.

⁴ Porrini, Rodolfo, ob cit, pág. 4

han desempeñado un papel importante en el ámbito socioeconómico internacional.⁵

La crisis económica mundial de 1929, provocó una depresión financiera mundial que desde los Estados Unidos se extendió al resto de los países del mundo. Tuvo efectos aniquiladores de manera que hubo una caída del comercio internacional, la agricultura y la industria, con un marcado deterioro de las condiciones de vida, rebaja salarial e importante desocupación. Fueron elementos que incidieron a debilitar más el sindicalismo.

En tanto que, en Uruguay, se produjo un golpe de estado en el mes de marzo 1933, del Presidente Gabriel Terra, la represión antisindical se acentuó en esos años sumado al debilitamiento de los sindicatos de años previos. A mediados de los años 30, hubo un impulso de las políticas de industrialización y cierta amortiguación de la represión, comenzó a producirse, un crecimiento de la clase obrera industrial - un nuevo movimiento organizativo y de luchas de los trabajadores. Los gobiernos en los años cuarenta y parte de los cincuenta, intentando volver a una concepción de “estado de bienestar” desarrollaron políticas de integración y concentración social, aprobándose en noviembre de 1943 la ley de Consejos de Salarios.⁶

Podemos afirmar que la ley 10449, facilitó la formación de sindicatos de industria o por rama de actividad de manera masiva y con vasto poder. Ello trajo aparejado un fomento de la negociación colectiva tripartita, aceptada y bien recibida por parte del sindicalismo y a la que participaron las patronales.

En términos generales, destacamos que hubo diversas iniciativas de participar en la conformación de federaciones y organizaciones regionales, finalizada la Segunda Guerra en 1945, por ejemplo: la Federación Sindical Mundial (FSM), en 1949 la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL).⁷

⁵ Caldush, Rafael, Relaciones internacionales, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 1991, págs 14- 21.

⁶ Porrini, Rodolfo, ob cit, pag 7.

⁷ Porrini, Rodolfo, además de la UGT, se constituyó en enero de 1951 la Confederación Sindical del Uruguay(CSU), afiliada luego a la CIOSL y a la ORIT, centralinteramericana orientada por los sindicatos de EEUU (AFL-CIO) y oficinas del gobierno de ese país, ob cit-pág 7.

Desde mediados de los años cincuenta y comienzos de los sesenta también se dieron luchas y huelgas entre los trabajadores pertenecientes a distintos sectores en los años sucesivos se produjo el alza del costo de vida y la baja del salario real, problemas económicos que implicaban al mismo tiempo intensos reclamos populares. Desde condiciones de trabajo y salarios fueron los temas primordiales de reivindicación sindical.

En este sentido, se afirma que la clase obrera y sus organizaciones sindicales opone reivindicaciones de seguridad particularmente legítimas y aún las reivindicaciones de salarios son en gran medida de seguridad.⁸

La historia del movimiento sindical en los años 1959-1965, es la historia de los esfuerzos realizados para lograr el agrupamiento. En mayo 1959, es la fecha de la primera asamblea consultiva sobre central única. Las primeras centrales sindicales se crearon en momentos que existían pocas organizaciones sindicales y las propias centrales actuaban como centros organizadores de nuevos sindicatos o como promotores del desarrollo de los pequeños sindicatos existentes.⁹

Una visión similar sostiene Barret, al decir que la historia del trabajo está estrechamente ligada a las permanentes aspiraciones de las masas de trabajadoras hacia un futuro mejor. Por ejemplo, la revolución de la técnica tuvo también como consecuencia desplazar el trabajo de los campos a las ciudades, en Europa (años 60) el desarrollo de las manufacturas exigían grandes mercados.¹⁰

En Uruguay, en el marco de la nueva Constitución de 1967, se intensificaron las luchas sociales, se produjo el descaecimiento de las formas de convivencia pacífica y el aumento de la violencia política. Se vivió intensas luchas populares entre los años 1968 y 1969: represión estatal, baja salarial, eliminación de mecanismos de concertación en los Consejos de Salarios. En lo inmediato el periodo dictatorial desde el mes de junio de 1973 a comienzos del año 1985.

⁸ Le Brun, Pierre. Problemas actuales del sindicalismo, editorial Nova Terra, 1º edición setiembre 1967, Barcelona, España, págs. 24 y 25.

⁹ Rodríguez, Héctor. Nuestros sindicatos, Centro estudiantes de derecho, 2ª edición 1966, Montevideo, Uruguay, pág. 75.

¹⁰ Barret, Francois. Historia del trabajo. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2º edición abril 1963, Argentina, pág. 34 .

En 1964, se funda la Convención Nacional de Trabajadores (CNT). En el año 1983 las actividades sindicales, se reanudaron bajo el nombre de Plenario Intersindical de Trabajadores. El sindicato fue restablecido con el nombre actual en marzo de 1985, PIT CNT. La reinstalación democrática generó, entre otras consecuencias, la inmediata convocatoria de los Consejos de Salarios que funcionó en términos generales, hasta el año 1991 (con el cambio de gobierno). Un contexto de cambios en la clase trabajadora, de fuerte desindustrialización y de crecimiento de la exclusión social, se produjeron cambios en el sindicalismo perdiendo peso los sindicatos fabriles y ganando espacios el de los funcionarios públicos y servicios.¹¹

2.1. Una noción de sindicatos

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE), define al Sindicato como una "Asociación de trabajadores constituida para la defensa y promoción de intereses profesionales, económicos o sociales de sus miembros".¹²

Son innumerables las definiciones de sindicato, los aportes, por ejemplo: de Bueno Magano, De Ferrari, Martins Catharino, entre otros. Ermida, logra reunir magistralmente los elementos principales de las nociones brindadas por importante doctrina. De esta manera, destaca el *elemento colectivo*, como una asociación o agrupamiento, marcando la naturaleza asociativa. Califica a esa asociación como un *grupo permanente o estable* para distinguir al sindicato de la mera coalición que implica reunión más o menos organizadas de cierto número de personas con un fin concreto y común pero sin vocación de permanencia. Dicha colectividad puede incluir a *personas físicas o entidad colectivas*, se incluye al sindicato, federaciones y confederaciones. Agrega que sus integrantes deben desarrollar una *actividad profesional* con lo cual se excluyen las organizaciones culturales, gremios estudiantiles, etc. Una referencia a la

¹¹ Porrini, Rodolfo, ob cit. pags10 y 11.

¹² Extraído: <https://dle.rae.es/sindicato>.

finalidad u objetivo del sindicato y eventualmente las actividades que puede o debe desarrollar.¹³

La representación de los intereses colectivos es una función instrumental del sindicato, verdaderamente esencial. Es importante el papel político que desarrolla el sindicato, sean en el plano de la democracia material o formal.¹⁴

El derecho sindical es connatural al sindicato y a su actividad. Existe como fenómeno espontáneo, sin embargo, como señala Supervielle, cualquier debilitamiento de la actividad sindical implica un debilitamiento del sindicato como actor colectivo.¹⁵

En definitiva, el sindicato es sujeto del derecho del trabajo y protagonista fundamental del derecho colectivo del trabajo. Su cometido radica en llevar adelante fenómenos participativos y reivindicativos, para ello se requiere un sindicato poderoso, auténtico y libre. Son aspectos que considerados en su conjunto permitirá al movimiento sindical desarrollar no solo su acción contestataria y reivindicativa, sino que accederá a garantizar el compromiso y el cumplimiento de cualquier acuerdo.

2.2. El pensamiento neoliberal frente a la consolidación del nuevo constitucionalismo del siglo XX

La corriente neoliberal registra un marcado impulso por la desregulación y flexibilización de la legislación laboral, que se traduce desde la disminución de protección hasta la pérdida de derechos. Además, la descentralización de las relaciones colectivas, genera un pronunciado individualismo y un creciente abandono del fenómeno colectivo. Se señala que los impulsores de dicha corriente fue Friedrich von Hayek y Milton Friedman, y el principal objetivo fue el de crear empleos mediante la concesión de mayores oportunidades a las empresas para contratar y despedir a los trabajadores. Entendemos que la

¹³ Ermida Uriarte Oscar, Sindicatos en Libertad sindical, FCU, 5º edición mayo 2016, Montevideo, Uruguay, págs. 76 y 77.

¹⁴ Ermida Uriarte, Oscar. Sindicatos....., págs. 65 y stes.

¹⁵ Supervielle Marcos y Gary Gabriel. El sindicalismo uruguayo estructura y acción, FCU, 1º edición octubre 1995, Montevideo, Uruguay, pág,114.

pretensión de las empresas por aumentar la competitividad internacional, mediante la disminución de costos laborales desmejorando derechos de los trabajadores, fue el pie para la introducción en América latina a fines del siglo XX del movimiento neoliberal.

Ermida, en referencia a la crisis sindical a fines del siglo XX, señala que se impone un pensamiento único o hegemónico, el de la doctrina económica neoliberal, que además tiene sus claras recetas para las relaciones laborales y el derecho del trabajo. La individualización de las relaciones laborales, a lo que se llega a través del retiro del Estado de la regulación protectora del trabajador individual y de la intervención estatal en la regulación restrictiva o limitativa de la acción colectiva, hasta el límite de lo políticamente posible.¹⁶

Además, la «caída del muro» o «la caducidad del mundo bipolar del siglo XX» ha operado fuertemente debilitando la posición de los trabajadores. Al decir de Ermida, un predominio de la cultura insolidaria, insensible ante los fenómenos típicamente colectivos y solidarios como el sindicato, el derecho del trabajo y el de la seguridad social.¹⁷

Ahora bien, coincidiendo con el Profesor, advertimos que existe cierta contradicción ya que el nuevo movimiento constitucionalista permitió aumentar sistemáticamente el reconocimiento de derechos sociales, que tuvo su inicio con la constitución de México de 1917 a consecuencia de la Revolución Mexicana, en Alemania con la Constitución de la república de Weimar, 1919 y en España con la constitución española, 1931. El fundamento en común de las constituciones sociales que aparecen en el siglo XX, contemplan particularmente al individuo como trabajador e incluye numerosos derechos laborales.

En tal sentido, el Profesor Ermida, afirma que parece paradójico ya que en el mismo período en que la legislación elimina o disminuye derechos, las constituciones los incrementan o mejoran. Pero tiene una explicación política, es muy difícil alcanzar el consenso necesario para la eliminación de derechos y muy fácil obtenerlo para su ampliación. Es políticamente más fácil restringir los

¹⁶ Ermida Uriarte, Oscar. Sindicatosob cit, pág 191.

¹⁷ Ermida Uriarte, Oscar. Sindicatos... ob. cit., pág 192.

derechos laborales mediante una ley que a través de una reforma constitucional.¹⁸

2.3. Modificación de roles de los actores sociales y el advenimiento consecuente de nuevas formas de organizar el trabajo

Desde fines del siglo XX se producen cambios en la tradicional relación de trabajo que genera también cambios en el papel de los actores sociales. Se comienza hablar en la doctrina de una “deslaboralización” de la relación de trabajo o fuga del Derecho del Trabajo. Surgen nuevos modos de producción, se acentúa la descentralización productiva y la diferencia entre incluidos y excluidos del sistema de seguridad social. El trabajo atípico se torna cada vez más típico, aunque aún hoy hablar de informalidad es pensar primariamente en fragmentación y debilidad del sistema.

A través de la historia el surgimiento de nuevas tecnologías ha significado transformaciones cíclicas, un motor en permanente cambio. No obstante, opinamos que hoy las nuevas formas de organizar el trabajo conllevan un aspecto positivo, que permite la creación de nuevos puestos de más alta calificación. Lo negativo sigue siendo la pérdida inmediata de empleo y el rezago en recuperar el puesto perdido, aspecto reconocido por los representantes sindicales consultados. En definitiva, tecnologías creadas por el ser humano que sustituye el trabajo de otros seres humanos. Indudablemente existe una resistencia permanente entre tecnología y empleos, ya que la sociedad se beneficia con los avances, pero también se perjudica por la pérdida inmediata de los mismos.

En tal sentido, Rodríguez, enuncia que a partir de 1970 se inicia una nueva etapa denominada revolución digital con una extensión generalizada de “chips” para computadoras, se trata de un *cambio tecnológico disruptivo* que se encuentra en un proceso de acelerado desarrollo (inteligencia artificial, Internet

¹⁸ Ermida Uriarte, Oscar. Sindicatos ... ob cit, pág.181.

de las cosas y tecnologías) que se difunden a nivel global por medio de plataformas digitales y transforma todos los sectores económicos.¹⁹

La rapidez de los cambios tecnológicos requiere la capacitación permanente y participación activa del trabajador. Destaca, la importancia creciente del conocimiento en la sociedad en su conjunto, así como en la producción y el trabajo.²⁰

La preferencia por relaciones de trabajo de carácter permanente es sustancial ya que genera una especie de retroalimentación, admitiendo la adaptación y superación de las empresas a los cambios en forma competitiva. En tanto que, la inestabilidad constante y eficaz a las empresas en corto plazo, termina siendo disfuncional para todos. Sin perjuicio que las nuevas generaciones de trabajadores se inclinarían por vinculaciones laborales temporales - al decir de los representantes sindicales - una relación de trabajo perdurable genera confianza en el trabajador y la presencia insoslayable de la formación profesional como instrumento fundamental de las organizaciones, que otorga mayor facilidad de ingreso y oportunidad de ascenso.

3. La obligada relectura de los derechos humanos vinculados al trabajo

Los derechos humanos y los derechos fundamentales según explica la Organización de Naciones Unidas (ONU) son aquellos inherentes a todos los seres humanos sin discriminación de ningún tipo, tales como derecho: a la vida y a la libertad, a la libertad de opinión y de expresión, a la educación y el trabajo.²¹

Se señala que estos derechos son *universales*, ligados indisolublemente al ser humano *inalienables* por lo que nadie puede ser privado de los mismos,

¹⁹ Rodríguez, Juan Manuel, *La Revolución Tecnológica, ¿El fin del trabajo? Opciones para Uruguay y países emergentes*. Ediciones de la Banda Oriental 2018, Montevideo, Uruguay, pág. 121.

²⁰ Ermida Uriarte, Oscar. *La Flexibilidad*. Cuadernos de Fundación Derecho del trabajo y la Seguridad Social, FCU, 1º edición mayo 2000, Montevideo, Uruguay, pag70-71.

²¹ Antúnez, Nicolás. *Manual de derechos humanos en la sociedad de la información y el conocimiento. Derechos humanos y libertades en la sociedad de la información y el conocimiento*, AAVV, FCU, 1ª edición septiembre de 2020, Montevideo, Uruguay, pág.19.

imprescriptibles e irrenunciable. Asimismo, conforma un entramado indivisible e íntimamente vinculados entre sí por lo que el goce de cada uno está necesariamente vinculado con la vigencia del resto. Al respecto un mojón trascendente fue la adopción por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).²²

Atendiendo a la diferencia entre *derechos fundamentales y derechos humanos*, Ferrajoli, indica, que los primeros serían aquellos universales e indisponibles de la persona física del ciudadano del sujeto capaz de obrar más allá de los amplios debates terminológicos. La gran diferencia frente a los derechos humanos, radicaría en que los derechos fundamentales, cuentan con respaldo específico en general de carácter constitucional al estar consagrados y reconocidos en normas de derecho positivo interno de los estados. Estos últimos derechos contarían con la prerrogativa de una tutela de carácter normativo y jurisdiccional que lo pondría en una situación de prevalencia sobre los derechos humanos.²³

Los derechos humanos se suelen ordenar en generaciones, correspondiendo a la segunda generación los denominados derechos de carácter económico, social y cultural. El fundamento es el concepto de igualdad, y están vinculados al trabajo, al acceso a la educación, a la cultura y a la salud. Los mismos han sido impulsados por instrumentos internacionales, por ejemplo, el Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Estamos ante derechos que son inherentes al ser humano que son irrenunciables y que se trasladan a la relación de trabajo, entre ellos: *la libertad sindical*.

²² Orden Cronológico: Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre 1948, Carta internacional americana de garantías sociales 1948, Pacto de derechos civiles y políticos 1966, Pacto de derechos económicos culturales 1966, Convención sobre derechos del niño sociales y 1989, Convenio 29 OIT sobre trabajo forzoso, Convenio OIT sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación 1948, Convenio 87 y 98 de 1948/1949, Convenio OIT 100 sobre igualdad de remuneración 1951, Declaración OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento año 1998, etc.

²³ Ferrajoli Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, 4º edición 2009, Editorial Trotta, Madrid, España, pág 141.

El derecho al *trabajo* como derecho humano fundamental, tiene tres elementos básicos: libertad para ejercer cualquier profesión lícita sin injerencia de alguna autoridad pública; derecho a tener un trabajo y dignidad, toda vez que el trabajo debe cumplir con un mínimo de condiciones justas.²⁴

Tal como lo expresa, Sanguinetti, refiere a la tutela del trabajador en tanto persona y no solo como contratante, un salto cualitativo en la construcción del moderno derecho del trabajo. Es el trabajo una necesidad social que le permite a la persona su realización individual en ejercicio de su libertad y acceder a bienes y servicios.²⁵

Los estados y la comunidad internacional, son los responsables de custodiar y garantizar el trabajo, particularmente ante los cambios incesantes que las tecnologías provocan. Enunciamos algunos derechos fundamentales relacionados con el trabajo consagrados en nuestra Carta Magna: el artículo 7, que reconoce explícitamente el derecho de todos los habitantes de la República a ser protegidos en el goce de su trabajo; el artículo 57, que reconoce el derecho de sindicalización y el derecho de huelga; el artículo 53 reconoce libertad de empresa y consagra el trabajo como función social; el artículo 55, sobre la distribución imparcial y equitativa del trabajo. Además, los derechos fundamentales inespecíficos que acompañan a la persona en todos los aspectos de la vida, como: dignidad, intimidad, igualdad, honor, no discriminación y libertad de expresión.

Los derechos fundamentales juegan como límite del poder público y del poder de la empresa, la igualdad en sus diferentes manifestaciones y niveles. Es un elemento de referencia inexcusable, como también el reconocimiento extenso y en profundidad de los derechos de sindicación y de negociación colectiva, como ejes inmodificables de un sistema democrático que se proyecta a escala universal, a través de varias Declaraciones de extrema relevancia política como la de la OIT de 1998 (..).²⁶

²⁴ Derecho Humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo . Comisión Nacional de Derechos Humanos, CNDH, 2016, México, pág 7 y stes.

²⁵ Sanguinetti Wilfredo y Cesar Carballo. Derechos Fundamentales del trabajador y libertad de empresa. FCU, 1º edición julio 2018, Montevideo, Uruguay, pags. 45-46.

²⁶ Baylos, Antonio y Perez Joaquin. Sobre el libro verde: modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI, Madrid, Fundación sindical de estudios, cuadernos de la

Creemos que los derechos antes referidos si bien son el producto de intensas luchas sociales y políticas llevadas a cabo por las organizaciones profesionales a través del tiempo, se encuentran en continua revisión. Es así, que se requiere que las organizaciones sindicales realicen un análisis intrínseco y verifiquen aspectos centrales de las relaciones laborales que deben ser revalorizados en vista a una política social basada en la igualdad e inclusión.

4. Libertad sindical: desde el reconocimiento constitucional a la realidad imperante y el tiempo del revisionismo

El multicitado artículo 57 de nuestra Carta Magna dispone que “La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica”. El constituyente sabiamente no sólo se limita a reconocer el derecho a constituir sindicatos, sino que además, obliga a promover la actividad sindical y proteger su desarrollo. Es una disposición trascendente, paradigmática y que incluye las tres aristas medulares del Derecho colectivo de trabajo.

A propósito, el Profesor Ermida señala, que el Derecho colectivo de trabajo tiene una estructura triangular, cuyos tres elementos esenciales e interconectados son: el sindicato, la negociación colectiva y la huelga. La inexistencia o el mal funcionamiento de cualquiera de estos tres pilares determina que el derecho colectivo del trabajo y consecuentemente, el cumplimiento sea insuficiente.²⁷ Agrega que la libertad sindical, es “un derecho para tener derechos” y “generador de otros derechos”.

A modo de ejemplo: la libertad sindical comprende entre otros: el derecho de sus titulares a constituir sus organizaciones sin ninguna distinción y sin autorización previa, ya sea organizaciones de primer, segundo o tercer grado, nacionales o internacionales; afiliarse, desafiliarse, o no afiliarse a las mismas;

Fundación N° 5, extraído: <https://baylos.blogspot.com/2007/02/nuestra-opinión-sobre-el-libro-verde>.

²⁷ Ermida Uriarte, Oscar. Apuntes sobre la huelga, FCU, 3° de julio de 2012, Montevideo, Uruguay, págs 9 y 10.

darse sus propias normas, definir las directrices de su organización, establecer su programa de acción; entre otros aspectos.

El Profesor expresa que la libertad sindical es un instrumento de desigualdad, compensatoria o igualación en tanto constituye o permite constituir un contrapoder que limita, acota o compensa el poder económico del empleador.²⁸

La libertad sindical, en su amplia acepción, como derecho humano fundamental es el elemento central, porque el sindicato y la negociación colectiva son instrumentos de gobierno del sistema de relaciones laborales y alcanza a la viabilidad de la flexibilización en un sistema democrático.²⁹

La libertad sindical comporta un derecho que debe garantizarse en su ejercicio. Los empleadores también son sujetos pasivos de esta obligación. La libertad sindical “interactúa” con otros derechos colectivos.³⁰

En sintonía con lo indicado, Jiménez de Aréchaga señala, que en el estado actual de evolución del Derecho, el reconocimiento del derecho a la libertad sindical se ha generalizado entre los países que no han adoptado para su gobierno sistemas fuertemente autoritarios. Y es incluido entre los “derechos fundamentales” o “derechos humanos”(....).³¹

4.1. Un marco jurídico institucional promotor de las relaciones laborales y de las organizaciones sindicales

El modelo de relaciones laborales uruguayo, se caracteriza por la centralización de la negociación colectiva fundamentalmente por sector de actividad y por contar desde comienzo del siglo XXI con una legislación de soporte que regula el relacionamiento de los actores sociales. Mientras tanto en la mayoría de los países de América Latina prevalece un modelo descentralizado e impuesto por leyes, dictadas con claro ánimo de crear una sumisión de la

²⁸ Ermida Uriarte, Oscar. Sindicatos.....ob cit, pág 176.

²⁹ Ermida Uriarte, Oscar. La Flexibilidad, ob cit. pag 74.

³⁰ Barretto, Hugo, La libertad sindical revisitada: la autonomía como clave emancipatoria, artículo en PDF. pág 390 y stes.

³¹ Jiménez de Aréchaga. Justino. La libertad sindical., FCU, abril 1980, Montevideo, Uruguay, pág 7.

organización sindical al Estado. En dichos países, existe históricamente una clara debilidad sindical de carácter estructural. Algunas referencias legislativas laborales en Latinoamérica expresamente limitan o prohíbe la actividad del sindicato, con la imposición de obstáculos diversos para el ejercicio de la misma.

Al respecto, Mantero, señala que en Argentina las leyes estatales crearon poderosos mecanismo de protección que implicaron una negación del pluralismo sindical y la negación de la Libertad sindical en sí misma y una drástica limitación de la autonomía y la autarquía sindical.³²

En Uruguay, hasta la sanción de la ley de libertad sindical (ley 17940) existían, por ejemplo, los Convenios Internacionales de Trabajo números 87 y 98, ratificados por nuestro país. Sin perjuicio, Rosenbaum, señala que a pesar de la ratificación de los CIT 87 y 98 se ha dado en nuestro país la ausencia de una adecuada legislación de protección sindical, constituyendo un agravante al pensar que el Uruguay fue uno de los países fundadores de la OIT.³³

Históricamente la misma autonomía de nuestro derecho colectivo de trabajo hizo que no existiera reglas claras en materia de libertad sindical. Hasta comienzos del año 2006, se extraía en su mayoría de normas de alta jerarquía a nivel nacional e internacional. Es dable destacar que las organizaciones sindicales manifestaban su oposición a una intervención del sistema, debido a que suponían que una regulación legislativa o administrativa implicaría una limitación al ejercicio de los derechos colectivos. Sin embargo, se altera la corriente tradicionalmente abstencionista y se introduce - entre otras normas heterónomas - una regulación legislativa de apoyo, protectora y promotora de la libertad sindical. Extensos y fundados debates surgieron en esa época a consecuencia del surgimiento de "las nuevas relaciones laborales en Uruguay", producto del cambio de modelo y el pasaje a un Derecho colectivo de trabajo en mayor medida regulado. Sin perjuicio, la realidad indica que los renovados cambios gubernativos permitieron en general un fortalecimiento y protagonismo de los sindicatos, que impactó positivamente en la negociación colectiva. Así lo

³² Mantero, Osvaldo. Derecho del trabajo de los países del Mercosur un estudio de derecho comparado primera parte 1ª edición octubre 1996, FCU, Montevideo, Uruguay, pág.465.

³³ Rosenbaum, Jorge "La protección de la libertad sindical a los trabajadores, en Revista de Derecho Laboral N° 190,1998, Montevideo, Uruguay, pág 615.

indican numerosos estudios estadísticos, un escenario diferente que implicó además una moderada mejora de los salarios y el empleo.

4.2. Alcance de la protección de la libertad sindical en la normativa internacional y regional

La libertad sindical califica como derecho humano fundamental, y se encuentra consagrado en múltiples instrumentos internacionales; a saber: la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Preámbulo), la Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la OIT (I, “b”; III, “e”), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Artículos 7, 26 y 27), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículos 20 y 23, numeral 4), la Carta de la Organización de los Estados Americanos.), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 8), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 22). La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, el Protocolo de San Salvador y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.³⁴

La OIT cuenta con el Comité de Libertad Sindical, cuya finalidad es promover el respeto de los derechos sindicales. Es un cuerpo tripartito, destinado especialmente al control de la aplicación de las normas internacionales del trabajo.

Todas las disposiciones indicadas le otorgan un basamento de la más alta jerarquía en el plano internacional, que debería ser asumido y aplicado plenamente por los Estados miembros, porque su vulneración o apartamiento sería una amenaza para la paz y armonía universal.

Además, la OIT se encarga de promover políticas sociales sólidas, ya que el crecimiento económico si bien es esencial no es suficiente para asegurar la

³⁴ Otros Convenios de la OIT relativos a la libertad sindical, son el Convenio número 11 sobre derecho de asociación (agricultura), el número 135 sobre los representantes de los trabajadores, el número 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales, el número 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, y el número 154 sobre la negociación colectiva.

equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza. La justicia y las instituciones democráticas, deben hoy movilizar la acción sobre el empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo.³⁵

Por último, en lo regional, el MERCOSUR, nace el 26 de marzo 1991 mediante la firma del Tratado de Asunción, casi simultáneamente con la caída del muro de Berlín y la creación del lenguaje html. Fue influido por La Declaración de la OIT (1998) relativa a los principios y derechos fundamentales del Trabajo (tales como: derecho a la no discriminación y la igualdad, derecho a la formación y capacitación profesional, libertad de asociación, libertad sindical, etc). Podríamos decir que existe conciencia universal centrada en la observación, investigación, control, y desarrollo de los derechos fundamentales en virtud a la existencia de normativa que trasciende fronteras.

No obstante, los instrumentos internacionales y regionales que refieren a la libertad sindical, podrían transformarse en letra inerte si no existiera normas jurídicas orientadas a garantizar el normal funcionamiento de las organizaciones sindicales. Aun así, en países como el nuestro que la regulación normativa es claramente de promoción y apoyo se requiere una actitud proactiva de los actores sociales a través de la negociación colectiva y el diálogo social. En este sentido, consideramos que es un concepto en continua transformación y revisionismo. No solamente se requiere normas protectoras de la libertad sindical dirigidas a impedir y sancionar las prácticas antisindicales, sino que además el cambiante mundo de trabajo nos obliga a repensar el alcance del ejercicio de la libertad sindical. Una puesta al día genera la iniciativa del revisionismo y el enriquecimiento de la misma. Si bien es un derecho, que se encuentra consagrado a nivel nacional e internacional, su ejercicio y efectividad depende exclusivamente de los actores sociales quienes juegan un papel preponderante.

4.3. La impostergable adaptación del Derecho del Trabajo

³⁵ Declaración de la OIT Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del trabajo en su 86° reunión Ginebra, 18 de junio 1998, 1º edición, 1998, pág. 5.

En la actualidad se discute acerca de la eficacia de la protección normativa frente a los cambios tecnológicos y el inevitable ajuste del Derecho de trabajo para responder el vertiginoso devenir de los mismos. El trabajo presente y futuro está centrado en una mirada flexible de las organizaciones profesionales y en permanente valoración, sobre la base del respeto de los derechos humanos, la justicia social, la igualdad y soberanía de los estados.

El estado ha confiado a los propios trabajadores y empleadores como a sus asociaciones la solución de problemas de orden político social en el plano colectivo. En este terreno el derecho del trabajo cumple no solo funciones de protección, sino también de organización de las relaciones de trabajo, mediante la acción conjunta del estado y las asociaciones profesionales.³⁶

Tal como venimos de expresar, nuevos empleos emergen y otros se destruyen como consecuencia de la innovación tecnológica. Sin perjuicio de ello, el Derecho del Trabajo tiene que estar alerta y ser permeable para contemplar situaciones diversas que son expresiones del trabajo humano.

De esta manera De Ferrari, destaca que la evolución de las normas es aplicable no solamente a los trabajadores, sino también a los patrones, a los dirigentes de empresas, a las organizaciones patronales y sindicales, a los aprendices, etc. El trabajo es un acto esencial, es una necesidad humana de expresión, será con el tiempo la única fuente de nuevos derechos y el fundamento de todas las construcciones políticas del hombre.³⁷

En la misma línea, Deveali, señala que el anhelo es una mayor humanización del derecho y extender las normas de amparo a un número más amplio de situaciones, reduciendo así el margen del beneficio que el ordenamiento actual asegura a los más hábiles, inteligentes y activos.³⁸

El derecho del trabajo ha experimentado una notable expansión de sus objetivos protectores. De manera constante, los últimos años han sido testigos del tránsito de la tutela exclusiva del trabajador como sujeto de una relación

³⁶ Krotoschin, Ernesto. Manual de Derecho del Trabajo. 3º Edición Depalma, Buenos Aires, 1987, Argentina, pág. 9.

³⁷ De Ferrari, Franciso. Lección de derecho del trabajo tomo 1, edición Depalma Buenos Aires, 1961, págs 486 y 489.

³⁸ Deveali, Mario. Lineamientos de derecho del trabajo, Editorial Topográfica Argentina, 1948, pág. 5.

jurídica de dependencia, a una visión más amplia considerando como titular del conjunto de derechos fundamentales que le corresponden en tanto persona y ciudadano.³⁹

Mantero, expresa que la propia razón de ser y finalidad del derecho laboral denuncian con claridad su contenido ético básico: justicia, equidad e igualdad. (...) la finalidad de la legislación nacional e internacional del trabajo es apuntar a la realización de la justicia social. El principio protector, razón de ser del Derecho del trabajo del cual derivan los demás.⁴⁰

El derecho del trabajo protege al trabajador para reducir la desigualdad propia de la relación de trabajo. Así, la desigualdad es el fundamento último de la protección. La protección del débil es el instrumento de igualación. Se protege para corregir o aminorar la desigualdad.⁴¹

En definitiva, según indica Supiot, los más débiles son quienes padecen las consecuencias por el desempleo la precariedad o salarios de miseria, de esa doble inadaptación según los casos, la falta de trabajo de tiempo o de dinero socava las condiciones necesarias para hacer una vida equilibrada.⁴²

En suma, consideramos que el Derecho del Trabajo, intenta acompañar con cierto rezago a los empleos que actualmente se proyectan con caracteres de precario e inestable y los nuevos empleos que sin ser precarios se presentan como altamente calificados. Todos forman parte del progreso social y económico de la sociedad. Creemos que el fin protector del Derecho del trabajo, no tiene motivos para desaparecer, sino que debería ser enriquecido con la finalidad de que los operadores jurídicos y sociales estimulen la adecuación de derecho del trabajo, sin visiones distorsionadas del futuro. El trabajo asalariado de hoy tiende a circunscribir las potestades del empleador en el sentido de restituir y fortalecer

³⁹ Sanguinetti, Wilfredo y Cesar Carballo, ob cit, págs. 45-46.

⁴⁰ Ermida Uriarte, Oscar. Ética y Derecho del Trabajo, en Veinte estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Álvarez, grupo de los miércoles, FCU, 1º edición. Noviembre 2004, Montevideo, Uruguay, págs. 35 y 36.

⁴¹ Ermida Uriarte Oscar. "Meditación sobre el Derecho del Trabajo, en Cuadernillo de la Fundación Electra, 2011; Montevideo, Uruguay, pág. 8. Asimismo, Rosenbaum, afirma que la protección deriva de la constatación de la desigualdad entre trabajador y empleador ante la cuales e desarrolla la creacion de desigualdades de signo opuesto par a corregir o aminorar aquella desigualdad de base.

⁴² Supiot Alain. Introducción a las reflexiones sobre el trabajo. Revista Internacional de Trabajo, vol 115, N° 6, 1996/6 Extraído: <https://www.ilo.org/public/spanish/revue/articles/int96-6.htm>.

en el plano colectivo lo perdido o restringido del plano individual, con la finalidad de mantener sintonía con las transformaciones socioeconómicas de la sociedad y sin perder la referencia conceptual que conforma su basamento. Las respuestas invariablemente tendrían que buscarse en el Derecho del trabajo, en los Principios de Derecho del Trabajo y demás institutos plenamente vigentes y eficaces

5. Desafíos de las organizaciones sindicales y los recursos de poder en el ejercicio de la libertad sindical

La introducción de nuevas tecnologías es vista como un debilitamiento de la posición de los trabajadores, un espacio dominado por el desempleo, la informalidad y la fragmentación sindical. En esta instancia intentaremos recoger la opinión de algunos operadores que se encuentran inmersos en la realidad descrita. Los aportes nos permitirán comprender la labor de los sindicatos frente al desarrollo tecnológico, las dificultades para defender y representar los intereses de su colectivo y eventualmente las oportunidades para fortalecer la organización.

5.1. El debilitamiento sindical

Es frecuente escuchar en nuestro ámbito que el sindicalismo atraviesa una serie de problemas: principalmente el descaecimiento debido a múltiples causas exógenas y endógenas y con distintas implicancias en las relaciones laborales. La pandemia mundial a consecuencia del SARS -CoV-2, ha aparejado con mayor periodicidad la consideración de temas no tradicionales como la formación profesional, el acceso al empleo, la salud, los trabajadores informales, el trabajo decente, la reducción del tiempo de trabajo, etc. Por otra parte, se profundizan los procesos de robotización que desplaza fuerza física, dejando grandes franjas de la población fuera del mercado laboral, especialmente en la fracción de los más pobres y excluidos.

Históricamente los procesos de transformación han afectado el trabajo y las relaciones laborales, involucrando una disrupción que ha impulsado la economía colaborativa. Las más diversas y novedosas aplicaciones (APP) que son utilizadas como medio de comunicación y oferta de productos y servicios. Existen periódicamente “ fenómenos” en desarrollo y con consecuencias difíciles de predecir, se requiere acciones concretas que se adecuen y sean permeables al período que transitamos. El factor capital aceptado, difundido y sobre el cual existe absoluta conformidad en su esencialidad: es la educación, una prioridad no enfocada en la enseñanza para toda la vida, sino durante toda la vida. La educación traducida, en formación profesional y el acierto en encontrar las vías adecuadas para canalizar la misma, es una cuestión que los actores sociales (incluyendo el estado) deberían tener en carpeta y proceder. Consideramos que la negociación colectiva tendría que ser utilizada como uno de los mecanismos por excelencia, ya que únicamente con diálogo y entendimiento será posible construir relaciones laborales duraderas y fortalecer a los actores sociales.

5.2. La dimensión supranacional

El mundo es un lugar cada vez con mayor interconexión, resultado de una integración mundial y el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación. Este desarrollo dinámico y sin fronteras, es consecuencia de la expansión de la economía capitalista y de la ruta comercial mundial y repercute en los cambios de modalidad y exteriorización de las relaciones de trabajo.

Baylos, expresa que a partir de las últimas dos décadas del siglo XX, es cuando las nuevas tendencias de empleo favorecidas por el nuevo empuje tecnológico diversifican los tipos de trabajo y las formas de contrato. Se ofrecen nuevos trabajos fuera de la subordinación, permitiendo recurrir a formatos contractuales que reducen el costo laboral y que por lo tanto son utilizados por los empresarios con ese fin.⁴³

⁴³ Baylos, Antonio, extraído: <https://baylos.blogspot.com/2007/02/nuestra-opinion-sobre-el-libro-verde.html>.

Es por ello que entendemos que se presenta uno de los problemas medulares, el aumento de corrientes globales que no privilegian el “factor trabajo humano” con efectos perniciosos sobre la dimensión individual y la acción sindical. Tendencias que resultan ser responsables de la imposibilidad de generar empleos genuinos, afectando al sistema de derechos y garantías y reduciendo la protección consagrada por diversos instrumentos internacionales y normas nacionales de la más alta jerarquía.

Baylos, en una visión crítica del derecho laboral europeo (derecho comunitario) del siglo XXI, culpabiliza al mismo frente a las evoluciones negativas del empleo. Indica que el mismo tiene que partir de un sistema de derechos fundamentales que lo enmarque y lo preordene (...).⁴⁴

5.3. Oportunidad de trabajo decente

Para los sindicatos la transformación del mundo del trabajo genera nuevas oportunidades laborales para un espectro más amplio de la sociedad, incluyendo colectivos de trabajadores excluidos de la sociedad. De esta manera los visualizan los representantes consultados, siguiendo la orientación de la OIT, acerca del trabajo decente; resulta imprescindible para los mismos el mantenimiento del diálogo social para impulsar políticas sociales y económicas que implique la creación de trabajo dignos, de calidad, con protección social y con ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

6. La visión de las organizaciones sindicales de trabajadores

Con el ánimo de obtener una visión de las organizaciones sindicales de trabajadores, hemos consultado al Sr. Favio Riverón y a la Sra. Soraya Larrosa,

⁴⁴ Baylos, Antonio. Ob cit supra 45. En la actualidad se plantea una nueva ola de flexiseguridad es un binomio en el que la flexibilidad se aplicaría a la relación laboral con las consecuencias negativas para los derechos fundamentales y la seguridad se reservaría al sistema de protección por desempleo al que se desviarían los costes de permitir a los empleadores manejar con mas flexibilidad la mano de obra que otorgue ventajas competitivas en el mercado globalizado.

dos referentes representativos de su sector, quienes han aportado sus perspectivas y las que compartimos a continuación.

En consulta que realizamos al Sr. Favio Riverón,⁴⁵ señala que cierto sector de la economía -comercio y servicios - admite la incidencia que han tenido los cambios tecnológicos en la actividad sindical. Reconoce además que las transformaciones seguirán su curso, y las organizaciones sindicales deben contar con el aprovechamiento de las mismas para mejorar la calidad de vida de los trabajadores y sus familias. También reconoce que es útil para mejorar las condiciones de trabajo (seguridad e higiene laboral), reducción de la jornada y mejorar los ingresos (capacitación, mejora en la productividad, etc). La reducción de la jornada laboral, uno de los temas en debate desde hace tiempo atrás y acordado en algunos sectores.

Expresa que desde hace tres años se viene estudiando y accionando sindicalmente a los efectos de amortiguar las consecuencias negativas del desplazamiento de trabajadores, ya que a modo de ejemplo podrían verse reflejadas eventualmente: en la afiliación de trabajadores, medidas gremiales, formación profesional, entre otros aspectos.

La Sra. Soraya Larrosa López,⁴⁶ considera muy valioso el aporte de las nuevas tecnologías. Está convencida de que el modelo tradicional debe ser complementado por las nuevas formas de comunicación entre las organizaciones y entre éstas sus afiliados. Celebra la implementación de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos, salud, enseñanza y organizaciones en general, las que se han vuelto vitales para seguir funcionando.

Afiliaciones:

1- La tecnología puede acarrear desplazamiento de mano de obra y terminar con una baja en la afiliación sindical. No obstante, señala, no se visualiza un desplazamiento como consecuencia de la incorporación de

⁴⁵ Sr. Favio Riverón Presidente de FUECYS (Federación Uruguaya de empleados de comercio y servicios) y Sec. Ejecutivo del PIT-CNT.

⁴⁶ Sra. Soraya Larrosa es afiliada a Afcasmu desde el año 1985, integró la Dirección de Afcasmu en distintos períodos, ocupó cargos de Secretaría de la Tesorería; Secretaria de Cultura de la Organización y la Secretaría General de Afcasmu. Desde el año 2012 integra el Consejo Central de FUS. Representó a FUS en la Mesa Representativa del PIT-CNT. Desde 2018 es Vice-presidenta del PIT-CNT, formando parte de su Secretariado Ejecutivo.

tecnología, sino por el contrario implica otras alternativas de trabajo y mejora de ganancias para las empresas del sector. Tampoco se observa una merma en la afiliación.

2- Nuevas modalidades de trabajo: es hablar de nuevas generaciones con perspectivas distintas del clásico trabajador⁴⁷ que hasta el momento se afiliaba al sindicato. La idea del trabajador es que el empleo temporal genera escasa trascendencia e interés en la mejora de las condiciones, implica incluso escaso interés en la afiliación. Se requiere un cambio de estrategias de parte del sindicato en lo que respecta a la comunicación con el trabajador, se requiere la incorporación de herramientas tecnológicas a los efectos de lograr una interacción y planteamiento de objetivos a corto plazo. Todo ello, sin abandonar los medios habituales de comunicación con los afiliados, como son los folletos, volantes, comunicados en cartelera sindical, etc.

Agrega la Sra. Larrosa que "...El aporte de las nuevas tecnologías ha sido positivo, resalta que, "...la organización sindical se valió de estas herramientas para el intercambio y la canalización de planteos".

Medidas gremiales:

Respecto a la posibilidad de desarrollo de medidas gremiales se dificulta la canalización efectiva, surgen varias dificultades y depende de las modalidades de contratación. En el caso de las "unipersonales", la respuesta inmediata por parte de la empresa es el cese del trabajador y existen escasas herramientas legales para la restitución. Llevar a cabo una medida gremial en un servicio de plataforma digital, es inconveniente, ya que la empresa resuelve unilateralmente cuando (oportunidad) le permite al trabajador conectarse, sin ninguna protección o resguardo.

Condiciones de trabajo pactadas en los Consejos de Salarios:

Los trabajos que se realizan a través de plataformas, se encuentran en los grupos residuales (grupo 10: Comercio en general o el grupo 19: Servicios Profesionales, Técnicos, especializados y aquellos no incluidos en otros grupos) y no existe posibilidad de regular condiciones de trabajo desde el Consejo, expresa Riverón.

⁴⁷ El Sr. Riverón refiere siempre a trabajador/trabajadora.

La situación cambia cuando se logra conformar la organización sindical, por ejemplo: se incorpora la comisión de salud (según decreto), generando una mejora en las condiciones de trabajo. Precisamente el Sr Riverón, menciona la existencia de un proyecto de ley de Teletrabajo, y acota, que su sector no acompaña. La mayor diferencia al respecto, hace a las condiciones laborales de trabajadores.

Formación Profesional:

Este aspecto tiene dos particularidades referentes a las clases de capacitación que reciben los trabajadores:

- cuando existe organización sindical, se hace generalmente a través de INEFOP y aquí existen garantías para todas las partes. Agrega que incluso se logró (en algunos casos incorporar un capítulo sobre leyes laborales).

- cuando no existe organización sindical y la empresa resuelve unilateralmente, aquí los contenidos muchas veces tienen capítulos dedicados a la no sindicalización.

En términos generales el nivel de capacitación de los trabajadores en nuestro país es bueno y está comprobado con la llegada en forma permanente de grandes “empresas mundiales” (según el término utilizado por el representante de FUECYS).

Un capítulo aparte merece comentar lo relacionado con la escasa calificación de los trabajadores, y la dificultad de continuar en la empresa cuando no se incorpora tecnología, o en otras áreas incluso con requerimiento de mayor calificación.

En otro orden, consultado el Sr. Riverón acerca de las debilidades y/o fortalezas en el accionar de las organizaciones sindicales en el actual contexto, incluyendo perspectivas o proyectos durante esta pandemia, responde que:

Las principales debilidades que tienen hoy las organizaciones sindicales son:

a) el marcado individualismo, el concepto de “éxito” que hoy se tiene, está lejos del concepto de unidad para la conquista de un bien colectivo (una sociedad sin excluidos). La Sra. Larrosa agrega que una de las debilidades que presenta

es que actualmente se pretende sustituir la militancia por la discusión virtual y participación a través de las nuevas formas tecnológicas.

b) la masificación de la información verdadera, pero también las falsas noticias.

c) gran dispersión del trabajo: los mismos se realizan cada vez más, en forma solitaria (contacto virtual), cuesta entender que “mi situación es (referida a condiciones y salariales) es compartida por un conjunto de trabajadores”.

Desde que llegó la pandemia a nuestro país, las inquietudes sindicales la resume claramente en dos aspectos centrales:

1) protocolos efectivos que aseguren el funcionamiento de los lugares de trabajo con los cuidados indispensables para los trabajadores y para los clientes o usuarios, eventualmente;

2) en los casos donde se ordenó el “teletrabajo”, el planteo de FUECYS fue la cobertura de gastos extras que origina la tarea y todo lo referente a las condiciones de trabajo.

Algunas perspectivas y compromisos:

Una perspectiva trascendente y actual es la futura ley de teletrabajo, considerada como una oportunidad para el diálogo social y un compromiso institucional tanto desde el ámbito público como del sector privado. Se señala que se viene abordando desde el PIT-CNT, tomando como base la legislación existente en otros países e insistiendo en la convocatoria a todos los actores que hacen a este tema (Universidad de la República, BPS, BSE, Cámaras Empresariales, Movimiento Sindical y OIT).

Por último, agrega algunos compromisos asumidos por el movimiento sindical: en el periodo anterior de gobierno se planteó la posibilidad de *incorporar un impuesto a la incorporación de tecnología*, que origina la pérdida de puestos de trabajo. La *Capacitación y/o reconversión*: se trabajó en un proyecto que culminó hace 2 años a través de INEFOP. El estudio abarcó el impacto tecnológico en once sectores de FUECYS (tiendas, supermercados, seguridad,

limpieza, call center, repartidores, droguería, farmacias, mayoristas, free shop y trabajo tercerizado).⁴⁸

Asimismo, han extendido esfuerzos a sectores como el de plataformas informáticas en sentido amplio (aplicaciones / repartidores), insistiendo en la legislación y apertura de un subgrupo de actividad para discutir salarios y condiciones de trabajo.⁴⁹

7. Reflexiones finales

Hemos identificado algunas consideraciones finales que no son concluyentes simplemente son un resumen orientativo que reflejan el sentir y conocimiento de estas autoras y experiencias de las personas consultadas.

Importancia del trabajo humano: A pesar de los permanentes cambios de las relaciones laborales, el trabajo humano no desaparecerá. El trabajo aplicado a la producción de bienes y servicios es una necesidad no solamente personal para el crecimiento individual, sino social. Es indudable que el avance tecnológico, involucra cambios considerables respecto a cómo y el lugar donde se realiza el trabajo. El desenvolvimiento de las relaciones laborales genera cambios también en la empresa y sus fronteras, que tienen la obligación junto a los sindicatos de intervenir en las innovaciones y encauzar la minimización de los riesgos.

El rol decisivo de los sindicatos: Es inminente actuar frente al empleo, en aras de evitar el aumento del trabajo informal, la precariedad y la inestabilidad laboral. Los sindicatos son llamados a evaluar sus recursos de poder y a identificar sus capacidades y experiencias con la finalidad de realizar una elección estratégica que les permita una transformación para alcanzar sus objetivos. Observamos que se está trabajando sobre los objetivos, ello resulta de las expresiones de los representantes sindicales, quienes reconocen y

⁴⁸ El presidente expresa que el resultado no se ha hecho público aún. Los objetivos son dos, el analizar los impactos y ver la posibilidad de reconvertir trabajadores. Se solicitó a INEFOP una extensión de este proyecto.

⁴⁹ Se diseñó y presentó en el Sectorial de Informática un proyecto elaborado por los trabajadores ("compañeros") del sector que plantea la reconversión de los trabajadores que se ven impactados por el avance de la tecnología.

aceptan el desafío en el ejercicio de la libertad sindical como generadores y responsables del cambio.

Desarrollo y expansión del ejercicio de la libertad sindical: Los representantes sindicales admiten que las transformaciones seguirán su curso, y que las organizaciones que representan deben contar con el aprovechamiento de las mismas “para mejorar la calidad de vida de los trabajadores y sus familias”. Consideramos que existe una expansión y desarrollo de la actividad sindical ya que se manifiesta por otros medios no tradicionales. El medio tecnológico resulta un complemento de utilidad (que no sustituye) a la comunicación habitual con sus afiliados, con algunas dificultades en lo que respecta al momento de medidas gremiales y con aciertos en relación a las afiliaciones (no hay disminución de afiliaciones). Indica que no se visualiza un desplazamiento de trabajadores como consecuencia de la incorporación de tecnología, sino por el contrario implica mejora de ganancias para las empresas del sector.

Énfasis en el diálogo social: Las opiniones relevadas destacan la importancia y reconocen que se requiere consolidar el camino del diálogo social en las relaciones colectivas de trabajo. La creatividad y razonabilidad deben primar a los efectos de incluir en la negociación nuevos temas en un marco de flexibilidad compatibilizando el trabajo con el medio en el cual se desarrolla. El diálogo como herramienta imprescindible que permita identificar y promover posibles soluciones a los eventuales efectos negativos que surjan de los nuevos procesos.

Crecimiento personal y formación profesional: Con madurez nos demuestran que la formación profesional se convierte en un factor preponderante a los efectos de obtener un modelo estable y fortalecido. La formación profesional tendría que ser el objetivo básico, sobre todo para afrontar el segmento de la población que está quedando al margen del conocimiento y el crecimiento personal. El eventual encuadre normativo deberá tener presente la tutela de la dignidad humana, como objetivo primordial y final de cualquier desarrollo de la sociedad.

Meditar el presente para construir el futuro de las relaciones laborales y el Derecho del trabajo: Del presente trabajo emerge la presencia

de nuevos escenarios y la necesidad de contar con actores comunicativos y comprometidos, procesos de trabajo y calificaciones flexibles, vías accesibles de interacción y enriquecimiento laboral. Ciertamente que los cambios son inevitables, pero se requiere ajustes en la gestión de procesos y personas que den respuesta al surgimiento de nuevas organizaciones y nuevos trabajadores. Un Derecho del trabajo, que proteja al trabajador para reducir la desigualdad propia de la relación de trabajo.

En suma, acudimos al inicio del trabajo reafirmando la enseñanza del Profesor Ermida, el Derecho del Trabajo está inspirado en la idea suprema de igualdad. La dignidad, la protección y la libertad de la persona que trabaja, son obligaciones que emergen para las partes de la relación laboral, y el Estado, para su garantía y protección.

Bibliografía

- ANTÚNEZ, N. (2020). *Manual de derechos humanos en la sociedad de la información y el conocimiento. Derechos humanos y libertades en la sociedad de la información y el conocimiento*, AAVV, FCU, 1ª edición, septiembre.
- BARRET, F. (1963). *Historia del trabajo*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2º edición, abril.
- BARRETTO, H. (2011). “La libertad sindical revisitada: la autonomía como clave emancipatoria”, *Alegatos*, N° 78, mayo/agosto.
- CALDUSH, R. (1991). *Relaciones internacionales*, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, España.
- DE FERRARI, F. (1961). *Lección de derecho del trabajo*, tomo 1, edición Depalma, Buenos Aires.
- DEVEALI, M. (1948). *Lineamientos de derecho del trabajo*, Editorial Topográfica, Argentina.
- ERMIDA URIARTE, O. (2000). “La Flexibilidad”, *Cuadernos de Fundación Derecho del trabajo y la Seguridad Social*, FCU, 1º edición, mayo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2004). “Ética y Derecho del Trabajo”, *Veinte estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Álvarez*, Grupo de los miércoles, FCU, 1º edición, noviembre.
- ERMIDA URIARTE, O. (2012). *Apuntes sobre la huelga*, FCU, 3º edición, julio.
- ERMIDA URIARTE, O. (2016). *Sindicatos en Libertad Sindical*, FCU, 5º edición, mayo.
- FERRAJOLI, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4º edición, Trotta, España.
- GUERRA, P. (1996). *Gestión participativa y nuevas relaciones laborales en empresas uruguayas*, FCU, 1º edición, mayo.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1980). *La libertad sindical*, FCU, abril.
- KROTOSCHIN, E. (1987). *Manual de Derecho del Trabajo*, 3º Edición, Depalma, Buenos Aires.

- LE BRUN, P. (1967). *Problemas actuales del sindicalismo*, editorial Nova Terra, Barcelona, España, 1º edición, setiembre.
- MANTERO, O. (1996). *Derecho del trabajo de los países del Mercosur un estudio de derecho comparado*, FCU, primera parte, 1º edición, octubre.
- PORRINI, R. (2015). Curso de Formación sindical 2015. Modulo básico. Movimiento sindical Uruguayo. El sindicalismo Uruguayo en el proceso histórico nacional 1870/2006.
- RODRÍGUEZ, H. (1966). *Nuestros sindicatos*, Centro estudiantes de derecho, Montevideo, 2ª edición.
- RODRÍGUEZ, J. (2018). *La Revolución Tecnológica, ¿El fin del trabajo? Opciones para Uruguay y países emergentes*, Montevideo, Uruguay, Ediciones de la Banda Oriental.
- ROSENBAUM, J. (1998). “La protección de la libertad sindical a los trabajadores”, *Revista de Derecho Laboral*, N° 190, Montevideo.
- SANGUINETTI, W y CARBALLO, C. (2018). *Derechos Fundamentales del trabajador y libertad de empresa*, FCU, 1º edición, julio.
- SUPERVIELLE, M. y GARY, G. (1995). *El sindicalismo uruguayo estructura y acción*, FCU, 1º edición, octubre.

Recursos electrónicos

- BAYLOS, A. y PÉREZ, J. (s/f). *Sobre el libro verde: modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Madrid, Fundación sindical d estudios, cuadernos de la Fundación N° 5. Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2007/02/nuestra-opinion-sobre-el-libro-verde>.
- SUPIOT, A. (1996). “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, *Revista Internacional de Trabajo*, vol 115, N° 6, 1996/6. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/revue/articles/int96-6.htm>.

**DESARROLLO HUMANO, TRABAJO DECENTE Y EMPLEO
SOSTENIBLE EN EL CAPITALISMO CONTEMPORÁNEO:
DESAFÍOS DE LA 4ª. REVOLUCIÓN INDUSTRIAL**

**HUMAN DEVELOPMENT, DECENT WORK AND SUSTAINABLE
EMPLOYMENT IN CONTEMPORARY CAPITALISM:
CHALLENGES FACING THE 4TH. INDUSTRIAL REVOLUTION**

Maria Aparecida ALKIMIM

Postdoctorado en Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Coimbra / IUS Gentium Conimbriga, Portugal. Doctor y Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de São Paulo.

mariaalkimin7@gmail.com

Leda Maria MESSIAS DA SILVA

Postdoctorado en Derecho Laboral, Universidad de Lisboa, Portugal. Doctor y Magíster en Derecho de las Relaciones Sociales, sub-área de Derecho Laboral, Pontificia Universidad Católica de São Paulo.

lemead@uol.com.br

Rosely Camilo PEREIRA GOMES

Estudiante de maestría en Ciencias Jurídicas, Universidad UniCesumar de Maringá. Especialista en Derecho del Estado, Universidad Estatal de Londrina.

rosely-gomes@hotmail.com

Fecha de envío: 10/02/2021

Fecha de aceptación: 17/03/2021

**DESARROLLO HUMANO, TRABAJO DECENTE Y EMPLEO SOSTENIBLE
EN EL CAPITALISMO CONTEMPORÁNEO: DESAFÍOS DE LA 4ª.
REVOLUCIÓN INDUSTRIAL**

Maria Aparecida ALKIMIM

Universidade de Coimbra / IUS Gentium Conimbriga (Portugal)

Leda Maria MESSIAS DA SILVA

Universidade de Lisboa (Portugal)

Rosely Camilo PEREIRA GOMES

Universidade UniCesumar de Maringá (Brasil)

Resumen: Con el avance de la tecnología cibernética de la Cuarta Revolución Industrial, el mundo del trabajo está experimentando la dualidad del progreso/retroceso frente a una nueva realidad en el mundo de la organización productiva y del trabajo y en medio de un escenario de "crisis" económicas, social, ambiental y laboral, destacando este sistema capitalista del siglo XXI las desigualdades entre los pueblos y las naciones, cuyo aparato tecnológico y también las nuevas formas de trabajo independiente tienden a generar escasez de trabajo formal, así como condiciones laborales y de vida precarias para muchos trabajadores, reflejando en el desarrollo humano de los trabajadores de los países pobres y en desarrollo. Por lo tanto, es imperativo establecer una política para la promoción del trabajo decente y para una renta social que sirva de contrapeso a los impactos negativos del neocapitalismo en la vida de la masa trabajadora.

Palabras clave: Trabajo decente - Desarrollo humano - Revolución Tecnológica - Neocapitalismo

Sumario: 1. Introducción. 2 Desarrollo humano y trabajo decente: un compromiso y un desafío a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. 2.1. Crecimiento económico y desarrollo humano en la emergente búsqueda de la sostenibilidad. 2.2. El trabajo decente como premisa para el trabajo digno y la sostenibilidad. 3. El futuro del trabajo y el escenario capitalista contemporáneo. 3.1. Sociedad de la 4a. Revolución Industrial: reestructuración productiva e impactos en las relaciones laborales. 3.2. Protección social universal. 4. Protección social universal y las capas vulnerables de la sociedad. 5. Consideraciones finales.

Abstract: With the advancement of cyber technology from the Fourth Industrial Revolution, the world of work is experiencing the duality of progress / setback in the face of a new reality in the world of productive organization and work. In addition, in the midst of a scenario of economic, social, environmental and labor “crises”, which highlights the 21st century capitalist system, with inequalities between peoples and nations, technological apparatus and also new forms of independent work, there is a tendency generate scarcity of formal work, in addition to precarious work and living conditions for many workers, which reflects in the human development of workers in poor and developing countries. Therefore, it becomes imperative to emerge a policy for the promotion of decent work and for a social income that serves as a counterweight to the negative impacts of neo-capitalism on the life of the working mass.

Key words: Decent work - Human development - Technological Revolution - Neocapitalism

Summary: 1. Introduction. 2 Human development and decent work: a commitment and a challenge to the 2030 Agenda for Sustainable Development. 2.1. Economic growth and human development in the emerging search for sustainability. 2.2. Decent work as a premise for decent work and sustainability. 3. The future of work and the contemporary capitalist scenario. 3.1. Society of the 4th. Industrial Revolution: productive restructuring and impacts on labor relations.

3.2. Universal social protection. 4. Universal social protection and vulnerable layers of society. 5. Final considerations.

1. Introducción

El mundo experimenta momentos de intensas y rápidas transformaciones tecnológicas, provenientes de la 4a Revolución Industrial y que están metamorfoseando¹ los modos de producción y trabajo, anunciando la era del neocapitalismo, así como "generaciones de efectos secundarios con una visión del mundo basada en la existencia digital".²

La tecnología cibernética, el mercado de sensores, las plataformas, la inteligencia artificial, la robótica, la velocidad y la amplitud en el procesamiento de información y datos (big data) tienden a sustituir a los puestos de trabajo tradicionales, y muchos serán eliminados, lo que requerirá nuevas adaptaciones y cualificaciones para ingreso y permanencia en el mercado laboral, así como para la competitividad y la rentabilidad de los empleadores dependerán de las inversiones en nuevas tecnologías.

Ciertamente no es el fin del trabajo humano, sino una nueva realidad que guiará el desarrollo económico y el crecimiento, con repercusiones en el desarrollo humano y la sostenibilidad económica, social y ambiental.

El avance tecnológico de la Industria 4.0 y el desarrollo económico acelerado para las principales potencias inversionistas en tecnología revelan el mantenimiento del capitalismo de eficiencia, de modo que el crecimiento económico sostenido y sostenible y la justicia social siguen en la pauta de los debates de las Naciones Unidas como una de las preocupaciones para el futuro de la humanidad.

Las previsiones son de intensificación de las desigualdades y de la pobreza, puesto que sólo los países ricos y desarrollados pueden invertir en la alta tecnología de la industria 4.0, generando incertidumbres y inseguridad para

¹ Ulrich Beck afirma que el mundo en el que vivimos no sólo se está transformando, es metamorfoseando... donde terminan las viejas certezas de la sociedad y surge algo completamente nuevo (*La metamorfosis del mundo: nuevos conceptos para una nueva realidad*. Zahar, Río de Janeiro, 2018, pág.15. El autor explica que "la metamorfosis no es un cambio social, no es transformación, no es evolución y no es crisis... es una forma de cambiar la naturaleza de la existencia humana, significa la era de los efectos secundarios(...)". (BECK, U. Ob. cit., 2018, p. 36).

² BECK, U. *La metamorfosis del mundo: nuevos conceptos para una nueva realidad*. Zahar, Río de Janeiro, 2018, pág. 240.

el futuro en términos de empleabilidad y de inversión pública en los países más pobres, especialmente en América Latina.

En este sentido, el presente trabajo pretende demostrar, en la sociedad del capitalismo digital implementada por la Revolución 4.0, los desafíos a enfrentar la sociedad contemporánea basada en el dilema del capitalismo de eficiencia que conduce al desarrollo económico y la competitividad en el mercado global, pero, por otro lado, trae consigo los males de la reestructuración productiva con una nueva organización de trabajo centrada en la tecnología de punta con énfasis en la inteligencia artificial y en la robótica y que representan una amenaza a los puestos del trabajo, generando expectativa de desempleo, además de ser un factor de desigualdades, comprometiendo el desarrollo humano y los objetivos de desarrollo sostenible previstos en la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, que debe caminar *pari passu* con el desarrollo económico.

2. Desarrollo humano y trabajo decente: un compromiso y un desafío a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

El gran dilema a enfrentar en el siglo XXI es asegurar el crecimiento económico, la empleabilidad y el desarrollo sostenible, con vistas al desarrollo humano en el mundo contemporáneo marcado por las desigualdades, la pobreza, la concentración de renta, la escasez de recursos naturales y las amenazas ambientales que ponen en peligro el ecosistema.

La humanidad está situada en dos posiciones antagónicas, por un lado experimenta grandes avances tecnológicos y científicos, reflejando el capitalismo integrador de la globalización, pero por otro lado está lejos de resolver el gran mal del siglo XX, o sea, la desigualdad global, resultado de los avances y de las transformaciones económicas, productivas y laborales, revelando el siglo pasado y principios de este siglo la precariedad del trabajo, pobreza, exclusión, emergencia ambiental que hace que la Madre Tierra³ clame

³ En el Documento Papal, encíclica LaudatoSÍ, el Papa Francisco advierte de "Cuidado de la Casa Común", refiriéndose al Planeta Tierra y llama a todos una ecología integral, centrada en la naturaleza y el ser humano ante la degradación del medio ambiente, la pérdida de biodiversidad, la exaltación del antropocentrismo, la escasez de agua potable y el dominio del

por atención y cuidados especiales, pues oportuno traer el viejo dilema de la capacidad creativa y la capacidad destructiva del hombre.

El desarrollo humano depende de la realización de los derechos humanos, incluido el derecho fundamental y social de acceso al trabajo y en condiciones dignas, así como al medio ambiente global sano y sostenible. Se vive en la sociedad emergente y de la emergencia, como bien denominó Ulrich Beck en su enfoque sobre la "sociedad de riesgo"⁴ y por lo tanto lo considera no sólo por el avance destructivo del capitalismo, sino por las crisis ambientales, llevando a la sociedad posmoderna a la globalización de los riesgos, incluso, lo que se ha visto es que la globalización refuerza su propia crisis.

En la contemporaneidad la industria 4.0 anuncia una nueva etapa del capitalismo, también conocido como capitalismo post-industrial o neocapitalismo, marcado por la economía gig, robótica aliada a la inteligencia artificial, big data, entre otros elementos de la cibernética, haciendo cada vez más intensa la sustitución de la fuerza laboral física e intelectual del hombre en el mundo del trabajo, y genera expectativas e incertidumbres sobre la empleabilidad del futuro.

Frente a las emergencias en la sociedad contemporánea en materia ambiental, social, laboral, económica y política y que reflejen sobre el desarrollo humano y la justicia social, desafiando la capacidad de reducir la pobreza y las desigualdades, junto con la debilidad de la preservación de los ecosistemas, las Naciones Unidas lanzaron la Agenda 2030 para el crecimiento económico y el desarrollo humano, estableciendo la reducción de la pobreza como un objetivo central, el acceso a normas dignas de vida y medio ambiente, trabajo y protección social para la sostenibilidad planetaria, imponiendo a los Estados Partes una reflexión en nivel global para el desarrollo sostenible a través de

patrón tecnocrático impuesto por la globalización, con el cuidado necesario para los pobres y excluidos. (Encíclica Laudatosí, 2015, Disponible en el sitio: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html).

⁴ Según el autor, además de los efectos y daños ya ocurridos, los riesgos se expresan en un componente del futuro, es decir, la previsibilidad futura de los daños, y refuerza afirmando que "los riesgos tienen, por lo tanto, fundamentalmente ver con anticipación, con destrucción que aún no se han producido pero que son inminentes, y que, precisamente en este sentido, ya son reales hoy en día". BECK, U. *Sociedad de riesgo: rumbo a la otra modernidad*. Paidós, Barcelona, 1998, pág. 39.

objetivos y metas internas que se traduzcan en políticas públicas y sociales para la sostenibilidad en las tres dimensiones: social, económica y ambiental.

2.1. Crecimiento económico y desarrollo humano en la emergente búsqueda de la sostenibilidad

Desde la perspectiva del capitalismo líquido –parafraseando a Bauman (1999) cuando trata de la "Sociedad Líquida"-⁵, donde las reglas del mercado dictan el modo de vida, se atreve a afirmar que el desarrollo económico implica "tener" humano, mientras que el desarrollo humano involucra al "ser" humano, y en este sentido es urgente tratar la sostenibilidad presente y futura con el sesgo de la ciudadanía, la democracia y el bienestar social y ambiental.

En Brasil, el Plan Nacional de Desarrollo Humano⁶ establece que:

“El concepto de desarrollo humano nació como un proceso de expansión de las opciones de las personas para que tengan las habilidades y oportunidades de ser lo que quieren ser. A diferencia de la perspectiva del crecimiento económico, que ve el bienestar de una sociedad sólo por los recursos o los ingresos que puede generar, el enfoque de desarrollo humano busca mirar directamente a las personas, sus oportunidades y capacidades”.

El desarrollo humano abarca las dimensiones económica, cultural, social, política y ambiental que están interconectadas para generar bienestar humano. El desarrollo humano, segundo Sen, es un proceso de manifestación de la libertad, es decir, es un “Proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutan los individuos y que exige la eliminación de las principales fuentes de privación de la libertad: la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas y las privaciones sociales sistémicas, el abandono en que pueden encontrarse los servicios públicos y la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”.⁷

⁵ BAUMAN, Z. *Modernidad Líquida*. Zahar, Rio de Janeiro, 1999.

⁶BRASIL-*Plan Nacional de Desarrollo Humano* (PNUD,2020): Disponible en el sitio : <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-desenvolvimento-humano.html>.

⁷SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000, págs. 19-20.

Por lo tanto, se vislumbra que el desarrollo humano abarca el pleno ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales. El economista y autor Bresser-Pereira, que refleja la doctrina de Amartya Sen, afirma:

“Hoy, mi tesis es que el desarrollo humano o progreso es el proceso histórico que las sociedades nacionales alcanzan sus objetivos políticos seguridad, libertad, avance material, reducción de la injusticia protección social y del medio ambiente desde el momento en que realizan su Revolución Capitalista; o, en otras palabras, el desarrollo humano es la conquista gradual de los derechos correspondientes que las sociedades modernas o capitalistas los definieron por sí mismos como derechos humanos: derechos civiles, o las libertades básicas que caracterizan el Estado de Derecho; los derechos políticos, el derecho universal a elegir y ser elegidos para el gobierno; derechos sociales, derechos básicos dirigidos a la justicia social; y los derechos republicanos, el derecho a res pública o al patrimonio público (incluido el medio natural), el derecho a propiedad pública que se utilizará con fines públicos o a la luz del interés público. En este sesgo, el desarrollo económico es el proceso histórico de acumulación de capital que incorpora conocimientos técnicos que aumenta el nivel de vida de la población”.⁸

El desarrollo humano depende del desarrollo económico, pero va más allá del aspecto económico, ya que se mide por la calidad de vida de una población y abarca otros factores o elementos de carácter social, cultural, ambiental y político que interfieren en la calidad de vida humana. Por lo tanto, frente al crecimiento desorganizado y las amenazas de escasez de recursos para sostener el desarrollo económico y los modos de producción y consumo en la sociedad global y los riesgos planetarios, dada la lógica del capitalismo posmoderno (neocapitalismo), donde el mercado y el consumo prevalecen sobre los propios bienes de la naturaleza, es urgente repensar el sistema económico-productivo y los criterios para aferición del desarrollo humano.

En este sentido, el gran dilema que se enfrentará en el siglo XXI es asegurar el crecimiento económico, el empleo y el desarrollo sostenible,

⁸BRESSER-PEREIRA, L.C. (2014): “Desarrollo, Progreso y Crecimiento Económico”, *Revista Lua Nova*, n. 93, São Paulo, pág. 53. Disponible en el sitio: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/03.pdf>.

promoviendo el desarrollo humano en la realidad actual y mundial de las desigualdades, la pobreza, la concentración de la riqueza, la escasez de recursos naturales y las amenazas ambientales, y la búsqueda de la reconciliación de los intereses económicos, ambientales y sociales para la realización de la justicia social y el bienestar global.

El desarrollo económico implica un sistema de organización económica, productiva y de trabajo en el que todos puedan participar democráticamente y también puedan beneficiarse de la inversión y la actividad económica, con el objetivo de reducir el nivel de pobreza, el objetivo principal de la Agenda 2030 da ONU –Objetivos de Desarrollo Sostenible. Por lo tanto, la educación y la democracia participativa como medio de formación integral y la búsqueda del bien común son elementales para el desarrollo humano sostenible, por lo que la sostenibilidad trasciende el sesgo ambiental, es más amplio, porque abarca la ciudadanía desde una perspectiva democrática.⁹

El desordenado desarrollo económico, fruto del capitalismo líquido y del sistema de economía implementado en el siglo XXI presenta efectos secundarios y perversos para el desarrollo humano, y algunos pueden ser citados, como la explosión demográfica, el consumo desordenado e irracional, la escasez de recursos naturales, que conducen a la insostenibilidad de la producción y el consumo en la sociedad postindustrial, proyectando riesgos e incertidumbres para el futuro, especialmente en materia laboral, lo que hace que la erradicación de la pobreza sea un objetivo fragmentado e inconsistente.

Sin duda, el desarrollo humano requiere un desarrollo económico ecológicamente sostenible, aunque el crecimiento económico no es el único factor para medir el desarrollo humano, y es cierto que "no tiene sentido para el desarrollo económico si no puede promover en última instancia el desarrollo humano [y social], entendido como la realización (o satisfacción) personal de cada individuo en un país o región".¹⁰

⁹ SEN, A. Ob. cit., 2000.

¹⁰ RODRIGUES, M.C. P: "El índice de desarrollo humano de las Naciones Unidas (IDH)". *Revista Conjuntura Económica*, Río de Janeiro, julio de 1993, pág. 20. Disponible en el sitio: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000254&pid=S1679-3951201300010000500076&lng=pt.

Sin embargo, en el sistema postcapitalista, el índice de desarrollo humano no puede medirse sólo sobre la base del crecimiento del PIB, pues esto implica, por sí solo, desigualdades ya que se destacarán los países ricos que invierten en la tecnología cibernética de la industria 4.0 y que fomentan la empleabilidad, lo que genera explícitamente desigualdad en la comparación para medir el desarrollo humano y la calidad de vida en los países más pobres, donde las inversiones en la industria 4.0 aún no se han anunciado el progreso tal como ocurre en los países más ricos, en consecuencia, persiste la mazela de las desigualdades en todo el mundo.

El desarrollo humano es un derecho humano inalienable, todo ser humano tiene derecho a participar en el desarrollo económico, social, cultural y político, realizando plenamente todos los derechos fundamentales para una vida digna; por lo tanto, la reestructuración productiva y laboral de la Industria 4.0 debe apuntar a una organización económica y productiva en la que todos puedan beneficiarse de la actividad económica productiva en condiciones de libertad, igualdad, equidad, seguridad y dignidad.

2.2. El trabajo decente como premisa para el trabajo decente y la sostenibilidad sociolaborista presente y futura

Como ya puntuado en líneas anteriores, el desafío del siglo XXI es garantizar un crecimiento económico y sostenible con la garantía de empleabilidad e igualdad de oportunidades, incluso, la Agenda 2030 de la ONU, en el objetivo 8 para el desarrollo sostenible, prevé un crecimiento económico inclusivo y sostenible, así como un empleo pleno y productivo y un trabajo decente para todos, o sea, trabajo digno y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

Según las directrices de la OIT, el trabajo decente es la esencia de la lucha histórica para promover oportunidades para que hombres y mujeres obtengan un trabajo productivo y de calidad, en condiciones de libertad, igualdad, equidad, seguridad y dignidad, siendo considerado una condición

fundamental para superar la pobreza, reducir las desigualdades sociales, garantizar la gobernanza democrática y el desarrollo humano y sostenible.

El desarrollo económico sostenible y de combate la pobreza implican, entre otros elementos, la inclusión y el acceso equitativo al trabajo, por lo que la dimensión económica abarca la garantía del acceso al trabajo en condiciones dignas, es decir, el trabajo decente, porque la pobreza no se erradica sin acceso al trabajo decente, que es el objetivo central de la Agenda 2030 –Objetivos del desarrollo sostenible (ONU).

El trabajo¹¹ es un elemento central en el bienestar del ser humano, es un factor de integración en la sociedad y de identidad personal e individual, luego tiene un sentido personal, social y económico y, actualmente y en el futuro, este trípode debe permanecer inquebrantable frente a fenómenos tecnológicos, demográficos y ambientales que están transformando la economía productiva e interfiriendo en la organización del trabajo y la empleabilidad en sí , porque los significados del trabajo para el hombre son irrefutables e inmutables en el tiempo y en el espacio.

Además de proporcionar un rendimiento, el trabajo conduce a la promoción social y económica, fortaleciendo al ser humano, a las familias y a la comunidad. El trabajo decente y productivo es elemental para la reducción de la pobreza y permitir una globalización justa. Los Estados deben estimular, dentro de estos procesos mundiales de cambio y adaptación del capitalismo, un modelo de consumo y producción sostenible para crear oportunidades de empleo de calidad, promover una política de protección social, fomentar la inclusión social y hacer cumplir los principios y derechos fundamentales, con beneficios para las generaciones presentes y futuras.

El neoliberalismo ha tenido como marca la globalización, mientras que la hiperglobalización del neocapitalismo, por lo tanto "los espacios de acción están cosmopolizados, por lo que el espacio de acción ya no es nacional e integrado,

¹¹ El trabajo es una necesidad, es parte del significado y el valor de la vida de cada persona, en el Libro del Génesis, capítulo 2, v. 15, está escrito que Dios colocó al hombre en el Jardín del Edén para cuidar de lo que creó (guardia) pero también puso la necesidad de cultivar (trabajar) para que diera fruto con el sudor del hombre, y el trabajo de trabajo fuera una necesidad humana , es el camino hacia la autonomía, el empoderamiento, la proyección y la justicia humana, social, económica y social. (Papa Francisco, Encíclica Laudatosí, 2015).

sino global y desintegrado"¹², con el consiguiente hipermercado e hiperconsumo, estando seguro de que todo el mundo debe actuar de manera cosmopolita si quiere tener¹³, pero las consecuencias son la producción depredadora, el crecimiento desorganizado, las migraciones, las desigualdades y la distribución injusta de las rentas, además de la precariedad laboral, ya sea debido a la reducción de los derechos, la falta o la dificultad de acceso, o incluso por el trato inhumano o subhumano del trabajo reportado desde la primera Revolución Industrial.

En este escenario, el mundo del trabajo experimentó la libre circulación de trabajadores, sin embargo, el mercado competitivo mundial emergió en el mundo del trabajo, la explotación de la fuerza laboral humana, con violaciones de los derechos fundamentales y sociales de los trabajadores, la intensificación del dumping social por parte de las principales potencias económicas y en los países subdesarrollados o en desarrollo, en el que la fuerza de trabajo humana se convierte en un medio para lograr productividad y rentabilidad con reducción de costos para seguir siendo competitivos en el mercado Global.

Así, para la erradicación de la pobreza, elemental promover políticas de trabajo decente frente al escenario de metamorfosis económica y productiva impulsada por la 4a. Revolución industrial que despertó en medio de "crisis" sociales, políticas, económicas y ambientales con un gran número de personas sin trabajo formal o malincentado, y sin la capacidad de ejercer todos los derechos fundamentales.

Empleabilidad y trabajo decente en la 4ª. revolución industrial son preocupaciones globales, porque las transformaciones son rápidas, las nuevas formas de trabajo y la organización del trabajo son una realidad, impulsando la desregulación laboral, donde las relaciones laborales ya no son sólo personales, sino también digitales (plataformas), y hay una amenaza flagrante en relación con las materias primas, fuentes primarias del ciclo productivo que está ordenando la necesidad de economía verde y empleo, con vistas a la conservación de la biodiversidad.

¹²BECK, U. *La metamorfosis del mundo: nuevos conceptos para una nueva realidad*. Zahar, Río de Janeiro, 2018, pág. 22.

¹³ BECK, ob.cit., pág. 25.

El ser humano debe ser el centro de todo desarrollo; el crecimiento económico y el desarrollo humano deben avanzar juntos y aliarse al desarrollo sostenible, por lo que la sostenibilidad implica unas condiciones de trabajo decentes, es decir, la inclusión en el mercado laboral, con pleno empleo y en la igualdad de oportunidades, tanto para ingreso como para la cualificación y preparación para el presente y para el futuro del mercado laboral , con la eliminación de toda forma de trabajo degradante, con salarios justos y que permitan el disfrute de los derechos sociales que componen el mínimo existencial.

Para un trabajo decente, inclusivo y sostenible, las normas mundiales para la economía mundial, así como para el mercado laboral mundial, es decir, las normas globales que actúan para la protección social, y es cierto que las transformaciones que se están produciendo en el mundo del trabajo requieren el fortalecimiento de las instituciones y el establecimiento de garantías laborales universales, como una forma de mantener y preservar los derechos fundamentales de los trabajadores , permitiendo un futuro de trabajo con justicia social, y el trabajo decente es un derecho fundamental de todo trabajador.

3. Futuro del trabajo en el escenario del capitalismo contemporáneo

El panorama laboral se está transformando rápidamente en el siglo XXI, Siglo apuntado de las grandes transformaciones, y esto no lo hace diferente de los siglos precedentes, sin embargo, el diferencial se sitúa en el hecho de que las transformaciones son más rápidas, en comparación con los siglos pasados, lo que requiere una rápida adaptación a la realidad del mundo contemporáneo, incluyendo, a las nuevas formas de organización productiva, servicios y trabajo, sectores emergentes en la transformación post-capitalista.

En este contexto del capitalismo contemporáneo, la economía y el sector productivo y de servicios se encuentran bajo las perspectivas de la 4a. Revolución Industrial, cuyo impacto más evidente de esta nueva era de la economía productiva se produce en las relaciones laborales, debido a los nuevos modelos que exaltan la prestación individual del trabajo y con economía propia

en el ámbito de servicios, además de la conectividad de las plataformas a distancia, y, por lo tanto, se asiste cada vez más la sustitución de la fuerza física e intelectual del trabajo humano por la inteligencia artificial aliada a la robótica.

El derecho fundamental y social laboral es una conquista histórica que, en vista del actual Estado Democrático de Derecho y del bienestar social, pone en riesgo la seguridad jurídica de esa conquista, cuyos derechos sociales contenidos en el art. 7. de la Constitución brasileña de 1988, delante de las amenazas al trabajo formal y de los derechos sociales resultantes de las relaciones laborales, anunciadas por la Industria 4.0, conduce al retroceso de las garantías sociales derivadas de la relación laboral tradicional, cuyos derechos pueden caer en el vacío representado por la falta de eficacia o efectucción.

El capitalismo del sistema neoliberal, basado en la libertad del mercado y la fragmentación de la protección del Estado, pero sin eliminar por completo la presencia del Estado de Bienestar Social con respecto a la satisfacción de las necesidades sociales, pero cedió lugar al capitalismo utilitario, que sigue centrado más en el bienestar individual que en el colectivo, terminó generando impacto ambiental, mayores desigualdades y consumo desordenado y depredador.

Como afirma con razón Boaventura de Sousa Santos¹⁴, el capitalismo no pasa por ninguna crisis significativa, y mucho menos una crisis de identidad, parece que la crisis está en los derechos humanos, o sea, el capitalismo evoluciona, sufre transformaciones para acomodar y dictar las reglas del mercado y la organización del trabajo, pero los derechos humanos encuentran dificultades para acomodar el sistema capitalista.

De hecho, los derechos humanos son permanentes, entonces por corolario lógico el sistema capitalista es que debe adaptarse a los derechos humanos y no al contrario, pero a cada siglo surge un nuevo orden económico, social, político y ambiental, con repercusiones en los derechos fundamentales

¹⁴SANTOS SOUZA, B. *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.", Taller del Centro de Estudios Sociales (CES), junio, Coimbra, 1989, págs. 5-7. Disponible en el sitio: <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/KtbxLvhrZFIHmkVVJFbPKrRFbLSDRnpbFg?projector=1&messagePartId=0.1>.

que sostienen y dan sentido a la vida en la sociedad, cuyos derechos positivados experimentan la crisis de efectividad ya reportada por Bobbio¹⁵, que afirmó que la declaración de derechos se convierte en inoperante ante la ausencia de efectivación.

3.1. Sociedad de la Cuarta Revolución industrial: reestructuración productiva e impactos en las relaciones laborales

En realidad, la 4ª. revolución industrial inauguró el llamado neocapitalismo basado en el neomercado digital, era que representa un "eclipse total o parcial del sistema capitalista"¹⁶, y la fuerza y velocidad de las transformaciones, especialmente de la organización productiva y del trabajo, hizo que Rifkin llamase a la 4a Revolución Industrial de un "tsunami tecnológico".¹⁷

Tal como ocurrió con las revoluciones industriales anteriores, la 4ª. revolución industrial trajo la necesidad de reformulación y reestructuración de las relaciones laborales, se denota que el sector de servicios debe ajustarse de forma ágil al capitalismo de plataforma y a la economía colaborativa, además del capitalismo cibernético que incluye el capitalismo robótico y de big data, que ya dominan y dominarán el sector productivo cada vez más, prevaleciendo el capitalismo de eficiencia, típico capitalismo marxista, que también representa la reducción o eliminación de los derechos sociales laborales, exigiendo la capacidad de readaptación y absorción de las necesidades tecnológicas del mercado de trabajo actual y del futuro.

En el aspecto del capitalismo de eficiencia, una sociedad bien ordenada está regulada por la justicia y no por la eficiencia, donde los individuos conjugan racionalidad y razonabilidad en sus comportamientos para obtener una cooperación social efectiva y permanente, con el fin de lograr la justicia social y el bienestar colectivo.

¹⁵BOBBIO, N. *La era de los derechos*, trad. por C. N. Coutinho, presentada por Celso Lafer, Elsevier, Río de Janeiro, 2004.

¹⁶RIFKIN, J. *La sociedad de coste marginal cero-El internet de las cosas, elprocomún colaborativa y el eclipse del capitalismo*, trad. G. Sánchez Barberán, Paidós, Barcelona, 2014, págs. 12-21. Disponible en el sitio: <https://www.popularlibros.com/archivos/9788449330513.pdf>.

¹⁷ RIFKIN, ob. cit., 2015, p.23.

Se denota que el neocapitalismo presenta un escenario transformador del mundo del trabajo y que está exigiendo una reconfiguración del estado de bienestar social que ya ha anunciado su declive en plena era de Estado neoliberal y de la posmodernidad.

La automatización de la Tercera Revolución Industrial generó una reducción de puestos de trabajo, pero se expandió a otras oportunidades de empleo, especialmente en el sector de servicios; hoy en día, gran parte de los servicios se prestan a través de plataformas como la infraestructura digital y que permite la interacción entre personas y grupos de todo el mundo, creando plataformas globales como Uber, por ejemplo, un nuevo modelo de relación laboral del mundo postcapitalista.

El mundo está experimentando la aceleración de las transformaciones en tiempos ultramodernos, fruto de la 4a. revolución industrial, con manifiesta reducción del trabajo formal y sustitución por nuevas formas de trabajo que generan reducción de los derechos sociales e incluso desaceleración del mercado de consumo, como efecto en cascada, además del desempleo sumado a la informalidad y que, en consecuencia, generan una reducción de la recaudación de impuestos y un déficit de inversión pública para satisfacer las necesidades sociales.

Esto alimenta el retroceso social debido a la inercia o deficiencias en la concesión de derechos sociales y fundamentales por parte del Estado, de modo que el Estado no consigue crear políticas públicas de empleabilidad, especialmente para la población joven, mostrando un contexto actual desalentador para la proyección del mercado laboral del futuro, transformando la generación actual vulnerable delante del escenario económico laboral de la actualidad y con proyección para el futuro. Se trata de una era de auténtica esquizofrenia en la relación capital y laboral.

En las perspectivas del economista y administrador Klaus Schwab¹⁸, la 4a. revolución industrial anuncia cambios en la economía y en el mundo del trabajo, que no sólo se refieren a sistemas y máquinas interconectados y

¹⁸SCHWAB, K. *La Cuarta Revolución Industrial*, trad. D.M. Miranda, Edipro, San Pablo, 2016, págs. 13-14.

conectados, su propósito es mucho más amplio, la diferencia entre las otras revoluciones es la fusión de tecnologías destinadas a la secuenciación genética, la nanotecnología y las energías renovables a la computación cuántica, con plena interacción entre los dominios físicos, digitales y biológicos, que están transformando el mundo del trabajo y de la economía, cuyo efecto inmediato en el presente, tal vez con cambio en el futuro, es la desigualdad de entrada en el mercado laboral debido a la formación y la especialización.

Este avance tecnológico dominado por la robótica y la inteligencia artificial es necesario en el mercado competitivo, ya que acelera y califica el proceso de producción y comercialización, acelerando el crecimiento económico, eso todo debido a la competitividad postcapitalista, requiriendo al trabajador una calificación cibernética de la mano de obra, reduciendo el costo de producción y al mismo tiempo con mano de obra, y los costos de personal y espacio físico se invierten en robótica e inteligencia artificial para optimizar la producción.

Las previsiones no son alentadoras para los puestos de trabajo tradicionales, ya que según la investigación proyectada para el trabajo del futuro, habrá una extinción de alrededor del 30% de los puestos de trabajo tradicionales, que se eliminarán en 20 o 25 años.

Por otro lado, surgirán nuevos puestos de trabajo que requerirán nuevas cualificaciones, tal vez los nuevos puestos de trabajo no cubran los puestos de trabajo eliminados o mejorados, sin duda de que el desempleo será más el resultado de la falta de cualificación y adaptación a la nueva era del mercado que por la falta de oportunidades y el acceso al empleo, por lo que el futuro del trabajo estará dominado por la sociedad del conocimiento digital y la capacidad creativa que requerirá la inteligencia artificial.

Así, el desafío surge en torno a la búsqueda del equilibrio entre el avance capitalista de la industria 4.0 con la implementación de nuevas formas de producción y servicio que sustentan el capitalismo líquido resultante de la globalización, con la construcción de una sociedad de justicia social y acceso universal al trabajo y con pleno ejercicio de los derechos fundamentales y sociales.

Ciertamente, esto implica la creación de nuevos puestos con igualdad de acceso, compitiendo al Estado, y con la participación activa de la iniciativa privada, con miras a la eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales, garantizar educación y profesionalización y con aprendizaje y cualificación permanentes para el mercado laboral de la Industria 4.0, porque sólo la educación eficiente y la cualificación profesional pueden permitir la inclusión y garantía del trabajo para una vida digna.

Según Robert Gordon las transformaciones tecnológicas actuales no se igualan a los impactos del crecimiento económico y el bienestar generados por la segunda y tercera revoluciones industriales, con profundas transformaciones en la vida de las personas y que han impulsado profundamente el crecimiento económico, con una inversión significativa en el campo productivo y laboral, señalando que "las tecnologías de la cuarta revolución industrial todavía no muestran los impactos deseados (o esperados) en términos de mayor productividad".¹⁹

Gordon entiende que la 4ª. Revolución Industrial no parece ser la única villana para el desempleo, aunque para el futuro la eliminación de puestos de trabajo sea una realidad, resaltando que es un mito afirmar que destruirá puestos de trabajo sin ninguna garantía²⁰, sólo los transformará, exigiendo readaptación profesional y conocimientos específicos con respecto a la economía gig, plataformas de servicio e inteligencia artificial.

La ciencia del derecho y la sociedad no son estáticos, luego, toda evolución y transformación son inherentes a las civilizaciones en todo el espacio y en todo momento, y el mundo metamorfosado no debe dejar de considerar a la persona humana como el centro de las transformaciones y todo lo que constituye patrimonio material e inmaterial elemental para una vida digna como el acceso al trabajo y en condiciones decentes, implicando, sin duda, igualdad de oportunidades y cualificación permanente, además de salarios justos, limite

¹⁹GORDON, R. *Charla Ted de Robert Gordon*, Estados Unidos, 2013, disponible en el sitio: https://www.ted.com/talks/robert_gordon_the_death_of_innovation_the_end_of_growth.

²⁰GORDON, 2013, disponible en el sitio: https://www.ted.com/talks/robert_gordon_the_death_of_innovation_the_end_of_growth.

de jornada laboral, medio ambiente laboral saludable y seguridad en materia de empleo y prestaciones sociales.

3.2. Protección social universal

La protección social es la razón de la existencia del Estado de Bienestar y se caracteriza por ser una forma de organización sociopolítica que hace que el poder público esté comprometido con la garantía del pleno empleo, destinación de servicios sociales, renta mínima a los ciudadanos necesitados, así como el establecimiento de mecanismos para garantizar otros derechos de índole social.

La protección social desde el final del Sec. XX, después de muchos avances, atraviesa retrocesos frente al escenario capitalista de la desestructuración del mercado laboral, las incertidumbres relativas a las inversiones y crecimiento de la economía, el déficit de ingresos públicos con la adopción de la política de recortes, mazelas que marcan el sistema neoliberal, generando "inseguridad social".

Ciertamente, la evolución social y las garantías sociales no serán determinadas por el avance tecnológico de la industria 4.0, aunque represente el progreso y el desarrollo económico de las grandes potencias, en especial.

Sin embargo, la eficiencia del Estado Democrático y del Bienestar Social consiste en un capitalismo centrado en las personas, que requiere que las instituciones económicas, políticas, administrativas y sociales se interrelacionen y actúen bajo el manto de interés colectivo en la toma de decisiones sobre la libertad económica y productiva, la función social y la garantía del bienestar colectivo, y es importante establecer una protección social mínima, con vistas a reducir los impactos futuros y la desigualdad social.

Según Castel, en el ámbito europeo se estableció el pilar de la protección social con vistas al futuro de la protección social ante las transformaciones del mercado laboral, según la cual "persona toda tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivo y de calidad, a fin de mantener y

adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral.”²¹

La protección social es equivalente a un derecho humano, y no puede permanecer sólo en la promesa, como ya ha afirmado Boaventura de Souza Santos²² representa la seguridad jurídica necesaria para evitar retroceso en la conquista de los derechos fundamentales y sociales, estando seguro de que el futuro del trabajo anunciado por la 4ª. revolución industrial no abandonará la libertad económica que tiene como objetivo la concurrencia y la lucratividad, impregnadas en el sistema capitalista del pasado, del presente y del futuro.

Por otro lado, el mantenimiento de la protección social desafía el sistema capitalista a inventar y reinventar los procesos de producción y de oferta de servicios que permitan la competitividad a nivel mundial, sin perder de vista, y a nivel global, el bienestar colectivo con la garantía de acceso al trabajo con la necesaria cualificación permanente para el trabajo en la industria 4.0., incluso el Objetivo del Desarrollo Sostenible n. 4 de la Agenda 2030 da ONU debe ampliarse para buscar una asociación entre la educación permanente y la cualificación permanente para el mercado laboral del presente y del futuro.

Actualmente, la clase trabajadora mantiene el estado de vulnerabilidad potenciado, haciendo oportuno un debate sobre la protección social universal, tanto en relación con el sector informal de la economía (trabajadores de plataforma y otros), como con aquellos en condiciones precarias y desamparados por la invisibilidad, visando esa protección social mínima superar, e incluso soportar, los efectos secundarios del mercado laboral del futuro.

Dada la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales, el blindaje por la protección social requiere un estímulo público y privado para el trabajo por cuenta propia y con economía propia, y que requiere inversiones y asistencia del Estado y de la iniciativa privada para el establecimiento de economía propia para el trabajo independiente, por ejemplo, con vistas al

²¹CASTEL, R. *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salario*. Voces, Petrópolis, RJ, 2005.p. 53.

²² SANTOS Souza, B. *Derechos humanos en la posmodernidad*, Taller del Centro de Estudios Sociales (CES), junio, Coimbra, 2014, págs. 1-14. Disponible en: <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/KtbxLvhrZFhHmkVVJFbPKrRFbLSDRnpbFg?projector=1&messagePartId=0.1>.

emprededurismo, con una subvención para la adquisición de conocimientos técnicos y también equipo tecnológico, capaces de generar renta para sustento propio y para la familia del trabajador, incluyendo permitir al trabajador ser empleador y participar en la recaudación de impuestos, corroborando el aumento de la inversión pública y elevando el nivel de beneficios ofrecidos por el Estado.

Además, la protección social universal también se refiere a la necesaria seguridad laboral, delante del escenario de incertidumbres e inseguridad de la economía y de las inversiones en la organización del trabajo en la industria 4.0, urgiendo que el Estado del bienestar social resucite en la forma de su creación original.

La protección social es responsable por la cobertura de los principales riesgos sociales (enfermedades, desempleo, discapacidad, etc.), pues el riesgo social es capaz de generar degradación de la situación de las personas, y como bien pondera Castel, el riesgo social "es un evento que compromete la capacidad de las personas para garantizar su independencia social por sí mismas"²³, así sólo a través del trabajo decente en la sociedad asalariada se puede garantizar el bienestar individual y colectivo.

Por lo tanto, la protección social también asume el sesgo del derecho social, ya que busca mecanismos y acciones concretas para estimular y adaptarse a las nuevas formas de trabajo, tanto en el sector productivo como en los servicios, revelando la protección social como una forma de compensar las asimetrías existentes en la relación capital y de trabajo, y no puede considerarse una medida de asistencialismo, sino una medida que califica al trabajador para el trabajo del futuro, incluso por la educación y la cualificación permanentes.

Castel afirma que es necesario establecer instancias políticas transnacionales con poder para imponer límites al frenesí de los lucros y domesticar un mercado globalizado²⁴, de modo que sea posible establecer una carga mínima y universal de protección social.

Es un compromiso del Estado de Bienestar Social mantener la carga mínima de protección social y de posibilidad de destinación de una vida digna,

²³CASTEL, ob.cit, 2005, pág.27.

²⁴CASTEL, ob.cit., 2005, pág. 64.

según el mínimo necesario. Por otra parte, no puede servir para camuflar la ineficiencia del Estado para superación de la crisis del mercado laboral, sobre todo porque una protección social eficiente requiere un calentamiento de la empleabilidad para aumentar los ingresos estatales, pues la escasez de recursos públicos hace que el Estado sea inoperante en materia de inversiones y de políticas públicas y sociales.

4. Protección social universal y las capas vulnerables de la sociedad

El sistema de valores desarrollado en el mundo moderno se pautó en el trabajo humano, que se convirtió en el protagonista de la conquista de la justicia social. Valores como la libertad y la igualdad se han establecido en la sociedad gracias a la conquista de los derechos sociales fundamentales, con énfasis al derecho fundamental al trabajo digno, que es su viga maestra de soporte. Sucede que la evolución tecnológica tiene un discurso hegemónico del progreso resultante de la globalización, "como si la realidad, el bien y la verdad floreciera espontáneamente del propio poder de la tecnología y de la economía".²⁵

Sin embargo, este discurso pierde su validez ante las consecuencias impuestas a la sociedad por la 4a. revolución industrial, especialmente en relación a la población más vulnerable. Como ya se ha dicho, el progreso tecnológico es algo deseable y necesario, pero se convierte en preocupante cuando su dinámica debilita los derechos sociales duramente conquistados al largo del desarrollo humano y social y, como resultado, causa graves daños a los derechos de la personalidad del trabajador, restringiendo los derechos humanos esenciales.

Así, delante de ese nuevo escenario, es esencial volver nuestros ojos a esta capa de la sociedad para que la tecnología disruptiva²⁶ no colisione con los compromisos de protección de la dignidad de la persona humana y de los valores

²⁵ PAPA FRANCISCO, Encíclica Laudato Sí, 2015, Disponible en el sitio: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html.

²⁶ SCHWAB, K. La Cuarta Revolución Industrial, ob. cit., 2016.

sociales del trabajo, además de la garantía social del trabajo en sí, garantía elemental del Estado Democrático de Derecho.

Como se ve en tópicos anteriores, la 4a. revolución industrial tiene un gran impacto en las relaciones laborales y, en consecuencia, en la estructura de la sociedad. Por lo tanto, como se ha discutido anteriormente, este nuevo escenario exigirá protección social universal para los trabajadores en este contexto. Por lo tanto, es importante señalar cómo algunas capas de la sociedad se verán especialmente afectadas, ya que en las condiciones actuales –todavía, aún, sin haber absorbido los efectos de la 4a Revolución en su totalidad- ya se encuentran carentes de protección.

Es pacífico que las mujeres, los inmigrantes, los ancianos, entre otros, ya componen un grupo marginado en las relaciones laborales. Cuando hay cambios, como el advenimiento de la 4a. revolución industrial, esos grupos también sufren mayores impactos. Sin embargo, entre estos vulnerables, hay una capa aún más afectada: la población negra.

La creencia de que se vive en una democracia racial es aceptable sólo en el mundo de las ideas, ya que para refutar esta creencia no es necesario mucho esfuerzo, bastando mirar alrededor de la sociedad y comparar la presencia de negros en ocupaciones de mayor reconocimiento social, como maestros, médicos, abogados, con aquellas ocupaciones consideradas subalternas, como limpiadores, conductores, vigilantes. Ante esta constatación, es fácil concluir que el blanco y el negro tienen lugares definidos en la estructura social, lo que refleja en el derecho al trabajo digno y con igualdad para ambas las razas.

En este caso, es necesario tener en cuenta cómo la población negra participa en la sociedad. Se sabe que esta es una capa de los que más sufren de desigualdad social. La mayoría de ellos habitantes de las periferias y barrios marginales, carecen de vivienda adecuada, saneamiento básico y otras necesidades primarias. Por lo tanto, lograr una ocupación en el mercado laboral ya es un desafío, porque muchos no tienen una dirección "oficial", ni transporte el desplazamiento.

Por lo tanto, si esta parte de la sociedad ya no tiene condiciones básicas de subsistencia, está claro que está más expuesta al desempleo y al subempleo,

mismo en el período anterior a la 4a. revolución industrial, puesto que la desigualdad es estructural y antigua.

Así como el empleo con igualdad de condiciones es un desafío para las poblaciones negras, también se opera con respecto a la educación. Por lo tanto, carecen de oportunidades para una mayor cualificación formal y acceso a las tecnologías, las nuevas actividades reveladas por la 4a. revolución industrial, además de eliminar muchos puestos de trabajo tradicionales, proporciona acceso a este nuevo universo a una pequeña fracción de la sociedad, ya que requiere nuevas cualificaciones para este escenario que surge en el mercado laboral, eligiendo políticas educativas inclusivas, equitativas y con aprendizaje permanente.

Como ya se ha mencionado, la tecnología que domina el mercado productivo y del trabajo avanza a pasos de gigante, muy veloz, pero, las transformaciones educativas son lentas, incluso, la educación formal ofrecida en las escuelas a las que la población negra tiene acceso no avanza debido a la falta de recursos e inversiones, excluyendo a la mayoría y exponiéndola a la condición de mayor vulnerabilidad social y, por lo tanto, se incrementan las desigualdades.

Estos tres aspectos – vivienda, empleo y educación – son derechos básicos, elementales para el mínimo existencial, que impactan no IDH (Índice de Desarrollo Humano) de Brasil, cuyo desarrollo resultado de la 4ª. revolución industrial hizo que estas deficiencias aún más flagrantes, afectando el IDH de Brasil. "El Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) señala que las condiciones de vivienda tienen un impacto directo en los indicadores de desarrollo humano, incluida la mortalidad infantil, la educación y el empleo".²⁷

Es importante tener en cuenta que la población negra compone la mayoría de la población brasileña. Se entiende, entonces, que la mayoría está sub yugo

²⁷FERREIRA MARCHEZAN, A. R.M. *Conflictos posesivos colectivos: estrategias para la gestión judicial de la expulsión forzada en las zonas urbanas, con miras a preservar los derechos humanos*. CRV, Curitiba-Paraná, Brasil, 2019, págs. 139-140.

de la dificultad de ingreso y permanencia en el mercado laboral. Como explica Lilia Moritz Schwarcz²⁸:

“En la actualidad, con el 55% de su población compuesta de pardos, mulatos y negros, Brasil puede ser considerado el segundo país más grande con una población originaria de África, perdiendo sólo el podi para Nigeria. Y, si por un lado esta mezcla generaba una sociedad definida por ritmos, artes, aromas, cocinas, deportes mixtos, por otro producía una nación que naturaliza la desigualdad racial, en la figura de las criadas, los trabajadores manuales, la ausencia de negros en entornos corporativos y empresariales, teatros, salas de conciertos, clubes y áreas sociales”.

Por lo tanto, vemos que a pesar de componer la mayoría de la sociedad, es vista como una minoría. Son las mayorías minorizadas y ese recurso semántico disminuye el gran impacto negativo de la desigualdad social y del desempleo que, en cierto modo, conforta psicológicamente a la verdadera minoría de la población. En palabras de Milton Santos²⁹:

“Otro dato a añadir es que la situación de los negros en Brasil es una situación estructural y cumulativa, que muestra la diferencia con otras minoridades (que no son minorías) [...]. Incluso las propias técnicas con las que trabajamos hoy se afirman en los datos de fuerza, porque la técnica más fuerte expulsa a los demás, toma el lugar de los demás y se impone. Como tenemos que trabajar con sistemas técnicos, un resultado reflejo de esta necesidad es el comportamiento darwiniano. El clima internacional actual está siendo desfavorable para las personas consideradas inferiores en la sociedad mundial”.

Al igual que el racismo, el desempleo se tornó estructural, porque con la inserción repentina y abrupta de las nuevas tecnologías, muchas va gas de empleo dejan de existir. Con la baja oferta sólo unos pocos privilegiados mantendrán sus puestos de trabajo, pero también de una forma temeraria.

²⁸SCHWARCZ, L.M. *Sobre el autoritarismo brasileño*. Companhia das Letras, San Pablo, 2019, pág. 35.

²⁹SANTOS, M. “Las cidadanias mutiladas”. En: *El preconceito*. Prensa Oficial del Estado de Sao Paulo, Sao Paulo: Imesp. 1996/1997, pág. 136. Disponible en el sitio: http://www.miltonsantos.com.br/site/wp-content/uploads/2011/12/As-cidadanias-mutiladas_MiltonSantos1996-1997SITE.pdf.

Se concluye destacando que el gran desafío planteado para proporcionar educación y profesionalización, con aprendizaje y cualificación permanentes para el mercado laboral de la Industria 4.0, será aún mayor cuando se trata de una minoría que ya sufre, durante mucho tiempo, el racismo estructural. La garantía de los derechos de la personalidad de manera universal a todas las minorías es una premisa para garantizar la promoción de la dignidad humana. En este contexto, el neocapitalismo anunciado por la 4a. revolución industrial debe basarse en valores éticos y humanos para la sostenibilidad global y el desarrollo humano en condiciones dignas e igualitarias.

5. Consideraciones finales

Ante lo expuesto a lo largo de este artículo, es necesario reconocer la relevancia de la evolución tecnológica que impacta en diversos campos de la sociedad, especialmente la oriunda de la llamada 4a Revolución Industrial, caracterizada por una intensidad y velocidad sin precedentes en la historia. A pesar de su relevancia, es necesario repensar los desafíos impuestos en la era de la tecnología de punta, que aún no han sido absorbidos por muchos países, especialmente en América Latina, como Brasil, debido a la desigualdad social instalada, especialmente entre las capas sociales más vulnerables.

De esta manera, la intensificación de las desigualdades y la pobreza se percibe significativamente, además de las amenazas ambientales que ponen en peligro el ecosistema. Por lo tanto, se entiende la urgente necesidad de políticas públicas y sociales para la sostenibilidad en las tres dimensiones: social, económica y ambiental.

Además, se debe prestar especial atención a las capas más vulnerables de la sociedad. Como se ha señalado, la población negra no ha sido ayudada durante años. Un camino que se abre es la educación y la profesionalización, con aprendizaje y cualificación permanentes para el mercado laboral de la Industria 4.0, que, en consecuencia, tiene efectos en la entrada y permanencia de los negros en el mercado laboral, especialmente en vista de los impactos de la 4a. Revolución Industrial. Sin embargo, hay que garantizar a todos los

derechos de la personalidad, porque sin dignidad, ningún avance tecnológico habrá logrado su objetivo: un estado de bienestar social.

Por último, es importante tener como meta a la preservación de los recursos humanos en el mercado productivo y del trabajo, ya que el desarrollo económico depende del desarrollo de las personas, y esto sólo será posible con acciones, medidas y políticas que busquen a la justicia social y a garantizar la dignidad de la persona humana.

Bibliografía

- BAUMAN, Z. (1999). *Modernidad líquida*, Zahar, Río de Janeiro, Brasil.
- BECK, U. (2018). *La metamorfosis del mundo: nuevos conceptos para una nueva realidad*. Zahar, Río de Janeiro, Brasil. Título original: *Metamorphosis of the World: How Climate Change is Transforming our Concept of the World*.
- BECK, U. (1998). *Sociedad de Riesgo: rumbo a la otra modernidad*, Paidós, Barcelona.
- BOBBIO, N. (2004). *La era de los derechos*, trad. por C. N. Coutinho, presentación Celso Lafer. Elsevier, Río de Janeiro, Brasil.
- CASTEL, R. (2005). *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salario*, trad. por Iraci D. Poleti. Vozes. Petrópolis-RJ, Brasil.
- FERREIRA MARCHEZAN, A. R. (2019). *Conflictos posesivos colectivos: estrategias para la gestión judicial de la expulsión forzada en las zonas urbanas para preservar los derechos humanos*, CRV, Curitiba-Paraná, Brasil.
- SANTOS SOUZA, B. (1989). *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- SCHWAB, K. (2016). *La Cuarta Revolución Industrial*, trad. D.M. Miranda. Edipro, San Pablo.
- SCHWARCZ, L. M. (2019). *Sobre el autoritarismo brasileño*, Companhia das Letras. San Pablo.
- SEN, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*, Editorial Planeta, Buenos Aires, Argentina.

Recursos electrónicos

- BRASIL. Plan Nacional de Desarrollo Humano (PNUD-2020). Disponible en: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-desenvolvimento-humano.html>.

- BRESSER-PEREIRA, L.C. (2014). "Desarrollo, Progreso y Crecimiento Económico", *Revista Lua Nova*, n. 93, San Pablo. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/03.pdf>.
- GORDON, R. (2013). Charla Ted de Robert Gordon, Estados Unidos. Disponible en: https://www.ted.com/talks/robert_gordon_the_death_of_innovation_the_end_of_growth?.Acceso.
- RIFKIN, J. (2014). *La sociedad de coste marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*, trad. por G. Sánchez Barberán. Paidós, Barcelona, Disponible en: <https://www.popularlibros.com/archivos/9788449330513.pdf>.
- RODRIGUES, M. C. P. (1993). "El índice de desarrollo humano de las Naciones Unidas (IDH)", *Revista Conjuntura Económica*, Río de Janeiro, Brasil, julio. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000254&pid=S1679-3951201300010000500076&lng=pt.
- SANTOS SOUZA, B. (2014). "Derechos humanos en la posmodernidad", *Taller del Centro de Estudios Sociales (CES)*, junio, Coimbra. Disponible en: <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/KtbxLvhRZFIHmkVVJFbPKrRFbLSDRnpbFg?projector=1&messagePartId=0.1>.
- SANTOS, M. (s/f). "As cidadanias mutiladas", *El preconceito*, Prensa Oficial del Estado de Sao Paulo, 133-144, Sao Paulo: Imesp. 1996/1997. Disponible en: http://www.miltonsantos.com.br/site/wp-content/uploads/2011/12/As-cidadanias-mutiladas_MiltonSantos1996-1997SITE.pdf.

**DESCIFRANDO LA DELIMITACIÓN SUBJETIVA DE LA LGDPD.
ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO SOCIO LABORAL DEL
DERECHO**

**DECRYPTING THE SUBJECTIVE DELIMITATION OF THE
LGDPD. SPECIAL REFERENCE TO THE SOCIAL LABOR LAW**

José Antonio RUEDA MONROY

Investigador predoctoral contratado, Departamento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga, España.

ruedamonroy@uma.es

Fecha de envío: 03/04/2021

Fecha de aceptación: 07/04/2021

DESCIFRANDO LA DELIMITACIÓN SUBJETIVA DE LA LGDPD. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO SOCIO LABORAL DEL DERECHO

José Antonio RUEDA MONROY

Universidad de Málaga (España)

Resumen: El concepto de persona con discapacidad aparece concretado en la *Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006* de la que España es parte. Por su parte, el *Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con Discapacidad* con el fin de adaptarse a aquel concepto lo combina con las normas refundidas y fabrica un precepto delimitador de los titulares de los derechos en el que nada es lo que parece. Los problemas que se presentan en el panorama socio laboral, en el que es plenamente aplicable esta delimitación subjetiva, son manifiestos a razón de las recurrentes resoluciones jurisdiccionales, a veces incapaces de desentrañar la maraña tejida por el ejecutivo.

Palabras clave: Ámbito subjetivo - Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad - Persona con discapacidad - Modelo social de la discapacidad

Sumario: 1. Introducción. 2. La necesidad de la delimitación subjetiva para la protección y el tratamiento diferenciado. 3. La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ámbito subjetivo y tipologías de protección. 4. La delimitación subjetiva en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad. 4.1. El proceso de refundición. 4.2. Los problemas derivados de la fusión legislativa. 5. Proyección real de las tres realidades reconocidas. 5.1. La persona con discapacidad conforme al modelo social. 5.2 La persona con grado de discapacidad reconocido administrativamente. 5.3. Las situaciones de equiparación al grado administrativo. 6. Reflexiones de cierre.

Abstract: The concept of a person with disability appears specified in the *2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, to which Spain is a part of. For its part, the *Restated Text of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities* in order to adapt to that concept combines it with the consolidated rules and creates a delimiting precept of the holders of the rights in which nothing is what it seems. The problems that arise in the socio-labor panorama, in which this subjective delimitation is fully applicable, are manifest due to the recurring jurisdictional resolutions, sometimes incapable of unraveling the tangle woven by the executive.

Key words: Subjective scope - International Convention on the Rights of Persons with Disabilities - Persons with disabilities - Social model of disability

Summary: 1. Introduction. 2. The need for subjective delimitation for protection and differentiated treatment. 3. The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities: subjective scope and types of protection. 4. The subjective delimitation in the General Law on the Rights of Persons with Disabilities. 4.1. The recasting process. 4.2. The problems derived from the legislative merger. 5. Real projection of the three recognized realities. 5.1. The person with a disability according to the social model. 5.2 The person with an administratively recognized degree of disability. 5.3. Situations of equalization to the administrative grade. 6. Closing reflections.

1. Introducción

A nadie le debe caber dudas que las personas con discapacidad son sujetos de derechos. Esta primera afirmación, que parece fácil, se complica si focalizamos en los dos elementos principales que la componen: “personas con discapacidad” y “derechos”. Las cuestiones que en un primer acercamiento podrían suscitarse irían encaminadas hacia qué debemos entender por persona con discapacidad, y a qué tipo de derechos nos estamos refiriendo, concretamente si son distintos del catálogo de derechos de los demás ciudadanos. Sobre la segunda de ellas proporcionaremos unas breves pero oportunas referencias en el epígrafe que sigue, ya que nos compete dirigir estas líneas hacia el primero de los ámbitos expuestos, al subjetivo.

Aunque posteriormente se ampliará el espectro al derecho internacional y supranacional, presentaremos la problemática que aquí traemos con la norma española de referencia en materia de discapacidad, *id est*, el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (LGDPD, en adelante). Y es que, son los ordenamientos internos –eso sí, sobre la base proporcionada por el concepto internacional– los que se han encargado de perfilar o delimitar el concepto de persona con discapacidad en aras de otorgarle una protección específica. A estos efectos, se dispone en su artículo 4 (“titulares de los derechos”) lo siguiente:

“1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran

invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”.

De la lectura del precepto se desprende *prima facie* un terna de realidades distintas en el mismo plano de efectividad, a saber, un supuesto abstracto compuesto por situaciones de desigualdad provocadas por la interrelación de unas deficiencias de salud individuales con unas barreras del entorno, y dos supuestos muy precisos: quienes tengan reconocido administrativamente un grado de discapacidad igual o superior al 33% y, por equiparación a estos, los pensionistas por incapacidad permanente, excepto en el grado de parcial, y los de clases pasivas por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. En efecto, la locución preposicional que inicia la frase del segundo apartado (“además de”) se adiciona a la definición del apartado que le antecede para incluir una nueva circunstancia –como decimos, mucho más precisa– en forma de presunción *iuris et de iure*, a la que, además, se equipara otra situación. Todo ello, otorga una apariencia de equivalencia que queda reforzada con el vocablo “a todos los efectos”.

Pues bien, hemos de manifestar –y así lo trataremos de justificar en el presente– que, pese a la aparente facilidad de la dicción literal de la norma, si realizamos un análisis del proceso de refundición de la misma y la conjugamos con las disposiciones internacionales y supranacionales –principalmente la *Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006*¹ (CIDPD, en adelante)–, la conclusión a la que se ha de llegar es otra bien distinta a la anteriormente expuesta. Con ánimo de exponer en el presente estudio cual es el proceso a seguir para llegar a la interpretación –a nuestro juicio– acertada, adelantaremos ya el orden de importancia práctica de las distintas realidades en el reconocimiento de persona con discapacidad como sujeto de derechos en España. Nos encontramos al respecto con los mismos

¹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 junto a su Protocolo Facultativo, sin reservas ni declaración interpretativa alguna, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008.

tres escalafones mencionados en el artículo 4 LGDPD, pero no en el mismo plano. El desarrollo y análisis de la problemática nos llevará a la siguiente conclusión:

A todos los efectos se considerará persona con discapacidad a quienes tengan reconocido un grado igual o superior al 33%; en relación a las materias concretas en las que expresamente se prevea también se equipará a estas las situaciones mencionadas en la segunda parte del primer párrafo del artículo 4.2² y, únicamente para una tipología de medidas las personas consideradas como tal de acuerdo con la definición proporcionada en el apartado primero.

Como se comprueba, la interpretación del precepto nos lleva a una solución muy distinta a la que otorga a siempre vista su dicción literal. Nos proponemos pues mostrar nuestro razonamiento hasta desembocar en esta idea; será entonces cuando concretemos para que tipologías de medidas previstas en nuestro ordenamiento socio-laboral será aplicable una realidad u otra. Tendremos que emprender el camino significando la importancia de la delimitación del colectivo, así como poniendo de relieve la concepción actual de la discapacidad, ambas cuestiones fundamentales para entender la problemática.

2. La necesidad de la delimitación jurídica para la protección y el tratamiento diferenciado

Si bien ya en 1948 la *Declaración Universal de Derechos Humanos* proclamó que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y garantizó en su artículo segundo que "toda persona tiene todos los derechos y libertades establecidos en esta Declaración, sin distinción de ningún tipo, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo"³, lo cierto es que del catálogo de derechos existentes para la generalidad de las

² Esto es, pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

personas, su titularidad por parte de determinados grupos parece restringida o, cuando menos, su ejercicio no se viene realizando en condiciones de igualdad real y efectiva. Basta con ojear determinados ámbitos concretos para corroborar lo que exponemos. Refiriéndonos al colectivo que nos ocupa, “las personas con discapacidad aún afrontan obstáculos considerables en el acceso a la asistencia sanitaria, la educación, el empleo y las actividades recreativas, así como en la participación en la vida política, y sufren un mayor riesgo de pobreza o exclusión social (28,4 %) que las personas sin discapacidad (18,4 %)⁴”. Si nos centramos en España, y la problemática en el empleo, en 2019, la tasa de actividad del colectivo era del 34%, la tasa de empleo 25,8% y la de paro un 23,9%, siendo la primera 43 puntos inferior a la ordinaria, la de empleo 41 puntos también inferior, y la tasa de paro 10 puntos superior a la general⁵.

El debate se sitúa por tanto no en el reconocimiento de derechos específicos sino en “garantizar a las personas con discapacidad el disfrute efectivo y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos sin discriminación⁶”. Surge aquí la necesidad de intervención del Derecho para corregir estas diferencias y hacer efectivo el ejercicio de los derechos del colectivo en condiciones de igualdad. Para ello no basta la mera prohibición de discriminación que se circunscribiría a la igualdad en un sentido liberal del término, sino que se habilita el trato diferencial para la consecución de una igualdad real y efectiva. En palabras de ALEXY “quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad de iure⁷”. Queda diferenciada así la tutela antidiscriminatoria del trato diferencial, siendo denominadas las acciones de trato diferenciado como medidas de acción positiva⁸.

⁴ Comisión Europea, *Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030*. (Bruselas: COM[2021] 101 final), 2.

⁵ Datos EPA 2019.

⁶ Quinn Gerard Y Degener Theresia, *Derechos Humanos y Discapacidad*, (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2002), 1.

⁷ Alexy Robert., *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid: C.E.C, 1993), 404.

⁸ Este término se acoge de la traducción de “*affirmative action*”, procedente de Estados Unidos y aplicable en origen únicamente al ámbito de las relaciones laborales. Vid. Rey Martínez Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* (Madrid: Mc Graw hill, 1995), 57. Sobre el origen de la misma en el contexto internacional podemos ubicar los antecedentes de estas medidas en 1950 en la lucha contra la división de castas en la India para beneficiar a las castas y tribus registradas y que habían sido oprimidas u olvidadas durante siglos. En este sentido, Brown Graham y Langer, Arnim, “*Does affirmative action work?: Lessons from*

Lo propio queda patente en la regulación constitucional española, si conjugamos los artículos 1.1, 9.2, 14 y 49 CE. El primero de los preceptos citados, promulga la igualdad como *valor superior del ordenamiento jurídico*; por su parte, el artículo 9.2 consagra el principio de igualdad material, real o efectiva; el 14, el derecho de igualdad formal; y el 49, se dedica en exclusiva al colectivo que nos ocupa en garantía de sus derechos. La armonización de los mismos, tal y como ha venido aclarando el tribunal de garantías, no solo implica la abstención de los sujetos en conductas discriminatorias, lo que podríamos identificar como “prohibición de la discriminación”, sino que operan como un mandato a los poderes publico de promoción de actuaciones que persigan la consecución de la igualdad real y efectiva⁹. En base a ello se legitima la adopción de medidas materialmente desiguales para la consecución de la igualdad real. Así, en la STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ. 3) se dictamina que:

“El art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”.

Por tanto, en el estado social podríamos aceptar, sin género de dudas, que el derecho a la igualdad no se limita a la exigencia de trato formal, sino que

*around the world”, Foreign Affairs, 94, n°2, 2015: 49-56, accesible en <https://search.proquest.com/magazines/does-affirmative-action-work-lessons-around-world/docview/1658668598/se-2?accountid=14568>; y Ruiz Miguel Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en *El concepto de igualdad*. Valcárcel y Bernaldo de Quirós Amelia (Madrid: Pablo Iglesias, 1994), 78.*

⁹ Es el principio de igualdad material (art. 9.2) el que impone al Estado la obligación de intervenir sobre la sociedad para la búsqueda y consecución de la igualdad de oportunidades, real y efectiva. Con base en ello se pueden tomar medidas en contra del principio de igualdad formal (art. 14) siempre dentro de los límites que admite nuestra Constitución.

ampara y promueve el derecho a ser tratado de forma desigual para, precisamente, la consecución de la igualdad material¹⁰.

Con todo, y volviendo sobre el colectivo que nos ocupa, cobrará especial relevancia la configuración legal de la noción de persona con discapacidad para hacer valer su protección tanto frente a las actuaciones discriminatorias como para el ejercicio de los derechos o las medidas concretas que le son reconocidos. Téngase en cuenta que la concreción de qué se entenderá por persona con discapacidad supondrá la fijación de una linde en la que quedarán de un lado sujetos beneficiarios de un especial tratamiento por parte de los poderes públicos en aras de facilitar su participación en la vida social y económica, y en el otro, sujetos que, por no reunir esas circunstancias o requisitos, quedarán fuera. Antes de estudiar la opción española en cuanto a la delimitación tenemos que centrarnos en la configuración de la noción de discapacidad en el nivel internacional, cuestión que tendrá especial relevancia para lo primero.

3. La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ámbito subjetivo y tipologías de protección

Tradicionalmente se ha considerado a la persona con discapacidad como un sujeto menos válido y necesitado de protección y, a consecuencia de ello, se le han venido negado o limitado, en una vertiente material, sus derechos inherentes como ser humano. No nos compete en el presente realizar un recorrido por la evolución de la concepción y el tratamiento de las personas con discapacidad a lo largo de la historia y el progresivo avance hacia el reconocimiento del *status* de sujeto de derechos –para lo que nos remitimos a estudios precisos sobre el particular¹¹–, pero sí merece ser –si quiera– mencionado, en esta sede, el cambio de enfoque que paulatinamente se viene produciendo en la materia.

¹⁰ Vid. Balaguer Callejón María Luisa, *Igualdad y Constitución Española* (Madrid: Tecnos, 2010), 68.

¹¹ Véase, entre otros, Palacios Rizzo Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Cinca, 2008) o Aguado Díaz Antonio León, *Historia de las deficiencias* (Madrid: Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, 1995).

Podemos señalar al respecto que se ha ido realizando un proceso de humanización del colectivo¹² que se viene explicando por la doctrina en diferentes modelos teóricos. Así, partiendo desde unas etapas donde se practicaba, al considerar las causas de las deficiencias de salud originadas por cuestiones religiosas, la *eugenesia* o la *marginación* (modelo de la prescindencia), se pasa por explicar el problema desde una perspectiva científica que procura la “normalización” de la persona con discapacidad en interés de su curación (modelo médico o rehabilitador¹³), para llegar a un enfoque donde se pretende explicar que las causas originarias de la discapacidad son de índole social (modelo social). La perspectiva de la problemática se ha ido desplazando desde un eje original estrictamente individual, hacia otro en el que, cada vez más, se ha tenido en consideración el papel de la sociedad. Se ha ido paulatinamente transitando desde una óptica que percibía la discapacidad como una anomalía individual, hacia otra que contempla la desviación y las dificultades creadas por la sociedad.

No podemos continuar sin ocuparnos del último gran hito internacional en la materia que consagra jurídicamente el modelo social de la discapacidad, la *Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad*. Merece ser destacado en este punto dos aspectos importantes que nos marcarán el desarrollo del estudio y que quedan perfectamente expuestos en su artículo primero. Por un lado, y como no podía ser de otra forma, la definición de persona con discapacidad, *id est*:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

¹² Vid. Seoane Rodríguez, José Antonio, “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos”, en *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*. Blázquez Peinado María Dolores y Biel Portero Israel (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 11 y ss.

¹³ “la persona con discapacidad deja de ser excluida del mundo humano y adquiere la categoría de ser humano, pero enfermo. Frente a la exclusión prima ahora la reclusión o domesticación de la persona con discapacidad”. Vid. Seoane Rodríguez José Antonio, “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos”, *op. cit.* pág. 14.

Por otro, la elevación de la discapacidad a una cuestión de *Derechos Humanos*:

“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

En relación al primero, se consolida el cambio de perspectiva a la que antes aludíamos. De esta forma, ya en el preámbulo¹⁴ de la CIDPD se adelanta que los Estados partes reconocen “que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Esta determinación del concepto de persona con discapacidad será clave para determinar quién es el sujeto de derechos en las normativas nacionales¹⁵ para así, procurar la consecución de los objetivos allí propuestos, en definitiva, una igualdad real y efectiva de derechos. La incorporación al panorama internacional de este tratado de Derechos Humanos aporta al elenco de esta tipología de instrumentos un elemento más de la diversidad humana, un grupo vulnerable que se encontraba necesario de protección y fomento.

Desde esta base conceptual, la CIDPD consagra una serie de principios y derechos con implicaciones y compromisos directos asumidos por los Estados partes¹⁶. Al respecto de tales derechos surge el debate doctrinal en torno a si realmente hemos de considerar a los mismos como “nuevos derechos”, o se trata simplemente de afirmar la vigencia y extensión de los derechos de cualquier persona a las personas con discapacidad¹⁷.

¹⁴ Apartado e).

¹⁵ Obsérvese la similitud con la definición dada por el artículo 4.1 LGDPD, cuestión que posteriormente abordaremos.

¹⁶ Los derechos sustantivos aparecen recogidos entre los artículos 5 y 30 de la Convención.

¹⁷ Para Palacios Rizzo Agustina, *El modelo social de discapacidad, op. cit.* 270 a 272, esta cuestión es controvertida toda vez que desde los inicios de los debates se entendió que no se reconocerían nuevos derechos, sino que se garantizaría “a las personas con discapacidad el ejercicio en igualdad de condiciones, de los derechos ya reconocidos a todas las personas accesibilidad”. Sin embargo, considera que, si hemos de entender “la movilidad personal y la habilitación y rehabilitación como derechos, dado que esos derechos no se encuentran previamente reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos Generales, podríamos afirmar, entonces, que el texto reconoce nuevos derechos, específicos, en el contexto de la

Dicho esto, se hace necesario concretar cuales son estos compromisos directos asumidos por los Estados partes, para lo que tenemos que centrarnos primeramente en el artículo 5 donde aparecen diferenciadas las medidas antidiscriminación de las de acción positiva. Respecto a las primeras, se fija en su apartado segundo que “los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”. A estos efectos y en virtud del artículo 2 se entiende por discriminación “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, entre los que se incluyen “la denegación de ajustes razonables”¹⁸. Por otro lado, también se hace alusión a las a las medidas de

discapacidad”. En el mismo sentido, De Asís Roig Rafael, “Discapacidad y Constitución”, *Derechos y Libertades*, n. 29, *Época II*, 2013: 45: “Pues bien, a pesar de que ése pueda ser el sentido general de la Convención, es posible no obstante afirmar que este Tratado sí que reconoce unos nuevos derechos para las personas con discapacidad. Se trata, en algunos casos, de derechos que han sido tradicionalmente negados a este colectivo, y en otros, de auténticos nuevos derechos que tienen su origen en demandas específicas. En este sentido, es posible referirse a cuatro nuevos derechos que de manera explícita o de forma implícita están recogidos en la Convención. En concreto se trata del derecho a una igual capacidad jurídica, del derecho a la accesibilidad universal, del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, y del derecho al uso de la lengua de signos”. La misma visión parece compartir CUENCA GÓMEZ. al manifestar que “parece posible afirmar que este tratado sí contempla algunos –pocos– derechos que no aparecen previamente en otros tratados y que tampoco la Constitución española incorpora”, *Vid.* Cuenca Gómez Patricia, “Los Derechos fundamentales de las personas con discapacidad Un análisis a la luz de la Convención de la ONU”, *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, núm. 7, 2012: 79. En sentido contrario: Series Lucy, “Disability and human rights”, en *Routledge handbook of disability*. Watson Nick y Vehmas Simo, Segunda Ed. (Nueva York: Routledge, 2020), 77; Kayess Rosemary y French Phillip., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, 2008: 32 y 33, (accesible en: https://www.researchgate.net/publication/249278055_Out_of_Darkness_into_Light_Introducing_the_Convention_on_the_Rights_of_Persons_with_Disabilities), partiendo de que los preceptos relativos a la movilidad, accesibilidad, etc. son “medidas de igualdad universal”. También en sentido contrario, De Lorenzo García Rafael, *Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social* (Madrid: Alianza Editorial, 2019), 189.

¹⁸ Dispone el mismo precepto que “por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Véase un estudio riguroso sobre los ajustes razonables en Gutiérrez Colominas David, “La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español” (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2018).

acción positiva en este mismo precepto al establecerse en el apartado cuarto que “no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

Invitamos ahora a trasladarnos a lo dispuesto en el artículo 27, precepto regulador del ámbito material sobre el que incidimos en este estudio, *id est*, el “Trabajo y empleo”. Centrándonos en el primer apartado, puesto que el segundo se limita a reconocer el derecho de las personas con discapacidad a no ser “sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio”, diferenciamos nuevamente: la protección antidiscriminatoria, que la podemos identificar en el “derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás”, y más concretamente en la prohibición de “la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables”; y la posibilidad de adopción de medidas de acción positiva, que se atisba en el elenco de posibilidades concretas para salvaguardar y promover el derecho al trabajo y se recoge explícitamente en la letra h) que establece que la obligación de promover “el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, *que pueden* incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas¹⁹.

Con base a lo anterior podríamos incluir este instrumento como de “legislación anti-discriminación”²⁰, el cual, mediante el fomento de conductas

¹⁹ Algunos autores en momentos previo a la elaboración de la Convención estimaban necesario que la misma regulase medidas de acción positiva de carácter internacional, algo que como se comprueba, no se ha conseguido. Véase en este sentido a García Añón José, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes en relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad” en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Campoy Cervera Ignacio (Madrid: Dykinson, 2004), pág. 80.

²⁰ “el Tratado contiene una serie de derechos sustantivos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al empleo, entre otros, pero dichos derechos son abordados desde la perspectiva y desde la fórmula de la no discriminación, utilizando las herramientas del derecho

antidiscriminatorias y el reproche de las conductas discriminatorias tiende a la consecución de la igualdad material del colectivo. Consideramos pues, que únicamente los principios antidiscriminatorios tendrán una aplicación directa e inmediata en nuestro Ordenamiento jurídico toda vez que se han incorporado al mismo conforme a lo establecido en el artículo 96.1 CE. Sin perjuicio de lo anterior, resulta patente la labor incentivadora y de fomento de la CIDPD en la adopción de medidas de acción positiva, las cuales serán contempladas y desarrolladas por los respectivos Estados parte de la misma.

La aplicación de lo hasta aquí expuesto cobra vital importancia para lo que nos ocupa. Obsérvese que los compromisos adquiridos por España respecto a la prohibición de discriminación tendrán eficacia directa teniendo en consideración el concepto de discapacidad reconocido por la CIDPD; por el contrario, las medidas que se regulen de forma suplementaria podrán exigir determinados requisitos adicionales a los contemplados en aquella definición. Nos acercamos a los términos de la problemática que aquí pretendemos exponer y perfilar. Cabe advertir, que si bien hemos señalado a la CIDPD como instrumento paradigmático en la materia, es de aplicación en España otra normativa internacional, y supranacional, de similar objeto antidiscriminatorio. Es destacable, en lo que respecta al derecho derivado producido en el seno de la Unión Europea, la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*²¹, en la cual, el concepto de persona con discapacidad habrá de interpretarse conforme a la Convención y ello puesto que la misma fue ratificada también por la Unión Europea el 26 de noviembre de 2009²².

antidiscriminatorio". Vid. Palacios Rizzo Agustina, *El modelo social de discapacidad, op. cit.* pág. 269.

²¹ Establece su artículo primero lo siguiente: "La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato".

²² Decisión del Consejo [2010/48/CE], DOUE 27-1-2010, Serie L 23/35. Respecto a la utilización del concepto de discapacidad recogido en la CIDPD véase, entre otras, la STJUE de 1 de diciembre de 2016 en el asunto C-395/15 ("caso Daouidi") a la que posteriormente aludiremos y en la que, en el punto 42, se expresa lo siguiente: "a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el Tribunal de Justicia ha estimado que el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse como referido a una limitación, derivada

Habiendo, siquiera, esbozado el panorama internacional resultante tras la Convención Internacional en lo relacionado con la discapacidad y el empleo; esto es, concepto y definición y la tipología de medidas allí previstas, hemos de descender ahora a la materialización de los mismos en la normativa española. Nos centraremos de manera principal en la ya presentada Ley básica de discapacidad, la LGDPD, la cual contiene la delimitación de persona con discapacidad a efectos de lo que nos compete.

4. La delimitación subjetiva en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad

Tomando como punto de partida el modelo social consagrado jurídicamente en la CIDPD, los ordenamientos internos de cada país habrán procurado –con mayor o menor rigor y acierto– acoger el concepto de persona con discapacidad dispuesto en esta norma internacional para dar cumplimiento a lo en ella establecido. En el caso de España hemos expuesto, en sede introductoria, cual ha sido la opción legislativa al respecto, que se contiene hoy en el artículo 4 LGDPD²³. Recuérdese, un reconocimiento de titulares de derechos por tres vías situadas *a priori* al mismo nivel: una primera, que ahora estamos en situación de asimilar al concepto de discapacidad la Convención, y que sin duda, es respetuosa con el espíritu de la misma, el modelo social de la discapacidad; una segunda vía para personas con un reconocimiento de grado de discapacidad igual o superior al 33% y, otra tercera, por equiparación, que hace alusión a las personas reconocidas con una incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas por jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

²³ En su Exposición de Motivos se menciona expresamente a la CIDPD, indicando que “supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo”.

No obstante, es el precepto 2. a) el que contiene la definición de discapacidad y lo hace con un tenor literal cuasi idéntico al de la Convención, únicamente mutan los vocablos, referidos a las deficiencias, “a largo plazo” por “previsiblemente permanentes”, lo que supone para algunos autores la pérdida de vigorosidad de la norma nacional²⁴, aunque ciertamente, estamos ante un escollo superable mediante “una interpretación integradora y sistemática de la norma²⁵”. A pesar de esta definición los titulares de los derechos están regulados en el precitado artículo 4, encontrándonos a estas alturas en posición de atisbar las diferencias entre este y el precepto internacional, las cuales van más allá del volumen de uno y otro. Así, partiendo desde un concepto similar al recogido en la CIDPD, la LGDPD reconoce y equipara los efectos jurídicos de la discapacidad a otras realidades distintas. La situación se agrava si nos percatamos que estamos ante un texto refundido y –como detenidamente analizaremos a continuación– el concepto de la Convención es incorporado por el Ejecutivo a la norma legal con la cualidad de producir efectos, *ex novo*, en el proceso de refundición. Además, las normas refundidas tenían ámbitos subjetivos y materiales distintos que se unifican sin distinguos en esta.

4.1. El proceso de refundición

Con carácter previo a la exposición del proceso de refundición y a las vicisitudes acaecidas durante el mismo y sus repercusiones jurídicas, debemos describir el panorama legislativo previo en la materia, siendo necesario destacar principalmente dos normas que copaban la ordenación básica de la discapacidad hasta el año 2013.

En primer término, hemos de señalar la *Ley 13/1992, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos* (en adelante LISMI), nacida para

²⁴ “pareciendo querer evitar así la posibilidad de una deficiencia, aun correspondiendo a un largo plazo” Márquez Prieto Antonio y Vila Tierno Francisco, “Derecho a la vida, a la personalidad, integridad, independencia e inclusión” en *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*. Monereo Pérez, José Luís, Moreno Vida, María Nieves, Márquez Prieto Antonio, et. al. (Murcia: Laborum, 2021), 214.

²⁵ Pérez Pérez Jorge, *La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas* (Barcelona: Estudios de Relaciones Laborales, 2017), 23.

garantizar y desarrollar los derechos constitucionales que se derivan de los preceptos 1.1, 9.2, 14 y 49²⁶ antes mencionados, y que marcará un “punto de inflexión” en el ordenamiento español al conseguir grandes avances para el colectivo²⁷, tras el establecimiento de un importante elenco de derechos específicos y medidas de acción concretas en los ámbitos social, educativo y laboral, entre las que se encontraban, en el ámbito del empleo, entre otras, la cuota de reserva de empleo (art. 38)²⁸.

Posteriormente y con el objeto de complementar la regulación de la LISMI²⁹, entra en vigor en nuestro ordenamiento una norma de protección antidiscriminatoria, la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* (LIONDAU, en adelante). La misma, fuertemente inspirada en el modelo social³⁰ pivota sobre dos ejes distintos a la acción positiva: la “lucha contra la discriminación” y la “accesibilidad universal”.

Merece ser señalado en este punto los distintos ámbitos subjetivos que tenían una y otra Ley. En este sentido, mientras que la LISMI supeditaba el reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios que en ella se contenían a los “minusválidos³¹” previo procedimiento, “de manera

²⁶ Dispone su artículo primero que “los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo cuarenta y nueve de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias”.

²⁷ Vid. García Sabater Antonio Borja, *El tribunal supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm 221/2019, (Cizur Menor, Estudios Aranzadi S.A.U., 2019)

²⁸ Ciertamente la referida medida la podemos identificar en nuestro ordenamiento desde el *Decreto 2531/1970, de 22 de agosto sobre empleo de trabajadores minusválidos*, aunque fue la LISMI la que la recuperó tras su derogación por el *Real Decreto 1327/1981, de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores minusválidos*.

²⁹ Se expresa en la Exposición de Motivos que “se considera necesario promulgar otra norma legal, que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad”.

³⁰ Algo que se desprende también de su Exposición de Motivos: “hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos”.

³¹ El artículo 7 establecía que: “A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. Esto derivó en la exigencia de que para ser

personalizada”, y “por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente³²”, la LIONDAU, tras la modificación realizada por la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, configuraba su ámbito subjetivo, de acuerdo con su artículo 1.2, a todas las personas con discapacidad entendidas conforme a la definición de la Convención Internacional; si bien supeditaba la aplicación de las medidas que en ella se contenía a las personas con reconocimiento de grado igual o superior al 33% y, de forma novedosa, a los pensionistas de IP y clases pasivas a los que reiteradamente nos venimos refiriendo³³. Quedaban así configuradas las dos vías para acceder al reconocimiento de persona con discapacidad a efectos jurídicos, el grado en porcentaje mínimo del 33% y la equiparación de situaciones de incapacidad laboral.

Pues bien, con la llegada de la CIDPD se hizo necesaria en nuestro país una norma que promocionara y asegurara, en concordancia con su artículo 4, “el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad”. Con ese objeto, y con la aspiración de superar el modelo médico-rehabilitador que hasta ahora había impregnado el tratamiento normativo español de la discapacidad, se dicta la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la cual contenía, en su disposición adicional segunda, un mandato al Gobierno para la elaboración y aprobación

considerado persona con discapacidad era necesario el reconocimiento –por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas– del grado mínimo del 33%. Este porcentaje se introdujo en virtud del artículo primero del *Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, en materia de reconocimiento de la condición de minusválido*.

³² Artículo 7.2 LISMI.

³³ Pese a que, en primer párrafo de este precepto hacia alusión al concepto de la Convención, dos párrafos más abajo se establecen que: “Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. Adviértase que la redacción de este precepto ya produjo importantes dudas interpretativas. Seguidamente nos ocuparemos de exponerlas.

antes del 31 de diciembre de 2013³⁴, de un Texto Refundido en el que se regularizara, aclarara y armonizaran: la LISMI; la LIONDAU y la *Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. Dando cumplimiento –en segunda instancia³⁵– al plazo otorgado, el 3 de diciembre de 2013 se publica en el BOE la LGDPD, texto que compendia las “tres leyes clave en lo que concierne al estatuto jurídico de las personas con discapacidad³⁶”, a las que nos hemos referido, poniendo fin a “una llamativa y no bien explicada dispersión legislativa en materia de discapacidad, caracterizada por la existencia, desde hace más de diez años, de una suerte de Ley de primera generación, la LISMI (1982) y una Ley de segunda generación, la LIONDAU (2003)³⁷”.

4.2. Los problemas derivados de la fusión legislativa

Allende del contenido de la Ley 49/2007, texto tipificador de infracciones y regulador de sanciones, las normas de contenido sustantivo unificadas, la LISMI y la LIONDAU, fusionaron tanto sus medidas –de distinta índole–, como sus ámbitos subjetivos de aplicación. Es más, los titulares de los derechos fueron ampliados sin distinción alguna al concepto de discapacidad de la CIDPD, cuestión que antes no se contemplaba en ninguna de ellas. Fue en este momento cuando se producen –a nuestro juicio– las imperfecciones que aún perduran en la dicción literal de la LGDPD, y que generan no pocos problemas interpretativos e inseguridades.

Consecuentemente, tras la refundición, los beneficios con categoría de acciones positivas que se contenían en la LISMI ya no quedan circunscritos, según el texto legal, a las personas con un determinado grado de discapacidad

³⁴ Este plazo otorgado, que inicialmente fue de un año, fue ampliado hasta el indicado en virtud de la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

³⁵ Véase nota anterior.

³⁶ Vid. Esteban Legarreta Ricardo, “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 127, 2014, 48.

³⁷ *Ibidem*. 50.

reconocido, sino que se amplían a las personas con reconocimiento de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, pensionistas de clases pasivas con pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, y además, de acuerdo con el artículo 4.1 TRLGDPD, a toda persona con discapacidad de acuerdo al concepto de la CIDPD. A la par, las medidas antidiscriminatorias de la LIONDAU, que ya figuraban previstas para las personas con discapacidad reconocidas administrativamente y las equiparadas a estas, se amplían formalmente³⁸ a las personas con discapacidad de acuerdo con el modelo social.

Resulta evidente la alteración del mandato legislativo, que en este epígrafe se analiza, por parte del ejecutivo. Sin perjuicio de reconocer como idónea la ampliación realizada en virtud del artículo 4, atendiendo a la concepción actual de la discapacidad, hemos de refutarla por motivos de forma debido a la extralimitación de las funciones del ejecutivo, toda vez que entre sus facultades no se podía encontrar la ampliación de los titulares de las medidas de las dos normas refundidas.

5. Proyección real de las tres realidades reconocidas

Pasamos a valorar, haciendo especial referencia al ámbito del empleo, y siguiendo el orden que marca la LGDPD, la eficacia real de los distintos niveles de reconocimiento jurídico de persona con discapacidad que contempla hoy la precitada norma.

5.1. La persona con discapacidad conforme al modelo social

Haciendo un esfuerzo por ajustar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma a la definición de discapacidad surgida de la CIDPD se reconoce en el apartado 4.1 como titulares de los derechos de la LGDPD a “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan

³⁸ Materialmente ya lo estaban debido a la aplicación directa de la CIDPD.

impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Como se ha podido comprobar esta previsión se introduce *ex novo* por el ejecutivo en el proceso de refundición ya que, pese a que estuviese prevista una definición similar de persona con discapacidad en la LIONDAU³⁹, la misma supeditaba los derechos, “a los efectos de esta Ley”, al reconocimiento administrativo de grado o a la equiparación. Esta disfunción nos ha de llevar a cuestionar la eficacia real de este primer inciso del artículo 4 LGDPD. Entendemos que en ningún caso el ejecutivo estaba habilitado para ampliar las medidas de acción positiva contenidas en la LISMI a esta nueva realidad. Ciertamente el artículo 4.2 recoge en su segundo apartado que “las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”; sin embargo, respecto a las medidas contenidas en este texto legal no se contemplan especialidades algunas. Dicho esto, en tanto y en cuanto las medidas incorporadas por la refundición desde la LISMI se encontraban sometidas para su ejercicio al reconocimiento previo del grado de discapacidad, entendemos que materialmente siguen estándolo. Ahondaremos un poco más sobre este particular en el siguiente apartado. No obstante, señalamos que esta visión que acabamos de exponer no es compartida por algunos autores que manifiestan que:

“hoy debe entenderse que las disposiciones que establecen medidas de acción positiva referidas genéricamente a trabajadores con discapacidad (o “minusválidos”, en la denominación antigua) se dirigen a todas ellas, es decir, a quienes se incluyen en la definición del artículo 4.1 LGDPD, aunque no alcancen el grado del 33%, que ya no es un requisito para ser considerado persona con discapacidad”.⁴⁰

³⁹ Su artículo 1.2 recogía una definición idéntica a la contenida en la Convención que fue ligeramente mutada en la refundición tras variar el vocablo “a largo plazo” por “previsiblemente permanentes”.

⁴⁰ Martínez-Pujalte Antonio Luis y Fernández Orrico Francisco Javier, “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, nº. 1, 2016, 25. En el mismo sentido, Gutiérrez Colominas David, “La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas. Reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos

Conclusión distinta hemos de alcanzar en lo relativo a las medidas de antidiscriminación y los ajustes razonables. Si bien para estas medidas se amplía igualmente en la LGDPD su ámbito subjetivo, lo cierto es que, en virtud del artículo 96.1 CE, ya teníamos una disposición de derecho interno que las reconocía, la CIDPD. Las consecuencias de ello ya las hemos experimentado a consecuencia de importantes resoluciones del TJUE, recuérdese –a modo ejemplificativo– la por todos conocidas *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016* (asunto C-395/15), en la que se considera la discriminación por motivos de discapacidad en un supuesto de incapacidad temporal sin ningún tipo de reconocimiento de la primera de las situaciones⁴¹. En lo que respecta a la jurisdicción interna, “de manera lenta pero crecientemente positiva, nuestros tribunales y, especialmente, el Supremo y el Constitucional, comienzan a pronunciarse sobre la aplicación de la Convención en el derecho español, aunque todavía no disponemos de un corpus jurisprudencial suficiente⁴²”. Dicho esto, paulatinamente se va asumiendo este compromiso por parte de nuestros tribunales, a modo ejemplificativo, señalamos la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021, por la

de las Personas con Discapacidad”, *Documentación Laboral*, N° 120, 2020, 56, en relación a la medida de reserva de empleo que se encontraba regulada en la LISMI quien expresa que “el cambio normativo del concepto de persona con discapacidad ha afectado a las personas trabajadoras que pueden ser contratadas por el empresario para cumplir con esta obligación. (...) En efecto, la configuración actual permite ya no sólo la contratación de trabajadores que ostenten el reconocimiento administrativo de un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, sino también aquellos que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

⁴¹ Véase el punto 69 de la citada sentencia, que dictamina que “el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. Véase el mismo sentido, más recientemente, la STJUE de 26 de enero de 2021 (asunto C-16/19).

⁴² De Lorenzo Garcia Rafael, “Reforma social de la constitución: comentarios y reflexiones al artículo 49”, *Anales del derecho y la discapacidad*, N°. 3, 2018, 32. Véase en el mismo sentido la STC 3/2018, de 22 de enero.

que resuelve el recurso de amparo nº 2950-2018 y en la que se considera vulnerado el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad a un funcionario que tenía reconocimiento administrativo de discapacidad en grado del 10% por la denegación de realización de ajustes razonables⁴³.

5.2. La persona con grado de discapacidad reconocido administrativamente

Llegados a este punto, se habrá percatado, quien lea estas líneas, que las personas que hayan obtenido un reconocimiento administrativo de grado de discapacidad igual o superior al 33% por el procedimiento reglamentario correspondiente serán las únicas consideradas como tal a todos los efectos. En efecto, solo esta previsión era contemplada de forma uniforme tanto en la LISMI como en la LIONDAU. Pero, es más, podemos admitir que este será el único supuesto habilitante para el acceso a las medidas de acción positiva contenidas en la LISMI. A este respecto, obsérvese como en el punto 4.2 del *Criterio Técnico 98/2014 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social* relativo al cumplimiento de la obligación de cuota reserva, se considera como persona trabajadora con discapacidad computables de forma exclusiva a las fijadas como tal en el artículo 4.2 LGDPD, incluyéndose tanto a las que tenga un reconocimiento de grado igual o superior al 33% como a las reconocidas de Incapacidad Permanente por equiparación. No obstante, esta última consideración ha sido descartada por nuestro Tribunal Supremo como analizaremos en el siguiente apartado. Podemos concluir por tanto que únicamente serán estimadas a estos efectos como personas con discapacidad las que tengan grado reconocido igual o superior al reiterado porcentaje.

⁴³ Obsérvese que en la resolución del recurso de apelación la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, argumentó el rechazo de la discriminación por discapacidad en que el demandante quedaba extramuros del "ámbito subjetivo" de la LGDPD al no tener reconocido grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento conforme al art. 4.2 LGDPD. Véase el antecedente 2 j) de la referida sentencia. Se indica al respecto por el tribunal de garantías que "La aplicación de la cláusula del artículo 10.2 CE conlleva que, en este tipo de casos, el Tribunal otorgue especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006".

Ciertamente estimamos este requisito como positivo dada su utilidad práctica en aras de acreditar la discapacidad para ser beneficiario de medidas concretas, así el reconocimiento previo del supuesto de hecho por parte de la Administración repercute en forma de mayor seguridad jurídica en el acceso a las mismas. Así lo entiende WADDINGTON, L.:

“Las definiciones de discapacidad utilizadas a los efectos de la ley de no discriminación, en la medida en que existan, son diferentes de las definiciones de discapacidad utilizadas para determinar la elegibilidad para el empleo bajo un esquema de cuotas, siendo este último de alcance mucho más limitado. Para entrar en un esquema de cuotas, las personas deben estar formalmente reconocidas y registradas como discapacitadas, lo que requiere una definición formalizada y un procedimiento de evaluación”⁴⁴.

Igualmente, así se prevé de manera explícita en otras medidas de acción positiva, de índole socio laboral, como pueden ser las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social reguladas en la *Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de bonificaciones de cuotas*⁴⁵.

Con todo, habiendo admitido la pertinencia de un mecanismo previo que evalúe y certifique la situación de discapacidad para el acceso a las medidas de acción positiva contenidas en nuestra legislación, consideramos que el actual procedimiento, esto es, el regulado en el *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía*, es contrario a la concepción actual de la discapacidad. Sin poder ahondar en demasía sobre las problemáticas que plantea esta

⁴⁴ Vid. Waddington Lisa, “The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes: A Comparison between Common Law and Civil Law Jurisdictions in Europe Forthcoming”, en *Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions*. Edits. Havelková Barbara. Y Möschel (TBD, Accesible en: <https://ssrn.com/abstract=3246883>), 23.

⁴⁵ Dispone su artículo 2.5) lo siguiente: “Para tener derecho a los beneficios establecidos en este apartado los trabajadores con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o la específicamente establecida en cada caso. Se considerarán también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

cuestión –para lo que nos remitimos a otros estudios doctrinales⁴⁶–, diremos que el mismo no evalúa suficientemente los factores sociales que originan –junto a las deficiencias– la discapacidad. Este sistema de valoración ha merecido las críticas del el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

“Preocupa al Comité que varias leyes y políticas nacionales, regionales y municipales, en particular el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (2013) y la Ley de Promoción de la Autonomía Personal (2006), no estén en consonancia con la Convención ni con el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos. Al Comité le preocupa que esta falta de armonización dé lugar a la utilización del modelo médico de la discapacidad, en el marco del cual las personas son clasificadas según el diagnóstico y excluidas del amplio alcance previsto en la Convención, según la cual la discapacidad se reconoce en relación con las deficiencias y las barreras presentes en el entorno social, sobre todo en el caso de la discapacidad psicosocial”⁴⁷.

5.3. Las situaciones de equiparación al grado administrativo

Nos referiremos en estas líneas a la equiparación del grado de discapacidad en el 33% con las situaciones de Incapacidad Permanente y a los pensionistas de clases pasivas por jubilación o retiro por IP o inutilidad. Quizás nos encontremos ahora en el apartado más intrincado debido a los vaivenes jurisprudenciales sobre el particular, y a la fórmula para descifrar cuando una situación de incapacidad permanente puede equipar sus efectos jurídicos con el grado de discapacidad. En efecto, como se recordará, esta equiparación se incorpora como consecuencia de su previsión en la LIONDAU. Fue ya a la

⁴⁶ Véase, entre otros: Martínez-Pujalte Antonio Luis y Fernández Orrico Francisco Javier, *“El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas” op. cit.* 16 y ss. o Pérez Pérez Jorge, *La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas, op. cit.* 28.

⁴⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, Aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019) (CRPD/C/ESP/CO/2-3), pág. 2. En nuestro país el CERMI viene reclamando una reforma del baremo desde tiempo atrás para adaptarlo al “modelo social”. Véase, CERMI, *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2010* (Madrid: Cinca, 2011), 12 y 111.

entrada en vigor de esta, en 2003, cuando se comenzó a plantear si esta novedosa igualación de efectos se proyectaba únicamente para las previsiones contenidas en la precitada norma, o a todo el ordenamiento jurídico. Tras las posturas contradictorias que mantenían los Tribunales Superiores de Justicia en el territorio español⁴⁸, el Tribunal Supremo en el año 2007⁴⁹ se pronunció sobre el alcance de la cuestión en el sentido de limitar la aplicación de la asimilación a los únicos efectos de la LIONDAU. En este sentido, el STS establece que “esa homologación automática del 33% sólo surtirá efectos, sin ningún otro requisito administrativo o burocrático, cuando se trate de acceder a algunos de los supuestos o beneficios que de la Ley 51/2003 deriven⁵⁰”.

Sin embargo, esta doctrina del Tribunal Supremo parecía sucumbir ante la entrada en vigor de la LGDPD y el nuevo escenario de equiparación más asentado y firme en cuanto a sus fundamentos. Piénsese que, ahora es el propio precepto el que reconoce expresamente la equiparación con la formula “a todos los efectos”, lo que nos llevaría a pensar que es expansible a todo nuestro ordenamiento. Pues bien, el Tribunal Supremo se plantea la cuestión en sus sentencias nº 992, 993 y 994 de 29 de noviembre de 2018⁵¹, concluyendo que el precepto 4.2 ha vulnerado los límites extrínsecos al mecanismo de delegación, o lo que es lo mismo, ha incurrido en *ultra vires*, por “modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido”⁵²:

⁴⁸ Véase a favor de la equiparación para todo el ordenamiento jurídico, entre otras, la STSJ de Extremadura de 21 de diciembre de 2006 (rec. 641/2006). En sentido contrario, entre otras, la STSJ de Navarra de 19 de abril de 2006 (rec. 26/2006).

⁴⁹ Véase las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2007 [RJ 2007, 3539 y RJ 2007, 4999], que fueron seguidas por muchas más, entre otras, por las de 29 de mayo de 2007 [RJ 2007, 7568] o la de 19 de julio de 2007 [RJ 2007, 7395]

⁵⁰ Sentencia de 29 de enero de 2008 (RJ 2008\2063)

⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 29 de noviembre de 2018 núm. 992/2018 [RJ 2018, 5846]; 993/2018 [RJ 2018, 5942]; y 994/2018 [RJ 2018, 6053]. Doctrina que a su vez a sido reiterada por otras resoluciones. Véase más recientemente, la STS de 29 de febrero de 2020 [2020, 1141].

⁵² En las referidas resoluciones se formula un voto particular de la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol, al que se adhieren el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina y el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel López García de la Serrana, al considerar que no se incurre en exceso de delegación normativa en tanto que la finalidad de la Ley 26/2011 es la adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos con Discapacidad por tanto se da una autorización amplia para la refundición, máxime, además, “cuando el concepto de discapacitado no tiene una definición para las distintas ramas del Derecho”. En este sentido es cierto que la definición de discapacidad en la LGDPD en su apartado segundo no se realiza en sintonía de la CIDPD, sin embargo, compartimos el sentido del fallo y la *ratio decidendi*, en tanto que el ámbito al que se extiende no tiene amparo en la CIDPD, ya que estamos ante

“el RD Legislativo 1/2013 ha incurrido en un exceso en el mandato de legislación delegada conferido al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido. Modificación que es de carácter sustancial puesto que llega hasta el punto de reconocer un grado de discapacidad del 33% " a todos los efectos" a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, y no exclusivamente a los efectos de aquella Ley, variando de esta forma y de manera esencial el mandato recibido del legislador”.

En definitiva, el TS prohíbe la asimilación que la Ley realiza por haberla implementado el ejecutivo sin autorización legal y sustituyendo la frase “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”. Para hacer efectiva su inaplicación, el Tribunal Supremo, apoyándose en la STC 47/1984, 4 de Abril de 1984, señala que según lo dispuesto en el artículo 86.2CE, “el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria”, y recuerda que estos tribunales ordinarios podrán identificar estos extremos y “atribuir valor de reglamento a la norma que sobrepase aquella habilitación y entrar a valorarlo para proceder a su inaplicación”.

En concordancia con lo anterior, exclusivamente será válida la equiparación en dos supuestos: en las medidas previstas para las personas con discapacidad reguladas expresamente en la derogada LIONDAU, las cuales – como vimos– eran de contenido antidiscriminatorio y a las que *per se* le resulta de aplicación, el concepto de discapacidad de la CIDPD; o cuando una norma de rango legal así lo prevea expresamente⁵³.

una situación distinta a la incapacidad. Véase tal diferenciación en García Sabater Antonio Borja, *El tribunal supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral op. cit.*

⁵³ Como es el caso del artículo 2.5 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de bonificaciones de cuotas antes reseñada o, en materia tributaria, el artículo 60.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

6. Reflexiones de cierre

A lo largo de estas páginas hemos podido comprobar como la protección de las personas con discapacidad ha de partir desde una concepción que interrelaciona las deficiencias orgánicas, o de salud, que presenta un individuo con las barreras sociales existentes en el entorno. Así queda jurídicamente contemplado en un instrumento histórico que procura la consecución de la igualdad material para el colectivo, la *Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006*. Las herramientas que proporciona este tratado de Derechos Humanos no se circunscriben a la prohibición de la discriminación, sino que habilita a los Estados Partes a tomar una posición activa mediante medidas de tratamiento diferenciado.

La CIDPD forma parte del ordenamiento interno español y como tal estamos ante una norma que contiene previsiones de *ius cogens* y efectos *erga omnes*, las cuales hemos identificado en el ámbito laboral con las medidas antidiscriminación y la realización de ajustes razonables. Respecto a las medidas de acción positiva, si bien existe una obligación constitucional de promoverlas para la consecución de una igualdad real y efectiva del colectivo en virtud de los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 14 y 49 CE, lo cierto es que, ni en sede constitucional, ni al amparo de la Convención, nos encontramos ante una exigencia incondicionada sino más bien como un criterio interpretativo o una posibilidad en manos de los distintos Estados.

La problemática que aquí hemos intentado abordar, y clarificar, se suscita al conjugar los ámbitos subjetivos de tales medidas en el derecho español derivada de una deficiente armonización legal. De forma loable se ha pretendido extender la aplicación de la totalidad de medidas existente en nuestro ordenamiento –sin discriminación en cuanto a su naturaleza– a la definición de discapacidad de la Convención, empero las formas no han sido las oportunas, lo que ha provocado un panorama de inmensa inseguridad jurídica. Prueba de ello son las numerosas resoluciones judiciales que se han pronunciado y siguen pronunciándose sobre el particular.

Pese a que entendemos conveniente acercar el ámbito subjetivo de las medidas de acción positiva a la definición de persona con discapacidad de la CIDPD, estimamos preciso la existencia de una valoración previa que acredite tal circunstancia, antes bien, habrá de ser totalmente distinta a la actual para el reconocimiento de grado, ya que el modelo social exige una valoración ajena a estándares que se limiten al análisis de factores médicos sin atender suficientemente a las circunstancias del entorno.

Concluiremos, pues, abogando por tanto por una reforma legislativa que clarifique el ámbito subjetivo de la LGDPD como por la regulación de un procedimiento para la valoración del supuesto de hecho a efectos de aplicación de medidas de acción positiva tenga en consideración las premisas de el modelo social.

Solo así, cuando resulte lo más ajustada posible esta delimitación, se conseguirá una protección adecuada del colectivo que, junto a la aplicación de unas medidas concretas, justas y proporcionales, fundadas en la igualdad, coadyuven a la consecución del libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad.

Bibliografía

- AGUADO DÍAZ, A. (1995). *Historia de las deficiencias*, Madrid, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, C.E.C.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. (2010). *Igualdad y Constitución Española*, Madrid, Tecnos.
- CERMI (2011). *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2010*, Madrid, Cinca.
- COMISIÓN EUROPEA (2021). *Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030*, Bruselas, COM(2021) 101 final.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019). *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, (11 de marzo a 5 de abril) (CRPD/C/ESP/CO/2-3).
- CUENCA GÓMEZ, P. (2012). “Los Derechos fundamentales de las personas con discapacidad Un análisis a la luz de la Convención de la ONU”, *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, núm. 7.
- DE ASÍS ROIG, R. (2012). “Discapacidad y Constitución”, *Derechos y Libertades*, n. 29, Época II.
- DE LORENZO GARCÍA, R. (2018). “Reforma social de la constitución: comentarios y reflexiones al artículo 49”, *Anales del derecho y la discapacidad*, Nº. 3.
- DE LORENZO GARCÍA, R. (2019). *Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social*, Madrid, Alianza Editorial.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. (2014). “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 127.
- GARCÍA AÑÓN, J. (2004). “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español.

Algunos apuntes en relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy Cervera Ignacio, Madrid, Dykinson.

GARCÍA SABATER, A. (2019). “El tribunal supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm 221/2019, Cizur Menor, Estudios Aranzadi S.A.U.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. (2018). “La obligación de realiza ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español”, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. (2020). “La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas. Reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Documentación Laboral*, Nº 120.

MÁRQUEZ PRIETO, A. y VILA TIERNO, F. (2021). “Derecho a la vida, a la personalidad, integridad, independencia e inclusión”, *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, José Luís, Moreno Vida, María Nieves, Márquez Prieto Antonio, et. al., Murcia, Laborum.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. (2016). “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, nº. 1.

PALACIOS RIZZO, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca.

PÉREZ PÉREZ, J. (2017). *La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas*, Barcelona, Estudios de Relaciones Laborales.

- QUINN, G. y DEGENER, T. (2002). *Derechos Humanos y Discapacidad*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J. (2012). “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos”, *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*. Blázquez Peinado María Dolores y Biel Portero Israel, Valencia, Tirant lo Blanch.
- REY MARTÍNEZ, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw Hill.
- RUIZ, M. (1994). “Discriminación inversa e igualdad”, *El concepto de igualdad*, Valcárcel y Bernaldo de Quirós Amelia, Madrid, Pablo Iglesias.
- SERIES, L. (2020). “Disability and human rights”, *Routledge handbook of disability*, Watson Nick y Vehmas Simo, Segunda Ed., Nueva York, Routledge.

Recursos electrónicos

- BROWN, G. y LANGER, A. (2015). “Does affirmative action work?: Lessons from around the world”, *Foreign Affairs*, 94, nº2. Disponible en: <https://search.proquest.com/magazines/does-affirmative-action-work-lessons-around-world/docview/1658668598/se-2?accountid=14568>.
- KAYESS, R. y FRENC, P. (2008). “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/249278055_Out_of_Darkness_into_Light_Introducing_the_Convention_on_the_Rights_of_Persons_with_Disabilities.
- WADDINGTON, L. (s/f). “The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes: A Comparison between Common Law and Civil Law Jurisdictions in Europe Forthcoming”, *Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions*, Edits. Havelková Barbara y Möschel, TBD. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3246883>).

www.revistajuridicadeltrabajo.com

