ALAL
ASOCIACION LATINOAMERICANA
DE ABOGADOS LABORALISTAS

CARTA SOCIAL LATINOAMERICANA

DOCUMENTOS DE BASE, 2011

1.Libre circulación de personas en el espacio comunitario, sin discriminación en razón de la nacionalidad y con igualdad de derechos;

2.Relaciones laborales democráticas y sin discriminación de cualquier tipo, de manera tal que el trabajador, ciudadano en la sociedad, también lo sea en la empresa;

3.Derecho a la verdad, y de información y consulta, en todos los temas relativos a la vida de la empresa que puedan afectar a los trabajadores;

4.Derecho a un empleo estable, y prohibición y nulidad del despido arbitrario o sin causa;

5.Derecho a un trabajo digno y de calidad que, como mínimo, responda a las pautas de la Organización Internacional del Trabajo;

6.Derecho a una retribución digna, que cubra todas las necesidades del trabajador y de su familia y que, además, tenga en

cuenta los beneficios obtenidos por el empleador;

7.Derecho a una real y efectiva jornada limitada de trabajo. Los Estados deberán ejercer con la energía necesaria y con los medios adecuados su Poder de Policía Laboral, para evitar toda trasgresión a los límites horarios máximos de labor;

8.Derecho a la formación y capacitación profesional;

9.Derecho a la Seguridad Social, que cubra las necesidades vitales del trabajador y de su familia, frente a las contingencias sociales que puedan afectar sus ingresos económicos. La Seguridad Social debe ser función indelegable del Estado, por lo que deberá revertirse el proceso de privatización que sufrieron nuestros países en la década del ´90;

10.Institucionalización de una Renta Básica Ciudadana, como derecho de cada persona, sin importar su raza, sexo, edad, condición civil o social, de recibir una renta para atender sus necesidades vitales;

11.Derecho a la efectiva protección de la salud y la vida del trabajador, frente a los riesgos del trabajo. La gestión del sistema de prevención y reparación de los daños causados por los siniestro laborales, no podrá estar en manos de operadores privados que actúen con fin de lucro;

12.Derecho a la organización sindical libre y democrática;

13.Derecho a la negociación colectiva, nacional y transnacional;

14.Derecho de huelga, comprensivo de las diversas formas de presión y protesta, y sin restricciones reglamentarias que lo limiten

o anulen;

15.Protección laboral real y efectiva para los trabajadores afectados al servicio doméstico y al trabajo agrario;

16.Garantía del cobro de los créditos laborales, estableciéndose la responsabilidad solidaria de todos los que en la cadena productiva se aprovechan o benefician de la fuerza de trabajo asalariada;

17.Creación de Fondos que cubran los casos de insolvencia patronal;

18.Garantía de una Justicia especializada en Derecho del Trabajo, con un procedimiento que recepte el principio de protección;

19.Tutela para los representantes y activistas sindicales contra cualquier represalia que pueda afectar a su familia, a su empleo o a sus condiciones laborales;

20.Principio de progresividad, que significa no sólo la prohibición de retroceso social, sino el compromiso de los Estados de alcanzar progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos laborales

AUTORES

España: Antonio Baylos Grau, Joaquín Pérez Rey, Francisco Trillo Párraga, Nunzia Castelli

Italia, Antonio Loffredo

Brasil, Luiz Salvador

Venezuela, Francisco Iturraspe

Uruguay, Oscar Ermida Uriarte, Hugo Barretto Ghioni

Cuba, Lydia Guevara Ramírez

Argentina, Luis Enrique Ramirez, Guillermo Gianibelli, Ricardo J. Cornaglia, David Duarte, Horacio Ricardo González, Mauricio Arese, Diego Fernando Boglioli, Alvaro Ruiz, Roberto Pompa, José Tiburzio, Javier Fernando Izaguirre, Sebastián Serrano Alou,

1. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN EL ESPACIO COMUNITARIO, SIN DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA NACIONALIDAD Y CON IGUALDAD DE DERECHOS

DERECHO A MIGRAR Y DERECHO AL TRABAJO*

Oscar Ermida Uriarte

1. Introducción

La Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas (ALAL) pretende impulsar un efectivo proceso de integración social, económica y política en Latinoamérica. Para ello propone al movimiento sindical y a los gobiernos de la región la aprobación de una Carta Sociolaboral Latinoamericana, que contenga un piso mínimo de derechos y garantías para todos los trabajadores de los países involucrados.

En ese marco, es claro que el primer derecho a reconocer es el de migrar por el espacio comunitario y gozar de igualdad de trato respecto de los trabajadores locales.

Las migraciones laborales han sido encaradas por el Derecho desde tres puntos de vista diferentes y en gran medida contradictorios. Según uno de ellos, el trabajo es considerado como factor de la producción y en esa condición, se le enmarca en la libre circulación. El segundo enfoque tiene en cuenta al trabajador como tal y al trabajo como un derecho de la persona, con lo cual el marco jurídico aplicable es el de los derechos humanos. El tercer punto de vista es, podría decirse, el policial o aduanero, que gira en torno a los permisos de ingreso y permanencia en el territorio nacional; este enfoque es de rango jurídico infinitamente inferior, pero por lo general es el que – todavía hoy – termina prevaleciendo en los hechos.

La visualización de las migraciones laborales como la movilidad de uno de los factores de la producción es, obviamente, una perspectiva económica o comercial, que trata al trabajo humano como una mercancía. Solo en este enfoque tiene sentido que la libre circulación de los trabajadores no sea visto como parte de la libertad de movimiento (una de las primeras de las libertades individuales), sino como parte de un "paquete" o "combo" compuesto por la libre circulación de capitales, la libre circulación de mercaderías, la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios, al cual se

---

* La base de este trabajo es un artículo publicado en Observatorio de Política Pública de derechos humanos en el MERCOSUR ("Las migraciones humanas en el MERCOSUR. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa", Montevideo 2009, págs. 27 a 33).

agrega, casi como furgón de cola, la libre circulación de trabajadores. Esta última libertad resulta ser tan secundaria en este enfoque, que en las diversas experiencias de

integración regional ha sobrevenido posteriormente a las otras (Unión Europea) o aún no ha sido plenamente reconocida (Mercosur).

Ahora bien, incluso dentro de este enfoque económico o comercial, pero desde la perspectiva del trabajador individual, la emigración es la última defensa personal y aislada contra el desempleo, la pobreza o la exclusión[1] y la estrategia final de búsqueda de trabajo. En efecto, normalmente no se emigra en procura de trabajo para ganar un diez o un veinte por ciento más, sino por una imperiosa necesidad de sobrevivencia, excepción hecha, claro está, de quienes lo hacen con excelentes condiciones de contratación ya predefinidas; pero no son estos los que preocupan desde el punto de vista social, ni económico ni político. La mano de obra es naturalmente sedentaria y solo rompe con esa característica por una fuerte necesidad. Detrás de toda emigración laboral hay una necesidad imperiosa.

De aquí se extraen dos conclusiones sobre la superficialidad e insuficiencia jurídica del tratamiento de las migraciones laborales desde la perspectiva de la libre circulación económica. *Por un lado,* el derecho a la libre circulación solo es ejercido realmente como libertad si se dan ciertas condiciones de vida mínimas en el país de origen. De lo contrario, es un acto forzoso. De no darse aquellas condiciones, la llamada libertad de circulación no es ejercida como libertad. *Por otro lado,* la migración laboral numerosa o masiva revela el fracaso, la ineficacia o la violación de los derechos sociales – y en especial del derecho al trabajo – en el país de acogida.

Esto desplaza el tratamiento de la cuestión a la esfera del derecho al trabajo y de las condiciones de trabajo en los países de origen (causa de la migración laboral) y a la de los derechos humanos o derechos de la persona (libertad de movimiento, derecho al trabajo y no discriminación, entre otros).

II. La migración laboral como derecho de la persona

La migración laboral, esto es, la migración en búsqueda de trabajo, es un derecho de la persona – el derecho a migrar -, que se funda en otros varios derechos humanos o fundamentales ampliamente reconocidos: el derecho a la vida, el derecho al trabajo, el derecho a no ser discriminado y la libertad de movimiento.

1. Naturaleza jurídica del derecho a migrar

La doctrina europea comenzó a ocuparse de este derecho o libertad en el marco de los estudios sobre le integración económica regional. Así, se le presentó como una especie de la libertad de movimiento[2] o como parte del principio de no discriminación[3]. No cabe duda de que ambos conceptos son correctos. Por una parte, es perfectamente pertinente identificar la existencia de una relación de género a especie entre la libertad de movimiento y el derecho a migrar por razones laborales. Por otra, y como se verá más ampliamente, está claro que el derecho a migrar para trabajar supone la no discriminación entre nacionales y extranjeros.

Pero esta visión, fuertemente influida por la construcción de un mercado común, es parcial y por tanto insuficiente. Solo atiende al aspecto económico regional. En cambio, si el derecho a migrar es un derecho humano, entonces toda persona es titular del derecho a migrar, el que por lo tanto no puede quedar confinado en un determinado

---

[1] NICOLLIELLO, Nelson, *La desocupación y el llamado seguro de paro,* Montevideo, 1971, pág. 8.

[2] MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús y SEMPERE NAVARRO, Antonio, *Instituciones de Derecho social europeo*, Madrid1988, pág. 72

[3] COLINA, Miguel, RAMÍREZ, Juan y SALA FRANCO, Tomás, *Derecho social comunitario,* Valencia 1991, págs. 71 y sigs.

espacio de integración regional. Este puede – y debe - reconocerlo, claro, pero no puede reducirlo a sus confines.

La universalidad del derecho a migrar deriva, claramente, de su condición de derecho fundamental, que dada su naturaleza, no puede quedar limitado a determinada nacionalidad, ciudadanía, domicilio o residencia. Como se verá luego, varias normas internacionales reconocen este derecho a "toda persona"

Pero además, desde la perspectiva del Derecho laboral, se ha agregado que en esa materia lo que prima es el hecho del trabajo, verificado el cual, se aplica plenamente todo el estatuto protector. "La condición material del goce de los derechos laborales y sociales lo da precisamente el trabajar...Es el trabajo el que permite acceder a ese conjunto de derechos....y por consiguiente, el hecho de desempeñar una actividad productiva y profesional, es el que nos permitiría situarnos en un espacio de derechos que no se pueden confiscar sobre la base de la pertenencia a una nación o del tiempo en el que se ha desenvuelto la presencia de las personas en ese territorio nacional. El trabajo, que se desplaza a través de las fronteras, es el elemento a partir del cual construir un nuevo universalismo de los derechos de la persona que trabaja"[4] La primacía de la realidad, propia del Derecho del trabajo, lleva a reconocer todos los derechos laborales a la persona que trabaja, donde quiera que esté, habida cuenta además, del carácter de derechos humanos que ostentan muchos (la mayor parte) de los derechos del trabajador.

Pero es que además, en última instancia, el derecho a migrar, deriva del derecho al trabajo[5].

El derecho al trabajo está reconocido con carácter universal y a toda persona por los Pactos y Declaraciones de derechos humanos. Así, por ejemplo, el art. 23.1 de la Declaración Universal de derechos humanos establece que toda persona tiene derecho al trabajo. El art. 6.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que "los Estados parte (...) reconocen el derecho a trabajar"[6]. El "derecho al trabajo" es también reconocido por el art. 6.1. del Protocolo de San Salvador. Más enfáticamente, el art. 11.1.a de la Convención sobre la eliminación de todas la formas de discriminación contra la mujer reconoce "el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano" y el art. 11.2 postula asegurar a la mujer "la efectividad de su derecho a trabajar". En el marco de la OIT, el art. 1 de la recomendación 169 sobre la política de empleo, define a ésta como "un medio para lograr en la práctica el cumplimiento del derecho a trabajar".

Este reconocimiento del derecho a trabajar, en el marco del Derecho de los derechos humanos, incluye su atribución a toda persona y no solamente a quienes poseen determinada nacionalidad, ciudadanía, domicilio o residencia.

Por lo demás, el derecho al trabajo supone el derecho al acceso al empleo que, si bien puede no significar el derecho a exigir un puesto de trabajo determinado, sí incluye indiscutiblemente la no discriminación en las posibilidades de acceso.

En definitiva, desde el punto de vista dogmático, el derecho a migrar es un derecho humano derivado del derecho al trabajo reconocido a toda persona en los grandes Pactos y declaraciones de derechos humanos. También se funda en el principio de no discriminación, así como en el derecho a acceder al goce de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la salud, la educación, etc.

---

[4] *Inmigración y ciudadanía. Un espacio universal de derechos,* Editorial de la Revista de Derecho Social-Latinoamérica Nro 3, Buenos Aires 2007, págs 5-9, esp. pág. 9.

[5] Y hasta de otros derechos humanos, como el primero de los derechos humanos, el derecho a la vida, habida cuenta del carácter de lucha por la subsistencia que normalmente anima a la migración laboral, el derecho a la salud, a la educación, etc.

[6] Norma sobre la que ha recaído la muy importante Observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales Culturales de la ONU

2. El reconocimiento del derecho a migrar en las normas internacionales

De conformidad con el fundamento doctrinal del derecho a migrar, este viene siendo reconocido a texto expreso en las normas internacionales de derechos humanos o en las interpretaciones de los órganos internacionales competentes.

En efecto, la Convención internacional sobre protección de los derechos de "todos" los trabajadores migrantes (ONU, 18 de diciembre de 1990), se refiere muy significativamente a *todos* los migrantes laborales, lo que incluye, por cierto, a los indocumentados.

Cierto es que se ha sostenido que aquí – y en otras normas – se reconoce un "derecho a emigrar", es decir a salir, pero no un "derecho a inmigrar", esto es, a ingresar a un determinado territorio nacional. Un derecho a emigrar sin un correlativo derecho a inmigrar parecería ser, por lo menos, un contrasentido. Salir de un territorio sin poder entrar a otro significaría quedar en un limbo real: ¿las aguas internacionales, el espacio aéreo?

Esta supuesta diferencia entre el derecho a emigrar y los derechos del inmigrado, se plantea también bajo la forma de la pretendida confrontación entre el derecho a emigrar y la soberanía del Estado receptor.

En verdad, las más elementales exigencias de lógica jurídica llevan a sostener que podría discutirse la existencia de un derecho a emigrar, pero que una vez aceptada, el derecho a emigrar supone el derecho a inmigrar. De ahí que prefiramos hablar, en forma genérica, del derecho a migrar. Lo otro - distinguir el derecho a emigrar del derecho a inmigrar - es una segmentación artificiosa. Se trataría de separar las dos caras de una misma moneda. Sería lo mismo que reconocer el derecho a cobrar el salario pero negando la obligación de pagarlo. Si hay un derecho a migrar, incluye tanto el acto de emigrar como el de inmigrar

Así surge, por lo demás, de un importante pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos humanos.

En efecto, en la Opinión Consultiva 18-03, la Corte Interamericana de Derechos Humanos pasa por alto esta cuestión emigración-inmigración para centrarse en el principio de igualdad.

El pronunciamiento de la corte contiene, entre otros, los siguientes criterios definitorios:

a) el principio de igualdad es parte del *jus cogens* y por tanto aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional (párrafo 4 de la decisión); es imperativo y genera efectos también ante terceros, inclusive particulares (párrafo 5 de la decisión);

b) la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos es independiente de cualquier circunstancia o consideración, "inclusive el estatus migratorio de las personas" (párrafo 6 de la decisión);

c) "el migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, los que deben ser garantizados "independientemente de su situación regular o irregular en el estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral" (párrafo 8 de la decisión);

d) "los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo" (párrafo 10 de la decisión);

e) “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas (...), incluidas las de carácter migratorio” (párrafo 11 de la decisión).

Es muy claro que para la Corte, el trabajador migrante tiene los mismos derechos que el local, entre otras cosas, a partir del principio de igualdad y de la generación de los derechos laborales por el hecho del trabajo.

III. El contenido del derecho a migrar

Aceptada la existencia del derecho, es necesario tratar de definir su contenido, para lo que tomaremos como referencia las normas de la Unión Europea, de la OIT y del Mercosur. En todo caso, corresponde señalar desde ya que el principio de igualdad de trato juega aquí un papel estelar, aunque no exclusivo.

1. Las normas de la Unión Europea

La normativa comunitaria europea parte de la libertad de movimiento e incluye el derecho de acceso al empleo en igualdad de condiciones (por ejemplo, no se admiten las cuotas reservadas a los nacionales) y con las mismas condiciones de trabajo. Se incluyen asimismo, el derecho de instalación de la familia y el derecho de información sobre las ofertas de empleo. Pero todo esto, la normativa europea lo circunscribe al ámbito intracomunitario, es decir, a las migraciones internas entre ciudadanos de los países miembros de la Unión, mientras que en tanto contenido de un derecho humano, el mismo debería alcanzar sin distinciones a los trabajadores extracomunitarios, en base al mismo principio de igualdad y no discriminación.

Un significativo paso adelante en esta correcta dirección fue dado por el Tribunal Constitucional de España, en sus sentencias 236/2007 de 7 de noviembre de 2007 y 259/2007 de 19 de diciembre del mismo año. En ellas se declara la inconstitucionalidad de una ley orgánica sobre derechos y obligaciones de los extranjeros, por excluir del ejercicio de algunos derechos fundamentales (como el derecho de reunión y de libertad sindical) a los extranjeros que no posean autorización de estancia o residencia. Es que los derechos fundamentales en cuestión son propios de la dignidad humana y consecuentemente, esenciales a la persona, no solo al ciudadano o residente.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional admite condicionamientos del ejercicio de tales derechos para los extranjeros (llega, incluso, a admitir su expulsión), pero entiende que tales condicionamientos no pueden afectar al contenido esencial de los derechos y agrega que en los casos analizados, derechamente se negaba *in totum* el ejercicio de los mismos.

Para el Tribunal, los migrantes irregulares hasta pueden ser expulsados, pero mientras estén trabajando, deben hacerlo en igualdad de condiciones con los nacionales. En nuestra opinión, este punto supone una inconsecuencia producto de, por un lado, acoger el concepto laboralista de que la relación de trabajo genera todos los derechos laborales, pero por otro hacer prevalecer los reglamentos policiales de admisión de extranjeros, incluida la posibilidad de expulsión, en contra de normas claramente superiores como son las de derechos humanos. No tiene sentido, en nuestra modesta opinión, reconocer todos los derechos a quien ya está trabajando – aún irregularmente -, pero negarle el derecho que genera esos derechos, que es el derecho al trabajo.

En definitiva, en estos fallos el Tribunal Constitucional español da uno de dos pasos de gigante, absolutamente fundamentales: reconoce todos los derechos laborales a

todo migrante que está trabajando, aunque sea irregularmente. Pero no da el otro paso necesario, que es el de reconocer el derecho al trabajo del migrante irregular. Es como decirle: "Ud. no puede entrar, pero si logra hacerlo y conseguir trabajo aquí, le reconoceremos todos los derechos en igualdad de condiciones con los trabajadores regulares. Eso sí, podremos expulsarle de inmediato". Parece indispensable superar esa incongruencia.

2. Las normas de la OIT

Existe un significativo elenco de normas internacionales del trabajo emanadas de la OIT sobre trabajadores migrantes[7], particularmente útil para la configuración del contenido de los derechos de los migrantes. De ese conjunto normativo, surgen el derecho a recibir información y asesoramiento, las facilidades para la salida del país de origen, el viaje y la recepción en el país de acogida, el acceso a servicios médicos, el derecho a transferencia de fondos, a la importación y exportación de efectos personales, a la igualdad de condiciones de trabajo, a la seguridad social, al ejercicio de los derechos sindicales y culturales, etc.

Pero todo esto – que constituye un verdadero estatuto del migrante -, se reconoce a los migrantes legales, que es lo mismo que decir que el ejercicio de tales derechos está supeditado a un acto administrativo de admisión, lo cual es inadmisible si efectivamente existe un derecho humano a migrar.

3. La Declaración Sociolaboral del Mercosur

Corresponde aquí hacer referencia al art. 4 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, referido a los trabajadores migrantes y fronterizos. De conformidad con esta disposición, "todo trabajador migrante[8], independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales". Hasta aquí se trata de una norma impecable que se alinea con la mejor doctrina.

La referencia posterior ("de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país") podría hacer pensar en un condicionamiento a la legislación nacional de migraciones. Pero no es así, por dos razones. En primer lugar, porque cuando las declaraciones internacionales de derechos reconocen un derecho y luego remiten a la legislación nacional, no puede interpretarse nunca que ésta pueda contradecir el contenido esencial del derecho ya reconocido. Y en segundo lugar, por la razón del artillero: este tramo del art. 4 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur no remite a la legislación nacional en general, sino a "las reglamentaciones profesionales de cada país", es decir a los reglamentos de habilitación técnica para el ejercicio de las diversas profesiones u oficios.

4. El principio de igualdad de trato, el de primacía de la realidad y el derecho al trabajo

De todo lo hasta aquí expuesto, el principio de igualdad de trato emerge como clave de bóveda de todo el sistema, a tal punto que, como ya se dijo, las sentencias del tribunal Constitucional español admiten, por un lado, la prohibición del contrato de trabajo

[7] Convenios internacionales del trabajo 97 y 143, sobre trabajadores migrantes, recomendaciones 86 y 151 sobre el mismo asunto, convenios internacionales del trabajo 118 y 157 sobre seguridad social y recomendación 100 sobre protección de trabajadores migrantes en territorios insuficientemente desarrollados.

[8] No dice "de los Estados parte", por lo cual, no sería una norma "intrarregional", sino que alcanza a los trabajadores "extramercosureños".

del migrante irregular y hasta su expulsión, pero por otro disponen que, mientras esté trabajando, goce de todos los derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los nacionales.

En rigor, como también se dijo, más allá o además del principio de igualdad, opera aquí lo que en Derecho del trabajo latinoamericano – y ahora también universalmente, a partir de la recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)[9] -, se denomina "trabajo como hecho" (De Ferrari), "contrato-realidad" (De la Cueva) o "primacía de la realidad" (Plá Rodríguez), que se expresa en la ya citada idea del "trabajo generador de derechos"[10]

Lo que en cambio parece insatisfactorio es que ese reconocimiento pleno del principio de igualdad y de la primacía de la realidad se de solamente cuando el migrante ya está trabajando. El derecho al trabajo, derecho humano universal irrestricto, no es solamente el derecho a gozar de condiciones de trabajo decentes y a conservar el empleo, sino que incluye también el derecho de acceso al empleo, en igualdad de condiciones con los nacionales o residentes. Del mismo modo, el principio de igualdad de trato no alcanza solo a las condiciones del trabajo que ya se tiene, sino que incluye la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo.

Pero también está claro que todo esto desemboca, finalmente, en la necesaria superación de la ciudadanía, la nacionalidad, el domicilio o la residencia como condición atributiva de derechos fundamentales, para ser sustituida por la condición de persona, única condición de titularidad de derechos humanos[11]

Si efectivamente este es un tema de derechos humanos laborales, estamos ante un asunto de competencia sindical. Las ya referidas sentencias del Tribunal Constitucional español subrayan la esencialidad o, por lo menos, la importancia de la acción sindical en esta materia.

Sin embargo, no siempre aflora la solidaridad de los sindicatos nacionales de los países receptores con los trabajadores inmigrantes, que a menudo continúan siendo vistos como "competidores desleales" por un empleo escaso, que vienen a deteriorar las condiciones de trabajo.

Por su lado, la acción sindical nacional refleja algunas contradicciones más o menos inevitables. A veces se ha podido apreciar reacciones que analizadas con severidad podrían parecer cercanas a la xenofobia; muchas veces la defensa y asistencia a los migrantes indocumentados queda a cargo de organizaciones no gubernamentales ¿a causa de cierta pasividad o insensibilidad sindical? En otras oportunidades, en cambio, se han registrado acciones francamente solidarias.

IV. Conclusiones

1. Las migraciones laborales son objeto de tres enfoques jurídicos diferentes y en buena medida contradictorios.

Por un lado, se las enmarca en la libre circulación de factores de producción.

Por otro, se las ubica en el plano de los derechos humanos laborales y de las libertades públicas: derecho al trabajo, a la igualdad de trato y a la libertad de movimiento.

Finalmente, especialmente a nivel interno, son objeto de reglamentaciones aduaneras y policiales de control de ingreso al territorio nacional

---

[9] *La recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006),* en revista Derecho laboral t.XLIX Nro. 223, Montevideo 2006, págs. 673 y sigs.

[10] *Supra*, *Inmigración y ciudadanía..., cit.,* págs 7-9.

[11] *Trabajo, ciudadanía y derechos humanos,* Editorial de la revista electrónica IusLabor Nro. 2/2006, Barcelona 2006 (www.upf.edu/iuslabor/022006/portada022006.htm)

2. A partir de este enfoque policial o aduanero, casi todos los países limitan o estimulan el derecho de los extranjeros a inmigrar, según sus circunstanciales conveniencias o necesidades económicas o policiales. Sin embargo, del análisis de los pactos y declaraciones de derechos humanos, parecería emerger un derecho a migrar, íntimamente vinculado con el derecho al trabajo, que inevitablemente se ubicaría por encima de tales medidas legales o administrativas, cuando estas son restrictivas.

3. Enfocada en el marco del libre comercio, la libre circulación de trabajadores solo funciona como un acto de libertad, si en el país de salida existen derechos sociales vigentes y eficaces. De lo contrario, la emigración es un acto forzoso.

Además, en tanto instrumento del comercio internacional, la libre circulación de trabajadores solo puede darse racionalmente en medidas, extensión e intensidad manejables o "gobernables", entre países que cumplan determinados niveles de protección social. De lo contrario, las "invasiones" son inevitables, porque salvo aquellas situaciones excepcionales y no preocupantes (el técnico calificado, el científico, el artista, el deportista o el personal de alta dirección), la emigración supone el fracaso de la protección social en el lugar de origen. La emigración laboral es la última estrategia individual contra el desempleo, la pobreza y la exclusión. Por tanto, la única táctica viable a largo plazo, es la mejora de las condiciones de vida y de trabajo en los países menos desarrollados.

4. En el marco del Derecho laboral y mucho más ampliamente en el del Derecho universal de los derechos humanos, la migración laboral es el ejercicio de la libertad de movimiento, para el goce del derecho al trabajo y del principio de igualdad. Se trata del derecho a migrar para trabajar en igualdad de condiciones con los nacionales del país de destino.

Libertad de movimiento, derecho al trabajo y principio de igualdad es el conjunto de derechos fundamentales que conforman y fundamentan el derecho a migrar, al que tampoco es ajeno la prosecución de otros derechos, menos próximos pero tan o más esenciales: el derecho a la vida, a la salud, a la educación, etc.

Por lo demás, los derechos del trabajador migrante derivan de su condición de persona humana (de persona que trabaja o que procura ejercer su derecho a trabajar), y no de su nacionalidad, ciudadanía o residencia.

5. Por todo lo expuesto, un auténtico proceso de integración Latinoamericana, que supere esa visión mercantilista que lo reduce a un pacto sobre aranceles o barreras aduaneras, o a la creación de un bloque económico regional, necesariamente debe reconocer a los trabajadores la libre circulación por el espacio comunitario, con idénticos derechos laborales y provisionales, sin discriminación en razón de la nacionalidad.

2. RELACIONES LABORALES DEMOCRÁTICAS Y SIN DISCRIMINACIÓN DE CUALQUIER TIPO, DE MANERA TAL QUE EL TRABAJADOR, CIUDADANO EN LA SOCIEDAD, TAMBIÉN LO SEA EN LA EMPRESA

EL TRABAJADOR, CIUDADANO EN LA EMPRESA

David Duarte

En toda relación laboral se juega una relación de poder y su regulación heterónoma se destina a frenar ese poder, poniéndole límites, a fin de evitar el abuso del poder empresario, para que esa relación sea civilizada. El centro de imputación jurídica desde los inicios del Derecho del Trabajo ha sido el contrato, como figura conocida que daba respuestas necesarias para ese vínculo. La ley intentó armonizar las asimetrías de ese vínculo caracterizado por la dependencia. Situación de sometimiento caracterizada por una relación económica en la uno pone el dinero y el otro su cuerpo. El primero pretende incrementar el capital, maximizando las ganancias, el otro necesita sólo una parte para cubrir sus necesidades vitales entre las que se encuentran las que demande ese físico que aporta a la maximización del capital del otro, la energía del trabajo. Aparecen dos elementos estructurales que son la subordinación y la necesidad de protección psicofísica de la persona que trabaja. Tales características demandan protección desde afuera del contrato, si no existe la norma protectoria imperativa heterónoma, solo habrá voluntad unilateral del empleador que se impone. Ese poder del empresario empleador, casi feudal en tiempos de flexibilidad o desregulación, sólo desata abuso. Ese atributo que tiene un sector de los particulares y que cuentan con decisiones relevantes con incidencias sociales, no se lo ha puesto en cuestión, como si se ha cuestionado al poder político, es casi generalizado en el terreno político de poner límite. El autoritarismo en el ejercicio político es cuestionado y ya no hay quien lo justifique, al menos seriamente. Sin embargo, el poder empresario no ha tenido el debate social necesario en términos de relaciones de poder, a fin de que los vínculos resulten al menos más racionales, o si se quiere más civilizados.

El poder desenfrenado genera situaciones de violencia laboral que exceden el concepto de un mero incumplimiento contractual o el de la desobediencia a la ley, para situarse en el terreno casi delictual. El daño concreto al ser humano que trabaja sometido a ese poder empresario que obliga a trabajar en exceso de la jornada, o sin los elementos de seguridad e higiene adecuados, entre otros abusos, provocan situaciones socialmente reprochables. En tal hipótesis, no basta con sancionar un incumplimiento contractual o la violación de la ley, sino de un ilícito que debe contar con instrumentos, no sólo punitivos sino también preventivos, pues no se trata de perseguir empresarios sino de evitar que el ser humano que trabaja sufra situaciones de violencia laboral, como puede ser la discriminación y que por el sólo hecho de serlo quede despojado de los derechos que cuentan todos los ciudadanos.

Entonces de lo que se trata es de democratizar esa relación de poder empresario a fin de buscar relaciones civilizadas. Cuando se habla de violencia laboral, y dentro de esta los supuestos de discriminación debemos hacernos cargo de que no se trata de dar respuestas solamente con formas de reparación pecuniaria, como única herramienta destinada a dar solución a esta problemática, sino de tomar conciencia del problema y que el mal trato que sufre un trabajador es el maltrato de toda una sociedad que se dice civilizada. El pago no soluciona, porque el que más tiene, más posibilidades tendrá de generar violencia y desde el poder que otorga el dinero, estamos fomentando éstas para los que tienen riquezas. Por lo tanto se trata de buscar formas democráticas que neutralicen ese poder antes que genere daño.

Por ejemplo, en el despido discriminatorio se pone en juego el tema de la estabilidad en el empleo, la violencia laboral que se genera con el despido sin causa puede tener una respuesta pecuniaria pero nunca será suficiente, cuando la persona además de haber sido discriminada, queda sin empleo y esto no lo soluciona una indemnización. Estas situaciones parecen estar invocando implícitamente una protección mayor y más efectiva que la sola reparación pecuniaria, utilizada muchas veces como respuesta frente al daño provocado por un acto discriminatorio. Cualquier respuesta

pecuniaria se expresa ex - post. El accionar abusivo del principal calificado como violencia laboral debe ser frenado ex – ante, con la extinción del contrato y un pago como sanción, no se frena el abuso, por el contrario, se lo consagra. Se agrava la arbitrariedad, porque cuando la conducta violenta forma parte del acto que dio fin a la relación de trabajo se producen dos consecuencias injuriantes. Por un lado, la lesión por la ruptura arbitraria y, por el otro, la afectación de la dignidad humana por el accionar violento. La reparación pecuniaria respondería al primero de los supuestos, pero dejaría huérfano al segundo, pues con el pago de la tarifa el flagelo quedaría enmascarado, absorbido por aquél modo perverso.

Ese sólo acto que involucra dos situaciones, debe fulminarse con la nulidad por su ilicitud, por lo que el acto que pone fin al vínculo apoyado en un ilícito no puede tener efectos jurídicos como para lograr la extinción de la relación. En una relación que nace económica y jurídicamente desequilibrada, si se le adiciona la violencia laboral no solamente se afectan los términos del contrato sino que se lesionan derechos personalísimos del subordinado, que se encuentran amparados por tratados internacionales que protegen la dignidad humana independientemente del ámbito contractual en que se encuentre la persona afectada, pues lo contrario convalidaría el acto viciado y no produciría la cesación del acto ilícito, sino su confirmación, consolidación y consagración; extremos que no tolera el ordenamiento jurídico civilizado en un Estado Social y democrático de derechos. El hecho que las partes se encuentren vinculadas por un contrato de trabajo no debe poner en peor situación a la víctima del abuso.

Debemos aclarar que cuando los temas de violencia laboral se instalan en el seno de una relación subordinada, se manifiesta una de la más odiosa forma de poder pues se aprovecha, entre otras cosas, del estado de necesidad de la parte más débil del vínculo. La difusión y notoriedad que han alcanzado en los últimos años la llamada violencia laboral parece ser una característica de los nuevos tiempos, hasta algunos dicen que está de moda, la cuestión pasa por la mayor y más rápida información a la que se accede y la toma de conciencia del problema. Es por esta razón es que entendemos que la mejor prevención de la violencia laboral es una regulación que la contemple y la persiga, no sólo para castigar penalmente al violento, sino también restablecer la situación alterada y crear conciencia a fin de que el vinculo laboral resulte una relación civilizada. Pues entonces serían dos los carriles por donde habría que transitar, uno por el cause del derecho penal y el otro por el del derecho del trabajo.

En la empresa rige un poder que algunos creen hasta natural. Cuando se tiene dominio por sobre otros con pocos límites y con más ímpetu si se le está reconocido ese poder legalmente, la posibilidad de abuso es una de las mayores probabilidades. En esa relación de sometimiento, de hecho no existe equilibrio entre las partes, ni siquiera de derecho, pues por ejemplo el empleador con el instrumento de la sanción disciplinaria de su parte posee una acción de cumplimiento del contrato que no tiene el ser humano que trabaja.

El trabajador no puede imponer condiciones, no tiene acciones de cumplimiento del contrato (vgr. cuando no se le paga el salario en término, etc.). El amo y señor de ese espacio que es la empresa, le pertenece al empleador, ahí es donde debe intervenir la norma laboral y donde ésta no está, rige la unilateralidad patronal, por ello ese poder debe ser democratizado y la existencia de violencia laboral necesita ser neutralizada antes que dañe, después ya no es lo mismo, es otra cosa. Cuando hay cierta estructura vertical y no existe comunicación e información horizontal y el trabajador no se expresa colectivamente, con la fuerza que ello significa, sino individualmente y en estado de soledad es difícil que advierta que está siendo víctima de violencia laboral, pues el hostigador en la mayoría de las veces adopta una actitud solapada. Frente a ello la única forma posible, en que la víctima pueda exigir derechos es darse cuenta que tiene un problema generado por otro y que tiene derechos que lo amparan, pero para ello debe

estar fuerte física y psicológicamente, doblegado su espíritu no tendrá la suficiente entereza para reclamar por su dignidad vulnerada.

Desde el primer trato hostil hasta que aparezcan los primeros síntomas (manifestación del daño) se pasa por distintas etapas, es un proceso, es decir no es de un día para otro. El hostigador la mayoría de las veces adoptas actitudes solapadas. Por ejemplo en el caso de acoso psicológico o mobbing, que si bien es diferente al trato discriminatorio, se equiparan en que es una forma de violencia del poder empresario. En los casos de mobbing se pasa mucho tiempo hasta que la víctima advierta señales de lo que le está pasando, en la mayoría de los casos aparece con la ayuda profesional, difícilmente la víctima pueda elaborar en soledad que ella está siendo víctima de un hostigador, primero viene una etapa de depresión, luego un alejamiento de amistades y de familiares, después un bajo rendimiento, entrando en un circulo vicioso. Salvo que se den circunstancias propicias para poder no enredarse en las redes del hostigador, lo más probable es que "ese darse cuenta" se manifieste cuando las cosas se salieron de su cause o con posterioridad a la ruptura del contrato laboral, lo cual ya es tarde. Es tiempo perdido, porque se podrá buscar reparaciones, pero el daño está producido y quedan cicatrices, y las del alma duelen para siempre, el dinero podrá mitigar el dolor, una sentencia condenatoria tranquilizará los espíritus, es lo que se acostumbra hacer desde afuera, pero para sostener psíquicamente un juicio se necesita mucha fuerza y apoyo profesional (psicológico en principio y en la medida que no haya síntomas porque allí habrá que recurrir a otro tipo de profesional médico).

En el trato discriminatorio también se comparten algunas de esas aberraciones, pero es más abierto, tal vez porque tienen mayor difusión y se advierte enseguida. No obstante, padece de algunos vicios culturales arraigados en prácticas autoritarias que cuesta aceptarlas como trato discriminatorio. Las vinculadas con la raza, el sexo o preferencia sexual, nacionalidad, religiosas o de edad son la más comunes y por su difusión de fácil detección y reproche. La que presenta mayor resistencia y debate son las vinculadas con las cuestiones políticas o gremiales, pues son las más reaccionarias del poder y cuentan con un historial nefasto, basta con recordar la ley de residencia que reprimía el accionar sindical de principio de siglo veinte. Esta actitud reaccionaria se ha mantenido en el tiempo y se ha proyectado en el seno de la empresa impidiendo la apertura de un espacio de democratización de la relación de poder. La vía de solución es fomentando la información y más presencia sindical en la empresa y por ende mayor participación en las decisiones que se adopten en ese lugar. De hecho la mayoría de las situaciones de persecución y trato discriminatorio se da cuando un trabajador decide tener mayor participación sindical y activismo y esto genera reacciones violentas por parte del poder empresario

Entendemos que existen algunas conductas que merecen ser castigadas penalmente y otros no tanto, por tal razón, debería existir un tipo penal concreto que contemple los tipos de violencia laboral. En materia penal se invierten los criterios interpretativos, en el sentido de la utilización del principio *in dubio pro reo*. Es decir, que en caso de duda se estará a favor del imputado del delito, es más difícil obtener una sentencia penal sancionatoria contra el empleador que violó un tipo penal. Esa diversidad puede convertir en una ineficaz tutela penal de la violencia laboral. En definitiva, sería conveniente que hubiese una regulación expresa, que trate el tema laboral y también el penal a fin de que se delimite el presupuesto en un tipo penal concreto con el objeto de evitar una desviación del instituto.

En lo que respecta a la materia laboral la respuesta indemnizatoria es insuficiente, posterior al hecho que produce el daño y las consecuencias son irreversibles. Sería un paso importante la búsqueda de medios técnicos que neutralicen la conducta abusiva antes que se produzca el daño, mediante mecanismos de democratización de las relaciones laborales, para que en el espacio empresario haya mayor comunicación y

diálogo con participación del colectivo de trabajadores con medios de solución alternativos de conflictos, para evitar que en ese reducto se generen problemas de abuso de poder, con buena información a fin de prevenirlos. Para ello debe ser sancionada una ley que delimite el concepto de violencia laboral, con reglas probatorias que establezca presunciones con consecuencias jurídicas, que preserve el vínculo laboral, dejando en cabeza del trabajador la opción por la ruptura o la reinstalación en el puesto de trabajo, además del derecho al cobro de un indemnización que repare la lesión sufrida con independencia de si se opta por la extinción del vínculo, a elección del trabajador, más allá de la posible sanción penal y resarcimiento de daños y perjuicios. A su vez generando un espacio de representación sindical dentro de la empresa, en la que cualquier decisión empresaria debe contar con esa participación. También una distribución más igualitaria de las oportunidades de trabajo y de los factores productivos, incluida la educación, entre los distintos grupos sociales contribuye a un mayor crecimiento económico y a una mayor estabilidad política. La promoción de la igualdad real de trato y de oportunidades en el mundo laboral requiere no sólo de la eliminación de reglas o procedimientos que discrimen sino que también exige la adopción de medidas proactivas por parte del Estado y de los actores sociales para que dichos colectivos puedan aprovechar, en la práctica, las oportunidades que teóricamente se les brinda. Todo ello acompañado de una profunda actividad de prevención de la violencia del poder empresario y promoción al dialogo social lo que es función del Estado, pues como dice una frase memorable de José Martí "gobernar no es más que prever".

LA VIOLENCIA EN EL TRABAJO COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

Lydia Guevara Ramírez

Con el fin de fundamentar, en parte, dos derechos y garantías previstos en el Modelo de Relaciones Laborales para el siglo XXI de la Carta Sociolaboral Latinoamericana (“Relaciones laborales sin discriminación y el derecho a un trabajo digno y de calidad que, como mínimo, responda a las pautas de la Organización Internacional del Trabajo”), decidimos asumir la responsabilidad de presentar algunas reflexiones y propuestas con vistas a la prevención y reducción, hasta llegar a la erradicación, de todas las manifestaciones de violencia en el trabajo en nuestros países, pero sobre todo de la violencia psicológica.

El primer gran interrogante surge en cuanto a las definiciones, ya que la violencia moral nos podría conducir hacia un concepto de violación de los derechos fundamentales de la persona, que en una relación de causa – efecto, está estrechamente vinculada con

la influencia del medio ambiente laboral en los resultados productivos del trabajador afectado y que puede estar motivada por factores de carácter organizacional, así como también por la acción de factores psico-sociales vinculados con la conducta humana.

Normalmente somos sujetos pasivos de actos de violencia y no lo notamos porque estamos acostumbrados a determinadas conductas que forman parte integrante del actuar diario y ni nos ofenden ni preocupan. Pero desde que en el ambiente laboral hay determinados espacios en los que se producen síntomas de malestar en el personal, como resultado de acciones dirigidas en contra de la intimidad, la honra, la imagen o la propia dignidad de la persona humana, debemos estar alertas para evitar que se desarrolle un ambiente de hostigamiento y de irrespeto por el derecho de los demás.

Todos necesitamos que se respete nuestra intimidad e integridad física y psicológica, y que nadie pueda hacer uso ni abuso de la misma. El derecho no puede estar ajeno a las conductas y comportamientos contrarios a lo establecido en el régimen interno y en las normas de carácter general y al interior de la entidad, y aún sin existir normas específicas que tutelen los derechos de los trabajadores, nos armamos de los principios constitucionales y de los principios del derecho laboral para evitar que se amenace y dañe nuestra salud y bienestar físico y mental.

Dice la OMS en su Informe sobre Violencia del año 2003, que violencia es “el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daño psicológico, trastornos del desarrollo o privaciones y atenta contra el derecho a la salud y la vida de la población”.

La definición de la OMS se adentra en los factores socio-culturales y económicos, y en la idiosincrasia de cada pueblo. Por eso es imposible con un solo texto abarcar los problemas. No piensa igual del "acoso moral" el trabajador europeo que el trabajador de cualquier país latinoamericano, porque viven bajo situaciones diferentes y además poseen distintos enfoques del problema. Hay criterios controvertidos en cuanto al acoso sexual, del cual considero que podría ser la especie del género acoso psicológico cuando éste sea una variante del primero utilizando el sexo como elemento de subyugación y de agresión, y cuando el fin último que se persigue es el ultraje a la dignidad de la víctima, su humillación y banalización y no gozar de un privilegio o saciar un deseo, disfrutando de favores sexuales conseguidos por intimidación. Entonces el acoso sexual es otra conducta más dentro de las violencias en el trabajo.

El entorno geográfico, cultural y socio - económico influyen mucho, y me atrevería a decir que no piensa igual ahora cualquier trabajador latinoamericano que como pensaba hace 10 años, o las poblaciones de países integrados a la colaboración en los marcos del ALBA, o los norteamericanos después del 11 de septiembre de 2001, porque la situación política, económica y social influyen en la forma de analizar los fenómenos.

La violencia psicológica en el trabajo encuentra una posible definición abarcadora dada por la OIT en el “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente” del año 2003 expresando que por violencia en el lugar de trabajo debe entenderse “toda acción, incidente o comportamiento que se aparte de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma”

Llama la atención que el Repertorio antes mencionado esté dirigido específicamente al sector de los servicios, pero como todo tiene una razón de ser, podría argumentarse en el crecimiento de ese sector, a partir de la tercerización económica y la tercerización laboral, pues actividades que antes se realizaban en una empresa como parte de su razón social, han sido externalizadas, en “beneficio a una mayor flexibilidad a la organización del trabajo y de la producción de bienes o servicios, con lo que la entidad se ocupa solamente de sus actividades principales de su objeto social y subcontrata las actividades de medio a fin”. (Así lo justifican los llamados tanques pensantes de la administración empresarial)

La definición es posible de utilizar para las diferentes manifestaciones estructurales de la violencia laboral, ya sea física como psicológica, con los agentes que la provocan, algunos debidos a la organización del trabajo, otros al ambiente general y particular, al uso y abuso de sustancias dañinas a la salud humana y en la mayor parte de los casos, debido a la acción de la conducta de otra persona y podría ser aplicable a otros sectores laborales, ya sean industriales, agrícolas, de las ciencias la salud y la educación[12], e igualmente al sector público como al privado.

Sin embargo deja una brecha abierta, a nuestro entender, que debe cerrarse para acorralar conductas y comportamientos que, a partir de la percepción personal y la cultura nacional, costumbre y demás elementos supraestructurales, erigidos sobre una determinada base económica, no identifiquen el fenómeno. La violencia física en relación con el uso de armas e instrumentos, así como dependiente del consumo de drogas, alcohol y otras sustancias que modifican el comportamiento de un individuo hasta convertirlo en un peligro para el resto del colectivo laboral,[13] por los resultados dañinos a la salud, deja huellas fácilmente apreciables y por tanto la prueba se consigue con mayor facilidad a la hora de demostrar sus efectos en cualquier tipo de proceso, ya sea administrativo, civil, penal, constitucional, laboral o incluso por dictamen pericial y médico.

Pero la violencia en el trabajo, en general, tiene su origen, en última instancia, en el incumplimiento por parte del empleador de su responsabilidad ante la seguridad y salud en el trabajo, permitiendo la existencia de factores psico-sociales y organizativos que constituyen riesgos en el trabajo. Un elemento distintivo de este factor de riesgo está en el uso extralimitado y abusivo del poder legítimo de dirección que posee la autoridad administrativa. La diferencia en sus manifestaciones en el lugar de trabajo está en ese "uso del poder" cuando se hace de forma organizada, controlada, de acuerdo con los reglamentos y la ley y no de manera arbitraria, excesiva y extralimitada. Provoca discriminación del afectado, o sea, es uno de los llamados motivos lesivos de la dignidad humana, ocasiona daños, tanto físicos como psicológicos que lo conduce a solicitar su baja temporal con certificación médica de incapacidad para el trabajo, que altera su salud y lo induce a la llamada “espiral del estrés”.

En cuanto a la violencia psicológica en el trabajo existen diferentes conductas en forma de coacciones y acoso psicológico, sin dejar de mencionar el maltrato, las humillaciones, el hostigamiento, para analizar este tema cotidiano del mundo actual. La generalidad de los estudiosos y creadores de la doctrina reconocen además la persecución, las amenazas, las ofensas verbales y gestuales, las intimidaciones y amedrentamiento, el silencio deliberado basado también en el aislamiento e incomunicación, la desprotección, la inequidad laboral y salarial y el acoso sexual.

---

[12] Aunque en definitivas, tanto la ciencia, la salud, la educación son considerados sectores de los servicios.

[13] No hay referencia directa a la violencia física causada por agresiones externas como son los asaltos a que se ven sometidos determinados puestos de trabajo.

La OIT identifica 7 sectores de riesgo sin dividirlos por el tipo de violencia, ya sea física o psicológica, sino por las víctimas:

1. Trabajo de cara al público (los agresores son terceros)
2. Trabajo en solitario (terceros y propios trabajadores)
3. Custodia de recursos financieros (violencia de terceros fundamentalmente)
4. Trabajo con personas con necesidades especiales de trato (ocasiona burnout y estrés, ya sea personal de la salud, trabajadores sociales y otros)
5. Trabajo en la docencia (niños y jóvenes con problemas de conducta, sujetos de violencia física fundamentalmente)
6. Sector del orden interior, prisiones, fuerzas armadas.
7. Empleados del transporte público.

Para arribar a la tipificación jurídica y evitar confusiones con otros factores psicosociales y prácticas violentas[14] en el ambiente laboral hay que entrar en los elementos integrantes de la violencia psicológica:

- Maltrato de palabra u obra, o ambos a la vez
- Se dirige contra un trabajador, un subordinado, aunque también puede ser contra otros compañeros de trabajo o incluso un superior jerárquico, pero la norma es el uso extralimitado del poder de dirección.
- Es de carácter continuado y repetitivo,
- El maltrato u hostigamiento puede ser intenso en un breve tiempo sin la repetitividad de la acción durante un tiempo prolongado que pueda causar daños irreparables a la salud.
- Como se basa en un actuar deliberado, lleva implícito el ánimo de provocar malestar, humillación y ambiente hostil a la víctima.
- Trata de desestabilizar a un trabajador y minarlo emocionalmente
- Puede conducir a actos de violencia física o psíquica en extremo.
- El trabajador casi siempre ha tenido hasta el momento un excelente desempeño o se destaca por algunas cualidades de su conducta.
- Lo habitual es que sea difícil, o casi imposible, armarse de la prueba para demostrar los hechos[15] con vistas a presentar la denuncia
- Su fin último es que el trabajador renuncie a su trabajo o en última instancia adscribir la conducta de la víctima a los intereses del acosador.

La violencia psicológica, que se conoce también como acoso moral puede aparecer desde formas sutiles y casi imperceptibles, (solamente para la víctima) hasta manifestarse en un hecho de violencia física y mental con el apoyo de varios compañeros de trabajo. Puede durar tanto tiempo cuanto la víctima sea capaz de soportar, el rechazo y menosprecio del colectivo, considerando que se trata de su imaginación hasta el abierto enfrentamiento que provoca el desequilibrio del afectado.

---

[14] Hay acoso físico, humillaciones, vejaciones, maltratos de palabra y de obra, vulneración de derechos, discriminación y sin embargo por faltarle algunos de los elementos antes mencionados deja de concebirse como "acoso moral o psicológico en el trabajo".

[15] Muchos especialistas plantean que las pruebas se dificultan porque el acosador trata de borrar sus acciones y no dejar huellas. También se producen las acciones como los llamados "delitos de soledad", cuando no hay testigos, o cuando el acosador sabe perfectamente que son testigos "mudos, ciegos y sordos" incapaces de servir en una prueba testifical. No obstante también otros especialistas señalan y entre ellos me cuento personalmente, que siempre el acosador, por el criterio de impunidad de sus actos, deja algunas huellas que pueden ser utilizadas si se utilizan debidamente, tanto documentales como "virtuales" a través de correo electrónico, una intranet, por fotografías, videos, grabaciones, etc. (Nota de la autora).

Para nosotros, como primer aspecto a señalar está el hecho de que se trata de sinónimos o aspectos de un mismo problema: vulneración de derechos, incumplimiento de deberes, alteración del ambiente de trabajo y sobre todo, un acto de discriminación.

Resumiendo, se hace una vez más necesario seguir investigando porque hay quienes consideran que la violencia en el trabajo no existe cuando la organización del trabajo responde por su cometido y está bien diseñada, porque aquellas empresas que han logrado una buena organización son ejemplos de un ambiente sano y seguro. La mejor disposición de los puestos de trabajo, la garantía de recursos financieros y materiales, la mejor formación profesional de los trabajadores no pueden evitar por si solos los riesgos organizativos, ya que influye además la conducta perversa, narcisista, prepotente, los complejos de inferioridad, la envidia y otros sentimientos negativos y carentes de toda ética y principios, que provocan daños y dejan huellas no sólo morales, sino también físicas en la salud del trabajador.

Hay factores inherentes al trabajo como son el propio diseño del entorno, del puesto de trabajo, el ajuste de la persona al entorno, la carga de trabajo, factores ergonómicos y otros muchos que influyen en las situaciones de violencia psicológica, pero también están los factores interpersonales y la seguridad en el empleo.

Al nivel social hay situaciones que cambian la conducta del ser humano, y así tenemos que con un efecto multiplicador se puede observar los resultados de las políticas neoliberales generadoras de crisis e inseguridad social, perceptibles en la desregulación, la precarización de la relación laboral, la exclusión social y la marginalización y todo esto genera violencia. Por tanto, el origen de la violencia podría catalogarse de institucional, el estado abandona al individuo, no lo protege, privilegia el pacto y diálogo social entre desiguales y tomando en cuenta que la relación laboral es una relación jurídica atípica de subordinación con el elemento de dependencia como su identificación, se provoca un resultado de abandono del trabajador a su suerte, supeditado al poder de mando y al ejercicio de la facultad arbitraria de la dirección.

A falta de normas hay principios, y los principios generalmente aceptables en declaraciones internacionales de no discriminación, igualdad de trato y oportunidades, así como de respeto a la dignidad, son derechos humanos protegidos o tutelados en las constituciones o en otras normas nacionales e incluso internacionales. Por tanto la violencia psicológica también tiene un contexto multidisciplinario, porque lo mismo puede abordarse desde el derecho penal, civil, administrativo, del constitucional y laboral.

Por último, en esta apretada síntesis hay varias cuestiones a resaltar para los objetivos que se persiguen con la Carta Sociolaboral.

1. Dificultades para el estudio de la violencia laboral, porque hay que llegar al concepto de violencia en el trabajo, conocer qué figuras son las que se incluyen dentro de la violencia psicológica. No todos los países consideran el acoso sexual como parte de la violencia psicológica, porque puede ser física y psicológica, o le dan un tratamiento aparte y no hay estadística oficial de estos riesgos, o la que existe es inadecuada o tiene diferencias de enfoques y de percepciones.
2. Dificultades para considerar la violencia psicológica como un problema social, porque es un tipo de violencia invisible e intangible, pertenece a los llamados “actos de soledad” en que fundamentalmente el acosador se vale de la vergüenza de la víctima y la insolidaridad de los testigos que no oyen, no ven, ni hablan, se produce por fallas en la comunicación, se deriva de las relaciones interpersonales y conduce a la destrucción del

ser humano y de su autoestima por su repetición y frecuencia, como proceso y progresión de actos.

3. La posición de América Latina con respecto a la violencia, que a pesar de ser un hecho generalizado, hay resistencias al reconocimiento, no es un fenómeno visualizado por todos y en algunos países se desconoce el origen.

4. No todos los gobiernos son proclives al estudio de la violencia y su conceptualización, por tanto no hay investigaciones exclusivas sobre violencia psicológica, mas bien se analiza y estudia la violencia física, donde se han identificado las profesiones peligrosas y proclives a la misma, se dedican esfuerzos al descubrimiento de la violencia intrafamiliar y doméstica, con leyes dirigidas a la protección de la mujer en el ámbito familiar porque se tratan de relaciones entre particulares, sin intervención del Estado.

En cuanto a la ley, hay soluciones en nuestra América que testimonian el hecho de que puede haber una norma específica, modificaciones en la ley laboral, atenerse a la letra de la Constitución e incluso aplicar los principios del derecho laboral.

Colombia posee una Ley específica del año 2006, Venezuela exige la responsabilidad del empleador desde la Ley de seguridad y salud del trabajo del año 2005, Bolivia ha incluido una mención al acoso laboral en la Constitución de 2007, Brasil y Argentina tienen normativas de carácter local para la administración pública.

Queda aún mucho por hacer y caminos por andar, razón por la cual este tema no puede ser ajeno a la Carta Sociolaboral Latinoamericana, que la ALAL pone a consideración del movimiento obrero.

LA CIUDADANÍA SOCIAL Y EL MUNDO DEL TRABAJO

Javier Fernando Izaguirre

Las nociones políticas de democracia y ciudadanía se encuentran indisolublemente asociadas al concepto de igualdad, de modo tal que no es posible el goce pleno de ésta sin la vigencia efectiva de aquellas y, del mismo modo, se exige el respeto al valor de la igualdad como condición necesaria para el ejercicio real de aquellas.

La superación de la sociedad estamental significó, fundamentalmente, el reconocimiento de la igualdad jurídica y política de todos los habitantes de los Estados. Sin embargo, esta igualdad no se trasladó automáticamente al campo de las relaciones de producción. La posterior incorporación de los derechos sociales a las constituciones nacionales implicó un loable pero insuficiente intento de dotar de sustancialidad a la igualdad real, imposibilitada por la intangibilidad de la propiedad privada de los medios de producción.

Se llega así a la actualidad, en que el trabajo humano se encuentra generosamente protegido por las normas laborales sólo en algunas de sus modalidades de prestación, al mismo tiempo que ha sido dejado notoriamente desamparado en otras. La jornada de trabajo, la intangibilidad de los salarios o los regímenes de prevención y reparación de accidentes laborales y enfermedad profesionales, suelen ser ejemplos de como el derecho del trabajo se ha interesado por proteger con algún grado de intensidad los intereses del trabajador. Empero, esta preocupación no se da de igual modo en cuestiones que el orden jurídico laboral atribuye con exclusividad al titular de la unidad

productiva. Es el caso de los poderes de dirección, organización y disciplinarios, materias que aparecen como de exclusiva incumbencia empresaria.

Sin embargo, la ley laboral no es la única fuente normativa de regulación del trabajo. Si se tiene presente que ese mismo trabajador es también miembro de una comunidad política, y por lo tanto, portador de los atributos de ciudadanía, no queda más que concluir que también dentro de la empresa es titular irrenunciable de las libertades públicas, de los derechos de igualdad, a ser oído, a las garantías del debido proceso, etc. En este orden de ideas, la condición de ciudadano extranjero no es un impedimento para el ejercicio de esos derechos, ya que a ese trabajador se le debe garantizar el disfrute de los derechos humanos fundamentales en sus dimensiones, sociales, económicas y políticas.

La empresa, por su parte, es el principal escenario de apropiación regulada del trabajo humano y está organizada verticalmente en base a relaciones jerárquicas no exentas de rasgos autoritarios y manifestaciones de despotismo, que resultan inadmisibles en otras esferas de la vida social.

Por ello es que el objetivo de procurar el respeto a la igualdad en el trabajo debe ser entendida sólo a partir de dotar al trabajador de mayores recursos y poder jurídico, como única forma de reequilibrar esa relación naturalmente desigual.

El derecho a la igualdad y su complementario, el derecho a la no discriminación arbitraria, tiene reconocimiento expreso en la mayoría de los textos constitucionales nacionales y en numerosos tratados internacionales de derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, (preámbulo y artículo 1º), Convención Americana de Derechos Humanos (art. 24); Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación coontra la Mujer (arts. 1, 2 , 3,4, 7, 10, entre otros); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3 y 15 entre otros); Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (arts. 3 y 7);

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 3), Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 111 sobre la Discriminación (empleo y desocupación) (art. 1º); etc.

De lo anterior no cabe más que inferir que el orden jurídico vigente le reconoce al trabajador derechos y garantías con suficiente entidad como para morigerar aquellos poderes otorgados unidireccionalmente al empleador.

En la base del principio de igualdad está el imperativo legal que impide toda diferenciación arbitraria (discriminación) en las relaciones de trabajo. Por ello es que las normas laborales han previsto distintas situaciones en las que se puede producir la discriminación que vulnera la igualdad (por ej. los imperativos de igual remuneración por igual tarea, igualdad en el acceso al empleo, igualdad de oportunidades, etc).

El mencionado Convenio OIT núm. 111 sobre no Discriminación instruye respecto a qué situaciones se deben entender como discriminatorias. Señala que *"el término discriminación comprende: a) 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"* y luego deja abierta la posibilidad de considerar otro tipo de conductas como discriminatorias cuando ellas supongan una *"distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación"*. Por último aclara que *"Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación."*

A su vez, la Declaración de OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, cuya observancia es obligatoria para todos los miembros de la Organización Internacional del Trabajo aun cuando no hayan ratificado los

respectivos Convenios, considera entre esos principios y derechos fundamentales a *"la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación"*.

Como se dijo, la expansión del derecho conquistado y recogido como norma por el Derecho del Trabajo ha encontrado su límite en los espacios donde se expresan los poderes de dirección, organización y disciplinarios, que la empresa ejerce a discreción. Éstos operan a condición de desvigorizar las garantías democráticas esenciales que hacen a los derechos de ciudadanía.

Es decir, ante el mismo factor (el trabajo), el orden jurídico laboral se posiciona de manera ambivalente, ya que regula y protege al mismo tiempo que se abstiene, y por lo tanto desampara, al sujeto trabajador que es la razón de ser de su autonomía como disciplina jurídica. Con esta contradicción han convivido desde siempre el derecho del trabajo y la realidad autocrática imperante en la empresa.

Pero como el Derecho del Trabajo es, básicamente, un derecho con vocación de igualación guiado por los principios protectorio y de progresividad, debe estar siempre orientado en un sentido progresivo y de ampliación de los márgenes de tutela efectiva hacia los intereses del trabajador.

En conclusión, si bien el orden jurídico laboral protege ciertas dimensiones en que se presta el trabajo humano, hay otros ámbitos del trabajo que continúan siendo reservados a la exclusiva discrecionalidad del empleador, consolidando de tal modo las asimetrías de poderes que caracteriza al intercambio de trabajo por salario. Enfrentando esta mirada que da preponderancia a la especialidad de la regulación, aparece la teoría del garantismo social, cuyos contenidos protectorios se caracterizan por ser más intensos, ya que no sólo ensanchan el campo de los derechos exigibles por parte del trabajador, sino que además ponen límites a los abusos de los poderes público y privado en su contra.

Entonces, para mejorar las condiciones de vida del dador de trabajo dentro del perímetro de la empresa no es imprescindible obtener nuevas leyes laborales. Las leyes sociales con rango constitucional y los derechos humanos fundamentales son normas operativas y autoaplicables, cuyo eficacia es plenamente exigible, aunque, por supuesto, es deseable que, como método idóneo para acortar la distancia existente entre la proclamación constitucional y la vigencia real de esos derechos, se los dote de mecanismos apropiados de ejecutoriedad.

Como la centralidad del trabajo continua siendo el eje vertebrador de la vida social y económica moderna, la real vigencia de los derechos de ciudadanía deben incluir el factor trabajo, y a partir de allí garantizarse el ejercicio de los derechos fundamentales. En eso consiste, en definitiva, la concepción de ciudadanía social, entendiéndose por ésta, a los atributos reconocidos a todas las personas a partir de los principios, garantías y derechos fundamentales institucionalizados por los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con independencia de su nacionalidad o condición económica o productiva.

3. DERECHO A LA VERDAD, Y DE INFORMACIÓN Y CONSULTA, EN TODOS LOS TEMAS RELATIVOS A LA VIDA DE LA EMPRESA QUE PUEDAN AFECTAR A LOS TRABAJADORES

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

David Duarte

La participación colectiva de los trabajadores en la vida interna de la empresa es esencial para que las relaciones dentro de ella resulten democráticas, y para ello el empresario debe dar toda la información con que cuente a los trabajadores, pues estos también pueden verse afectados por la toma de decisiones que se vinculen con la afectación concreta a los trabajadores, no sólo en el mantenimiento de la fuente de trabajo sino también en las posibilidades de reclamar mejoras en las condiciones de trabajo cuando se adviertan un incremento considerable de la productividad y ganancia empresaria, impacto tecnológico, capacitación y formación, etc.. El fenómeno de la evasión fiscal, las formas de contratación precaria, de elusión de la norma protectoria a través de mecanismos fraudulentos, como la falsa, insuficiente o ninguna registración, son todas formas de faltar a la verdad y dan cuentan no sólo de una situación irregular respecto de las leyes impositivas sino también, laborales y previsionales. Luego resulta imposible el diálogo social que se pregona sino hay información fidedigna, porque siempre habrá algún punto del que no se puede hablar. La transparencia en el funcionamiento de las actividades empresarias en la que se involucra la vida del trabajador expresaría también una relación decente, en palabras de la OIT, el trabajo decente debe tener también una formulación en acciones concretas como sería el compromiso de la empresa de dar a conocer a los directos y verdaderos interesados, los trabajadores, de la situación económica de la empresa.

El poder empresario se resiste a dar este tipo de información pues se escuda en la confidencialidad frente a la competencia, pero esta confidencialidad no deba ser tal que termine siendo un pacto de silencio mafioso para eludir la ley, que en el derecho del trabajo es siempre el instrumento protectorio. Los llamados Código de Conducta Empresaria parecen ser una de las respuestas en las actuales condiciones en que se pregona desde sectores empresarios una fuerte desregulación de la norma laboral y la sustitución de éstas normas mínimas por ese “Código”. Estos “Códigos no son más que la consolidación del pensamiento neoliberal, como si se tratara de pacto entre caballeros, cuando se trata de la explotación del hombre por el hombre, con el sólo objetivo de maximizar las ganancias a expensas del maltrato al ser humano que trabaja. El Código de Conducta es un medio que tiene por objetivo una relación leal entre las empresas, y es utilizado al ser humano que trabaja como una justificación para mostrar al otro las protecciones mínimas exigidas por esos “Códigos”, cuyo objetivo se relacionan con el mercado de competencia entre quienes invierten capitales y no con las protección del más débil de la relación, el ser humano que pone en riesgo su cuerpo, su salud, su vida. No puede pensarse en la existencia de una sociedad que solamente se preocupe del mercado competitivo con una pretendida igualdad de condiciones entre quienes ponen en juego sus bienes materiales. Los valores humanos que se ponen en juego cuando existe una relación laboral son de otra dimensión, no tiene que ver con el capital y sus reglas, sino con aquél que compromete su integridad psicofísica y la necesaria protección desde el punto de vista de los derechos inherentes a la persona.

Antes de hablar de derecho a la información debemos saber que la información es su carácter instrumental, es decir un medio o instrumento a fin de poder ejercer otros derechos, pues sin una información adecuada se tornaría ilusoria la posibilidad de realización de derechos concretos de los trabajadores. La información tiene un valor propio y un valor instrumental porque puede ser utilizada para el ejercicio de otros derechos. La información es necesaria para el contralor de los poderes públicos, de las empresas o de los grupos económicos. El derecho al acceso a la información es la exigencia de socialización de la información y por ende juega como límite a la exclusividad o al secreto de la información.

Para ello se hace indispensable definir, en el campo de información, cuál es la que deben suministrar y quienes son los sujetos obligados a darla. Los derechos económicos

y sociales surgidos de los instrumentos internacionales que consagran los Derechos Humanos consagran estos derechos como Derechos Fundamentales que evolucionaron de aquellos derechos individuales de la revolución francesa plasmaron en la mayoría de las Constitucionales liberales del siglo diecinueve. El derecho a la información es una evolución del derecho de la libertad de expresión, por eso se debe asumir el carácter de bien público, social o colectivo de ese derecho. Es una forma de autorrealización del control individual y colectivo institucional tanto frente a las autoridades públicas como frente a los particulares cuya situación de poder o posición preponderante en la sociedad condiciona o determina las conductas de otros particulares y afectan bienes que requieren protección como la vida, la salud, el trabajo, etc. Así como la publicidad de los actos de gobierno es esencial y caracteriza a los sistemas republicanos y democráticos de gobierno, también lo debe ser de aquellos que tienen poder económico dentro de la sociedad y con sus actos condicionan a quienes se encuentran en su órbita al punto de afectar aquéllos bienes que mencionamos. Por esa razón decíamos que el derecho a la información debemos ubicarla dentro de las forma de democratizar las relaciones de poder que se ubican en el seno de la empresa.

El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, la llamada «Carta de Turín» de 1961. Aprobado en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988, contiene varios derechos, por ejemplo el «derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razón de sexo» (art. 1); sobre «derecho a información y consulta» (art. 2), sobre «derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral» (art. 3) y sobre «derecho a protección social de las personas ancianas» (art. 4). Como se ve hay derechos vinculados con el derecho a la información, a su vez la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) en su artículo 11 prevé la Libertad de expresión y de información. Así es que expresa que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. En su art. 27 reconoce el Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa Se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales.

La Directiva 2002/14/CE1 establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Consolida el principio de información y consulta de los trabajadores, complementando otras Directivas comunitarias en este ámbito y colmando una serie de lagunas de las legislaciones y las prácticas nacionales. Por tanto, desempeña un papel clave en la promoción del diálogo social y de relaciones de confianza en las empresas y los centros de trabajo, lo cual es fundamental para garantizar un entorno laboral favorable a la innovación, la previsión y la adaptación, en aras tanto de los empresarios como de los empleados. A tal fin, la Directiva establece unos requisitos mínimos sobre los principios, las definiciones y las modalidades de información y consulta de los empleados en las empresas. Habida cuenta de las distintas situaciones y prácticas nacionales en el ámbito de las relaciones laborales en la Unión, los Estados miembros disfrutan de una gran flexibilidad por lo que se refiere a la aplicación de los conceptos clave de la Directiva (como «representantes de los trabajadores», «empresario», «trabajador», etc.) y las modalidades de información y consulta. La Directiva reconoce plenamente el importante papel de los interlocutores sociales a este respecto. Directiva 2009/38/ce del Parlamento Europeo y del Consejo del de 6 de mayo de 2009 sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria da cuenta de la necesidad de establecer pautas internacionales

sean regionales a fin de adaptarse a la realidad transnacional de las empresas. Conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 94/45/CE, la Comisión, en consulta con los Estados miembros y los interlocutores sociales a nivel europeo, revisó las modalidades de aplicación de la misma y estudiado la situación de las empresas. Sin embargo en la actualidad el funcionamiento del mercado interior lleva aparejado un proceso de concentraciones de empresas, fusiones transfronterizas, absorciones y asociaciones y, en consecuencia, una transnacionalización de las empresas y grupos de empresas. Con objeto de asegurar que las actividades económicas se desarrollen de forma armoniosa, señalaron que es preciso que las empresas y grupos de empresas que trabajen en varios Estados miembros informen y consulten a los representantes de los trabajadores afectados por sus decisiones (punto 10). Los procedimientos de información y consulta a los trabajadores previstos en las legislaciones o prácticas de los Estados miembros no se adaptan con frecuencia a la estructura transnacional de la entidad que adopta la decisión que afecta a dichos trabajadores. Esta situación puede dar lugar a un trato desigual de los trabajadores afectados por las decisiones dentro de una misma empresa o de un mismo grupo de empresas.

Entre otras medidas se precisaron los conceptos de “información y consulta”. Entendieron al término «información» teniendo en cuenta el objetivo de un examen adecuado por los representantes de los trabajadores, lo que implica que la información se efectúe en un momento, de una manera y con un contenido apropiado, sin que ello retrase el proceso de toma de decisiones en las empresas. ES 16.5.2009 Diario Oficial de la Unión Europea L 122/29 y al término «consulta» debe definirse teniendo en cuenta el objetivo de posibilitar la emisión de un dictamen que sea útil para el proceso de toma de decisiones, lo que implica que la consulta se efectúe en un momento, de una manera y con un contenido apropiados. Asimismo que las disposiciones de la presente Directiva sobre información y consulta a los trabajadores deben ser aplicadas, en el caso de una empresa o de una empresa que ejerza el control de un grupo cuya dirección central esté situada fuera del territorio de los Estados miembros, por su representante en un Estado miembro, designado en su caso, o, en ausencia de dicho representante, por el establecimiento o empresa controlada que tenga el mayor número de trabajadores en los Estados miembros. La responsabilidad de una empresa o un grupo de empresas en la transmisión de la información necesaria para la apertura de negociaciones debe precisarse de manera que los trabajadores puedan determinar si la empresa o el grupo de empresas donde trabajan son de dimensión comunitaria y emprender los contactos necesarios para formular una solicitud de apertura de negociaciones.

En concreto, dicho protocolo puede servir de guía para una carta social latinoamericana como pauta y orientación, abierta al debate, recordamos que dicho protocolo prevé: «Art. 2. Derecho a información y consulta. «1. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la información y consulta dentro de la empresa, las Partes se comprometen a tomar o promover medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales: «a) Ser informados periódica y oportunamente, y en manera comprensible, de la situación económica y financiera de la empresa que les da empleo, quedando entendido que podrá denegarse la divulgación de ciertas informaciones que puedan perjudicar a la empresa o exigirse que se mantengan confidenciales y «b) ser consultados a su debido tiempo acerca de las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores y, en particular, acerca de las que puedan tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa. «2. Las partes podrán excluir del alcance del párrafo 1 del presente artículo a aquellas empresas que empleen a un número de trabajadores inferior a un mínimo determinado por la legislación o la práctica nacionales». Por lo demás, el derecho referido deberá

aplicarse a través de «medidas legislativas o reglamentarias» y «convenios celebrados entre los empleadores u organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores» (art. 7 del Protocolo).

LA DEMOCRACIA INDUSTRIAL

Antonio Loffredo

I. Introducción

El derecho de información, correcta y completa, sobre la vida de la empresa es, sin lugar a dudas, un elemento que contribuye de forma decisiva a garantizar una confrontación leal entre empresarios y trabajadores por muchas razones; entre ellas destaca que este derecho, ya garantizado de forma más o menos amplia en muchos ordenamientos, constituye uno de los pilares de la que se ha ido llamando, en los años ’70, la “democracia industrial”. El intento de trasladar al ámbito de la empresa, institución en la que más claramente se expresa el poder de un individuo libre sobre otro, la forma democrática de gobernar el Estado, lleva consigo también una transformación de la mirada hacia la clase trabajadora: nunca más considerada como una masa de meros prestadores de una actividad psicofísica, sino como verdaderos ciudadanos en la empresa.

Por mucho tiempo, algunas tradiciones sindicales han visto con recelo la posibilidad de “participar” de alguna forma en la gestión de la empresa; este “miedo”, que ha caracterizado por ejemplo a los sindicatos de los países del sur de Europa, encuentra una sencilla explicación en la voluntad de no abandonar la forma típica, y posiblemente más eficaz, de actuación sindical: el conflicto y, en concreto, la huelga. Sin embargo, las transformaciones organizativas de las empresas modernas han obligado a los sindicatos a repensar sus posturas clásicas y a buscar nuevas respuestas a las diferentes preguntas que ha traído consigo la modernidad.

De manera especial, resulta hoy muy urgente encontrar una respuesta sindical transnacional frente a la transnacionalización de las empresas. Es bien sabido que el fenómeno de la globalización de las empresas ha llevado consigo nuevos métodos de gestión y organización; los procesos de fusión y concentración empresariales han puesto en seria dificultad la actividad de los sindicatos, desde siempre centrada en la realidad nacional. Ahora, también en esta realidad y desde hace mucho tiempo, las organizaciones sindicales han mostrado unas dificultades de reacción hacia las nuevas formas económicas empresariales que deben afrontar.

Por todas estas razones, actualmente una acción sindical, e incluso una negociación colectiva, exclusivamente limitada al ámbito nacional puede significar la pérdida de una parte importante del espacio de negociación para los sindicatos. Así, una de las finalidades que se pueden conseguir con el reconocimiento del derecho de información y consulta es la individualización de la responsabilidad de gestión y política de las decisiones que afectan territorios en los que la autoridad política tradicional tiene cada vez más dificultad a incidir; y, en consecuencia, el máximo acercamiento posible de los representantes de los trabajadores al lugar donde, de hecho, vienen adoptadas las decisiones, sea a nivel nacional o global, facilitando también el nacimiento de nuevas unidades de negociación.

Además, y mirando esta vez la cuestión desde otra perspectiva, no se puede negar que incluso la mejora de la competitividad de las propias empresas modernas, petición constante por parte de todas las patronales, puede pasar a través de la definición de un sistema de "fidelización", cada vez mas participativo y cualificado de los trabajadores en la vida de la empresa.

Estos constituyen sólo algunos de los argumentos que están llevando hacia la superación de la contraposición entre los dos prevalentes modelos sindicales: el conflictivo y el participativo[16], intentando reunir las dos posturas en una actividad que no quiere posponer la idea de conflicto (fisiológica en cualquier relación laboral), sino que tiene el objetivo de resituar el conflicto entre las partes para que se desarrolle cuando sea necesario y, posiblemente, en paridad de armas.

Para poder llegar a un resultado de este tipo es necesario el fortalecimiento de las relaciones sindicales basadas en el reconocimiento de los derechos sindicales "procedimentales" funcionales a la implicación y co-responsabilización del sindicato en la vida de la empresa; la predisposición de procedimientos, o la institución de organismos, que sean idóneos para garantizar la efectiva participación de los trabajadores en las decisiones empresariales; en una palabra, la expansión del llamado fenómeno de la procedimentalización de los poderes del empresario.

No puede ser casual, entonces, que el derecho de información y consulta constituya un verdadero pilar del modelo sindical de la Unión Europea, visto que ha sido expresamente garantizado en el art. 27 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y desarrollado en muchas Directivas que ya desde los años '70 se han venido aprobando con la finalidad de evitar el "dumping social". La idea de fondo es que los procesos de reestructuración de las empresas y la situación de crisis, como por ejemplo los procedimientos de despidos colectivos, no se pueden afrontar sin la implicación de los sindicatos en el nivel empresarial.

En este sentido, es útil efectuar una distinción entre algunas de las diversas formas posibles de participación. Se puede, así, individuar un primer tipo de participación "débil" consistente en el reconocimiento de derechos de carácter estable de información y consulta a los trabajadores, una participación entendida en sentido conflictivo y, por esto, no como alternativa a la negociación; un segundo tipo "fuerte" que, a su vez, se divide en participación "fuerte externa", en que un órgano compuesto por representantes de los

[16] WEDDERBURN, W.: "Consultation and collective bargaining in Europe: success or ideology?", ILJ, 1997, vol. 26, n. 1 marzo, p. 7.

trabajadores se encarga de vigilar la actuación del Consejo de Administración; y en participación "fuerte interna" que prevé la presencia de los representantes de los trabajadores en el interior del órgano de administración de la empresa.

II. Ámbito de aplicación, contenido y garantías del derecho

El ámbito de aplicación del derecho de información y consulta debe ser, por su propia naturaleza y finalidad, el más extenso posible, abarcando por lo tanto el sector privado como y, con más razón, el público, puesto que las administraciones públicas gestionan el dinero de los ciudadanos y están aun más obligadas a ser transparentes e imparciales en su actuación política y administrativa.

La información debe ser proporcionada por parte del empresario a los representantes de los trabajadores en tiempo útil y con modalidades y contenido que garanticen la eficacia de la misma, o sea de tal forma que pueda permitir a los representantes sindicales examinar atentamente la información recibida y preparar la consulta.

Los posibles temas objeto de información por parte del empresario son todos aquéllos que tienen que ver, de forma más o menos directa, con la vida de los trabajadores. Por esto, y a título ejemplificativo, entre ellos no pueden faltar: la evolución reciente y previsible de la actividad de la empresa, y su situación económica; la situación, la estructura y la previsible evolución del empleo en la empresa; la intención de efectuar despidos colectivos o una transmisión de la empresa, cualquiera que sea el título jurídico de la transmisión; en caso de crisis y de reducción del personal, las medidas que se pretenden adoptar, incluidas las que tengan que ver con proyectos formativos y de mejora de la profesionalidad de los trabajadores; las decisiones de la empresa que puedan repercutirse sensiblemente en la organización del trabajo o, de cualquier forma, en los contratos de trabajo.

En cualquier caso, el concepto del derecho a la verdad no refleja sólo un contenido muy amplio sino que tiene un alcance mucho más extendido visto que pide que las relaciones laborales entre empresario y trabajadores (y sus representantes) se desarrollen basándose en la lealtad, la transparencia y la honestidad.

Es preciso subrayar que estos derechos pueden adquirir una efectividad real si, después del momento de la información, se consigue dar la relevancia justa a los procesos de consultas de los representantes de los trabajadores. De hecho, el sindicato puede pedir ser consultado, iniciando una negociación colectiva con el fin de acordar soluciones que permitan gestionar la situación de crisis, garantizando el mayor número de puestos de trabajo o adoptando planes sociales para afrontar los efectos de la decisión de la empresa. Naturalmente el empresario no pierde la posibilidad de ejercer sus poderes, pero no los puede ejercitar sin antes confrontarse con los representantes de los trabajadores.

Por esta razón, la consulta que puede seguir a la información proporcionada por el empresario tiene que desarrollarse con modalidades, de tiempo y contenido, adecuadas para la consecución de la finalidad perseguida. Además, la consulta debe ser realizada en los niveles adecuados de la dirección de la empresa y de los representantes de los trabajadores; esta especificación resulta muy relevante sobre todo por lo que afecta a las empresas transnacionales o a los grupos de empresas. Como ha aclarado el Tribunal de justicia de la Unión Europea[17], los representantes de los trabajadores tienen derecho de recibir la información y a reunirse con la empresa (o su organismo) que es el que tiene realmente la capacidad y responsabilidad de tomar la decisión en cuestión. La necesidad

[17] Sentencia *Bofrost*, Tribunal de Justicia de la Uniòn Europea, 29 marzo 2001, C-62/99.

de discutir la decisión de la empresa con las personas responsables deriva también de la finalidad última de la consulta, que es la búsqueda de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, lo cual obliga a las partes a negociar de buena fe.

Este derecho, para que sea garantizado de forma concreta, tiene que ser tutelado a través, al menos, de dos instrumentos. El primero consiste en la previsión de sanciones eficaces a cargo de las empresas que no hayan garantizado el derecho de información y consulta, o que no lo hayan hecho con la modalidad adecuada. A pesar de la naturaleza de las sanciones (administrativas, civiles o penales), es importante que las sanciones sean lo suficientemente contundentes como para desincentivar la opción de los empresarios que puedan preferir una sanción a la garantía del derecho de información y consulta.

El segundo instrumento, y posiblemente el más importante, es una garantía de tipo procesal: los representantes de los trabajadores deben poder recurrir a la autoridad judicial a través de un procedimiento de urgencia que permita al juez intervenir rápidamente, exigiendo al empresario el respeto de las obligaciones de la ley y tutelando, así, el derecho de "forma real". Así, en caso de que el juez, obtenidas informaciones sumarias, tenga la impresión de la existencia de un *fumus boni juris* de la petición de los representantes de los trabajadores, podrá con un decreto urgente obligar al empresario a suspender su "conducta antisindical" y a volver al *status quo ante*, garantizando un derecho que tiene sentido solamente en la medida en que se desarrolle con el tiempo y las modalidades adecuadas. Está claro que contra de un decreto como éste tiene que existir la posibilidad para la parte interesada de recurrir a través de un procedimiento con "conocimiento completo" por parte del Tribunal.

4. DERECHO A UN EMPLEO ESTABLE, Y PROHIBICIÓN Y NULIDAD DEL DESPIDO ARBITRARIO O SIN CAUSA

EL TRABAJO ESTABLE COMO CONDICIÓN DE CIUDADANÍA

Joaquín Pérez Rey

1. La estabilidad en el empleo: mucho más que el mantenimiento del puesto de trabajo

La relación de trabajo debe durar lo máximo posible. Los ordenamientos laborales han sido fieles a esta idea al menos una vez que se superaron los viejos dogmas liberales. Elementos clásicos de la regulación laboral como la preferencia por el contrato indefinido, la novación modificativa, la suspensión e interrupción del contrato se ponen preferentemente al servicio de garantizar la mayor extensión posible de la relación de trabajo en el tiempo, evitando, si se puede, la concurrencia de elementos impeditivos de la continuidad del vínculo y optando generalmente por soluciones favorables a su mantenimiento.

En realidad esta clásica configuración de la relación de trabajo y su régimen jurídico, no supone una novedad en exceso significativa con respecto a sus antecedentes civiles, pudiendo ser configurada como una vertiente especialmente cualificada del principio de conservación del negocio. El contrato de trabajo, como relación jurídica de duración, se extiende lo máximo posible en el tiempo y el ordenamiento entero se

interpreta a favor de la continuidad del vínculo, consiguiéndose con ello el mantenimiento del puesto de trabajo y, por tanto, el sostenimiento de los ingresos del trabajador, lo que constituye, en las sociedades basadas en el trabajo, un valor digno de protección jurídica.

Sin embargo, esta forma de razonamiento, lastrada por el esquema civil y fuertemente aséptica, no consigue dar cuenta de la importancia que en el intercambio de trabajo por salario tiene la permanencia de la relación laboral. No en vano, el pensamiento iuslaboral reservará una denominación específica para esta circunstancia: la estabilidad en el empleo y elavará su contenido a la categoría de principio inspirador del conjunto del ordenamiento laboral. El principio de estabilidad en el empleo constiuirá así una emanación del valor de la seguridad material caracterizador del constitucionalismo social e, incluso, empezará a ser considerado en términos de derecho subjetivo o, en las construcciones más entusiastas, dará el salto al derecho patrimonial para hablar del trabajador como propietario de su puesto de trabajo.

Naturalmente que la estabilidad en el empleo se pone al servicio del mantenimiento del puesto de trabajo y pretende procurar al trabajador, mediante técnicas diversas, la seguridad de poder seguir percibiendo los ingresos derivados de su trabajo y poder planificar así su vida y la de su familia. Pero la estabilidad va mucho más allá de procurar la seguridad del ingreso vital, se inserta en una perspectiva política y democratizadora de las relaciones de trabajo desde la que impulsa con fuerza y determinación la ciudadanía en la empresa. Es esta dimensión seguramente la que la convierte en un elemento imprescindible para el Derecho del Trabajo, a la vez que explica los furibundos ataques (políticos, económicos y jurídicos, si es que es dable distinguir entre estas dimensiones) de los que la estabilidad es objeto al menos desde mediados de los años 70 en adelante.

Fácilmente ha de comprenderse esta dimensión política de la estabilidad en el empleo. En una relación jurídica presidida por la subordinación y que da por supuesta la posibilidad empresarial de valerse del poder de dirección y sus correlatos (poder de control, vigilancia y disciplinario), el ejercicio de los derechos laborales puede quedar seriamente comprometido si aquellos poderes no cuentan con límites rigurosos y, muy especialmente, con restricciones que impidan la extinción arbitraria del contrato de trabajo como acto de represalia empresarial. En este sentido la estabilidad en el empleo no sólo mantiene el vínculo laboral si no se produce ningún elemento impeditivo digno de ser aceptado, también se convierte en la condición para el ejercicio pleno del conjunto de derechos laborales, desde la libertad sindical a la huelga, desde la libertad de expresión al derecho a la intimidad. En otros términos, la estabilidad en el empleo es una garantía irrenunciable para asegurar el estatus de ciudadanía del trabajador en la empresa. No basta con reconocer que el trabajador tiene derecho a ser ciudadano fuera y dentro de la empresa, es preciso evitar al mismo tiempo que el ejercicio de estos derechos únicamente pueda ser llevado a cabo desde posturas heroicas, asumiendo el riesgo de perder el empleo. Tan sólo en un marco donde la estabilidad en el empleo impida usar el trabajo como moneda de cambio, podemos hablar con propiedad del trabajador-ciudadano.

De ahí que la estabilidad haya dejado de ser un mero precipitado de principios de interpretación contractual y se haya erigido como integrante del contenido esencial de unos de los derechos estrella del constitucionalismo social: el derecho al trabajo, que ha tenido en el principio de estabilidad en el empleo quizá su desarrollo más fructífero.

Y de ahí también que sean tan decisivos los instrumentos de la estabilidad, el utillaje puesto al servicio del mantenimiento del empleo y que puede resumirse en dos instituciones capitales sin las cuales a duras penas podría hablarse de la existencia de dicho principio.

2. Los instrumentos de la estabilidad: La preferencia por la contratación indefinida

En primer término la estabilidad exige que a través de pactos contractuales relativos a la duración de la relación laboral no se pueda limitar o parcelar artificialmente la extensión temporal del contrato, otorgando al empresario continuas y recurrentes posibilidades extintivas amparadas sin más en términos o condiciones de origen contractual. La necesidad de que exista una correspondencia objetiva entra la naturaleza de las tareas a acometer por el trabajador y la duración del contrato es un elemento decisivo, como lo es el hecho de que la contratación temporal u otras fórmulas de contratación atípica no se constituyan en mecanismo de política de empleo, pues, como demuestran muchas experiencias nacionales, no sólo son ineficaces para reducir el desempleo, sino que además provocan un efecto precarizador inadmisible que condena a gran parte de los trabajadores a ser pasto de la rotación laboral, la siniestralidad y la falta de cualificación, al mismo tiempo que condena a las empresas a la perdida de competitividad derivada de esta misma falta de pericia laboral característica del trabajador temporal y, finalmente, tiene hondas repercusiones económicas derivadas de la imposibilidad de acometer inversiones a medio y largo plazo por parte de los trabajadores sumidos en la precariedad. La necesidad de erigir el contrato indefinido como vía preferente de asunción laboral y de poner límites a los mecanismos de sucesión o concatenación contractual, a la vez que se descarta que la política de empleo transite por la vía de la precariedad laboral es la primera exigencia de la estabilidad en el empleo. Presupuesto de la estabilidad en el empleo que adquiere una importancia capital, una vez que la práctica de nuestras legislaciones laborales ha demostrado que, en muchas ocasiones, la contratación atípica ha constituido el valuarte de la flexibilización de la relaciones laborales, dejando formalmente intacta, en un ejercicio de hipocresía, la protección frente al despido, que constituye el otro elemento clave de la estabilidad.

3. Los instrumentos de la estabilidad: La protección frente al despido

La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario requiere, en un régimen democrático de relaciones laborales, quedar limitada en aras también a la consecución de la estabilidad en el empleo.

Y requiere ser limitada en primer lugar porque constituye un acto de violencia privada que no sólo priva al trabajador de ser tal, sino que afecta también a su condición de ciudadano condenándole a un estado de disminución de derechos, desde el momento en que en nuestras sociedades es el trabajo el principal de los vehículos para el disfrute de la ciudadanía (BAYLOS). La democracia no puede renunciar a controlar este poder privado, permitiendo que el mismo se configure de forma arbitraria y, por ende, de manera incompatible con la dignidad humana, pues, como nos enseñó SIMONE WEIL, esa incompatibilidad se produce cuando el trabajador es consciente de que la elección del que van a despedir puede ser arbitraria, lo que condena, entonces, mucho más que a obedecer, obliga también a no desagradar.

Esta triple afectación que el despido arbitrario tiene para el mantenimiento del puesto de trabajo, el disfrute de la ciudadanía y la posición del trabajador en la empresa, ha hecho que el mismo deba ser objeto de rechazo y se erijan derechos destinados a evitarlo. Hasta el punto de que puede hablarse de un cierto modelo internacional de trabajo protegido que tiene en el Convenio 158 de la OIT un referente clave, así como en el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Este modelo de protección frente al despido se basa en tres elementos capitales estrechamente relacionados: el despido ha de ser causal, ha de tener una proyección formal y ha de poder ser revisado a instancias del trabajador por un organismo imparcial. Sólo con una causa justificada puede el empresario dar por concluido unilateralmente el contrato de trabajo, advirtiendo de la misma al trabajador mediante el cauce formal oportuno, que permitirá a éste articular una defensa apropiada y acudir a un juez u otro

órgano imparcial para que revise la causa esgrimida por el empresario para dar por concluida la relación de trabajo.

Se proclama, entonces, la ineficacia del despido arbitrario y aunque sea preciso reconocer que no siempre los textos legales extraen de esta ineficacia la necesidad de reinstalar al trabajador en su puesto de trabajo, lo cierto es sólo esta última solución parece satisfacer el derecho al trabajo y los requerimientos derivados de la estabilidad en el empleo.

La monetización del despido injustificado, su tratamiento exclusivamente desde la vertiente patrimonial, acaba por desnaturalizar la protección que se otorga al trabajador, convirtiendo los límites al despido en un simulacro y el contrato de trabajo en un instrumento libremente rescindible a cambio de precio: el precio de la arrogancia del poder (ROMAGNOLI). Por este motivo los ordenamientos laborales deben transitar por la vía de no conceder eficacia alguna al despido sin causa, procurando la readmisión del trabajador a través de eficaces sistemas de ejecución que consigan desde el plano adjetivo continuar con las solemnes declaraciones de fondo. La readmisión obligatoria del trabajador es, por tanto, la solución natural al despido injustificado y su previsión es en todo caso insoslayable cuando el despido del trabajador incide en su patrimonio jurídico más elemental, esto es, en sus derechos fundamentales o cuando la extinción empresarial del contrato se produce en abierto desprecio al derecho al trabajo, prescindiendo de la más elemental de las justificaciones causales o prescindiendo de la forma como acto de exteriorización del despido. En todas estas hipótesis la única salida respetuosa con la garantía de los derechos fundamentales del trabajador, es la que conduce a la continuidad del contrato de trabajo mediante la readmisión del trabajador. A esta consecuencia fundamental habrá que sumar, además, la reparación de los daños originados por un uso tan desviado y grave del poder empresarial, sin que, en ningún caso, dicha reparación pueda sustituir la condena a la readmisión.

Merece la pena advertir, adicionalmente, que incluso cuando las respuestas al despido injustificado sean meramente patrimoniales en términos de estabilidad obligatoria y no real, las indemnizaciones previstas han de ser suficientemente disuasorias y deben responder tanto al daño que al trabajador causa la pérdida de su trabajo, como a sancionar al empresario por su conducta antijurídica. No es lógico, y se opone frontalmente a las exigencias derivadas del derecho al trabajo, socializar las consecuencias patrimoniales del despido injustificado, bien sea a través de la creación de fondos o mecanismos de capitalización *ad hoc*, bien sea recurriendo a la protección social, tal como propugna el modelo de flexiseguridad que se impulsa desde las instituciones de la UE. No es tolerable, en otras palabras, que el autoritarismo patronal sea objeto de apoyo público y se financie con los impuestos de los ciudadanos que, en ocasiones y de forma siniestra, vendrían a financiar sus propios despidos.

El valor de la estabilidad y de los instrumentos de los que se vale son clave en la relación de trabajo y están muy lejos de ser una configuración contingente o coyuntural del Derecho del Trabajo de la industrialización, como se afana en hacer ver cierto pensamiento determinista. Antes al contrario, se hace preciso insistir en la recuperación de la estabilidad, muy perjudicada, por lo general, tras años de concesiones a las políticas neoliberales. La puesta al día de este principio, la recuperación del discurso de los derechos sociales como respuesta a la crisis, constituye un empeño del que no cabe abdicar y que debe ser impulsado en el ámbito global, y en este sentido la apelación al Convenio 158 OIT y la presión a los Estados, que aún no lo han hecho, para que lo ratifiquen puede ser un primer e importante paso. Pues se trata también de evitar que las inversiones a escala mundial se orienten tomando como variables el índice de protección laboral en general y de protección frente al despido en particular.

Es este el objetivo que Latinoamérica y el resto de pueblos deben afanarse en lograr, alentando con decisión la plenitud de derechos para los trabajadores, lo que

únicamente es posible en el marco de la estabilidad en el trabajo, pues de otro forma el trabajador se convierte en un esclavo moderno, sufriendo una *capitis deminutio*, que no sólo a él le afecta, sino también a sus organizaciones cuya capacidad de actuación en la empresa y los centros de trabajo se ve claramente demediada cuando predomina la precariedad en las relaciones laborales. Un movimiento obrero fuerte y con capacidad para representar a los trabajadores en los escenarios de la producción, exige que las condiciones de trabajo no queden definidas por el autoritarismo y la represalia como elementos comunes. No se puede olvidar, entonces, que buena parte del discurso estigmatizador de la estabilidad es, en realidad, y aun cuando se oculte bajo el paraguas de la superación del modelo productivo industrial, una elaboración con fuertes derivaciones antisindicales, que se dirige a debilitar al sindicato apartándolo del centro de trabajo con la intención de convertir éste en un territorio feudal.

Reformular el Derecho del Trabajo desde la clave de la estabilidad, incluso en época de crisis, es un compromiso democrático fuerte para evitar precisamente que la democracia no sea más que una santa en un altar de la que ya no se esperan milagros, entre otras cosas porque está secuestrada, condicionada y amputada, como supo hacernos ver ese maestro ya añorado que recién se fue: JOSÉ SARAMAGO. Sirvan también estas líneas de modesto homenaje al genial autor de *El año de la muerte de Ricardo Reis*.

5. DERECHO A UN TRABAJO DIGNO Y DE CALIDAD QUE, COMO MÍNIMO, RESPONDA A LAS PAUTAS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

DERECHO A UN TRABAJO DECENTE Y LA DIGNIDAD DE LOS NADIE

Francisco Trillo Párraga

I. Un apunte introductorio

El trabajo *decente presenta* una relación inescindible con uno de los derechos humanos más destacados como es la dignidad humana. La importancia de esta relación reside, en última instancia, en el concepto de persona resultante del intersticio entre dignidad humana y *trabajo decente*. Esto es, la *persona trabajadora* como concepto sociopolítico que expresa la configuración de la denominada sociedad capitalista, donde el acceso a la ciudadanía y, por tanto, a la propia dignidad humana aparecen condicionados por la posición que ocupan sus integrantes en relación al intercambio entre trabajo y salario. A este respecto, la dignidad de la persona trabajadora hace referencia a un *status* que cumple una doble función. Por un lado, consiente un determinado desarrollo –más o menos libre- del individuo; por otro, perfila y llena de contenido los valores de la sociedad en la que la persona interactúa a través fundamentalmente de su participación en los asuntos públicos. Por tanto, la dignidad de la persona trabajadora mantiene una doble dialéctica que se dirime entre la esfera de intimidad de la persona y el espacio público en la que ésta se inserta a través del trabajo. Sin embargo, este concepto de dignidad, el de la persona trabajadora, aparece con mucha frecuencia negado en los diversos ordenamientos jurídicos, produciendo como consecuencia directa la invisibilidad de la dignidad de los trabajadores[18].

El concepto político de *trabajo decente* refuerza esta idea de la dignidad de la persona trabajadora, ya que identifica a ésta con el sujeto social de atribución de un conjunto de derechos y deberes, a través de los cuales se verifica la dignidad de la persona y la condición de ciudadano. Un ejemplo de esta doble vertiente de la dignidad humana se expresa nítidamente en la situación actual de escasa participación política y sindical como consecuencia de una precariedad social que encuentra su principal causa en las condiciones materiales en las que la persona presta trabajo[19].

En suma, el *trabajo decente* resulta la plataforma ideal desde la que trabar el par dignidad humana/trabajador con el objetivo último de dotar a la persona trabajadora de la autonomía necesaria para "poder desarrollar sus propios planes de vida", cuyo centro gravitacional se sitúa en las necesidades no satisfechas que impedirían tal finalidad[20]. El *trabajo decente* constituye, pues, el valor sobre el que se debe asentar la construcción de una *igual libertad de todas las personas,* que tome como referencia el contexto social, político y económico en la que se encuentra la persona[21], para con ello no incurrir en regulaciones jurídicas que parten de un presupuesto ficticio, o de autoritarismos consistentes en la conformación del proyecto vital de las personas.

Esta mirada omnicomprensiva contribuye, además, a la superación del principal problema que plantea el concepto de *trabajo decente*, su contenido universal. Esto es, cuál debería ser el contenido mínimo que todas las sociedades otorguen al *trabajo decente* en relación con las características específicas de los distintos espacios geopolíticos[22]: la dignidad de la persona (trabajadora).

II. Noción y alcance del *trabajo decente*: la igualdad entre trabajadores

[18] "La de mujeres y de hombres sin recursos y sin nombre. La de aquellos que siempre sufrieron despojo y adversidad. La del pueblo del «aguante» que lleva como bandera su coraje y dignidad". Pino Solanas, *La Dignidad de los Nadie.*

[19] Una aproximación a la relación entre trabajo, precariedad social y participación política y sindical se encuentra en F. TRILLO, "Líneas de explicación de la precariedad laboral más allá del trabajo". *Revista de Estudios de la Fundación 1º de Mayo*, nº 10, 2009, pp. 11-16.

[20] Este argumento sobre el concepto de *libertad fáctica* ha sido tratado recientemente por G. PISARELLO, A. GARCÍA MORALES y A. OLIVAS DÍAZ, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites.* Bomarzo, 2009, pp. 56-59.

[21] Una propuesta muy sugerente a este respecto ha sido formulada por G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción.* Trotta, Madrid, 2007, pp. 39-57, especialmente, pp. 52-57.

[22] P. EGGER y W. SEGENBERGER, "Problemas y Políticas del trabajo decente". *Boletín Cinterfor*, nº 151, Montevideo, 2001, p. 28.

La definición de *trabajo decente*, introducido por primera vez en la Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, contiene una serie de criterios fundantes que deben servir de guía para la construcción normativa del trabajo por cuenta ajena. A saber, trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con una remuneración adecuada y protección social[23]. De tal modo, que el *trabajo decente* se presenta como un *standard* mínimo que debe reunir cualquier empleo, donde resultan esenciales tanto la cantidad como la calidad del mismo.

La puesta en marcha de la formulación política del *trabajo decente* se ha hecho descansar sobre cuatro grandes áreas de acción: los derechos laborales, el empleo, la protección y el diálogo social[24]. Es decir, se trata de una noción integradora de todos aquellos ámbitos que, de una forma u otra, inciden en el trabajo por cuenta ajena. Por tanto, nos encontramos ante un concepto lleno de posibilidades en cuanto su alcance. En este estudio, se quiere presentar el *trabajo decente* desde la perspectiva de la igualdad material entre trabajadores.

En efecto, una de las características comunes a la mayoría de ordenamientos jurídicos es el de la fragmentación de las clases trabajadoras[25]. Esto es, la constatación de trayectorias laborales diversas, plasmadas en estatutos jurídicos desiguales, que han implicado de forma generalizada la instalación de biografías laborales desiguales y degradadas. Dicha convivencia de biografías laborales desiguales ha constituido la punta de lanza del fenómeno global de la precariedad sociolaboral. Por ello, el *trabajo decente*, con independencia de sus múltiples especificaciones y aplicaciones, tiene como objetivo su extensión a *todos* los trabajadores[26]. El objetivo de la igualdad como contenido esencial del *trabajo decente* ha encontrado un gran desarrollo en el ámbito de la igualdad de género respecto de la creación de empleo, del acceso a la protección social, al diálogo social y a los derechos. Así, el tratamiento y desarrollo que reciben las desigualdades entre mujer y hombre debe extrapolarse a cualquier tipo de desigualdad injustificada, ya tenga como origen la edad, la nacionalidad, la duración del vínculo jurídico de adscripción del trabajador a la empresa, etc.

En materia de creación de empleo, se ha avanzado en el estudio y toma de conciencia del valor de la igualdad entre mujeres y hombres, detectando cómo los mercados de trabajo se caracterizan por establecer diferencias por razón de género. Dichas diferencias injustificadas se producen de una forma generalizada, tanto en el acceso como en la permanencia y salida de las mujeres. De tal forma, que dentro de los planes de actuación se ha determinado la necesidad de que tanto la creación de empleo público como privado debe integrar una perspectiva de género y debe ser coordinada, por gobiernos, representantes empresariales y representantes sindicales. Así, la OIT ha propuesto como instrumentos las comisiones de igualdad, los presupuestos con perspectiva de género, la evaluación sistemática de los avances producidos en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Estos mismos instrumentos tendrían validez en el ámbito de cualquier desigualdad.

En lo atinente al acceso a la protección social, como mecanismo que garantiza la lucha contra la pobreza y la desigualdad, según la OIT, sería necesario menos del 2 por

---

[23] OIT, *Trabajo decente,* Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

[24] Coincidentes con los cuatro objetivos estratégicos fijados para el programa de la OIT para 2000-2001.

[25] A este respecto, ver el interesante trabajo de H. BARRETTO GHIONE, "Concepto y dimensiones del trabajo decente: entre la protección social básica y la participación de los trabajadores en la empresa". *Boletín Cinterfor,* nº 151, Montevideo, 2001, pp. 153-172.

[26] Véase el contenido de la Jornada Mundial por el Trabajo Decente, 7 de octubre de 2008. http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/JMTD_brochure_ES.pdf.

ciento del Producto Interior Bruto mundial, para cubrir las prestaciones básicas de todos los pobres del mundo. Teniendo en cuenta que la pobreza en el mundo tiene una marcada dimensión de género, las políticas públicas que se adopten para un mejor reparto de la riqueza, beneficiarán indudablemente a las mujeres y contribuirán a que salgan de la pobreza extrema.

Por su parte, el acceso igualitario al diálogo social supone otro de los grandes retos del *trabajo decente*. Para avanzar en la igualdad entre trabajadores resulta del todo necesario el diálogo social y sin duda el fortalecimiento de la presencia en los procesos de diálogo social de aquellos colectivos de trabajadores que padecen de forma más intensa dichas desigualdades (mujeres, inmigrantes y jóvenes)l. En el ámbito de las mujeres, según datos de la OIT, las mujeres representan en la actualidad alrededor del 15 por ciento del total de los miembros (gobiernos, trabajadores y empresarios) del diálogo social. Quienes mayor representación de mujeres ostentan son los gobiernos, seguido de los trabajadores y por último los empresarios que su representación de mujeres oscila alrededor del 10 por ciento.

Por último, se debe abordar el cuarto gran pilar del *trabajo decente*, el acceso a los derechos en condiciones igualitarias. El desafío que se ha propuesto la OIT de conseguir que las mujeres disfruten de un trabajo decente, debería ser exportado con carácter general a todos aquellos colectivos de trabajadores que, por un motivo u otro, padecen discriminaciones en el empleo y el trabajo. La convivencia de biografías laborales con y sin derechos produce un efecto devastador, no solo en las personas que padecen dichas discriminaciones, sino en las sociedades que soportan estas desigualdades. Por ello, las organizaciones sindicales han tomado una parte activa en la difusión del Programa Trabajo Decente. En enero de 2007, se lanzó la campaña "Trabajo Decente, Vida Decente", por la CSI, CES, el Foro Progresista Mundial, Solidario y Social Alert International, con el fin de sensibilizar sobre el tema del *trabajo decente* y demostrar que éste se erige en un valor fundamental para garantizar la democracia. Dentro del marco de esta campaña, se deben destacar eventos mundiales como el realizado en el año 2008 sobre Trabajo Decente, Vida Decente para la mujer. Sería recomendable, insistimos sobre este particular, que este tipo de acciones se generalizasen allí donde existen situaciones claras de desigualdad.

III. Trabajo productivo prestado en determinadas condiciones: el respeto a los derechos fundamentales

Una de las cuestiones más polémicas generadas en torno al *trabajo decente* tiene que ver con la suspicacia que ha despertado tal reivindicación en los sectores empresariales en relación con el descenso de productividad que, según aquel parecer, acarrearía la materialización de tal concepto. La situación actual de crisis y las recetas para la salida de la misma que se están proponiendo desde determinados ámbitos suponen una buena muestra de ello[27]. Dicho de otro modo, los avances conseguidos en épocas de estabilidad económica corren el riesgo de sufrir un sensible retroceso en momentos como el actual, aunque las verdaderas razones tengan más que ver con motivos ideológicas espúreos que con la situación real de funcionamiento de las empresas. Por ello, resulta del todo necesario, más aún en el momento actual, insistir sobre el diseño e implicaciones de ciertos derechos como los derechos sociales, en general, y del Derecho del Trabajo, en particular, a propósito de la reivindicación del *trabajo decente*. Y ello en base a una circunstancia como es que el reconocimiento

[27] Ver al respecto, la excelente contribución en el ámbito español de J. PEREZ REY, "Escenas del Derecho del Trabajo en (la) crisis: el mercado segmentado ante el diálogo social". *RDS*, nº 48, 2009, pp. 241-254.

constitucional del Derecho al y del trabajo ha tenido siempre que confrontarse directamente con la libertad de empresa y la propiedad privada.

En efecto, la tensión entre capital y trabajo ha sido recogida en los textos normativos, incluso en aquellos de máximo rango. De este modo, la colisión entre ambos derechos constitucionales, reconocidos como fundamentales, están obligados a enfrentarse a través del juicio de ponderación, caso a caso. Esta respuesta jurídica aparece, en las última dos décadas, oscurecida por la imposición de la cultura hegemónica del neoliberalismo, arrojando como consecuencia directa un desequilibrio original que termina por reforzar incansablemente la propiedad privada y la libertad de empresa. Así, los derechos sociales han ido perdiendo preponderancia jurídica hasta permear en las sociedades, que hoy admiten como irremediable la primacía de la propiedad privada.

El *trabajo decente*, por el contrario, obliga a recuperar el *lenguaje de los derechos* para con ello asegurar el disfrute de los derechos de los trabajadores, ya que éste implica un trabajo productivo, que genera plusvalía, pero que, a su vez, debe prestarse en determinadas condiciones.

La primera de ellas, tender al pleno empleo como corolario del derecho a la igualdad material, incluso en momentos como el actual donde la crisis ha golpeado intensamente al empleo. A este respecto, se debe hacer mención a la 98ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada del 9 al 13 de junio de 2009, cuyo Informe de la Comisión Plenaria sobre Respuestas a la Crisis planteaba en su apartado 30 la necesaria redistribución del empleo a través de técnica como la reducción del tiempo de trabajo[28].

La segunda, un trabajo sano como contenido esencial del *trabajo decente.* La Jornada Mundial por el Trabajo Decente, de 7 de octubre de 2008, insistió sobre esta lacra que continúa acompañando al trabajo de forma perversa. El intercambio de trabajo por salario no puede implicar la pérdida de salud del trabajador, más allá de un cierto desgaste de la salud del trabajador como consecuencia del desarrollo de su prestación de trabajo. Por ello, cualquier decisión empresarial que someta a riesgo la vida e integridad física y moral del trabajador debe ser valorada negativamente por los ordenamientos jurídicos. La normativa OIT ha trabajado en la dirección de la preferencia del derecho a la vida e integridad física y moral de los trabajadores frente al derecho a la propiedad privada.

En último lugar, se debe destacar que el *trabajo decente* acoge en su formulación el necesario desarrollo libre de la personalidad del trabajador, en modo tal que permita la atención a las necesidades familiares y personales de los trabajadores. Este contenido del *trabajo decente* ha encontrado un gran desarrollo político y normativo en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres que, sin embrago, debería potenciarse en otros ámbitos.

Estos contenidos esenciales del *trabajo* decente, con bastante frecuencia, aparecen oscurecidos o incluso negados por mor de malas praxis judiciales que terminan por preferenciar el derecho a la propiedad priva y libertad de empresa frente a los derechos apenas mencionados. Sin embargo, los operadores jurídicos aparecen obligados por el ordenamiento jurídico a conjugar los derechos (fundamentales) en liza sin que puedan quedar desfigurados o anulados. De ahí, que se deba insistir en la importancia fundamental del denominado juicio de ponderación ante una posible colisión entre derechos de los trabajadores y del empresario.

En efecto, existe una tendencia, seguramente motivada en aquella hegemonía cultural del neoliberalismo, a aceptar sin reproches la limitación y merma de los derechos de los trabajadores cuando se enfrentan a intereses empresariales que resguardan a la propiedad privada. No obstante, tal juicio de ponderación debe prestar una especial a los

[28] A nivel europeo se debe destacar, en la misma línea de acción, la Cumbre de Praga de 7 de mayo de 2009.

principios de necesidad y razonabilidad, antes de entrar a valorar la proporcionalidad de los sacrificios respectivos. Dicho de otro modo, los derechos afectados por el poder privado de la empresa agreden derechos de primera magnitud como el derecho a la vida e integridad física, el libre desarrollo de la personalidad o, en última instancia, el derecho a la igualdad material y a una existencia digna. Por ello, los operadores jurídicos no pueden aceptar sin más que la colisión entre derechos reconocidos constitucionalmente deban arrojar como consecuencia directa la merma proporcional de ambos derechos, sino que se debe insistir en el análisis previo a esta circunstancia exigiendo un juicio de necesidad de la medida empresarial y de razonabilidad de la misma[29]. Este tipo de prácticas alberga un potencial de largo recorrido, ya que podría llegarse a la conclusión en muchas ocasiones, en base a una adecuada valoración de la necesidad y razonabilidad de la medida empresarial, de que no existe tal colisión de derechos.

El poder privado alberga en código genético una propensión a la dominación social que no responde a parámetros de necesidad y razonabilidad, sino por el contrario a circunstancias tales como la violencia y la explotación[30]. Por ello, el *trabajo decente* debe constituirse en límite infranqueable al poder privado cuando lo que está en juego es la vida de los trabajadores, una existencia digna o la posibilidad de desarrollar lo más libremente posible un proyecto vital.

6. DERECHO A UNA RETRIBUCIÓN DIGNA, QUE CUBRA TODAS LAS NECESIDADES DEL TRABAJADOR Y DE SU FAMILIA Y QUE, ADEMÁS, TENGA EN CUENTA LOS BENEFICIOS OBTENIDOS POR EL EMPLEADOR

LA FUNCIÓN DEL SALARIO

Nuncia Castelli

I. Introducción: la función económica y social del trabajo remunerado

En palabras del Art. 1 del Convenio OIT n. 95, se define salario como toda "remuneración o ganancia (…) debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicio que haya prestado o deba prestar". La remuneración del trabajo conforma en efecto el elemento causal del contrato típico de trabajo, representando, contemporáneamente, uno de los derechos laborales básicos y el objeto de la correlativa y principal obligación empresarial.

[29] Un ejemplo de este tipo de praxis judicial, en el ámbito español, se puede examinar en el trabajo de F. TRILLO, "La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral". *RDS*, nº 45, 2009, pp. 145-158.

[30] Sobre la violencia del poder privado, se debe destacar el impactante trabajo de A. BAYLOS y J. PEREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*. Trotta, Madrid, 2º ed., 2009.

Desde el punto de vista de la estructura jurídica del contrato laboral, el salario desarrolla pues una trascendental función de retribución económica del trabajo. Se insertan en esta perspectiva todas aquellas normas, legales y convencionales, nacionales e internacionales, orientadas a asegurar cierta proporcionalidad entre retribución y el valor (cantidad y calidad) del trabajo prestado, así como las disposiciones relativas a la garantía de los créditos salariales pendientes.

Sin embargo, más allá de representar sólo el objeto de una obligación de naturaleza económica puesta a cargo del sujeto que, cual titular de los medios de producción, adquiere de forma originaria los frutos del trabajo ajeno, el salario desarrolla una trascendental función social. Representa el medio a través del cual asegurar el pleno desarrollo individual y social de la persona. Esta distinta función por tanto trasciende - y en cierta medida incluso prescinde del – el carácter sinalagmático de las obligaciones principales del contrato de trabajo, desarrollando un papel distinto del de mera prestación obligacional.

Se identifican así dos dimensiones inseparables y complementarias de la relevancia social del salario, la individual (y familiar) y la político-social. El trabajo remunerado no es sólo manifestación y ejercicio de un derecho fundamental de la persona, instrumento de garantía de una vida personal y familiar libre y digna, sino también medio e instrumento de participación democrática en la construcción del orden social, político, económico y cultural. A través del trabajo remunerado, los trabajadores y sus familias – excluidos de la titularidad de los medios de producción -, consiguen acceder a efectivas posibilidades de participación económica y político-social.

Es en relación con esta segunda y trascendental función social del salario que desde siempre la proclamación y el reconocimiento del derecho a la remuneración del trabajo se configura como derecho no al salario sin más, sino más bien a un salario "adecuado"[31], "equitativo y satisfactorio[32].

Más recientemente, el derecho a una remuneración adecuada ha ido a conformar parte esencial de la noción de "trabajo decente", expresión acuñada por Juan Somavía en su primer Informe (1999) como Director General de la Organización Internacional del Trabajo[33]. La idea fuerza subyacente es la de rescatar por esta vía al trabajo como expresión de la dignidad y de la libertad humana y, en definitiva, como dimensión fundamental de las personas, revirtiendo la tendencia a la remercantilización impulsada por la hegemonía cultural y política de las ideologías de corte neoliberal.

La relación de interdependencia existente entre la dignidad de la condición humana y el trabajo como expresión central de la misma configura la remuneración del trabajo personal como instrumento de participación en la riqueza que el trabajo humano genera y no sólo respuesta a la satisfacción de las meras exigencias de cobertura de las necesidades básicas de las/los trabajadoras/es y de sus familias. No se trata por tanto de

---

[31] Así la Constitución originaria de la OIT adoptada en 1919 que hacía referencia al «suministro de un salario adecuado» como una de las mejoras requeridas con mayor urgencia para promover la paz universal y combatir el malestar social, las penurias y las privaciones que afectan a tantas poblaciones. Véase también la Declaración de Filadelfia de 1944 relativa a los fines y los objetivos de la Organización que partía del presupuesto de que «la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos» y destacaba la necesidad de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan «adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección».

[32] Así, el Art. 23.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948) que definía el derecho al salario como el derecho de "toda persona que trabaja a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social".

[33] SOMAVÍA, J., *Trabajo decente,* Memoria Director General OIT, junio 1999. http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm.

garantizar el derecho a una retribución cualquiera, ni tampoco de asegurar una retribución de mera subsistencia, sino más bien de reconocer el valor económico, social y político del trabajo y por tanto el derecho de todas/os las/os trabajadoras/es a participar del mismo.

II. Las múltiples dificultades existentes

No obstante lo dicho hasta ahora, múltiples son todavía los problemas acerca de la efectividad del reconocimiento del derecho a una retribución adecuada, equitativa y justa. Problemas que décadas de políticas económicas neoliberales han contribuido a agravar, pero que sin embargo hunden sus raíces en el general y cada vez más acusado desequilibro al que tiende naturalmente la organización capitalista en la distribución del poder social y económico y de los beneficios derivados del trabajo.

Es justamente este desequilibrio que se ha visto acrecentado como efecto de la actual fase de recesión de la economía mundial arrastrada por la crisis inmobiliaria y financiera desencadenada en los Estados Unidos a medidos del 2008. El aumento exponencial del desempleo es sólo una de sus manifestaciones más destacadas.

Si bien es cierto que la ausencia misma del trabajo cierra la vía a cualquier discusión acerca de cómo garantizar condiciones salariales adecuadas, es igualmente cierto que a esta situación de desamparo y exclusión contribuyen otros factores ciertamente relevantes. Entre ellos, cabe destacar dos en especial: las fuertes limitaciones existentes a la movilidad internacional del trabajo, que contrasta con la liberalización de los intercambios comerciales y de la circulación de capitales, y las profundas discriminaciones en el acceso y en las condiciones de trabajo de las que son víctimas las mujeres de todo el mundo. Ambos factores contribuyen al desconocimiento del "derecho de fuga"[34] de condiciones de vida incompatibles con el respecto del valor de la dignidad de las personas.

Políticas migratorias irrazonablemente restrictivas no sólo fomentan la inmigración clandestina y, con ello, fenómenos tan aberrantes con la trata de seres humanos o la esclavitud por deudas, sino que concurren también a la producción de graves distorsiones en el funcionamiento de los mercados de trabajo. Si la criminalización y las restricciones a la inmigración confinan a millones de trabajadores en al ámbito del trabajo informal - en cuanto tal, necesariamente desprotegido -, la aceptación de regulaciones del fenómeno migratorio que legalizan diferenciaciones en el trato en razón de la nacionalidad del trabajador incluso cuando regularmente presente en el territorio del Estado de destino, concurren a crear situaciones de competencias desleal en el mercado laboral entre trabajadores autóctonos y trabajadores migrantes, fomentando el dumping social, dificultando la convivencia y el enriquecimiento reciproco. En efecto, por un lado, se continúa a vincular el reconocimiento del derecho al trabajo (remunerado), con todo lo que ello significa en términos de reconocimiento de derechos y de participación democrática, a la pertenencia del sujeto a un determinado territorio nacional. Por el otro, se registra una involución del valor social y político de la ciudadanía, reducida al micro-concepto de nacionalidad.

Por otra parte, las discriminaciones de las que continúan siendo objeto las mujeres en el mercado de trabajo en sus múltiples manifestaciones golpean fuertemente también los niveles retributivos del conjunto de trabajadores. La brecha salarial entre trabajadores y trabajadoras persiste no obstante los intentos de la legislación vigente de erradicarla. Víctimas de discriminaciones directas e indirectas, de la desvalorización social y económica del trabajo femenino, de la segregación en el mercado de trabajo y de políticas de conciliación y corresponsabilización ineficaces, las mujeres trabajadoras se ven a

[34] En expresión de MEZZADRA S., *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Ombre Corte, Verona, 2001.

menudo atrapadas en espirales que conducen a la pobreza, a la marginalización y a la exclusión social.

Tanto las migraciones económicas como la masiva incorporación de las mujeres al mercado de trabajo se cargan así de valor ejemplar tanto en el sentido de que expresan la lucha, muchas veces brutal, por el reconocimiento de una ciudadanía social universal calificada por el trabajo (decente), como porque permiten resaltar procesos de de-estructuración del mercado de trabajo y de espoliación de derechos que afectan a la clase trabajadora en su conjunto.

III. La intervención pública y colectiva en la determinación de las condiciones salariales y las críticas neoliberales

El interés público general subyacente a la regulación de los mercados laborales y la exigencia de corregir las tendencias antidistributivas propias de la estructuración de la economía y de la sociedad sobre la base del modelo capitalista de producción y consumo explican porque desde siempre se haya intentado acometer una regulación pública y colectiva de las condiciones de vida y de trabajo – y entre ellas del salario – cual vía de composición del conflicto social estructural subyacente.

Sin embargo, la progresiva interiorización de muchas de las criticas y de las recetas neoliberales elaboradas en respuestas a la crisis capitalista de mediados de los años 70 ha conseguido poner en entredicho la importancia de una intervención pública y sindical en la materia. En el intento declarado de de liberalizar las fuerzas económicas de los condicionamientos y de los límites derivados del reconocimiento de los derechos sociales, la retórica neoliberal ha machaconamente pretendido poner en discusión la necesidad y la misma oportunidad de la intervención pública a protección del trabajo y la función igualadora derivada del reconocimiento de un estatuto jurídico a garantía de la dignidad de la condición de ciudadano-trabajador.

A través de la exaltación los valores de la competitividad, del espíritu emprendedor y del egoísmo individual, la tendencia general ha sido la a la individualización en la definición de las condiciones de trabajo, salario incluido, y a la conformación de la empresa como espacio autónomo y autosuficiente de regulación y negociación. La descolectivización derivada se ha traducido en muchas ocasiones en una expulsión del sujeto sindical, obstaculizado cuando no directamente impedido en el desempeño de su función básica de instrumento de racionalización de los poderes empresariales y del funcionamiento de la empresa, a favor de vías microcorporativas de representación de los trabajadores de carácter no sindical. En otras ocasiones, en contextos de debilidad sindical previa, la reexpansión del poder social de la empresa se ha revertido más sencillamente en un claro ensanchamiento de la unilateralidad y discrecionalidad en el ejercicio de los poderes empresariales muy poco acorde con las exigencias derivadas de la garantía de la dignidad del trabajo.

Por otra parte, la tendencia general a la vinculación de partes sustanciales de la retribución a los resultados económicos de la empresa o al rendimiento individual de cada trabajador si ha producido resultados discutibles en términos de eficiencia económica de la empresa y de aumento de la productividad del trabajo, no ha importado tampoco una significativa y efectiva participación de los trabajadores en los beneficios empresariales.

Si a ello se suman las décadas de moderación salarial y por tanto al estancamiento del valor real de los salarios con respecto al aumento de la productividad, así como una desigualdad salarial cada vez mayor y la proliferación de trabajos discontinuos, precarios y mal retribuidos en donde se concentran los sectores más vulnerables de la población, se obtiene como resultado un sustancial empobrecimiento de los hogares. Se produce así aquella espiral negativa entre bajos salarios, endeudamiento privado a través, entre otras

cosas, de créditos hipotecarios de alto riesgo y especulación financiera que ha llevado finalmente al actual contexto de crisis económica y financiera mundial[35].

IV. Algunas reflexiones de conjunto

La fase actual del desarrollo capitalista pone de manifiesto la falsedad y el carácter instrumental de las pretensiones neoliberales de desregulación del mercado de trabajo, de políticas públicas de fomento del empleo centradas sobre la regresión de los derechos sociales, la contención salarial y la precariedad laboral, dirigidas a la afirmación de una determinada e ideológicamente orientada opción de política del derecho más favorables a los intereses empresariales. Pone de manifiesto el intento de ruptura del compromiso, siempre móvil y nunca definitivamente alcanzado, entre las exigencias de racionalización económica de los derechos y de racionalización jurídica de la economía en sentido más favorable a la recuperación de la unilateralidad y la autoridad del poder privado.

La crisis de legitimación de un sistema de organización económica y social que produce y reproduce tremendas desigualdades sociales, fomenta la exclusión y la pobreza de cuotas crecientes de la población, fragmenta y destructura la organización colectiva de los trabajadores y desvirtúa el valor político del trabajo y de la ciudadanía que a través de éste se consigue, abre nuevas y quizás inéditas posibilidades para reconstruir una nueva dialéctica de los derechos que sea capaz no sólo de invertir la tendencia regresiva engendrada, sino también de avanzar en el reconocimiento del valor universal del trabajo productivo, prestado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad en el cual los derechos de los trabajadores son protegidos y que cuenta con una remuneración y una protección social adecuada. Un trabajo que sea fuente de rentas suficientes a un desarrollo personal y social cuanto más libre posible de los sujetos que se ven obligados a prestarlo, que permita al trabajador y a su familia el desenvolvimiento de una vida libre, digna, elegida, que asegure posibilidades reales de participación democrática en el proceso de re-construcción del orden social, económico y político, puerta de acceso a una nueva ciudadanía inclusiva e incluyente, solidaria y justa: un trabajo decente.

7. DERECHO A UNA REAL Y EFECTIVA JORNADA LIMITADA DE TRABAJO. LOS ESTADOS DEBERÁN EJERCER CON LA ENERGÍA NECESARIA Y CON LOS MEDIOS ADECUADOS SU PODER DE POLICÍA LABORAL, PARA EVITAR TODA TRASGRESIÓN A LOS LÍMITES HORARIOS MÁXIMOS DE LABOR

UNA CONQUISTA SOCIAL PERMANENTEMENTE AMENAZADA

David Duarte

[35] Así, lo pone de manifiesto la misma OIT en un reciente informe. OIT, *Informe mundial sobre salarios. Actualización 2009*, p. 1-2. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/publication/wcms_116502.pdf

I. Introducción

Las razones que motivan diseñar una real y efectiva jornada limitada de trabajo es porque los embates flexibilizadores y planteos de desregulación han situado al mundo del trabajo en un terreno de desconcierto donde ocupa el centro de la escena las cuestiones económicas como centrales para la generación de empleo y con ello una nueva discusión sobre las relaciones de trabajo. Las decisiones políticas en la región al ritmo trazado por los organismos internacionales de crédito y el llamado consenso de Washington diseñaron políticas contrarias a los derechos de los trabajadores, que provocaron una retracción que tardó una década en reaccionar generando una flexibilidad de hecho que resultó más fuerte que las que se habían generado políticamente. Hay un intento de recuperación y un camino de regreso, o restauración. En ello va la recuperación de una jornada limitada, con mínimos que establecen las normas internacionales (Convenio Nº 1, 8 horas y 48 semanales) y con la idea siempre presente de buscar una reducción, como contrapartida de la productividad de las empresas con la incorporación tecnológica, visto por cierto como mejora de la calidad de vida de las personas en la sociedad. Sin embargo los avances de la "tecnotrónica" no se han traducido en una mejora de la calidad de vida de los trabajadores, sino que para ellos significó más horas de trabajo por los sueldos tan paupérrimos que no alcanzan para satisfacer las necesidades básicas. Salarios cada vez menores por el gran número de desocupados que esperan entrar en la rotación del empleo, de otros que trabajan más horas que las que puede su salud.

El fracaso ostensible de esas corrientes "economicistas" desatadas en la década de los ochenta, llegando a la cresta de la ola en los noventa, hoy muestra su fracaso y también la devastación de los derechos sociales conquistados por los trabajadores. Tal hecatombe social ha trasformado a la sociedad del trabajo en una crisis de inserción política de los trabajadores en este nuevo esquema que presenta una sociedad jerárquica, con dominación preferente de grandes monopolios empresarios donde los trabajadores no tienen inserción, ni cabida, en las decisiones económicas que se emprenden, a pesar que sigue siendo el que aporta la fuerza de trabajo y a su vez, es el principal consumidor masivo de los bienes y servicios que se producen.

La complejidad del mundo globalizado, donde concurren distintas culturas y formas jurídicas diferentes no nos puede desorientar sobre las cuestiones básicas del hombre y mujer trabajador, como satisfacer sus necesidades vitales, como alimento, descanso, vivienda, vestimenta, etc. La economía en líneas generales se definen como la forma en que se organiza la sociedad para satisfacer sus necesidades y deseos mediante el intercambio en los mercados, sin embargo se nos la quiere presentar como un principio (casi filosófico) que responde a todo. Un funcionamiento de validez universal, para todas las disciplinas, como se lo ha intentado mostrar, sustituyendo (o intentándolo) a la sociología, la política y el derecho, entre otras, y por que no el derecho del trabajo, conduce al avasallamiento de cualquier terreno de la vida, por un supuesto efecto maximizador que se deriva también, la mal entendida competencia.

Por esa razón, no se puede perder de vista que el ser humano que trabaja necesita de un ingreso para vivir dignamente, pero su salario no debe ser a costo de poner en riesgo su salud, su vida y sus vínculos familiares y sociales, por falta de tiempo al necesitar de más horas de trabajo para cubrir sus necesidades vitales. La limitación de la jornada de trabajo, no es en términos de fijación de límites salariales, sino en términos de salud y de comprender a la persona que trabaja en un sentido integral, como ser

individual, con sus necesidades y también como ser social, involucrado en un proyecto como sociedad civilizada y no como mero factor de la producción. Como un ser humano y no como una mercancía. Es decir debe comprender una forma de organización personal y social, donde el hombre y mujer trabajador puede llevar adelante una vida ordena, pensada como formación de un ciudadano libre con posibilidades de realizarse como persona a través de nociones básicas, como la de formar una familia y tener un proyecto de vida digno para él o ella y trasmitir a su descendencia un modelo de vida para una sociedad civilizada. Por eso debe tratarse del tiempo en que se vive, como esencial para el fortalecimiento de lazos sociales para el desarrollo humano, que no es sólo económico. El intento por crear una sociedad en que las grandes decisiones políticas son tomadas según las pretensiones de inversores desconocidos, sin la participación democrática popular y desconociendo las clases contrapuestas, es letal para el mantenimiento de cierta estabilidad política de cualquier gobierno.

Las razones que inspiraron a la mayoría de las naciones del mundo a firmar el Tratado de Paz de Versalles de 1919 (que reconocieron que no hay paz duradera sin justicia social y que el trabajo no debe considerarse una mercancía), son las mismas que las que hoy se debaten. Pensar en la limitación de la jornada es pensar en la salud del trabajador, pero también en la salud de la población. Es pensar en el ciudadano, y como tal un ciudadano en la empresa con todos sus derechos a la vida, a la salud o un proyecto de vida digno. Así fue como en aquel entonces los que consagraron el primer convenio de la Organización Internacional de Trabajo sobre limitación de la jornada labor dijeron, sin ambages "No se trata de la simple jornada de ocho horas, basándose en horas adicionales pagadas extraordinariamente. No es cuestión de salario, sino de salud". El cansancio en el año 1919 es el mismo que hoy tiene cualquier trabajador que se desempeña más de ocho horas de labor. El bien jurídico protegido es la salud del trabajador, entonces la expresión debe entenderse en ese único sentido. La extensión de la jornada de hecho sin control, aceptada sin más por el trabajador por la necesidad de mejorar su ingreso, es una trampa mortal. La creación flexibilizadora, nefasta para la salud de los trabajadores, fue la “Jornada de Trabajo a Tiempo Parcial”, que debe ser totalmente eliminada de la legislación laboral. Pensada en Europa para incorporar mujeres, con actividades hogareñas, y jóvenes estudiantes, usada en Latinoamérica para pagar menos a los trabajadores y trasladarle el riesgo empresario que supone los tiempos muertos de la actividad económica. El problema para el trabajador es que frente al desempleo acepta este tipo de modalidad, pero ante los escasos ingresos, por las pocas horas que se trabajan, el trabajador se desempeña en varios empleos de este tipo, para distintos empleadores. De esa manera, el mismo trabajador termina su jornada con tareas en exceso del límite legal, pero como es para distintos empleadores, está permitido, aunque sin pago de horas extraordinarias, excediéndose en lo que su salud le permite e insumiendo más tiempo de las ocho horas ideales que conspira en su vida de relación familiar y social.

El problema sigue siendo el mismo que hace cien años. El trabajador va a buscar un sustento para vivir y es tomado en términos de su rendimiento económico y los costos que genera para la empresa, no se piensa en un ser humano que trabaja para vivir, sino en términos de mercado de trabajo, es decir que el trabajo es considerado una mercancía. En el juego del mercado siempre está en riesgo el capital. En esa relación de intercambio uno pone el capital y el otro, como no tiene otro capital que su cuerpo, invierte lo más valioso que posee, su salud y su vida.

Debe limitarse la "labor" con relación al tiempo de su duración. Cuando se reflexiona el tema, la idea subyacente es el límite de labor en una jornada, donde límite se

vincula con salud y labor-jornada con salario. Sin embargo, en los hechos esa legislación "garantista" receptada por la mayoría de los países de la región, en los hechos, no es respetada. Las situaciones de hecho muestran comportamientos contrarios a la ley. Es lo que algunos autores llaman "flexibilización de hecho". Su tolerancia reconoce un solo motivo. La escasa voluntad política en querer controlar que se respeten los mínimos legalmente garantizados. El trabajador, antes que cómplice, resulta víctima de esa circunstancia.

II. Las funciones del Estado

Decíamos que los noventa se caracterizaron por una flexibilización de hecho, que fue más acentuada con la evasión fiscal y la elusión de la registración laboral, como situación de fraude laboral y nuevas formas jurídicas que intentan eludir la normativa protectoria creando figuras no laborales. Toda esa estrategia del sector empresario, para maximizar sus ganancias, no explica suficientemente el problema de la evasión porque existen muchos empresarios que cumplen, como también hay muchos actores sociales que sin ser los que detentan los bienes de producción juegan un rol fundamental en la elusión de las obligaciones y conjuran permanentemente para evadir el sistema jurídico que nos rige. La idea es que hay normas sociales que en líneas generales representan en la región lo que se llama formalmente un “Estado Social de Derecho”, denominación como producto avanzado del simple “Estado de Derecho” del sistema “demo-liberal” imperante en el siglo diecinueve que luego evolucionó hacia el llamado “Constitucionalismo Social”. Las políticas diseñadas después de los ochenta en la región, de corte liberal, reaccionaron contra ese modelo de Estado Bienestar y sedujo a los gobiernos de turno sedientos de créditos internacionales que se “adecuaran” y condicionaron un achicamiento del Estado y un retiro en aquellos espacios de control de las normas garantistas, con notables reducción de personal disponible para salir a enfrentar a los evasores. Los que cuentan con mayor capacidad económica para afrontar las exigencias legales, juegan en paralelo, con aquél sistema legal impuesto a todos por igual. Los evasores juegan con otros códigos, pues si existen contrataciones y pagos irregulares, existen entradas y salidas de dinero no registrados, todo lo cual no sólo afecta al trabajador y su familia directamente, sino también a la macro economía y, en general, a toda la sociedad. Este resultado no es el que todos aceptamos en el juego de la democracia. Aparecen en escena una notable desigualdad entre los que cumplen y los que tienen poder para no hacerlo y soslayan “la obediencia a la ley”.

Existe cierto discurso injustificado que sustenta la evasión en la excesiva presión tributaria o en que el Estado malgasta el dinero recaudado. Argumento falso que oculta la verdadera intención de acumular riqueza desmedidamente, disimulada tras el discurso de apoyatura liberal que es funcional a dicha acaparamiento y rechaza toda imposición estadual. El ideal de igualdad que alienta a toda sociedad que pretende ser justa y colisiona con dicho pensamiento sustentado en la libertad.

Las primeras normas de control del sistema productivo obedecieron a la situación de abusos cometidos por quienes se sentían dueños no sólo de los bienes de producción sino también de las voluntades que aportaba la fuerza de trabajo. La necesidad de las inversiones extranjeras sumado a gobiernos corruptos fueron tolerando abusos que sólo podían ser frenados por la permanencia de los gobiernos democráticos. Lamentablemente, las constantes interrupciones por grupos facciosos y “cipayos” dieron signos de mansedumbre a la explotación indiscriminada de la tierra, daño ambiental, abuso de poder, trabajo forzoso, paga insuficiente, endeudamiento del trabajador, sometimiento, perdida de libertad, indiferencia del poder político, contratistas para eludir

responsabilidades propias, listas negras. La respuesta del sistema garantista no es solamente la letra muerta de la ley, no se trata de declamaciones de derechos huecos sino de un alto nivel de eficiencia de las normas del principio protectorio que rige el derecho del trabajo que de algún modo se realice en concreto. No se trata solamente de regulación protectoria sino de cómo en los hechos esa regulación de protección y aseguramiento concurren, de modo tan coadyuvante como concluyente, a entender que no basta con enunciar derechos y libertades para el trabajador, sino que, además, es imprescindible un régimen de Poder de Policía que controle el cumplimiento eficaz de tales normas, a fin de evitar que la realidad pueda retacearlos, cuando no vaciarlos de contenido. Es decir que resulten efectivos y no ilusorios, que el aseguramiento y protección sea mediante la actividad de un órgano público, la policía del trabajo, se proyectan desde el momento en que la relación o contrato laboral supone regularmente una desigualdad entre las partes que lo componen. La normativa "tutelar" de los trabajadores se fundamenta en “una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es"[36]. De tal manera que se refuerce el requerimiento protectorio con un amplio control por parte de los organismos estatales del cumplimiento de la normativa laboral, con el propósito de que la "excepcional significación, dentro de las relaciones económico - sociales existentes en la sociedad contemporánea", que exhibe el precepto, se materialice en concreto.

Nos parece oportuno traer algunas líneas de un reciente fallo, en el caso “Aerolíneas”[37], de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que en materia de controles del Estado señaló algunos puntos que deben ser insoslayables en cualquier estudio sobre la cuestión. Allí se señaló que los Convenios nros. 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reclaman, con énfasis no menor, el fortalecimiento de la policía del trabajo. Al respecto, se puntualizó que "[t]odos los Estados deberán adoptar disposiciones para organizar un servicio de inspección del trabajo [...] a fin de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos relativos a la protección de los trabajadores"[38] previó que la ayuda al mejoramiento de la inspección del trabajo formaría parte del mandato de la Oficina Internacional del Trabajo[39]

Desde luego, no puede ser pasado por alto que, ya en su primera reunión (1919), la Conferencia de la OIT había adoptado la Recomendación sobre la Inspección del Trabajo (servicios de higiene, Nº 5), que preconizaba un sistema de inspección encargado de vigilar la salud de los obreros. Cuatro años más tarde, dicha conferencia consagró la única cuestión del orden del día a los "principios generales para la organización de la inspección del trabajo". Una consecuencia de ello fue la Recomendación sobre la Inspección del Trabajo (Nº 20), de 1923, sustentada en que "la creación de un servicio de inspección debe ser indiscutiblemente recomendada, por constituir uno de los medios más eficaces de asegurar la aplicación de convenios y otras obligaciones concernientes a la reglamentación de las condiciones de trabajo"[40].

Como fruto de esta originaria y permanente preocupación se arribó, en 1947, al Convenio Nº 81 sobre la inspección del trabajo en los establecimientos industriales y

---

[36] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 149

[37] CSJN in re: A. 1792. XLII. RECURSO DE HECHO Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo. Sentencia del 24-02-2009.

[38] Art. 427 de la Parte XIII, Sección II, del Tratado de Versalles, de 1919, por el que se creó la OIT, dispuso, a fin de realizar los "principios" que revestían una "especial y urgente importancia".

[39] Art. 10.2.b. de la Constitución de la OIT (1944).

[40] La Corte explicó que se insertan en estos desarrollos otras recomendaciones sobre la inspección del trabajo, entre ellas, la Recomendación sobre la Inspección del Trabajo (gente de mar, N° 28), de 1926, y la Recomendación sobre la Inspección (construcción, N° 54), de 1937.

comerciales, el cual obliga a los Estados que lo han ratificado a mantener un "sistema de inspección" encargado de: a. velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo (tales como las referentes a "salarios"); b. "facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales", y c) "poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes". El texto, además, dispone que "la legislación nacional deberá prescribir sanciones adecuadas, que habrán de ser efectivamente aplicadas, en los casos de violación de las disposiciones por cuyo cumplimiento velan los inspectores del trabajo" (arts. 1, 3 y 18). Súmase a ello, para 1969, el Convenio Nº 129, que hizo extensivas las obligaciones estatales antedichas al ámbito de la agricultura (arts. 3, 5 y 24).

Al respecto, en el considerando 8° del fallo “Aerolíneas”, citado los jueces agregaron que los convenios mencionados en los párrafos precedentes exigen, como medio para la protección de los derechos de los trabajadores, el establecimiento de un sistema de inspección laboral amplio y eficaz. Así lo pone de manifiesto, por lo demás, el reciente estudio general, Inspección del Trabajo, efectuado acerca de dichos instrumentos por la ya mencionada Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, organismo creado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octava reunión, de 1926, que efectúa el control regular de la observancia por los estados miembros de la OIT de los convenios que han ratificado, y que, periódicamente, elabora estudios sobre la evolución del derecho internacional. Este informe, en sus observaciones finales, señala: "si bien en los últimos años se ha producido un reconocimiento cada vez mayor de la creciente importancia de la inspección del trabajo en la economía globalizada de la actualidad, ha sido insuficiente el reconocimiento de una complejidad de la inspección del trabajo que va en aumento y de unos problemas que se presentan cuando se trata de responder con eficacia a las crecientes demandas en torno a la misma…”

Enfatizó que el Consejo de Administración de la OIT, en 1994 decidió proceder a un ajuste de las actividades de control de la organización respecto de los convenios ratificados, e incluido, entre los cuatro convenios considerados "prioritarios", a los citados nros. 81 y 129. Uno de los fundamentos residió en la capital importancia que revisten esos instrumentos para las instituciones del trabajo y la formulación de políticas en las materias que tratan.

La Corte en dicho caso “Aerolíneas” puntualizó los cambios fundamentales que se registran en el mundo del trabajo, que se prevé van a continuar. Entre ellos mencionó la fragmentación del mercado laboral, la rápida expansión de los trabajadores extranjeros y migrantes, el aumento de la desregulación y de la privatización, nuevas formas de subcontratación o de externalización, el incremento de una organización laboral y de unas relaciones de trabajo atípicas, una participación al alza de la mujer en el mercado laboral, con mayor conciencia de la necesidad de eliminar la discriminación basada en motivos de género en materia de remuneración y de condiciones de trabajo y todas las formas de discriminación basadas en motivos diferentes al género, una rápida y compleja evolución de la tecnología, y una preocupación en cuanto a la inseguridad del empleo y a unos niveles crecientes de estrés en el trabajo. Todos estos factores, combinados con otros, han ejercido un impacto considerable en la concepción tradicional de protección laboral [...] En este contexto, no cabe duda de la necesidad de aumentar la protección de los trabajadores, lo cual requiere a su vez un reconocimiento específico de las responsabilidades más complejas de la inspección del trabajo y de la necesidad de definir el alcance de las necesidades de los trabajadores, el mandato y las prioridades. Es también fundamental que la inspección sea fuerte e imparcial, esté informada,

adecuadamente dotada de recursos, organizada y dirigida y capaz de adaptarse a los cambios y capacitada para cumplir con su cometido [...]".Finalmente, procede subrayar, junto con dicha comisión, la "contribución significativa" que es esperable de la inspección del trabajo, en la consecución del llamado "trabajo decente"[41].

El considerando sexto del citado fallo “Aerolíneas” se hizo hincapié en los tratados de derechos humanos de rango constitucional que imponen el derecho de los estados en materia laboral. Recordó los arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), relativos al derecho al trabajo y al derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en combinación con su art. 2.1 referente a las obligaciones asumidas por el Estado ante dicho tratado. Asimismo, es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que el Estado está obligado, por un lado, a "respetar" los derechos y libertades reconocidos en los tratados que ratifica, y, por el otro, a "organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". La acción u omisión de toda autoridad pública, de cualesquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable a éste que compromete su responsabilidad. Y dicha obligación general impone al Estado el deber de "garantizar" el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos tanto en relación con el poder del primero, cuanto en relación a los vínculos con entes no estatales o terceros particulares. Más aún; es deber estatal tomar todas las "medidas positivas" que aseguren dichos derechos en los dos nexos indicados[42]. Agregó que si bien sus alcances comprenden a la generalidad de los derechos humanos, ha sido reiterada por la citada Corte Interamericana en el terreno de la protección de los derechos de los trabajadores, y como producto elaborado por diversas fuentes internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, no sin señalar que la obligación de "garantizar" los derechos humanos se encuentra plasmada en numerosos instrumentos internacionales[43].

También allí se señaló que los estados deben "velar" tanto por "el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores", cuanto "para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna", para lo cual les corresponde adoptar todas las medidas necesarias, sean de orden legislativo y judicial, así como "administrativo". También mencionó los instrumentos internacionales de carácter regional, suscriptos por nuestro país. Así, el art. 18 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur prevé: "1. Todo trabajador tiene derecho a una protección adecuada en lo que se refiere a las condiciones [...] de trabajo. 2. Los Estados Partes se comprometen a instituir y a mantener servicios de inspección del trabajo, con el cometido de controlar en todo su territorio el cumplimiento de las disposiciones normativas que se refieren a la protección de los trabajadores [...]". Al tiempo que el art. 35 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, establece que "[l]os trabajadores tienen derecho a que el Estado mantenga un servicio de inspección técnica encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas [...] de trabajo [...]".

---

[41] Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 95 reunión, 2006, Informe III, Parte 1B, párrs. 363/365 y 372.

[42] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 87 y sus citas.

[43] Enumeró el PIDESC, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, art. 1), la Carta de las Naciones Unidas (art. 55.c), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1 y 2), y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Preámbulo) ("Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", cit., párrs. 72/81.

También tuvieron en cuenta las pautas elaboradas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité), por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, la modalidad de informes periódicos a la que están sometidos los Estados Partes del PIDESC, y las consiguientes observaciones finales que el Comité pronuncia a ese respecto, son muestras palpables de la trascendencia que tienen las inspecciones laborales para garantizar los derechos de los trabajadores. Así, este órgano internacional, tomando en cuenta diversos aspectos de la legislación laboral (v.gr. salarios, seguridad y salud, discriminación), ha subrayado, después de mostrar su preocupación ante sistemas insatisfactorios, la necesidad de "fortalecer" la inspección del trabajo[44], mediante, p. ej., el destino de "recursos suficientes" a los servicios respectivos[45], el "aumento del número de inspectores laborales[46], o la "ampliación de sus competencias"[47], mayormente cuando éstas son "insuficientes" para cumplir las funciones debidas[48] o sufren "restricciones" que les impiden a los inspectores "ejercer plenamente su autoridad en los centros de trabajo"[49]. Tampoco ha faltado oportunidad para que requiriera al Estado que "facilite información detallada sobre el sistema de inspección del trabajo"[50]. A estos ejemplos, que bien podrían multiplicarse, cuadra todavía añadir la preocupación puesta por el Comité, para 1999, respecto de las deficiencias de las inspecciones laborales en Argentina, sobre todo en materia de seguridad y salud en el trabajo[51]. Según el Comité, impone el PIDESC al Estado ante todo derecho humano: la de "proteger", por cuanto requiere que este último "adopte medidas para velar que las empresas o los particulares" no priven a las personas de sus derechos[52].

8. DERECHO A LA FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN PROFESIONAL

LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO DERECHO HUMANO

Hugo Barreto Ghione

[44] Observaciones finales: Uruguay, 22 de diciembre de 1997, E/C.12/1/Add.18, párr. 18.
[45] Observaciones finales: Perú, 20 de mayo de 1997, E/C.12/1/Add.14, párr. 32; Observaciones finales: Georgia, 29 de noviembre de 2002, E/C.12/1/Add.83, párrs. 16 y 34
[46] Observaciones finales: Polonia, 16 de junio de 1998, E/C.12/1/Add.26, párr. 24; Observaciones finales: Honduras, 21 de mayo de 2001, E/C.12/1/Add.57, párrs. 16 y 37.
[47] Observaciones finales: Polonia, cit.
[48] Observaciones finales: Georgia, cit.
[49] Observaciones finales: Honduras, cit.
[50] Observaciones finales: Italia, 23 de mayo de 2000, E/C.12/1/Add.43, párr. 24.
[51] Observaciones finales: Argentina, 1° de diciembre de 1999, E/C.12/1/Add.38, párrs. 22 y 37), con lo cual reiteró, en sustancia, el dictum que ya había formulado en 1994 (E/C.12/1994/14, párrs. 18 y 21.
[52] Así lo atestiguan las siguientes observaciones generales del Comité: N° 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 1999; N° 13, El derecho a la educación (art. 13), 1999; N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), 2000, y N° 15, El derecho al agua (arts. 11 y 12), 2002 (HRI/GEN/1/Rev.6, págs. 73 Cpárr. 15C, 89 Cpárr. 50C, 104 Cpárr. 35C y 123 Cpárrs. 23/24C, respectivamente). Merece ser destacado, que esta impronta, ciertamente, no ha dejado de ser reiterada en las observaciones generales destinadas al derecho al trabajo (N° 18, El derecho al trabajo, 2007, E/C.12/GC/18, párr. 25), y al derecho a la seguridad social (N° 19, El derecho a la seguridad social, 2008, E/C.12/GC/19, párr. 45).

La formación profesional constituye un derecho fundamental de la persona, y en particular, de la persona en situación de trabajo.

La primera expresión del derecho a la formación profesional emana de su consideración como modalidad del derecho a la educación. Así se concibe en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos. El derecho a la educación y a la modalidad de enseñanza profesional puede apreciarse en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) art. 13.2.b , en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13, en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, arts. 10.e y 21.b, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, num. XII y en la Convención Americana de Derechos Sociales, art. 17.

Sin embargo, el derecho a la formación figura asimismo como integrante del elenco de regulaciones de la relación individual de trabajo.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce en el art. 6 el derecho a trabajar, y establece entre las medidas que habrán de adoptarse por cada uno de los Estados Parte, la orientación y formación técnico profesional. En rango similar se ubican otros instrumentos.

Siendo la formación profesional un derecho humano fundamental según los instrumentos citados y otros que se omiten por razones de espacio, estamos ante una pretensión que puede hacerse valer ante el Estado y frente a los terceros, atentos a la naturaleza bifronte de los derechos humanos según recuerda BIDART CAMPOS. Esa posibilidad de oponer los derechos humanos laborales en la relación de trabajo hace que el empleador pueda considerarse un deudor de la obligación de proporcionar formación profesional al trabajador.

Siendo la formación un instrumento básico para el cumplimiento de la obligación de trabajar, el empleador debe facilitar dicho cumplimiento mediante la puesta en disposición del trabajador de las herramientas, entendiendo por tales no solamente las materiales (ropa de trabajo, instrumentos), sino las herramientas simbólicas, como una formación pertinente a las tareas y funciones que se demandan al trabajador.

Lejos de tratarse de un desarrollo meramente teórico, muchas constituciones o leyes nacionales imponen esta obligación de formar a cargo del empleador. Tal el caso de la Ley Federal Mexicana (cap. III arts 153.A y ss).

El derecho a la formación profesional desata otras consecuencias en la relación individual de trabajo, como lo es el derecho a la promoción y el ascenso, que constituyen una consecuencia lógica y necesaria de la formación y competencia adquirida por el trabajador en el transcurso de su relación de trabajo (PIDESC art. 7.d).

Por último, en un elenco de referencias que no se agota en esta breve comunicación, el derecho a la formación profesional tiene que ver también con la estabilidad en el empleo. Una formación ajustada - que el trabajador puede requerir directamente del empleador como parte del juego de derechos y deberes en la relación de trabajo – permite el trabajador pueda adaptarse a los cambios provenientes de las innovaciones tecnológicas (en equipo o gestión del trabajo).

Parece obvio decir que una mejor formación impacta en las condiciones de trabajo y en particular en el salario.

En suma, el derecho a la formación profesional, reconocido en los principales instrumentos internacionales y en las constituciones y leyes nacionales, integra el círculo más cercano del derecho del trabajo y resulta un dinamizador de las mejores y más equitativas condiciones de trabajo, entre ellas, el salario y la estabilidad en el empleo.

9. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, QUE CUBRA LAS NECESIDADES VITALES DEL TRABAJADOR Y DE SU FAMILIA, FRENTE A LAS CONTINGENCIAS SOCIALES QUE PUEDAN AFECTAR SUS INGRESOS ECONÓMICOS. LA SEGURIDAD SOCIAL DEBE SER FUNCIÓN INDELEGABLE DEL ESTADO, POR LO QUE DEBERÁ REVERTIRSE EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN QUE SUFRIERON NUESTROS PAÍSES EN LA DÉCADA DEL ´90

EL FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Horacio Ricardo González

1. Introducción

El modelo social europeo está cuestionado, en el centro del debate político, en camino de sucesivas reformas regresivas de los derechos del trabajo y la seguridad social. Un proceso similar, de mayor intensidad, sufrieron, con anterioridad, los modelos sociales de América Latina**;** incluyó un desmontaje de los incipientes estados de bienestar, que abarcó reformas estructurales de los sistemas de seguridad social.

El corazón de ese modelo, que se conoció como Estado de Bienestar, estuvo conformado históricamente por la seguridad social. Si bien, en todos estos años surgían voces, en Europa, que anunciaban la imposibilidad de mantener el nivel de las políticas sociales, o directamente su inviabilidad, la resistencia de los sectores del trabajo hizo que las reformas avanzaran lentamente.

Hoy, en el contexto de una nueva crisis mundial, igual o mayor a la que tuvo su inicio en 1929 y culminó en la segunda guerra mundial, la ofensiva desatada por el capital financiero en todo el mundo esta más cerca de lograr sus objetivos. En toda Europa se implementan medidas que apuntan a reducir el Estado de Bienestar para transformarlo en uno de mínimos asistenciales.

En América Latina está política lleva más de tres décadas, se inició con el establecimiento de las dictaduras militares, o gobiernos seudo democráticos; siguió con el restablecimiento de las democracias en la década de los ochenta.

Después de la segunda guerra mundial, en Europa, se instaura la política de concertación social, la institucionalización del conflicto, la paz social, el acuerdo se había impuesto por sobre la lucha de clases entre capital y el trabajo. A cambio de esa moderación en los reclamos, de renunciar a una alternativa al capitalismo, los trabajadores consiguieron el reconocimiento de numerosos derechos sociales[53].

Se estableció en los tratados internacionales de derechos humanos el compromiso de los Estados de avanzar progresivamente en el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en función de los recursos económicos. Se aceptaba, como algo normal, la progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.

Ahora, los organismos financieros internacionales, voceros del capital, insisten en un programa de recortes en el gasto público destinado a las prestaciones de salud y las pensiones. A su vez el G 20, en la reunión de Toronto celebrada este año, propone reducir en un 50% los déficit fiscales para el 2013.

El informe del FMI en el caso de la economía española es una declaración de guerra. Se le impone un fuerte retroceso a 25 años de progreso. Reducción de salarios, congelamiento y reforma de las pensiones, disminución de los beneficios sociales, precarización de los derechos laborales.

[53] Conf. Boaventura de Souza Santos, Ciudadanos europeos, uníos!, 06/06/2010, Sin Permiso, artículos en la Web.

La misma política implementada para Grecia y Portugal y que, paulatinamente, con distinta intensidad se extiende a toda Europa. En Francia, Alemania y Gran Bretaña se anuncia aumento de la edad jubilatoria y, en algunos casos, la reducción paulatina de la tasa de sustitución.

La culpa, se dice, es de la crisis, no de quienes la provocaron; no hay dinero para sostener tanto bienestar. El capital financiero le declara la guerra al trabajo. Son los pobres los que tienen que pagar una crisis que no originaron.

El capital impone a los Estados y gobiernos su agenda y está logrando que lleven adelante planes de ajuste. Hubo, primero, que dedicar sumas enormes a salvar los bancos y al sistema financiero internacional y, ahora, es necesario un ajuste fenomenal para equilibrar el gasto. Los bancos y los fondos de inversión están volviendo a ganar con la especulación a favor de la crisis, suscribiendo deuda de los Estados a altas tasas.

Mientras tanto se debe mantener la libre circulación de los fondos especulativos, si es posible libre de impuestos a las transacciones financieras.

El G20[54] ha dicho recientemente que:*"Los países enfrentados a serios desafíos fiscales necesitan acelerar el ritmo de consolidación"* y añade: *"Saludamos los recientes anuncios de algunos países de reducir sus déficit en 2010 y robustecer su marco y sus instituciones fiscales".* Estas medidas se dan en un contexto de recesión y desempleo creciente.

La resistencia a esas medidas, en todos lados, está en manos de los trabajadores, o está condenada al fracaso.

2. Las recortes a la seguridad social

Los gastos en seguridad social son una parte sustancial del ajuste que se anuncia. En definitiva, se castiga el salario y se bonifica el capital.

Se aplicaron políticas en América Latina que se conocen como los modelos del "Consenso de Washington" en que se sistematizaron las recomendaciones de política económica para los países dependientes. Aglutina bajo el nombre "Washington" el complejo político, económico, intelectual integrado por los organismos financieros (FMI, BM, Congreso de EEUU, la Reserva Federal, altos funcionarios y grupos de expertos). Estas recomendaciones fueron impulsadas por el Banco Mundial bajo la denominación de *"políticas de ajuste estructural"*[55]. Estas ideas fueron definidas por Stiglitz como *"fundamentalismo de mercado"* defendidas a principios de los ochenta por el Banco Mundial, el FMI y el Tesoro de los Estado Unidos y se lo conoce como el "Consenso de Washington" "*... implicaba la minimización de la función del gobierno, mediante la privatización de empresas de propiedad estatal y eliminar las normas del gobierno y las intervenciones en la economía"*[56].

El antecedente de la reforma chilena y el informe del Banco Mundial "Envejecimiento sin crisis" marcaron el nuevo rumbo. El modelo impulsado por el Banco Mundial[57] propiciaba el alejamiento del Estado de los sistemas de pensiones y el reemplazo de los denominados sistemas de reparto, basados en principios de universalidad, solidaridad, igualdad y carácter redistributivo de la seguridad social, por

[54] Citado por Paúl Krugman en Los halcones del déficit han tomado el control del G20, 6/6/2010, en Sin Permiso, artículos en la Web.

[55] Estas recomendaciones se referían a la disciplina presupuestaria, cambios en las prioridades del gasto público, reforma fiscal, liberalización financiera, tipos de cambio competitivos, apertura comercial, apertura al ingreso de inversiones extranjeras, privatizaciones, desregulaciones, garantía de los derechos de propiedad.

[56] "Latinoamérica se convirtió en el alumno más aventajado del Consenso de Washington, siendo Argentina y Chile los primeros de la clase". Ver Joseph E. Stiglitz, Los felices 90. La semilla de la destrucción, Taurus, Buenos Aires, 2003, página 276

[57] "Envejecimiento sin crisis", Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo, Banco Mundial, Washington D.C., 1994.

sistemas de capitalización individual obligatoria. Se privilegia las necesidades de ahorro e inversión por sobre los objetivos de mayor equidad y redistribución de ingresos.

Menos participación del Estado, en lo económico y social, pero más autoridad del Estado, en lo político para asegurar las políticas neoliberales.

Treinta y cinco años antes Huntington, en la Trilateral había denunciado que las crisis de los Estados son producto de las políticas de bienestar y el ensanchamiento de los derechos. Se proponía, en 1975, restablecer la autoridad del Estado sobre la sociedad, reducir el "exceso de democracia"[58].

Recientemente el Presidente de la Reserva Federal ha señalado, como blanco de nuevos recursos, para hacer frente a la crisis, a la seguridad social de los trabajadores *"ahí es donde está el dinero".* Antes, los mismos sectores, habían conseguido derrotar la reforma de salud, propuesta originalmente por Obama, cancelando toda posibilidad de opción pública nacional. Se fortalece mediante subsidios a los seguros privados para que más personas accedan a los seguros privados de salud.

Todo el dinero a los bancos, a los fondos especulativos, esa es la consigna del capital. Reducir el gasto público, recortando el gasto social.

Se quiebra el diálogo social, el Pacto de Toledo en España[59], es un ejemplo, con el cual se venía avanzando lentamente en reformas regresivas de los sistemas de pensiones. No sirve más, se dice no hay tiempo, las reformas hay que hacerlas ahora.

Antes en los países de la periferia se impuso una estrategia directa, era necesario sustituir los regímenes previsionales de reparto por sistema de seguros comerciales.

En Europa se preconizaba una estrategia indirecta, a más largo plazo, en las reformas de seguridad social.

Se señala que la fragmentación del trabajo, y de su división, se traduce en la fragmentación de los sistemas de seguridad social que se concretan en fenómenos de dualización social. Al referirse a este tema destaca Monereo Pérez que *"del Estado del Bienestar se avanzaría hacia un Estado asistencialista, que acabaría desplazando-hasta ocupar su lugar- a los sistemas de solidaridad salarial que determinaron el surgimiento de los viejos sistemas de Seguridad Social"*[60]

A partir de la crisis mundial se aceleran los tiempos, el momento es ahora, no importa los sacrificios que haya que hacer.

3. La crisis mundial

La crisis mundial nos permite apreciar la influencia que han tenido en esta etapa del capitalismo el *"capital que devenga interés"*, el capital financiero (capital al margen del proceso de producción, o "capital ficticio"[61]) constituido en una parte relevante por los fondos de pensiones administrados por privados o por los Estados. En esta oportunidad la crisis comenzó en las finanzas, se trata de la crisis del régimen de acumulación, predominantemente financiero, desarrollado con fuerza desde principios de los ochenta

---

[58] Informe de la Trilateral, cap. 2 y 3. Corresponde a la sección norteamericana escrita por Samuel P. Huntington. La Trilateral Comisión era una asociación de ciudadanos "privados" de los Estados Unidos, Europa Occidental y Japón que produjeron un informe llamado The gobernability of democracias en mayo de 1975.

[59] Al analizar los acuerdos suscriptos entre el Gobierno y los sindicatos, en España, destacaba Joaquín Aparicio Tovar que "asistimos a una peligrosa tendencia de fragmentación regresiva del Sistema de Seguridad Social en dos partes, una asistencialista o de cobertura de mínimos y otra de seguro movida por una lógica en la que el principio de solidaridad está altamente debilitado" en La evolución regresiva de la seguridad social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo, Revista de Derecho Social No19, Bomarzo, página 49.

[60] José Luis Monereo Pérez, El Derecho Social en el umbral del Siglo XXI: La nueva fase del Derecho del Trabajo, Lan Harremanak/2 (2000-I) (237/309, pág. 241.

[61] Kart Marx decía "El capital (…) como representante de la forma universal de la riqueza -el dinero- constituye el impulso desenfrenado y desmesurado de pasar por encima de sus propias barreras", Elementos Fundamentales para la Crítica de la Economía Política, 1857-1858, volumen 1, página 276 , ,Siglo XXI, México 2007.

(Tatcher y Reagan). La acumulación es de títulos, acciones, bonos del tesoro, títulos de la deuda pública.

Las sumas centralizadas en los fondos de pensión, fondos de colocación financiera pasaron a ser la columna vertebral de la acumulación financiera.

Por el camino de las reformas de los sistemas de pensiones, pasando de sistemas de beneficios definidos a regímenes de contribuciones definidas y beneficios indefinidos, el capital se apodera de una parte del salario, ya no es la plusvalía tradicional, sino aquella parte del salario que se difiere para formar un patrimonio colectivo y que en los sistemas de capitalización pasa a ser administrado por el sistema financiero.

Este proceso de reformas marca la necesidad del capital de pasar en los sistemas de pensiones de un *"sistema de prestaciones definidas"* a uno de *"cotizaciones definidas".* Se trata del *"ahorro salarial"* utilizado para valorizar el capital[62].

La crisis en el 2008 ha provocado un rendimiento negativo y una pérdida en los principales fondos de la seguridad social estimada en 225.000 millones de dólares[63]. Los trabajadores ven esfumarse sus ahorros. Según la OCDE la perdida de activos de pensiones privadas durante el 2008 fue de 5 trillones de dólares

En Europa se vuelve a anunciar la bancarrota del sistema de pensiones. La crisis de la deuda obliga a los Estados a reducir la protección social. Se habla de aumentar la edad jubilatoria, tanto de hombres como de mujeres, la población envejece, aumentar los años de aportes, reducir la tasa de sustitución, etc. El Director General del FMI (Strauss-Kahn, socialista) dice que no podemos seguir jubilándonos a los 60 años cuando podemos llegar *"a vivir hasta los 100 años".*

En Alemania se anunció un plan de ajuste desde ahora al 2014 que involucra una reducción del gasto público de 86.000 millones de euros. Actualmente su déficit está en el 5,5%, por encima del 3% del Pacto de Estabilidad europea. Dentro del recorte que debe aprobar el Parlamento se incluyen las pensiones de desempleo y la ayuda para viviendas.

4. Un Estado de mínimos asistenciales

Siguiendo los lineamientos del Banco Mundial varios países de América Latina, y algunos de Europa del este, realizaron reformas estructurales en sus sistemas previsionales. Todos ellas tienen en común la introducción del sector privado en la administración de fondos de pensiones, bajo el régimen financiero de Capitalización Plena Individual (CPI), pero difieren en la medida en que sustituyen el régimen de reparto por la capitalización en cuentas individuales y en la definición de beneficios.

El Banco Mundial, en el informe citado anteriormente, proponía un modelo de tres pilares:1) Un primer pilar público, tiene por objetivo aliviar la pobreza en la ancianidad y coasegurar numerosos riesgos, podría tener la modalidad de un programa de beneficios supeditados a la prueba de necesidad, una pensión mínima, un beneficio uniforme, universal o vinculado al empleo; 2) Un segundo pilar obligatorio de capitalización

[62] Sobre este tema en Crisis de sobre acumulación mundial, crisis de civilización, señala Francois Chesnais al referirse al proceso de la centralización de dinero que busca valorizarse como capital en manos de los bancos y de los fondos de pensión y colocación financiera que "después de un largo proceso de descentralización inicial que pasó casi desapercibido, desde 1980-84 estos fondos pasaron a ser la espina dorsal de la acumulación financiera. En el curso de los años 90 a los asalariados estadounidenses se les impuso un cambio en el sistema de jubilaciones. El sistema de "prestaciones definidas" dio su lugar al llamado de "cotizaciones definidas". Son los fondos relacionados con este sistema los que sufrieron los más importantes "daños colaterales". Ver en Internet, revista Herramienta.

[63] Según la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), Observatorio de la Seguridad Social 05 "Para algunos fondos de la seguridad social, la pérdida representa el equivalente a cinco años de ingresos derivados de las inversiones y a cerca del 25 por ciento del valor neto de los activos del fondo. De acuerdo con las estimaciones de la OCDE, la pérdida de activos de pensiones privadas registradas durante el año 2008, que fue de 5 trillones de dólares hasta octubre de 2008, ha aumentado hasta 5,4 trillones de dólares estadounidenses. La tasa de retorno medio de los fondos de pensiones ha registrado un valor medio negativo del 23 por ciento anual.

individual y administración privada; 3) El tercer pilar voluntario de capitalización individual y administración privada.

Durante este proceso de "privatización" se degradaron los derechos sociales, como derechos fundamentales incorporados en los textos constitucionales, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en las Convenciones de la OIT y, simultáneamente, el Estado abandonó buena parte de sus obligaciones que se configuraban como prestaciones positivas, exigibles por los ciudadanos.

Asistimos a una pérdida de vigencia de los derechos sociales, de su carácter de derechos constitucionales, pasando a ser considerados materia de configuración legislativa, supeditados a las asignaciones presupuestarias, concesiones de carácter asistencial, transitorias, para solventar los riesgos sociales de extrema necesidad.

En muchos países de América Latina, se modifica y reemplaza, paulatinamente, la constitución como norma fundamental, por las directivas y principios que emanan de la legislación ordinaria, o de excepción, que se dicta durante ese período.

Las primeras reformas estructurales en la seguridad social se introducen en Chile por la dictadura militar, durante el gobierno de Pinochet, a partir de 1981. Luego, más de una década después, a instancias del Banco Mundial, se realizaron en Argentina y Uruguay reformas estructurales que pusieron en marcha sistemas previsionales mixtos, basados en la capitalización individual obligatoria.

En América Latina se han aprobado reformas de esa naturaleza convirtiéndose en un territorio fértil para los experimentos, de las denominadas reformas estructurales tendientes a la "privatización" total o parcial de los sistemas de seguridad social.

Las reformas se realizaron conforme los siguientes parámetros: Reformas estructurales basadas en modelos sustitutivos en el que en la práctica el sistema público es dejado sin efecto y reemplazado por uno de capitalización individual obligatorio; el paralelo, no se reemplaza el sistema público, es una alternativa que compite con el de capitalización y el mixto, en el que conviven dentro del sistema un régimen previsional público y otro de capitalización.

Así se impusieron en Argentina (modelo mixto, 1994), Bolivia (sustitutivo, 1996), Chile (modelo sustitutivo, 1981), Colombia (paralelo, 1993), Costa Rica (paralelo, 1993), Ecuador (sustitutivo, 2002), El Salvador (sustitutivo, 1996), México (sustitutivo, 1995), Nicaragua (sustitutivo, 2001), Perú (paralelo, 1997), República Dominicana (sustitutivo, 2001), Uruguay (modelo mixto, 1995).

El resto de los países de la región, que reconocen algún tipo de protección social a sus ciudadanos, disponen de un esquema institucional semejante al brasileño, con un sistema público, administrado por el Estado, basado en el régimen de reparto y un sistema privado complementario voluntario, funcionando como un régimen de capitalización, administrado por el sector privado.

En Brasil y Paraguay, hasta la fecha, se descartaron reformas estructurales, manteniéndose sistemas de reparto, de carácter solidario y solo se encararon reformas no estructurales, o de las denominadas paramétricas, con modificaciones, por ejemplo, en los años de contribución requeridos, tasas de sustitución para el cálculo de los haberes, aumento de las edades.

En los primeros años del presente siglo se advierte un cambio en la orientación a partir de los fracasos del sistema privado[64].

En Venezuela en el 2002 se realizó una reforma no- estructural dejándose sin efecto la privatización de 1997. En Ecuador se suspendió la implementación de la reforma

[64] Los expertos del Banco Mundial se han visto obligados a reconocer que el sistema privado "no está funcionando bien" en América Latina y ha recomendado reconstruir el sistema público para universalizar la cobertura de la seguridad social y "prevenir la pobreza en la vejez", manteniéndose la capitalización individual para los trabajadores de mayores ingresos de mayor capacidad contributiva. Ver Gill, I., Packard, T. y Yermo, J., Keeping the Promise of Social Security in Latin America, World Bank, 2005.

por problemas de financiación, mientras que lo mismo ocurrió en Nicaragua, en 2004, por resolución del gobierno en acuerdo con los organismos financieros internacionales.

Ocurre lo mismo en el caso reciente de Bolivia[65]. Desde 2006, Bolivia ha nacionalizado una serie de sectores del país, entre los que se encuentran el petróleo, la minería, las telecomunicaciones y la electricidad. En 2008, entró en vigor una ley que permitía a los ciudadanos elegir entre las AFP privadas y las públicas. Por otro lado, la Constitución, aprobada en febrero de 2009, reclama la administración estatal de las pensiones, con el control y la participación de los ciudadanos, y establece que los asuntos de seguridad pública no pueden ser privatizados.

En Chile para superar la falta de cobertura previsional se instaura el sistema de pensiones solidarias en 2008, que se concede a quienes nunca han cotizado y pertenecen al 40% más pobre de la población. A su vez, se establece el aporte previsional solidario, sometido a los mismos requisitos que la pensión básica solidaria; se trata de un suplemento que reconoce el Estado a los que, habiendo cotizado, tienen pensiones inferiores a un determinado nivel.

En la Argentina se han eliminado las AFJP y es el Estado el que administra los fondos del sistema de capitalización[66].

Por su parte, Brasil, Cuba, Honduras, Guatemala, Panamá, Paraguay y Venezuela, solo realizaron reformas paramétricas o no estructurales dentro del régimen de seguro social[67].

En todos los países, dónde se encararon reformas estructurales de los sistemas de pensiones, fueran de naturaleza sustitutiva, paralela o mixta, los costos de la transición fueron elevadísimos.

Se impuso, además, una concepción asistencial y focalizada de la seguridad social, que se expresa en la forma de distintos planes sociales dirigida a prestar ayuda a los sectores vulnerables de la sociedad. No se modifica la situación estructural de extrema pobreza en que está sumida la mayoría de las poblaciones de Latinoamérica.

No es algo abstracto o formal, todo lo que se refiere a la seguridad social. En todos los casos se discute sobre la redistribución de la riqueza, lo cual implica tomar en cuenta relaciones de poder económico y político; quién administra el salario, los trabajadores, o las administradoras privadas en beneficio del capital[68].

La existencia de un sistema de pensiones administrado democráticamente por los trabajadores y jubilados es parte de la lucha por extender la democracia en la sociedad y en el Estado.

---

[65] El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de Bolivia ha anunciado la nacionalización de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) privadas del país.

[66] El Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Previsional Argentino (SIPA) administra aportes de los trabajadores para el sistema previsional, acumulados entre el 07/1994 y el 12/2008, que representan -al 30/04/2010- $ 149.287 millones (fuente Anses). El Fondo tiene invertido el 61,4% en títulos públicos, el 12,2% en acciones y títulos privados, en proyectos productivos o de infraestructura el 7.9% (industria automotriz, centrales eléctricas, atómicas, sistema vial, aerolíneas), en plazos fijos el 7,7%, fideicomisos financieros el 2,7%, fondos comunes de inversión el 1,3%, disponibilidades y otras inversiones menores el 5%.

[67] El caso de Cuba es atípico en relación al resto de los países de América Latina. Luego del triunfo de la revolución socialista se reemplazó el antiguo sistema de seguros sociales, basado en capitalización por prima media general, fragmentado en más de cincuenta "cajas" que solo cubrían al 50% de los asalariados por una "Ley de Seguridad Social" de 1963 que fue, luego reemplazada por la ley 24 que entró en vigor a partir del 1 de enero de 1980. Se integra con dos regímenes, el de seguridad social y el de asistencia social, financiado por las partidas presupuestarias del Estado. Se contempla en la actualidad la ampliación de las fuentes de financiamiento mediante las contribuciones de los trabajadores e impuestos destinados a ese fin.

[68] El reconocimiento de los derechos sociales fue fruto, ciertamente, de la rebelión social y política de las clases trabajadoras", Joaquín Aparicio Tovar, La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia, en la obra La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras, coordinada por J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y Ma. Nieves Moreno Vida, Comares, Granada, 2008, p.119.

5. Principios de la seguridad social

A pesar de la jerarquía constitucional de los derechos sociales, y su reconocimiento en los tratados internacionales de derechos humanos, falta mucho por hacer para darle carácter operativo a un sistema de protección social que garantice, a través del Estado y la participación de los distintos actores sociales, los derechos a la seguridad social, en un sentido amplio.

La OIT[69] define a la seguridad social como *"la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición, o de una fuerte reducción, de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, asistencia médica, desempleo, vejez, accidente del trabajo o enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad, invalidez y sobrevivientes (muerte).*

Algunos autores y, también, la OIT hablan de Protección Social, para referirse a la obligación del Estado de dar protección a las personas reconociendo prestaciones. Desde esa perspectiva el núcleo duro de la protección social es la seguridad social. Ese núcleo duro se completa con una segunda malla de protección social que se denomina Asistencia Social, dirigida a dar prestaciones a quienes no tienen acceso a las de seguridad social.

Los principios fundamentales en seguridad social, definidos por la OIT, en distintos documentos son los de Solidaridad, Universalidad, Participación o administración democrática, Igualdad de trato y responsabilidad del Estado.

Se mencionan también los de suficiencia o integridad, obligatoriedad, unidad y equidad.

A su vez hay principios de seguridad social que se relacionan, específicamente, con el carácter internacionalista de la seguridad social y que son recogidos por los tratados sobre la materia como los de respeto de los derechos adquiridos o en curso de adquisición y no discriminación entre nacionales y extranjeros

En relación con los seguros sociales los sistemas de seguridad social suponen cambios en dos aspectos: a) frente a la cobertura solo parcial de los seguros sociales, los de seguridad social comprenden todos los riesgos sociales; b) extensión al conjunto de la población de los Estados.

Dos principios definen la seguridad social: el principio de universalidad subjetivo de cobertura y el principio de protección contra todos los riesgos sociales que crean estado de necesidad.

En la actualidad existe una especie de estabilidad en las ramas de los riesgos cubiertos, a través de lo previsto en el Convenio 102 (norma mínima) de la OIT. La interpretación de las normas de la seguridad social debe tener en cuenta su carácter dinámico, en permanente proceso de adecuación a un mundo cambiante.

El pasaje de un sistema de seguros sociales, organizado para los trabajadores, a uno de seguridad social, que protege a todas las personas importa la adopción del principio de universalidad y se expresa en el reconocimiento de dos brazos dentro de la seguridad social,: el contributivo y el no contributivo.

El principio de la universalización, ámbito subjetivo de la cobertura, es el fin primero de la seguridad social y que permite hacer real el *"derecho de toda persona a la seguridad social"*(art. 9 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales).

En América Latina, en general, asistimos, en la década de los noventa, a una contracción de la seguridad social, con la pérdida de cobertura de millones de personas

[69] Ver OIT, Introducción a la Seguridad Social, Ginebra, 1984

sin empleo. Eso hizo que la cobertura disminuyera, tanto en su aspecto subjetivo, como objetivo.

Se puso de moda la *"segmentación de las prestaciones sociales"* como solución para las crisis financieras. Se decía que con recursos escasos había que aplicarlos a favor de los más necesitados. Este planteo ponía en jaque el principio de universalidad que había caracterizado a la seguridad social.

Dice Alarcón Corcuera[70] que para que el principio de universalidad se cumpla es preciso que el sistema de protección social ofrezca en su "cuadro prestacional" un tipo de prestaciones que estén destinadas a satisfacer cualquier situación de necesidad, independientemente de la situación profesional del sujeto y de su previa cotización al sistema.

A diferencia de los seguros sociales la seguridad social pone en primer plano la situación de necesidad, producida esta es indiferente la causa que la produce, la contingencia. La única contingencia que cuenta es la falta de recursos para vivir, sin que deba ser relevante que ello se origine en la vejez, la invalidez, la falta de empleo, etc.

Se dice que sin solidaridad no se comprende la seguridad social, para hacerla efectiva se hace necesario integrar a todos los miembros de la comunidad. El principio de solidaridad constituye el punto de partida de todas las instituciones de seguridad social, caracterizada por el recíproco apoyo que se prestan los seres humanos y justifica la recíproca responsabilidad que asumen. De acuerdo a esa idea directriz se explica que la generación de trabajadores activos tome a su cargo sostener las prestaciones destinadas a los que se encuentran en la pasividad.

La solidaridad se manifiesta en el proceso de redistribución que caracteriza a la seguridad social. Se distingue un doble sentido redistributivo, uno intrageneracional, dentro de la misma generación, de los que tienen respecto de los que no tienen en el mismo período, de los sanos a los enfermos, de los empleados a los sin empleo; otro intergeneracional, de las generaciones presentes (activas) hacia las pasadas (jubilados)

La realización del principio de solidaridad implica una preferencia por el sistema de reparto como, mecanismo financiero, ya que su implementación permite establecer solidaridad intra y entre las generaciones, de tal forma que el conjunto de los actuales activos no están pagando sus prestaciones, sino las de los actuales pasivos y con el mismo sentido contribuyen los sanos y los enfermos.

El carácter público de la seguridad social es un presupuesto de su implantación obligatoria. Solo el Estado puede hacerlo y se impone como una necesidad histórica. Es el Estado el encargado de hacer cumplir las obligaciones y reconocer los derechos.

Todas las personas deben ser amparadas igualitariamente ante una misma contingencia. Es un principio vinculado al de solidaridad y unidad del sistema. La concreción de estos principios solidaridad-unidad-igualdad permite que todas las personas tengan derecho a idénticas prestaciones ante las mismas situaciones de necesidad y para ello es fundamental que se preserve la unidad. A su vez el principio de igualdad expresa que todos los miembros de la sociedad son tratados de la misma manera.

En los países de América Latina las constituciones consagran el principio de igualdad, históricamente como igualdad de todos ante la ley, pero a partir del desenvolvimiento del constitucionalismo social se expresa como búsqueda de la igualdad material. La existencia de regímenes generales y especiales en materia previsional impugna ese principio. Se justifica en los casos de actividades laborales diferentes que, por ende, son tratadas de diferente manera (tareas que importan envejecimiento prematuro, desgaste o stress), autorizando no solo requisitos de acceso a los beneficios distintos, sino, también, a veces prestaciones de cuantía diferentes. Esto nos remite a la

[70] Manuel Ramón Alarcón Corcuera, La Seguridad Social en España, Aranzadi editorial, Pamplona, 1999, página 72.

interpretación que los tribunales han hecho del principio de igualdad teniendo en cuenta rasgos sociales, económicos, laborales, productivos, etc.

Un rasgo de la seguridad social (a diferencia de los seguros sociales) es su tendencia a eliminar la diversidad de regímenes, dispersos por los colectivos de trabajadores protegidos tendiendo a que la población asegurada (que por hipótesis tiene que ser toda, toda persona) sea protegida contra los mismos riesgos, con la misma intensidad.

A través de la seguridad social se pone en práctica un principio de nivelación social que obliga a una actividad promocional de los poderes públicos. Se trata de compensar las limitaciones reales en que los individuos se encuentran a la hora a de atender por si mismos las contingencias. Solo la universalización del ámbito de la cobertura permite alcanzar la idea de la sustancial igualdad y dignidad del ser humano. La igualdad material es un contenido esencial de la seguridad social.

Todos los sectores de la sociedad tienen responsabilidad en la financiación del sistema de acuerdo a sus posibilidades y en forma progresiva.

El Convenio 102 de la OIT establece la participación de los representantes de los trabajadores y la posible de los empleadores en la administración de los sistemas de seguridad social.

La seguridad social es un régimen público, una función del Estado, de tal importancia que nos permite reconocer la existencia o no de un Estado Social. La seguridad social es pública y, por, ende, obligatoria, seguridad social y privada se repelen.

En materia de seguridad social predomina, o es determinante, el interés público sobre cualquier interés privado. La seguridad social está definida como una función esencial del Estado. Esto significa la imposición de la solidaridad para dar satisfacción al interés público. Se trata de una solidaridad más amplia, excede a los propios beneficiarios, compromete al Estado mismo garantizando las prestaciones a los beneficiarios.

El ánimo de lucro es incompatible con un régimen de seguridad social. En su momento el pasaje de un sistema de seguros privados a uno de seguros sociales se basó en la necesidad de eliminar el lucro.

La unidad de los sistemas de seguridad social es un tema clave frente a la fragmentación que significan los distintos entes provinciales, o municipales, o los regímenes especiales.

El principio de justicia social orienta todo lo referido a los derechos sociales y, también, los de la seguridad social.

6. Los derechos sociales, derechos flexibles

El debate sobre el futuro de la seguridad social se vuelve a instalar en todo el mundo. En el plano teórico, gira alrededor de los que para algunos autores consiste en construir un nuevo régimen de Protección Social orientado a los dejados de lado. La alternativa de mantener protecciones fuertes e incondicionales, construidas a partir del trabajo, se dice, forma parte del pasado, es reemplazado por ayudas a personas alejadas del mercado del empleo.

Se propone un mínimo para los más desfavorecidos, de base solidaria, financiado por impuestos y un seguro a partir del empleo, a través de los seguros privados.

El proyecto de un Estado social universalista se agota y surge un Estado que funciona con el principio de discriminación positiva, de apoyo a los grupos desventajados.

Se condiciona la Seguridad Social a la disponibilidad de recursos, un enfoque de derechos es reemplazado por uno meramente asistencial o de derechos mínimos. El análisis económico del derecho también invade a la seguridad social.

Se reemplaza el sujeto el trabajador, no son derechos colectivos, sino derechos de ciudadanía; no conduce a prestaciones homogéneas para todos, sino a acciones para excluidos.

La individualización de los derechos sociales significa la abolición de los derechos derivados y su reemplazo por derecho propios.

Un ejemplo de falta de universalidad e incondicionalidad de los derechos lo encontramos en la proliferación de planes sociales que no tiene carácter universal. Se trata de un derecho individualizado a favor de los trabajadores que se encuentren "desocupados o se desempeñen en la economía informal". No es un derecho social universal incondicional y sin límites, sino que responde a una concepción focalizada, de ayuda a los sectores más vulnerables, sin que se pretenda modificar la situación de pobreza estructural en que se encuentran.

Se destruye la seguridad social como derecho universal y se tiende a reconocerla como un derecho precario o mínimo a los sectores de menores ingresos. Los nuevos planes no revierten la segmentación de los beneficios.

Se impone una política de Estado que apunta al reconocimiento de derechos sociales como derechos mínimos y condicionales. Se reemplaza la concepción de los derechos sociales, como derechos humanos fundamentales, de carácter incondicional, universal y suficiente, por derechos de pobreza**,** que la institucionaliza como tal, condicionados al cumplimiento de determinados requisitos y obligaciones.

Se continúa con una política de reinterpretación de los derechos sociales que lleva a una concepción de los derechos como mínimos asistenciales. Se establece una relación contractual, a través de los denominados sistemas de asistencia social convencionales, que se focalizan sobre los pobres y que requieren de estos el cumplimiento de determinadas obligaciones,

Este rasgo de mínimos se presenta en las reformas de toda la seguridad social. La lógica asistencial es la que predomina.

Con estas políticas se convalida la exclusión y la pobreza y se legaliza la economía informal. Se abandona una política de universalización de los derechos de los trabajadores, de pleno empleo, de salario mínimo vital y móvil

Algunos como Rosanvallon proponen, frente a la disgregación del Estado de Bienestar y el crecimiento de la exclusión, un ingreso mínimo de inserción[71] la inserción por el trabajo en la lucha contra la exclusión. Critica la idea de la asignación universal como expresión de una tendencia a la disociación entre la esfera de la actividad económica y la solidaridad. Se trata de un nuevo tipo de derecho social que ocupa un punto intermedio entre derecho y contrato**.**

Es un derecho, porque es accesible a todos para obtener un mínimo de recursos, pero también un contrato, ligado a una contrapartida al compromiso del beneficiario en un rumbo de inserción. Un derecho, por el contrario, es por esencia de aplicación universal e incondicional.

En este caso no se propone volver a la caridad, pero se desplaza la obligación de universalidad que define un derecho. Se vincula lo social con lo económico, se supedita lo social a lo económico, en una nueva remercantilización de la seguridad social[72].

En esta corriente de pensamiento los derechos sociales son reinterpretados en una perspectiva contractualista, que articula derechos y obligaciones.

Castel señala el cambio profundo que implica el pasaje hacia una re individualización en la manera de asumir las tareas laborales. Una dicotomía entre

---

[71] Pierre Rosanvallon en La nueva cuestión social, Manantial, Bs.As., 1995, página 105, califica al Estado providencia porque funciona como una máquina de indemnizar.

[72] Señala Rosanvallon en obra citada, pagina 204 que "…puede inaugurarse una nueva era del Estado providencia, con el restablecimiento de políticas asistenciales arcaicas". Se trata de la implantación de un Estado de Bienestar minimalista cuyo único objetivo es la lucha contra la pobreza extrema.

protecciones fuertes e incondicionales, construidas a partir del trabajo; y ayudas a personas alejadas del mercado del empleo[73].

Desde otra perspectiva Ferrajoli[74] al referirse a la herencia de la *Tangentopoli*, en Italia, como el nombre apropiado para "nuestro Estado social de no derecho y para nuestra corrupta economía" sugiere la necesidad de la elaboración de *"una nueva legalidad del Estado social"* basado "*en la rígida separación entre Estado y mercado, la máxima desburocratización de las intervenciones públicas y su articulación según la lógica universalista de los derechos antes que sobre la de las prestaciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático".*

7. La seguridad social como un derecho humano fundamental

Según estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 50% de la población mundial carece de cualquier tipo de cobertura social, mientras que el 80% tiene una protección insuficiente. El informe de la OIT, ante la cumbre del G20 en Pittsburg, en septiembre de 2009, sostenía que los efectos sobre el empleo de los regímenes de seguridad social eran tan importantes como los paquetes de incentivos a la banca y la industria, pero más justos socialmente.

En América Latina, el 51% de los hombres y el 57,1% de las mujeres trabajan en el sector informal que además se concentra en las ocupaciones por cuenta propia de baja productividad o en el servicio doméstico[75].

El Banco Mundial y la OCDE atribuyen, en materia de protección social, un papel central al mercado, asignando a los sistemas públicos de pensiones un papel residual de lucha contra la pobreza, ensanchando de esa manera el campo de las pensiones privadas[76].

El sistema de pensiones de múltiples pilares sugerido por el Banco Mundial se compone de alguna combinación de elementos básicos: a) uno no contributivo o "pilar cero"(pensión social) que provee un nivel mínimo de ingreso**;** b) un sistema contributivo obligatorio, "primer pilar", que está ligado al nivel de ingreso y busca reemplazar alguna porción del mismo; c) un "segundo pilar" obligatorio que es esencialmente una cuenta de ahorro individual, pero que puede ser construida de una variedad de formas; d) arreglos voluntarios de "tercer pilar", que también pueden tomar muchas formas (programas individuales, programas de grupos financiados por el empleador, de beneficio definido, o de contribución definida) pero que son flexibles y de naturaleza voluntaria**;** y e) fuentes apoyo informal intrafamiliar o intergeneracional, tanto financieras como no financieras, incluyendo acceso a salud y vivienda, para los mayores"[77].

El documento pretende incorporar las lecciones y experiencias internacionales e investigaciones recientes desde la publicación de Envejecimiento sin Crisis (1995). El

---

[73] Dice Robert Castel que nos orientamos a una reconfiguración del régimen de protecciones en tres polos, "o a tres velocidades:" (…) "recursos y coberturas mínimas a las poblaciones más desfavorecidos", "protecciones de seguro básicas que se siguen construyendo a partir del empleo , pero con disminución de los riesgos cubiertos y/o del umbral de su responsabilización (…) y seguros completamente privados", La Inseguridad Social ¿Qué es estar protegido?, Manantial, Bs. As, 2004, páginas 94/95, nota 7.

[74] Luigi Ferrajoli, en el futuro del Estado social y la renta mínima garantizada, páginas 70/71, en la obra La Renta Básica como nuevo derecho ciudadano, edición de Gerardo Pisarello y Antonio De Cabo, Trotta, Madrid, 2006.

[75] Panorama Laboral 2009, América Latina y el Caribe, p.13.

[76] Conf. Mikel de la Fuente Lavín, Reparto y Capitalización, Estudio Comparado de sistemas de pensiones, CES, Madrid, 2007, p. 371.

[77]Soporte del ingreso de vejez en el siglo Veintiuno: Una perspectiva internacional de los sistemas y de las reformas, Holzmann Robert y Hinz Richard, junto con Hermann von Gersdorff, Indermit Gill, Gregorio Impavido, Alberto R. Musalem, Michal Rutkowski, Robert Palacios, David Robalino, Ivonne Sin, Kalanidhi Subbarao, Anita Schwarz, Banco Mundial, 2005, p 7.

concepto tradicional de tres pilares a) un sistema de beneficio definido obligatorio financiado por reparto, y manejado públicamente, b) un sistema de contribución definida obligatoria, financiado y manejado por el sector privado y c) el ahorro voluntario, ha sido extendido para incluir dos pilares adicionales, uno de ellos asistencial.

En Europa se imponen las estrategias de individualización de los derechos sociales de pensión.

Mientras el consenso keynesiano atribuía al Estado de Bienestar la compensación de las desigualdades producidas por el mercado, en particular, mediante pensiones sustitutivas del salario; ahora se propone pensiones mínimas, financiadas con impuestos.

En la mayoría de nuestros países se plantea la contradicción entre un régimen de reparto universal y solidario y/o un régimen de capitalización condicionado, con beneficios públicos mínimos y pensiones de acuerdo a los aportes y el resultado de las inversiones de riesgo.

En ese contexto la participación activa de los trabajadores es fundamental para reconstruir un sistema de seguridad social basado en los principios de solidaridad, universalidad, igualdad de trato, participación o administración democrática, responsabilidad del Estado y equidad.

El derecho a la seguridad social forma parte de los derechos humanos fundamentales, es un valor universal, así lo han reconocido la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 198 y el Protocolo de San Salvador de 1999.

A su vez el Convenio 102 de Seguridad Social (norma mínima) de la OIT[78] establece el conjunto de riesgos sociales que generan estados de necesidad que deben ser afrontados por los estados conforme un mínimo asumible que debe desarrollado progresivamente.

Por nuestra parte pensamos que se trata de construir en nuestros países "un derecho a la seguridad social, que cubra las necesidades vitales del trabajador y de su familia, frente a las contingencias sociales que puedan afectar sus ingresos económicos". Para ello es necesario que el Estado asuma plenamente la obligación de organizar y administrar la seguridad social con la participación de los trabajadores.

10. INSTITUCIONALIZACIÓN DE UNA RENTA BÁSICA CIUDADANA, COMO DERECHO DE CADA PERSONA, SIN IMPORTAR SU RAZA, SEXO, EDAD, CONDICIÓN CIVIL O SOCIAL, DE RECIBIR UNA RENTA PARA ATENDER SUS NECESIDADES VITALES

HACIA LA REDISTRIBUCIÓN Y LA REAPROPIACIÓN DE LA RIQUEZA SOCIAL[*]

Diego Fernando Boglioli

[78] De los países de América Latina han ratificado el Convenio 102 Ecuador, Bolivia, Perú, Venezuela, Brasil, Costa Rica, Barbados, Méjico, Uruguay y está en proceso de ratificación en Argentina.

[*] Este trabajo es parte de las "Bases Constitucionales de América Latina y el Caribe", elaboradas por el Equipo Federal del Trabajo que coordina el Dr. Rodolfo Capón Filas. Su autor es uno de los 91 juristas latinoamericanos que participaron.

I. Antecedentes de la idea y propuesta de un "ingreso ciudadano" o "renta básica"

El germen del moderno desarrollo teórico de un Ingreso Ciudadano o Renta Básica[79] se remonta a la Polis Griega con Aristóteles, pasa por el siglo XVIII de la mano de Maximilien Robespierre, de Thomas Paine, abrevando en otros humanistas y en el siglo pasado en la misma Doctrina Social de la Iglesia Católica[80], encontrando campo siempre fértil para su formulación durante períodos signados por situaciones de exclusión y pobreza extrema de importantes porciones de la población, especialmente en Europa y en EE.UU. Afirma Passet que:"Las justificaciones teóricas varían en función de las épocas y sus partidarios. Son de orden económico y social"[81], por lo que no debe sorprendernos hallar bases teóricas de fundamentación de la idea –en toda la amplitud de sus formulaciones posibles- en un arco que va desde el liberalismo hasta el marxismo.

La fuerte irrupción a partir de los 80' del Neoliberalismo –y sus drásticas consecuencias sobre la distribución de la renta, del empleo, de precarización de las condiciones de trabajo, entre otras- reavivaron el debate sobre la llamada "Renta Básica" como alternativa 'sistémica' a la crisis social generada por las políticas basadas en aquella doctrina, cuestión que además se vincula con debates sobre el desempleo, la distribución del trabajo, la reducción de la jornada laboral y, en otro plano no menos trascendente, con la noción misma de 'ciudadanía' (social) y con la tradición republicana y de la libertad[82]. En definitiva, se tratará modernamente de dotar a los derechos civiles, políticos y sociales de una base material real dentro de un nuevo concepto de ciudadanía social[83].

---

79 Adoptaré aquí la denominación más usual de 'Renta Básica' –R.B.-, más no la única utilizada, ya que la propuesta ha recibido diferentes denominaciones, las cuales no siempre expresan exactamente la misma idea: "Renta básica", "Renta básica garantizada", "Renta de ciudadanía", "Renta básica de ciudadanía", "Renta vital", "Renta social", "Renta mínima personal", "Renta por la condición de ciudadano", "Ingreso garantizado", "Ingreso ciudadano", "Salario de toda la ciudadanía", "Salario universal", "Salario social", "Salario mínimo existencial", "Dividendo social", "Subsidio universal garantizado", "Abono universal".

80 "La ciudad o la sociedad política existe para vivir bien" (Aristóteles, "Política", I, 2). Paine proponía: "Crear un fondo nacional, del cual se pagará a cada persona, cuando alcance la edad de veintiún años, la suma de quince libras esterlinas, como compensación parcial por la pérdida de su herencia natural causada por la introducción del sistema de propiedad territorial. Y además, la suma de diez libras al año, de por vida, a cada persona actualmente viva de cincuenta años de edad, y a todos los demás cuando alcancen esa edad", Paine, Thomas: "AGRARIAN JUSTICE". Juan XXIII enfatizaba que: "No basta afirmar que el hombre tiene un derecho natural a la propiedad privada de los bienes, incluidos los de producción, si al mismo tiempo no se procura, con toda energía, que se extienda a todas las clases sociales el ejercicio de este derecho" (*Mater et Magistra*).

81 Ver Passet, René en *La ilusión neoliberal*, editorial Debate, 2001. Por su parte Negri y Hardt ven a la propuesta de R.B. como instrumento de transformación del actual capitalismo imperial.

82 "La gran tradición republicana, la tradición de la libertad, la tradición que desde Aristóteles a Jefferson y Paine, desde el mejor Maquiavelo a Cromwell y Harrington, desde Bolívar a Juárez y Zapata combatió toda expresión política de la tiranía y el despotismo, sin olvidar la que anida en los entresijos de las relaciones sociales; esta tradición milenaria, decimos, apostó claramente por la independencia material como criterio de ciudadanía plena. Por eso fue una tradición tan fuertemente propietarista y fió en la propiedad de la tierra la posibilidad de la libertad. Una democracia de pequeños (y grandes) productores independientes fue, sin ir más lejos, el sueño de Jefferson, un sueño obvio es decirlo que el mundo industrial moderno barrió al crear un enorme ejército de excluidos de la propiedad del capital (y de la tierra): el asalariado, el trabajador libre" (Raventós, Daniel y de Francisco, Andrés en *Republicanismo y Renta Básica*, publicado en 'Veu alternativa' y cit. en www.attacmadrid.org). Raventós teoriza sobre la relación estrecha existente entre Republicanismo y R.B., afirmando que: El republicanismo, consecuente con su ideal de libertad como no-dominación, está interesado en la independencia socio-económica de toda la ciudadanía. ... Por eso si un estado republicano está comprometido con el progreso de la causa de la libertad como no dominación entre sus ciudadanos, no puede menos que adoptar una política que promueva la independencia socioeconómica" (conf. *"El salario de toda la ciudadanía"*, en www.attacmadrid.org/d/1/el_salario_de.htm).

83 Al respecto se sostiene que: "Partiendo de que los derechos humanos y sociales están basados en el respeto de la dignidad de todos los individuos por el hecho de ser personas y pertenecer a la sociedad, el nuevo concepto de

La idea consiste en establecer un ingreso básico, incondicional y universal, otorgado entonces a todo individuo, desde su nacimiento, sin ninguna condición de estado familiar o profesional. El principio, revolucionario, consiste en que se tendría derecho a este ingreso de existencia porque se existe, y no por existir. Es un derecho de ciudadanía, fundamental no solo para el desarrollo económico, sino para el de los otros derechos, los cuales, sin la renta básica, quedarían como meros formalismos. En principio la R.B. podría hacerse extensiva a toda la humanidad, ya que, aquí y ahora, el producto mundial repartido equitativamente bastaría para asegurar una vida confortable al conjunto de los habitantes del planeta (Ramonet).

Si bien la propuesta de una R.B. es compatible –al menos en lo teórico- con una economía capitalista (puesto que no cuestiona la propiedad privada sobre los medios de producción ni la existencia del mercado, no obstante haber quienes la consideran un importante paso gradual hacia el comunismo –"un camino capitalista hacia el comunismo" , citando la enunciación por Marx de la primera parte de la ley económica del Comunismo: "A cada cual según sus necesidades" –Salavert-), la implantación de una R.B. pone en crisis -en su base- la distribución inequitativa de los frutos de ese patrimonio común conformado por los recursos productivos –recursos naturales y conocimientos colectivos, ambos apropiados privadamente-, puesto que en definitiva la riqueza es una creación colectiva (esto es, que la distribución de los medios de pago corresponda al volumen de la riqueza creada y no meramente al volumen del trabajo ofrecido –Marx, Gorz-), superándose así al Estado de Bienestar tradicional desde un punto de vista igualitarista y solidario. Una concepción que podría conceptuarse 'a mitad de camino' entre el liberalismo clásico (aún en su 'remake' neoliberal) y el marxismo[84].

Siendo entonces una propuesta a contramano de la lógica del sistema capitalista (que conllevaría a la redistribución y a la reapropiación de la riqueza social existente), no llega a atacarla medularmente; sin embargo va un paso más allá que el Estado de Bienestar clásico al otorgar la libertad de vivir fuera del mercado de trabajo capitalista (Noguera), asestando un duro golpe a la necesidad vital de los trabajadores de tener que vender su fuerza de trabajo –muchas veces a cualquier precio- en el mercado de trabajo, sin que por otra parte una R.B. suficiente para cubrir las necesidades básicas comporte necesariamente que la gente opte por no emplearse en el mercado de trabajo más, en todo caso, sí la pondrá en mejores condiciones para negociar sus condiciones de trabajo[85].

---

ciudadanía social debe reconocer el inalienable derecho individual, universal e incondicional a unas condiciones básicas de existencia y, por consiguiente, a disponer de los bienes económicos y materiales necesarios para ello. Esto implica la obligación social de proporcionar a todas las personas los medios precisos para hacer efectivo el pleno ejercicio de sus derechos, mediante el establecimiento de mecanismos claros que, como la renta básica o el salario social, deben ser de carácter subjetivo o no graciable (esto es, garantizados para cada individuo como innegociables) y no condicionados a contrapartida alguna en relación con el mercado laboral", ('Observatorio de Renta Básica', Madrid, septiembre de 2002; ver www.attacmadrid.org).

84 Efectuando una justificación de la R.B. desde el marxismo, Iglesias Fernández afirma: *"*... la apropiación privada de un bien colectivo, de un recurso que pertenece a todos, y que es indispensable para la sobrevivencia humana, justifica la implantación de la rb. es decir, la expropiación de un recurso que es imprescindible en la actualidad para la sobrevivencia de las personas obliga al sistema capitalista a proporcionar a los expropiados una renta que los compense periódicamente de esta pérdida, y que su cantidad sea suficiente como para que puedan cubrir totalmente las necesidades materiales" (IGLESIAS FERNÁNDEZ, José, *El trabajo general como justificación de la Renta Básica* en www.attacmadrid.org).

85 María Jesús Izquierdo, Profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona, efectúa una aguda crítica a la "personalización de las negociaciones laborales" que algunos exaltan como consecuencia beneficiosa de la implantación de una R.B., olvidando el innegable desequilibrio negocial de todo trabajador individualmente situado ante su empleador, criticando tales planteos por erróneos e, inclusive, de mala fe, a la vez que rescata la noción de 'sujeto colectivo' (los trabajadores agremiados) a fin de lograr un equilibrio de fuerzas entre trabajo y capital a la hora de negociar colectivamente (conf. IZQUIERDO, María Jesús, *¿Reparto del trabajo o renta básica*", en www.attacmadrid.org). También debiéramos detenernos en el análisis de la 'nueva' realidad socio-económico-laboral sobre la cual operaría una R.B. y su 'funcionalidad' respecto a la superación (o mejor dicho, pretensión de

La propuesta parte, conforme se la ha formulado, de la distinción entre trabajo y empleo, rescatando la importancia del primero y su sentido amplio (que incluye toda actividad humana, remunerada o no salarialmente, de utilidad social y necesaria para el mejor funcionamiento de la sociedad –ej.: el trabajo doméstico, el voluntariado social, etc.), diferenciándolo del segundo (limitado a aquellas actividades dependientes remuneradas e insertas en el mercado laboral), señalando los efectos beneficiosos –individuales y sociales- que una R.B. aparejaría en relación a las mayores posibilidades de las personas de elegir entre 'trabajar' o 'emplearse'.

La noción de *incondicionalidad* de la propuesta supone la ruptura con la lógica clásica del otorgamiento de prestaciones sujetas a determinadas condicionalidades (contribuciones previas, acreditación de niveles de ingresos, de situación de desempleo o de búsqueda de empleo, exigencia de capacitación o de prestación de determinado trabajo, o de la contraprestación de un trabajo 'socialmente útil', etc.), mientras que la noción de *universalidad* supone romper con el clásico acotamiento de las prestaciones de asistencia a determinados colectivos o grupos sociales determinados según criterios objetivos (desocupados, ancianos, niños, etc.), superando así sustancialmente la lógica de los sistemas clásicos contributivo-asistenciales propios del Estado de Bienestar.

Sus detractores afirman que la implantación de una R.B. fomentaría el rechazo de las personas a emplearse en el mercado de trabajo, prejuicio que no sólo no tiene demostración práctica sino que además parte de suponer que el único trabajo posible es el trabajo dependiente remunerado en el mercado; lo que en todo caso generaría es una reticencia de un creciente número de personas a 'vender' su fuerza de trabajo a precio vil en dicho mercado y la posibilidad de acceder o mantenerse en otras actividades laborales alternativas (trabajo doméstico, autónomo, voluntariado social, etc.)[86].

II. Instrumentos constitucionales fundantes

La propuesta puede encontrar sólido sustento normativo en diversas cartas internacionales, a saber: El Preámbulo y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948); el Preámbulo y los arts. 1, 2, 21.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, OEA); el Preámbulo y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, ONU, 1966)[87].

III. La R.B., consagrada constitucionalmente, sería un derecho económico fundamental, directamente operativo y judicialmente exigible

---

ocultamiento) de la lógica del capitalismo sustentada en la existencia de una clase (la obrera) y su destino de lucha colectiva por otra lógica (aparente) basada en la individualización de la 'negociación' entre el ciudadano y el empresario-empleador; preguntas por el estilo se hace Passet: "¿En qué realidades sociales, se nos pregunta, creen que están en situación de basarse? Marx coexistía con un proletariado cada vez más numeroso, reagrupado en las fábricas, más y mejor organizado cada día. El proletariado en su acepción marxiana ya no existe; la clase obrera, diezmada, dispersa, debilitada, no cuenta ya con unos sindicatos; también éstos están divididos: eventualmente se muestran incapaces de coaligarse a escala nacional, cuando los intereses contra los cuales luchan se articulan a escala planetaria. Las líneas de fractura atraviesan las clases de parte a parte, si el término "clase" conserva en la actualidad algún sentido", (ver Passet, René, cit. en 3).

86 Contestando a la mayoría de las críticas que se han hecho, desde diferentes ángulos, a la implantación de una R.B., ver Passet, René, cit. en 3).

87 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad" (Como se puede comprobar no se trata de un derecho vinculado al trabajo, sino meramente a la condición de ser humano).

La adopción de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales generan obligaciones concretas al Estado, que –asumiendo sus particularidades- muchas de estas obligaciones resultan exigibles judicialmente (Abramovich-Courtis).

La R.B. debe ser considerada como un derecho económico fundamental y como base material de los demás derechos constitucionales y de los DD.HH., que quedarían en lo abstracto si no existiese un ingreso ciudadano garantizado a todos, puesto que sin independencia socioeconómica no hay libertad, pasando a ser vista la seguridad en los ingresos como un derecho de ciudadanía, una garantía de seguridad económica para 'decir que no', garantizándose a todos los ciudadanos su seguridad económica 'ex ante' y no 'ex post', como lo vienen haciendo buena parte de los sistemas de garantía de ingresos y protección social, que entran en acción una vez que se ha puesto de manifiesto la situación de pobreza que se debe combatir (Raventós y Casassas). En definitiva y en su materialización normativa, se deberá regular como un 'derecho subjetivo' basado en la cualidad de ciudadanía (Antón).

IV. Beneficios que aparejaría la implantación de una R.B.

Se han señalado (Noguera) los beneficios diversos que aparejaría la introducción de una R.B., a saber: 1) La RB superaría la fragmentación entre beneficiarios de distintas prestaciones sociales, así como los déficits de cobertura. 2) Superaría, asimismo, los problemas de estigmatización social. 3) No existiría ya el control de la vida privada que suponen los subsidios condicionales. 4) Ahorraría costos de administración de las prestaciones y simplificaría legalmente la acción protectora del Estado. 5) Haría desaparecer las "trampas" de la pobreza y del desempleo; de hecho, erradicaría la pobreza y disolvería la propia problematicidad del desempleo. 6) Superaría también el posible fraude en el cobro de prestaciones, ahorrando muchos recursos en materia de inspección. 7) En fin, la RB se adaptaría mejor a los cambios sociales en curso en el mercado de trabajo, en las formas de familia o en los estilos de vida (individualización, etc.), ante los cuales las políticas sociales tradicionales flojean[88]. A todos estos posibles beneficios de la implantación de una R.B., agregaría que la determinación del valor de una canasta de bienes esenciales –cuyo costo de adquisición la R.B. debería cubrir- será útil para discernir la necesariedad de su consumo en relación al consumismo a que estamos sometidos respecto de aquellos bienes no esenciales, cuya pseudo-necesidad (sentida muchas veces como vital) es inducida por el sistema capitalista.

V. Viabilidad de la propuesta: de Europa a América

Mas no debe pasarse por alto que la propuesta (en todas sus variantes posibles) proviene mayormente de países desarrollados –en los cuales "el piso de la pobreza" es sustancialmente más alto que en Latinoamérica-, por lo cual bien vale advertir sobre su viabilidad concreta en países como los nuestros que padecen una desigualdad socio-económica estructural e histórica. Es que no advertir esto puede llevarnos a planteos meramente utópicos o cuya implementación resulte finalmente sesgada, hasta llegar a desnaturalizar la propuesta (como algunos ya advierten que ocurre en Brasil con la nueva ley de renta básica de ciudadanía)[89].

---

88 NOGUERA, José Antonio, *La renta básica y el Estado de Bienestar. Una aplicación al caso español*, en : www.attacmadrid.org/d/1/ris_rb_noguera.htm".

89 Luego de 12 años de tramitación parlamentaria, Brasil ha promulgado la "Ley de Renta Básica de la Ciudadanía" (Nº 10.835, promulgada el 08.01.04) en la cual si bien se contemplan los requisitos tradicionalmente aceptados de la propuesta de una R.B., ya se han alzado voces que alertan respecto de su posible inaplicación práctica, atento a su notorio gradualismo y sujeción a las posibilidades presupuestarias estatales, por lo cual su *"*... factibilidad parece sin

Otra cuestión que merece detenido análisis es la de la existencia simultánea de países, zonas o regiones económicas en las cuales exista una R.B. garantizada (o sistemas que dan algún nivel de 'protección socio-económica' con características más o menos similares) y de otras en las cuales ello no ocurra, puesto que el capital "naturalmente" aprovechará las ventajas (el "dumping social") que tales asimetrías le presentan y emigrará (al menos selectivamente) a esas regiones. Y esto es lo que ya viene ocurriendo con el sistema capitalista en la economía globalizada contemporánea, lo que ha sido bien advertido por distintos pensadores[90]. La implantación de una R.B., quede bien claro entonces, no debiera convertirse en una causa "nacionalista", restringida a "bloques económicos" o que suponga un concepto limitado de "ciudadanía", sino una pretensión marcadamente "universalista"[91].

VI. Las diferentes alternativas y matices que se desprenden de la propuesta Análisis de las modalidades que puede asumir la R.B.

Se han efectuado también propuestas de modalidades diferenciales de R.B. las cuales, incluso en algunos supuestos mezclan elementos propios de otras propuestas de naturaleza contributiva previa o asistencial u otras condicionalidades así como mayoritariamente se ha admitido la posibilidad (cuando no la conveniencia) de la transición gradual de los esquemas contributivos y/o asistenciales al de R.B., lo cual supone la coexistencia temporal con los otros modelos de intervención estatal (políticas activas de empleo y formación laboral, determinados servicios sociales, etc.). Excedería a este trabajo la enumeración detallada de las distintas alternativas posibles[92].

---

embargo lejana, especialmente en países financieramente débiles como los considerados aún en desarrollo" (ver Osava, Mario: *Brasil: Renta por existir* en www.ipsenespanol.net).

90 Naomí Klein, citada por Schapire, habla de las consecuencias de: "... una estrategia económica que condena a los empleados del Primer Mundo a vivir de trabajos precarios y mal pagos y a los del Tercero a una explotación infrahumana en las fábricas de Asia y América Latina", en un interesantísimo trabajo de investigación que la llevó –durante 4 años- de los suburbios de Toronto a las villas miseria de las Filipinas e Indonesia, el resultado de este trabajo es el libro "No Logo", o cómo la pregunta "¿De dónde vienen mis zapatillas?" se transforma –en términos del diario inglés 'The Observer'- en *"* en el *Das Kapital* de la creciente lucha de los movimientos contra las multinacionales*"*. Sigue diciendo Klein en su libro con respecto a la era de las marcas, en que la imagen es todo: "Pasamos de un capitalismo de objetos a un capitalismo de imágenes". "Un consenso había emergido entre los dirigentes según el cual las grandes empresas poseían demasiados bienes (fábricas, materiales) y empleaban a demasiada gente; en pocas palabras, les molestaba el peso de tantas cosas concretas"; era el auge del New Age, los nuevos empresarios como Bill Gates o Richard Branson (de Virgin Records) inyectaban en las multinacionales su interpretación de la cultura espiritual de los 60. Todo debía ser cool y light: asistíamos a un momento en el que imperaba 'la trascendencia de lo comercial', un nuevo componente espiritual deseoso de `liberarse del mundo material'. La cultura empresaria se había transformado. Los jefes ya no llevaban corbata y se imponía una nueva jerga donde los empleados se convertían en 'coequipers' o 'partners' que trabajan en lugares parecidos a campus universitarios o laboratorios secretos. En este universo depurado, la producción pasaba a ser un mal necesario, 'una actividad fastidiosa y marginal'. Mientras los cerebros creativos se concentraban en las estrategias de mercadotecnia, la fabricación adoptaba 'el papel subalterno del que debían ocuparse los proveedores y subcontratistas, cuya función se limitaba a cumplir con el pedido a tiempo y dentro de los límites presupuestarios ('idealmente en el Tercer Mundo, donde la mano de obra no cuesta nada, donde las leyes son laxas y las ventajas fiscales moneda corriente'). *"*Klein recuerda que Nike es el prototipo de la 'marca sin producto'; la empresa no posee ninguna de sus fábricas sino que subcontrata la producción de indumentaria en los 'sweatshops' ('fábricas de sudor'), verdaderos depósitos de mano de obra instalados en las zonas francas de países como Indonesia, China, México, Vietnam y las Filipinas" ... "El mundo cool ha desterrado de su léxico los términos 'trabajadores', 'fábricas' y 'sindicatos'" (ver artículo de Alejo Schapire en el Suplemento 'RADAR' del diario "Página 12", edición del 13.05.01, pág. 4).

91 Bien apunta Izquierdo respecto a la idea de 'universalidad' de la R.B. –con la mira puesta en los planteos que podríamos denominar 'eurocéntricos'-: "Cuando hablamos de un subsidio universal e incondicional ¿a qué universo nos estamos refiriendo?. La construcción de la ciudadanía europea está contribuyendo a reforzar las políticas de exclusión. ¿Es posible desde una posición de izquierdas defender la ciudadanía europea y una noción de derechos universales que es en la práctica excluyente?"(conf. IZQUIERDO, María Jesús, cit.).

92 Sin pretender agotar la lista de alternativas planteadas, resumo:

1. R.B. totalmente incondicional y universal [van Parijs (1995) y Raventós (1999)].

También excedería a esta enunciación teórica la formulación de mayores precisiones acerca de la propuesta, más no se quiere dejar de destacar las relacionadas con: a) A qué nivel y qué órgano/s debiera/n administrar el sistema y su pago; b) Quién y/o cómo se financia (¿se prevé la existencia de un Banco Central Latinoamericano?); b.1) La reasignación de los recursos se hará a nivel local –nacional- o regional-latinoamericano?; c) Nivel de asunción de la obligación: Unión, Estados nacionales, ámbito político menor; d) Si debe alcanzar también a los residentes no ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Latinoamericana y, en caso afirmativo, si se requiere un tiempo mínimo de residencia o solo acreditar habitualidad en la residencia en cualquiera de los países de la Unión; e) Monto único de la prestación o montos diferenciales conforme a determinadas pautas objetivas –la edad, por ej.-; f) Periodicidad del pago, inembargabilidad, etc. (casuismo que puede ser rígido o flexibilidad normativa que puede ser contraproducente); g) Posibilidad de un sistema mixto compuesto por una renta en dinero y por otras prestaciones educativas, sanitarias, de transporte, etc.; h) El monto mismo de la R.B. ¿en base a qué parámetros se establecería y a qué valor debiera ascender?[93].

VII. Conclusiones

Las disquisiciones efectuadas en los párrafos precedentes pretenden sólo indicar las cuestiones fundamentales debatidas en torno a la R.B., más no debieran necesariamente formar parte del texto literal de la cláusula constitucional proyectada (de hecho han sido omitidas muchas de ellas); es que un excesivo casuismo o detallismo de la norma conspiraría con la necesaria 'flexibilidad' que se considera debiera tener la cláusula ya que, en caso contrario, se corre el riesgo de maniatar al legislador a la hora de la elección del 'modelo' adecuado a las complejidades concretas a tener en cuenta para su efectiva implementación. Sin embargo es cierto también que una cláusula constitucional excesivamente 'abierta' dejaría el camino libre para su probable

---

2. R.B. incondicional y universal, pero 'parcial' respecto a su cuantía o a los colectivos beneficiarios [Iglesias (1998)], asumiendo un carácter progresivo, obviándose así, al menos provisionalmente, la universalidad e incondicionalidad del planteo.

3. R.B. condicional a la realización de algún tipo de trabajo 'socialmente útil' [Gorz (1992)], entre las cuales podríamos incluir –como una variante interesante a la luz de la realidad de los países latinoamericanos- la exigencia de acreditar como 'contraprestación' la escolarización y la realización de controles sanitarios periódicos por parte de quienes perciban la "asignación universal a menores de 18 años" [Central de Trabajadores Argentinos C.T.A., 2004].

4. R.B. como un 'segundo cheque' pagado por el Estado una vez implantada una reducción sustancial de la jornada laboral y un reparto del empleo entre toda la población [Gorz (1992)].

5. Un "impuesto negativo" sobre la renta del capital (Friedman, Tobin).

6. Una "renta mínima garantizada", en el sentido de una unificación de todas las actuales prestaciones asistenciales que asegure unos ingresos mínimos a la población que carezca de ellos, más son condicionales y de cuantía bastante baja (Ver NOGUERA, José Antonio, cit. en 10).

93 La cuestión del monto de la R.B. ha sido también motivo de controversia; no hay dudas de que el mismo debiera cubrir –en cualquier caso- el valor de la canasta básica de subsistencia que marca el límite de la línea de indigencia; más el cabal cumplimiento de su función 'desmercantilizadora' del trabajo impondría ir más allá del mero objetivo de eliminar la pobreza (o la indigencia). Como afirma Noguera: "Pero si la R.B. ha de ser un instrumento 'de libertad real para todos' y de transformación social en un sentido igualitarista, es necesario ir más allá" (conf. NOGUERA, José Antonio, art. cit.). Haciéndose cargo inclusive de las dificultades de financiamiento (y, así lo entiendo, también políticas) de implantación a corto plazo de una R.B., Mercader Prats ha propugnado principiar por una R.B. parcial, de monto modesto, a ser incrementada progresivamente, afirmando que: "Se entiende por tal 'una renta modesta pero suficiente para cubrir las necesidades básicas de la vida, a pagar a cada miembro de la sociedad como un derecho, financiada a través de impuestos o por otros medios y no sujeta a otra condición que la ciudadanía o residencia'. Se trata de un pago universal, individual y de cuantía suficiente que cada individuo recibiría acreditando la ciudadanía o la residencia ..." [MERCADER PRATS, Magda en: "La aritmética de una Renta Básica Parcial para España: una evaluación con EspaSim", ver en: www.nodo50.org/redrentabasica/descargas/mercader-prats%202004.pdf (nov. 2003)].

vaciamiento o desnaturalización legislativa, con la consecuente inaplicación práctica de la propuesta.

La viabilidad regional del planteo se encuentra además sujeta al necesario fortalecimiento de las democracias latinoamericanas, al rol activo que deberán adoptar las políticas sociales de cada Estado (pasándose de un modelo asistencialista y de control político a otro fundado en derechos universales, incluyendo en estos a los derechos económicos –Martínez Cañibano, cit. por Pinto Cañón-) y a la introducción de calidad institucional en la gestión pública (especialmente en el área impositiva y fiscal), requiriéndose de una política tributaria claramente progresiva y de una política fiscal marcadamente redistributiva, así como de una lucha frontal contra la corrupción.

Es que la imposición constitucional de una R. B. de ciudadanía, debe comportar una modificación en profundidad de los actuales sistemas de protección pública latinoamericanos, lo cual requerirá tomar medidas de fondo de carácter legal, fiscal, económico-financiero y de gestión que necesariamente deberán ser tenidas en cuenta a la hora de su implementación. En la base resultará esencial la acumulación de un poder político muy fuerte para enfrentar las inevitables resistencias del poder económico nacional y trasnacional (apoyado de seguro por los centros financieros y políticos mundiales), consecuentes a una propuesta que socava las bases del modelo de acumulación capitalista, el cual requiere –entre otras bases materiales- contar con un costo de la mano de obra bajo y con normas laborales flexibles que le garanticen al capital su reproducción. Es que, sin mano de obra disponible para venderse a bajo precio (lo que hoy está garantizado a nivel global por las economías de los países-factoría como India, China, los denominados “Tigres Asiáticos”, México, Haití, Honduras, etc.) que trabaje en “fábricas sucias” (Klein), el sistema estallaría por los aires.

De lo que no hay dudas es de la necesidad ética de instaurar constitucionalmente la R.B. a fin de garantizar el derecho a su goce como un Derecho de raigambre Constitucional, que no pueda quedar a merced de la discrecionalidad de un gobierno o funcionarios de turno.

11. DERECHO A LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA VIDA DEL TRABAJADOR, FRENTE A LOS RIESGOS DEL TRABAJO. LA GESTIÓN DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS SINIESTRO LABORALES, NO PODRÁ ESTAR EN MANOS DE OPERADORES PRIVADOS QUE ACTÚEN CON FIN DE LUCRO

EL “IMPUESTO DE SANGRE”

Luis Enrique Ramírez

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cada año en el mundo más de 270 millones de trabajadores sufren accidentes laborales, mientras que aproximadamente 160 millones contraen enfermedades profesionales. De ellos, más de 2 millones pierden su vida, de manera tal que el trabajo asalariado mata a casi 5.500 personas por día. Y, agrega el informe, los datos son parciales y están por debajo de la realidad, ya que no hay estadísticas de los siniestros ocurridos entre los trabajadores del sector informal de la economía.

Para tener una idea de la magnitud de esta verdadera masacre que sufren los trabajadores, hay que tener en cuenta que las muertes causadas por el trabajo dependiente superan holgadamente las originadas en accidentes de tránsito (1.000.000),

guerras (500.000), hechos de violencia (563.000) y sida (312.000). Otro dato alarmante es que del total de trabajadores muertos anualmente en siniestros laborales, 12.000 son niños que trabajan en condiciones peligrosas.

Este canon que pagan los trabajadores para poder obtener los medios económicos para su subsistencia y la de sus familias, es un auténtico "impuesto de sangre" que desnuda las lacras y miserias del sistema social y económico en el que viven.

Si proyectamos estos números a todos los años de vigencia del sistema capitalista, podremos afirmar que estamos en presencia de un verdadero genocidio de la clase trabajadora. Hay que recordar que se ha tipificado esta figura como el "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial" (Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, 17/07/98).

La inmensa mayoría de los siniestros laborales son evitables, reconoce la propia OIT, pero, agregamos nosotros, no en un sistema que se apoya en valores perversos, que privilegia la defensa del lucro y la tasa de ganancia, al cuidado de la salud y la vida de los trabajadores.

Si el orden social vigente en la mayoría de nuestros países, divide a los individuos entre aquellos que tienen la titularidad de los medios de producción y los que sólo cuentan con su capacidad de trabajo para subsistir, entonces sólo puede aspirar a un mínimo de legitimación si les garantiza a estos últimos el cuidado y la preservación de su vida y su salud. Este "compromiso" de los sectores sociales dominantes, debió ser parte del "pacto social" que llevó a un gran sector del movimiento sindical a renunciar a su histórica pretensión de sustituir el sistema capitalista. Pacto social que, además, debió incluir, necesariamente, el derecho a un trabajo decente y a una remuneración justa, ya que sólo así puede explicarse ese renunciamiento.

Pero la caída del "Muro de Berlín" y la desaparición de la Unión Soviética, llevaron a una indisimulada denuncia de ese "pacto" por parte del capitalismo, lo que permitió conocer su verdadero rostro. El pensamiento neoliberal se pasea triunfante por el mundo, imponiendo sus recetas económicas y laborales. La internacionalización de la economía se transforma en globalización, que en el mundo laboral se traduce en desregulación, flexibilización, precarización, competitividad, polivalencia funcional, y demás palabras paridas por la matriz ideológica del neoliberalismo, que los trabajadores conocen más por sus consecuencias que por su significado literal.

El progreso tecnológico de la humanidad no se refleja en una disminución de los siniestros laborales. Por el contrario, hay un sostenido incremento al compás de las nuevas reglas de juego del capitalismo. Se impone un nuevo concepto de empresa, supuestamente más apta para adaptarse a las fluctuaciones del mercado. Sólo conserva un núcleo de trabajadores permanentes y externaliza muchas funciones y tareas. En la periferia de ese núcleo aparecen empresas contratistas y subcontratistas que hacen el "trabajo sucio" de la flexibilización laboral y el abaratamiento de la mano de obra, generalmente mediante procedimientos reñidos con la legalidad. Los trabajadores entran y salen gracias a las empresas o agencias de servicios eventuales y a los contratos temporales, siguiendo el flujo y reflujo de la demanda de los bienes o servicios que produce la empresa principal. Entre los trabajadores que tienen una inserción precaria en la empresa la siniestralidad es elevadísima. Su capacitación implica un costo que los empleadores no están dispuestos a asumir.

La globalización también lleva al *dumping social*. Los capitales se trasladan con asombrosa facilidad a aquellos países con menor costo laboral, fomentando entre los gobiernos una competencia para ver quien es más eficaz en abatir los niveles de protección que los trabajadores de ese país pudieron conseguir. Se busca desarticular toda la estructura que tutela sus derechos, para mejorar la *competitividad* empresaria. Es así que se exportan los riesgos a poblaciones más vulnerables, de países en los que no hay mayores exigencias en materia ambiental y laboral, y de gestión de la seguridad y la

higiene en el trabajo en particular. La propia OIT pudo comprobar que las empresas multinacionales son mucho más estrictas en temas de salud y seguridad en la sede central, que en las filiales ubicadas en países en desarrollo.

Es por todo esto que la Carta Sociolaboral Latinoamericana, que la ALAL pone a consideración del movimiento sindical y de los gobiernos de la región, tiene entre sus puntos principales la obligación de los Estados de dictar una legislación interna que consagre el derecho "a la efectiva protección de la salud y la vida del trabajador".

Esto significa que los Estados deben asumir el compromiso de legislar sobre los siniestros laborales, abordando la cuestión de la prevención desde una perspectiva global e integrada. Tomando como ejemplo el art. 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) de España, podemos sostener que el deber general de prevención del empleador, se debería traducir en:

a) Evitar los riesgos.
b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.
c) Combatir los riesgos en su origen.
d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.
e) Tener en cuenta la evolución de la técnica.
f) Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.
g) Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.
h) Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.
i) Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.
j) Informar obligatoriamente a los trabajadores sobre los riesgos de la tarea que deben realizar, de los materiales o herramientas que deben utilizar y del ambiente laboral.
k) Autorizar a los trabajadores a rehusarse a prestar tareas en condiciones que impliquen un riesgo para su salud o su vida.

La legislación interna de los países que firmen la Carta Sociolaboral Latinoamericana debería también incriminar penalmente los actos o las omisiones de los empleadores, que supongan un atentado contra la vida o la salud de los trabajadores. Ya hemos dicho que la inmensa mayoría de los siniestros laborales son evitables. Por lo tanto llamarlos "accidentes" constituye una inaceptable concesión del lenguaje. Siempre serán lesiones u homicidios culposos.

Los trabajadores deben tener el derecho y la obligación de participar, tanto en el diseño del sistema de prevención de los riesgos del trabajo, como en su implementación en cada lugar de trabajo. Nadie mejor que ellos conoce cuáles son los riesgos. Esto garantizará, además, el cumplimiento de las normas y procedimientos de prevención. La capacitación permanente es necesaria, pero insuficiente. El trabajador debe participar activamente en todas las cuestiones relativas a la seguridad laboral, ya que es el principal interesado.

Cuando la prevención haya fracasado y el siniestro se haya producido igual, la legislación interna de cada país debería establecer un sistema de reparación integral de los daños sufridos por el trabajador. Una indemnización que no sea integral no es justa.

Por último, en forma expresa el punto 11) del proyecto de Carta Sociolaboral Latinoamericana establece que la gestión del sistema de prevención y reparación de los riesgos del trabajo "no podrá estar en manos de operadores privados que actúen con fin

de lucro". La experiencia en países de la región, en los que se habilitaron a aseguradoras de riesgos del trabajo como principales agentes del sistema, ha sido nefasta.

El fin de lucro es absolutamente incompatible con la gestión de los subsistemas de la Seguridad Social en general, y con el de riesgos del trabajo en particular. El operador privado tiene un interés contradictorio con el de la víctima de un siniestro laboral. Con el agravante de que el natural conflicto que se plantea entre ambos, se resuelve en el marco de una abismal diferencia en la correlación de fuerzas.

El reto de proporcionar seguridad y salud a los trabajadores latinoamericanos es hoy día mayor que nunca. En la región más desigual del planeta, reducir y eliminar el "impuesto de sangre" es una necesidad imperiosa.

12. DERECHO A LA ORGANIZACIÓN SINDICAL LIBRE Y DEMOCRÁTICA

LIBERTAD SINDICAL Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Antonio Baylos

Es patente la relación estrecha entre libertad sindical y negociación colectiva. La libertad sindical constituye un elemento básico de la civilización cultural de los derechos sociales y forma parte de las llamadas "normas fundamentales" de validez universal tal como fueron enunciadas por la Declaración de la OIT de 1998. Como dice el profesor Umberto Romagnoli, "la libertad sindical es una fórmula lingüística que debe su carácter universal a la OIT", y se desarrolla principalmente en los convenios 87 y 98 de esta organización, sin olvidar algunos otros muy importantes, como el Convenio 151, que despliega estos principios en las Administraciones Públicas. En esa calidad viene reconocida en todas las cartas internacionales de derechos humanos, políticos y sociales, en las constituciones de las naciones latinoamericanas y, en el otro continente, en la propia Carta de derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea y en las constituciones de sus estados miembros.

La libertad sindical se inscribe en una genérica libertad de asociación de la que constituye una especie muy significativa porque va "más allá" que esta. Implica la asociación voluntaria y permanente para la defensa de los intereses de los trabajadores. Tiene una vertiente individual, que se refiere fundamentalmente a la adhesión de los trabajadores individualmente considerados a la organización sindical, aceptando sus estatutos y su programa de acción, y a la participación individual en las actividades

sindicales. Tiene asimismo una vertiente colectiva, organizativa, que se refiere al conjunto de facultades que corresponden al sindicato como sujeto colectivo. Es esta la dimensión que interesa analizar. A su través se hace referencia al sindicato como sujeto que representa a los trabajadores para defender los intereses económicos y sociales que les son propios, por emplear la fórmula de la Constitución española. Para ello se arbitran medios típicos de acción sindical: la negociación colectiva, la huelga, los instrumentos de información y de consulta que formalizan el ejercicio del poder del empresario sobre las relaciones de trabajo y empleo.

El reconocimiento de la libertad sindical lleva consigo la aceptación del pluralismo colectivo y la constatación por consiguiente que las reglas que se establecen para la ordenación de las relaciones de trabajadores y empresarios a partir del proceso de producción de bienes y servicios en un sistema de libre empresa, son acordadas o establecidas de forma autónoma por los sujetos que representan a estos grupos sociales, pero a su vez tienen que ser reconocidas por el ordenamiento jurídico acordándoles un carácter normativo o garantizando su eficacia real en el sistema jurídico. La autonomía colectiva es por tanto un principio político y democrático que no sólo está relacionado con la noción de pluralismo social sino con el concepto preciso de libertad sindical colectiva.

El eje de la libertad sindical colectiva es la noción de representación. La representación se refiere a un mecanismo de mediación para la acción colectiva. Pero en esa función de intermediación resulta muy importante la presencia del mediador. Hay siempre un juego con el verbo presentar y (re)presentar: quien representa para actuar en nombre de, para actuar por otro(s), debe tener una presencia tanto entre aquellos a los que aspira representar como en el conjunto de la sociedad. La presentación implica la actualidad de esa forma de representación, que se muestra como un hecho de poder, una afirmación de voluntad y de fuerza, de decisión, de potencia y por consiguiente el mecanismo de representación sólo puede ser útil si se produce una presentación del grupo o del colectivo como hecho de contrapoder frente al poder establecido, sea público o privado.

La representación así precisada como potencia / presencia conoce dos acepciones en el vocabulario de la regulación jurídica. La civil, que actúa en el mundo de los negocios y de la acción jurisdiccional – ese actuar en nombre de otro como representación privada – y la política, es decir la representación que se refiere al conjunto de personas definidas por poseer la condición de ciudadanos y que actúa en el ámbito de la esfera pública configurando una “voluntad general” de los mismos a través del mecanismo electoral y del sistema de partidos. Ambas nociones se pueden reconducir al ámbito sindical de manera que se reflejan en dos figuras del sindicato que se combinan en el mismo sujeto. De un lado el sindicato como pura figura de representación contractual del interés de los trabajadores como grupo, de otro el sindicato como representante del conjunto de los movimientos y de las personas que conforman la mayoría de la sociedad, en una suerte de movimiento de representación social o representante de la ciudadanía social.

La transposición de estas nociones sufre alteraciones en el marco jurídico. Ante todo porque la forma de indicar la presencia del representante en el ámbito de su representación se desplaza de los indicios puramente asociativos o voluntarios a mecanismos fijados normativamente por el Estado como fórmulas de institucionalización de la representación que comúnmente desembocan en la noción de representatividad, pero que pueden asimismo proyectarse sobre los lugares de trabajo como una representación institucional especializada de los trabajadores en la empresa (la representación unitaria en la empresa). Este es el caso de los llamados “modelos duales” de representación en la empresa que se dan en Europa, y en concreto del caso español, en donde ambas nociones de la representación, la civil y la política, se funden a partir del concepto jurídico de representatividad sindical. El sindicato representativo es una asociación voluntaria de trabajadores que se adhieren a la organización, pero se legitima

y encuentra facultades de acción especialmente indicadas en la ley mediante un mecanismo – el voto en los lugares de trabajo – que expresa la voluntad de todos los trabajadores y trabajadoras con independencia de su afiliación o no al sindicato de su elección.

La institucionalización del sindicato y su función de regulador "general" de las condiciones de vida y de trabajo de la clase obrera, no se confunde con la absorción del sindicato representativo por el poder público ni permite intervenciones restrictivas sobre el mismo por parte de la autoridad de gobierno. La autonomía de la representación sindical tiene que ser protegida tanto frente a las agresiones del poder privado como respecto a las injerencias y violaciones de la misma por parte del poder público, muchas veces actuando de común acuerdo en la eliminación de sindicatos combativos y representativos. La libertad sindical es un derecho cuyo ejercicio se obstaculiza con gran frecuencia, o incluso en ocasiones, es causa de muerte o persecución por quienes lo ponen en marcha. Se ponen en circulación opiniones y teorías que consideran nocivos a los sindicatos o, lo que es peor, superfluos. Sin embargo, la construcción de un espacio de actuación amplio a los sindicatos en cada estado nacional, su garantía legal y judicial, la cobertura internacional de las facultades de acción de estas organizaciones, en especial a través de la actuación de la OIT, y la llamada de atención mediante procesos políticos que hagan visibles las vulneraciones a la libertad sindical en un país determinado, como la que recientemente ha efectuado el Tribunal Internacional de la Libertad Sindical en México, son elementos constitutivos de la democracia de cualquier país. La formulación de estas figuras representativas en el espacio supranacional de América o de Europa, es una necesidad que se está cubriendo progresivamente. Igual que no puede hablarse en propiedad de un sistema democrático en un país determinado si no se respeta la libertad sindical, la globalización requiere un movimiento sindical que piense y actúe en esa dimensión y que represente las posibilidades de emancipación de los trabajadores del mundo.

LA LIBERTAD SINDICAL EN CLAVE DEMOCRÁTICA

Guillermo Gianibelli

Dos valores o principios se presentan como fundantes en buena parte de los sistemas jurídicos, al momento de reconocer a la organización sindical: la libertad, o autonomía, y la democracia como referencia de funcionamiento interno pero, a la vez, como forma de organización política en la que el sindicato se engarza.

Siendo la representación sindical una formación social gestada por la clase trabajadora como principal instrumento de autotutela, en sus orígenes y en muchos períodos históricos reprimida o limitada por el Estado, el reconocimiento que de ella hacen las constituciones propias del Constitucionalismo Social no altera aquel carácter autónomo y pre-estatal, aunque le provee sí un ropaje de legalidad y, con ello, de tutela para el desarrollo de sus fines.

Sin embargo, ese pasaje de prohibición a tolerancia y luego promoción, trajo aparejada una cierta institucionalización del sindicato dentro del sistema general de funcionamiento del Estado y la economía y, de ese modo, una consiguiente limitación de la libertad asociativa y de acción.

A la par, la regulación estatal que propugna, propicia o exige el componente democrático del sindicalismo, importaría una intervención también estatal sobre la libertad asociativa, de raíz anterior al señalado reconocimiento que hace el sistema jurídico.

Sobre estos dos ejes debe situarse, entonces, el análisis y conceptualización jurídica del sindicato.

La validación institucional no puede llevar a la estatalización de la organización sindical, como en los sistemas corporativos, pero tampoco a una sobre-exigencia regulativa que condicione la espontaneidad asociativa, según las condiciones de cada momento y cada circunstancia en que un colectivo laboral se exprese. La noción de "mayor representación" o la "representatividad" sindical deberán ser cuidadosamente examinadas al determinar posibles preferencias o exclusiones de los sujetos, como veremos más abajo.

En orden a la exigencia democrática, a su vez, deberá atenderse a similar preservación del principio de autonomía e insertarla en función de los fines que al sindicato se le espera desenvuelva para una mayor democratización de la sociedad.

Situando de nuevo a la organización sindical en el marco del constitucionalismo social, de presencia preponderante en la mayor parte de los países americanos, es relevante el papel que la misma está destinada a cumplir en aras de una igualación sustantiva, una materialización de los derechos fundamentales, particularmente laborales, y un desarrollo progresivo de la justicia social.

Si bien esto es lo que los textos constitucionales proponen, la realidad extra jurídica se encarga de mostrar un deterioro del cumplimiento y una escasa garantía de dichos derechos, lo que justifica aún más el rol protagónico del sindicalismo como contra-poder de los poderes económicos y el capital, en la empresa, en la rama de actividad y en la economía en general.

La noción de los derechos de libertad sindical como derechos instrumentales, "derechos para obtener derechos", se inscribe en aquella lógica de actuación del Estado Social de Derecho en la que el sindicato activa democráticamente la tutela de la clase trabajadora y la mejora en sus condiciones de vida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto de resalto las "dos inseparables dimensiones" del derecho de asociación: individual y social. En materia laboral, así como la dimensión individual no se agota con "el reconocimiento teórico" del derecho a formar sindicatos sino que comprende, inseparablemente, el derecho a "utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad"; en su dimensión social resulta "un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos" (Caso "Huilca Tecse").

Sobre estas consideraciones habrá que observar el soporte normativo de fuente internacional que, como veremos, establece una formidable estructura de legitimación de la libertad sindical y del sindicato como su artífice.

La labor normativa de la Organización Internacional del Trabajo en este aspecto fue, desde sus orígenes, considerar a la libertad sindical como "instrumento necesario para la paz y armonía universales", por lo que al establecer los Convenios 87 y 98 determinó una suerte de norma universal de la libertad sindical, particularmente por la adopción del primero de ellos por los dos Pactos Internacionales aprobados por Naciones Unidas, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el de Derechos Civiles y Políticos, en 1966.

Con posterioridad, acentuando el carácter de norma universal, la libertad sindical queda incorporada como uno de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, en la Declaración de la OIT de 1998.

La consideración en dichos instrumentos de la Libertad Sindical como Derecho Fundamental y la influencia que los mismos -y otras normas de Derechos Humanos como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Protocolo Adicional a dicha Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la Declaración Socio-Laboral del Mercosur- tienen en los ordenamientos nacionales, y la aplicación que de los mismos hacen los tribunales locales, debieran ser suficiente mecanismo de protección.

Sin embargo, la *praxis* latinoamericana está cargada de violaciones graves, en algunos casos sistemáticas, en los distintos planos en que se despliega el Derecho Fundamental de la Libertad Sindical.

En primer lugar, y siguiendo el texto del Convenio 87, deberá respetarse el derecho de los trabajadores "sin ninguna distinción y sin autorización previa" de constituir las organizaciones que "estimen convenientes", y el consiguiente derecho de afiliarse a las mismas. En tanto estos derechos se inscriben en la lógica de los derechos-garantía, o como algunos autores lo denotan, como "poderes", se acompaña de "adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical" de todo trabajador en relación con su empleo, sea porque se sujete a éste a la condición de no afiliarse o dejar ser miembro de un sindicato, sea porque se lo despida o perjudique de cualquier forma por su afiliación o participación en actividades sindicales (Convenio 98).

Por su parte, son derechos de las organizaciones sindicales los de organizarse libremente, redactando sus estatutos, delineando su plan de acción y eligiendo sus representantes, y los de constituir o afiliarse a otras entidades, para lo que se provee también de "adecuada protección" contra todo acto de ingerencia por parte de empleadores o los poderes públicos en su constitución, funcionamiento o administración.

Se completan los contenidos de la libertad sindical, en la norma internacional del trabajo, con la prohibición de disolución por vía administrativa y, en el derecho americano, con el derecho de los trabajadores de no afiliación, la denominada libertad sindical individual negativa.

Interesa destacar que la libertad sindical será efectiva en tanto de la misma se desprenda la acción colectiva autónoma de los sindicatos y los trabajadores, lo que naturalmente se expresará en el ejercicio de la huelga y la negociación colectiva, ambos institutos caracterizados históricamente en nuestros países por un fuerte intervencionismo estatal, de naturaleza represiva o limitadora de su ejercicio.

Pero por sobre todo, y también considerando el escaso desarrollo del derecho a la estabilidad en el empleo, resulta imprescindible acompañar el ejercicio de estos derechos con el de no discriminación. A este respecto el Comité de Libertad Sindical de la OIT, intérprete de las normas internacionales del trabajo en este aspecto, ha remarcado reiteradamente que en aquellos casos que la legislación nacional permita el despido injustificado a condición del pago de una indemnización, no se otorga protección suficiente cuando el motivo real sea la afiliación a un sindicato o su actividad sindical, por lo que en estos supuestos deberá garantizarse efectivamente el derecho mediante el reintegro en su puesto de trabajo. Así lo ha reconocido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Baena".

Volviendo entonces sobre los dos principios fundantes indicados al comienzo, es preciso inscribir ahora los mismos en el repertorio de los derechos descriptos y valorarlos en orden al principal objetivo de la organización sindical: su eficacia.

En efecto, si el sindicato es un medio para incidir en la lucha antagónica presente en las relaciones sociales de producción, en sus logros en defensa de sus miembros se juega su propia existencia.

Numerosos países de economías desarrolladas primero, y sus proyecciones hacia otros después, como una forma de promoción del sindicato y su incorporación a un sistema de gobernanza de la economía o, también, como una forma de control y disciplinamiento, estatuyeron métodos de "selección" de determinados sindicatos sobre otros a través de diversas técnicas que adoptaron el nombre de "mayor representación". Esta hetero regulación sindical constituye, en la práctica, un severo efecto discriminador que deberá ser cotejado con los principios anteriormente descriptos. Al respecto debe recordarse que, para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, esta distinción entre sindicatos más representativos y los que no lo son, no debería dar más derechos que la prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, la consulta con los gobiernos o la designación de los delegados ante organismos internacionales.

Por su parte, el componente democrático debiera favorecer la efectividad de la acción, en tanto la participación es el principal reaseguro para el compromiso y fortalecimiento de los integrantes del sindicato y de quienes secundan sus medidas, por ejemplo la huelga. El ejercicio democrático "hacia adentro", en la libre elección de los representantes, y "hacia fuera" en la deliberación asamblearia para la toma de decisiones, justifican en términos de inserción social del sindicato, el hincapié puesto por las normas en su consideración.

En uno y otro caso, sea por las proyecciones de un sistema de "mayor representatividad" sesgado, excesivo o monopólico, sea por la afectación del principio democrático especialmente en el plano deliberativo, pueden quedar afectadas las condiciones de presencia y eficacia de la representación sindical en el lugar más característico y central en que se desarrolla la contradicción: el lugar de trabajo.

Los déficits de representación sindical en la empresa y las dificultades para el desenvolvimiento de la acción sindical en los establecimientos, una constante también de nuestros países latinoamericanos, son significativos de cuánto todavía cabe esperar de un desarrollo efectivo, cotidiano y permanente de los derechos de Libertad Sindical en clave Democrática.

13. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, NACIONAL Y TRANSNACIONAL

NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN SISTEMA ORIGINAL Y TRANSFORMADOR

Mauricio César Arese

I. Una originalidad del Derecho del Trabajo

Desde la discusión del simple respeto por las condiciones laborales en un taller o una hacienda, entre un grupo de trabajadores o un sindicato y su empleador, hasta la compleja formación de un convenio de OIT por parte de empleadores, sindicatos y gobiernos a nivel mundial; desde un acuerdo colectivo de sección hasta un pacto de normas de trabajo nacional o internacional; desde el trato sobre un contrato colectivo de unas pocas cláusulas hasta un verdadero estatuto; desde retoques en asuntos de interés

común hasta la legislación concertada; desde las tratativas sobre el reconocimiento del orden publico laboral legal mínimo hasta la disputa, la recuperación o transferencia del control la empresa por los trabajadores, en todos esos cortos o largos, simples o complejos recorridos hay sustancia de negociación colectiva.

En el ejercicio de esos derechos colectivos, se reproduce con intensidad una institución fundamental en el Derecho del Trabajo. Ciertamente, la negociación colectiva, integrada indisoluble y genéticamente al derecho de sindicalización y su atributo, el de acción gremial y el derecho de huelga, constituye el elemento esencial para la construcción del orden jurídico de protección y de liberación del trabajo dependiente.

Históricamente, la organización sindical, el conflicto y la negociación colectiva han sido los motores de la declaración de independencia del Derecho del Trabajo respecto de los códigos civiles. Las tracciones opuestas que provoca la relación de dependencia laboral, encuentran en la negociación colectiva una fuerza transformadora y liberadora. En efecto, la sujeción en relación de dependencia impide que el trabajador pueda, por sí mismo y en forma individual, trastrocar las relaciones de fuerzas en la empresa. El Derecho Individual del Trabajo vino a compensarlo, a procurar su reequilibrio relacional. Esa es la operación tradicional y pionera del Derecho del Trabajo en el marco del derecho todo. Pero esa idea ha perdido exclusividad porque también el derecho todo ha devenido o está siendo instado a ser “protector” del más débil, como ocurre en el derecho ambiental, de los consumidores, o de las relaciones civiles desequilibradas.

En el conjunto del derecho, lo colectivo laboral ha estampado su sello distintivo al proteger la conformación de sujetos colectivos (el sindicato); comprender como derecho a las vías de hecho (la huelga), y asegurarle un rol defensivo y gestante de derecho; darle capacidad a sus órganos colectivos para convertirse, autónomamente, en legisladores mediante el proceso de negociación y la producción de una institución única, típica y muy especial, que es en su nivel más básico, el convenio colectivo. Esto es, otorgar a los trabajadores el rol de legisladores y, a la vez, crear sistemas propios con capacidad para autonormarse. Esa es la prevalencia y personalidad jurídica diferente, de lo colectivo, en el Derecho del Trabajo.

II. Sentido ampliado de la Negociación Colectiva

Tradicionalmente se identifica a la negociación colectiva con su manifestación más típica, el convenio colectivo de trabajo, es decir, todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos de acuerdo con la legislación nacional (Recomendación Nro. 91 de OIT).

Sin embargo, la negociación colectiva es una expresión polisémica y cargada de posibilidades, que incluyen contactos, consultas, intercambios de puntos de vista y el acuerdo, formal o informal, entre empleadores y trabajadores organizados en forma colectiva. Esas relaciones comprenden temas de empleo, condiciones de trabajo y las relaciones entre las partes, en el ámbito empresario o un nivel superior incluido el internacional en forma bipartita y las negociaciones tripartitas con participación del Estado, que suelen tomar cuerpo de pactos nacionales y leyes negociadas. De hecho, un análisis genético de las normas heterónomas de trabajo denuncia, en mayor o menor dosis, la existencia de sustancias de negociación colectiva, directa o indirecta, como reactivo positivo o negativo.

Los sujetos colectivos laborales son también componentes estructurales de los órganos multilaterales de consulta y acuerdos, como los consejos económicos sociales. Los convenios, tratados y acuerdos laborales internacionales tienen morfología de negociación colectiva tripartita, al menos una alta intensidad de debate y consulta que se acerca o participa directamente de la negociación colectiva.

De otro lado, no pueden tampoco excluirse del concepto de negociación colectiva los productos normativos asistemáticos derivados de los conflictos colectivos en los que interviene la representación sindical. También deben ingresar dentro de la idea de negociación colectiva, especialmente en el ámbito de las empresas, las relaciones laborales que generan cotidianamente instrumentos normativos, como los acuerdos y convenios colectivos comunes, los usos y costumbres y las praxis colectivas de empresa que inciden y se incorporan a los contratos individuales de trabajo.

En síntesis, se impone un concepto amplio, dinámico y polimórfico de negociación colectiva compresivo de la diversidad de instancias de concertación bipartita y tripartita, supranacional como nacional, centralizadas y descentralizadas, en las que se generan acuerdos destinados a regular aspectos que tienen que ver con las condiciones de vida, trabajo y empleo.

III. Pluralidad de fuentes

A. Sistema de OIT

La negociación colectiva tiene carácter de principio fundamental porque aparece consagrada con este atributo por la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, producida en 1998. De tal forma, independientemente de la ratificación, los países miembros de la organización están obligados a garantizar la negociación colectiva a través de los convenios sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización (Conv. 87), y sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva de 1949 (Conv. 98). El sistema de OIT no se agota obviamente en esos dos instrumentos, porque también se refieren a este instituto la Constitución de la OIT (1919), la Declaración de Filadelfia (1944) y los Convenios 154/1981 sobre el fomento de la negociación colectiva, 151/1978 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública y 135/1971 sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical han desarrollado una fluida interpretación auténtica de esos instrumentos, influyendo fuertemente en la política interna y la jurisprudencia nacional ante casos de alteración de los atributos de la negociación colectiva.

B. Sistema mundial

De otro lado, el sistema de ONU contiene la consagración del derecho de libertad sindical e, implícitamente, la negociación colectiva en la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que se reitera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales amplía esa referencia al remitir al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación obligando a los Estados a no adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías (art. 8 in fine).

En estos casos, los comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos y Sociales, constituyen organismos de control, no siempre transitados por las organizaciones sindicales.

C. Sistema americano

En el ámbito americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[94], la Convención Americana sobre Derechos Humanos[95] y su protocolo adicional de San Salvador[96], garantizan la libertad sindical cuya proyección obvia es el derecho a la negociación colectiva. En caso de que estos derechos sean desconocidos o retaceados, pueden ser sometidos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello ocurrió concretamente en el caso "Baena", en el que el Estado de Panamá fue condenado por violar la libertad sindical de los trabajadores, despedidos por practicar la huelga para sostener sus derechos[97].

D. Sistemas regionales y bilaterales

Finalmente, los acuerdos regionales han avanzado sobre el reconocimiento de la negociación colectiva como el del MERCOSUR a través de la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR, donde se receptan los derechos colectivos[98], aunque su ejecutabilidad aún es incompleta[99]. La esperanza está puesta también en que la UNASUR asuma el rol social que la mayoría de los gobiernos de Sudamérica anuncian.

La negociación colectiva bilateral entre Estados y entre actores sociales, no ha presentado finalmente un desarrollo importante sin desdeñarse los esfuerzos particulares.

IV. Principios esenciales de la negociación colectiva

De forma explícita o inmanente al sistema de normas superiores que imperan sobre la institución, la negociación colectiva reconoce un quinteto de principios esenciales, a saber:

A. Principio de buena fe en la negociación

El Convenio OIT 154 no lo recepta expresamente, pero en los trabajos preparatorios se indicó que "la negociación colectiva solamente podía funcionar eficazmente si era dirigida con absoluta buena fe por las dos partes", e insistió en el hecho de que "la buena fue no se impone por ley, y que podría únicamente obtenerse de los esfuerzos voluntarios y continuados de las dos partes". Incluye el derecho de

---

[94] "Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden" (Art. 22).

[95] "1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole (…)" (art. 16).

[96] "8. Derechos Sindicales. 1. Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; b. el derecho a la huelga (…)".

[97] Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá), sentencia del 2/2/001.

[98] Libertad de Asociación (art. 8), Libertad Sindical (art. 9), Negociación Colectiva (art. 10); Huelga; Promoción y desarrollo de procedimientos preventivos y de autocomposición de conflictos (art. 12) y Diálogo Social (art. 13). También se establecen los derechos al fomento del empleo (art. 14), protección de los desempleados y formación profesional

[99] Al igual que el MERCOSUR el acuerdo Laboral Paralelo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte suscrito por Canadá, México y Estados Unidos de septiembre de 1993 enuncia once principios laborales entre los que se encuentra la libertad de asociación, protección del derecho a organizarse y el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga. Ambos carecen de órganos efectivos de ejecución de estas garantías.

información (Recomendación Nro. 163 OIT), y la posibilidad de exigir a las partes medidas efectivas para asegurar la negociación efectiva.

B. Principio de negociación libre y voluntaria o autonomía colectiva

El principio de la negociación libre y voluntaria ha sido receptado expresamente en el mencionado artículo 4 del Convenio Nro. 98 de la OIT, y constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical. Igualmente fue considerado como fundamento del Convenio Nro. 154 por parte de la Conferencia Internacional del Trabajo. Incluye la libertad para decidir el nivel de la negociación (Rec. Nro. 163 OIT), y el establecimiento de procedimientos voluntarios destinados a facilitar la negociación (Rec. Nro. 92, sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios).

C. Principio de continuidad

Los sistemas de negociación colectiva tienen sentido cabal, en la medida en que se constituyen en un medio y recurso normal y sucesivo de trato entre las partes. Es también su propia naturaleza la de renovarse permanentemente, pero también la clave de su existencia. Si se altera esta regla de juego (por ejemplo suspendiendo o suprimiendo la libre negociación) se derrumba esta naturaleza esencial del sistema o, cuanto menos, se genera alta desconfianza en sus posibilidades. La continuidad de funcionamiento otorga eficacia normativa y durabilidad temporal a las normas pactadas y asegura su permanente examen.

D. Principio de democracia y participación

Si bien de por sí la negociación colectiva es democrática o no es, hay que remarcar que asegura laboral y socialmente una distribución de decisiones y poderes democráticos. En primer lugar, la actividad de concertación social y legislación negociada permiten la incidencia de los actores sociales en el ámbito mismo de la legislación heterónoma. En segundo lugar, permite que los trabajadores intervengan en las decisiones industriales. En tercer lugar, habilita que trabajadores y empresarios intervengan democráticamente en la generación de sus reglas de relación.

E. Principio de norma más favorable o progresividad colectivas

La negociación colectiva es de carácter acumulativa, suplementaria y progresiva respecto de las reglas generales de orden público laboral, aún en las condiciones de crisis. Las reglas de convenios colectivos que pretendan fijar condiciones menos favorables respecto de la ley, son contra natura. En definitiva, la dirección normativa de la negociación colectiva es la mejora o progresividad de sus normas aceptada por el PIDESC y el Protocolo de San Salvador de la CADDHH, y la excepción a esta tendencia, y por lo tanto de observación restrictiva y excepcional, la constituye la derogación o revisión desmejorativa.

V. Condiciones del sistema de negociación colectiva

Como derecho humano esencial, el desarrollo de la negociación colectiva necesita un marco nacional propio. Es entonces obligación de los Estado asegurar su efectiva realización mediante acciones positivas y negativas. La eficacia real, directa y completa regulativa del convenio colectivo requiere de un contexto o ambiente de existencia y desarrollo.

Crisis, rupturas institucionales, desocupación e irregularidad registral, intervencionismo estatal, etc. se cuentan entre los factores desmovilizadores o congelantes de la actividad convencional. Como sistema de generación de normas profesionales, la negociación colectiva requiere de condiciones básicas para el despliegue total de sus posibilidades. Sintéticamente, pueden enunciarse al menos seis presupuestos básicos:

1. Plena vigencia de las instituciones y libertades democráticas.
2. Libertad sindical.
3. Posibilidad de desarrollo del conflicto laboral.
4. Existencia de un orden público laboral mínimo garantizado.
5. Aceptable nivel de empleo y de registración laboral.
6. Impulso a los procesos de integración y respeto por los organismos supranacionales.

VI. Los propósitos de la negociación colectiva

Como se dijo, la negociación colectiva es una institución que regenera en forma permanente y por lo tanto, todo intento de definir de manera estable sus objetivos será provisoria. Con estas prevenciones, van algunos puntos a modo de enunciados.

1. Prevención y resolución del conflicto.

Como se dijo, el conflicto laboral contiene magma de ley, porque nadie aprecia la controversia como forma de vida sino como medio de paz. La negociación colectiva y el pacto colectivo son los medios al alcance de los sujetos sociales para esos propósitos. Ciertamente, contribuye a la consolidación del sistema social imperante, pero en muchas ocasiones, a cambio de un reequilibrio en la distribución del ingreso de los trabajadores y del mejoramiento de sus condiciones de labor.

2. Generación normativa y protección

Junto con la legislación estática, la negociación colectiva se presenta como el ámbito natural de generación de reglas de protección y avance social en el plano de las relaciones sociales. En este rango de funciones ingresa la generación normativa para los contratos individuales de trabajo, como objeto primario y esencial de la negociación colectiva.

En otro plano, la negociación colectiva sostiene, completa, amplía y hasta protege el propio sistema de relaciones de trabajo, porque es un medio apropiado para afrontar los cambios, las crisis, adaptar, completar y mejorar el derecho estático y garantizar la creación normativa inclusive en etapas en que el poder legislativo común introduce cambios regresivos o desprotectores.

3. Administración y gestión de las relaciones de trabajo

La negociación colectiva trasciende lo episódico para instalarse como un sistema permanente de administración de las relaciones de trabajo. Son instrumentos de tales funciones, las comisiones paritarias, de formación profesional, de condiciones y medio ambiente de trabajo, etc. Puede igualmente atender y resolver autónomamente los conflictos colectivos e individuales.

4. Planificación

La implantación de reglas de trabajo y relaciones laborales comunes para una rama o actividad, un grupo de empresas y una empresa, implica completar un componente si no esencial, al menos determinante de la actividad económica. La planificación económica general depende de las variables salariales y su impacto en la economía en general. De ahí la permanente atención que se presta a la negociación colectiva, mediante los intentos de controles y limitaciones directos o mediante su promoción como instrumento redistributivo y de incentivo del consumo. Por último, todo plan de desarrollo económico y social, tiene en la negociación colectiva, especialmente a nivel marco o intersectorial, una herramienta fundamental y soporte del Estado Social de Derecho.

5. Integración supranacional

La negociación colectiva supranacional en sus expresiones bilaterales y trilaterales, tiene un papel integrador y nivelador normativo laboral, lo que es también una colaboración del Derecho del Trabajo a la paz social mundial y regional. La negociación

colectiva contribuye al desarrollo humano evitando el dumping social o la discriminación y favorece el comercio mundial bajo el concepto de *trabajo decente* que impulsa la OIT.

En otro plano, favorece el conocimiento de experiencias laborales comparadas, la solidaridad internacional y el intercambio cultural.

6. Participación, cogestión, democratización y transformación

La negociación colectiva dejó hace tiempo de lado su rol meramente reivindicativo, acumulativo y contestatario. Es decir, el papel clásico y periódico de discusión sobre el reparto de los dividendos y de mejoramiento permanente de las condiciones laborales.

Desde hace tiempo se exige un grado de compromiso en los destinos de la rama o de la empresa. El derecho a la información implica para los negociadores sindicales un mecanismo importante de conocimiento a los fines de toma de decisiones, pero a la vez de participación. La negociación colectiva significa que los actores asumen roles de gestión inclusive en la situaciones de crisis, en este caso de gran riesgo para la respetabilidad ante las bases en el caso del sujeto sindical.

Pero en esas coyunturas, también se ha planteado una franca puja del poder empresario. Un ejemplo lo constituyen las empresas de propiedad social o "recuperadas" cuyo control fue asumido por los trabajadores para generar espacios de economía social cooperativa. En alguna época, los trabajadores fueron instados a transformarse de "proletarios a propietarios", mediante la adquisición de paquetes accionarios cuya incidencia en el rumbo empresarios es meramente especulativo. En algunos casos, los sindicatos tomaron en serio esa consigna y se plantearon estrategias de poder en las empresas, adquiriéndolas en quiebra, forzando su liquidación para comprar el establecimiento, negociando la transferencia directa o con la intervención de los Estados.

En fin, la negociación colectiva ha debilitado la unipolaridad del poder en el mundo de la empresa. El gobierno empresario pasa a ser de algún modo participado y compartido, con diversidad de énfasis. En grado superlativo, la negociación colectiva puede incluir una disputa directa y abierta de poder entre capital y trabajo y una palanca de transformación estructural del sistema de producción y de relación en el plano internacional.

VII. La realidad latinoamericana

Lamentablemente en nuestros países la negociación colectiva ha tenido, en general, un desarrollo condicionado y excesivamente fragmentado. Gobiernos de signo democrático o autoritario la han considerado como un obstáculo para la aplicación de sus planes económicos. La idea que se quiere imponer es que hay que "compatibilizar" el funcionamiento de la negociación colectiva, con las políticas de programación económica que pretenden aplicar los gobiernos.

Cuando hay un actor sindical fuerte, los sectores sociales dominantes y el Estado normalmente impulsan medidas para limitar la negociación colectiva, llegándose en algunos casos a prohibirla. Pero cuando existe un sindicalismo débil, o que subordina la acción gremial a las prácticas estatales, entonces se busca "promocionarla", pero con la clara intención de que sea la herramienta para la flexibilización y desregulación laboral. En otros casos, se recurre en forma directa a la represión de la actividad sindical, como informan recurrentemente los órganos de control internacionales.

En América Latina, la negociación colectiva es generalmente fraccionada y débil y no se otorga a los sindicatos un lugar predominante en la escena nacional. Se tiende a moleculizarla a un marco doméstico de empresa o hacienda, que suele debilitar al sindicato y evitar la solidaridad obrera y la fortaleza del movimiento de los trabajadores de actividades y profesiones afines. No debe quedar espacio para la desregulación por vía convencional, la llamada "disponibilidad colectiva", o las formas travestidas de convenios

colectivos, medios de ocultamiento con los que se pretende el despojo de los derechos de los trabajadores con la complicidad sindical.

Es por ello, que la Carta Sociolaboral Latinoamericana debe reivindicar el derecho a la negociación colectiva libre, promocionada y efectivamente protegida, y enmarcada en los principios protectorio y de progresividad. A la vez, la negociación colectiva debe ser reconocida como una poderosa herramienta de unidad y solidaridad obrera, nacional e internacional, y de transformación social, que realmente aporte al proceso de redistribución equitativa de la riqueza, al cambio social, y a la democratización de las relaciones laborales. La empresa autocrática y autoritaria debe ser erradicada definitivamente de América Latina.

UN EJE CENTRAL DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Hugo Barreto Ghione

El derecho colectivo del trabajo conforma un trípode compuesto por la Organización Sindical, la Negociación Colectiva y el Conflicto.

Algunos autores agregan a esta caracterización la Participación de los trabajadores en la empresa y los Modos de Solucionar los conflictos colectivos. La noción más simplificada, de atribuir al derecho colectivo una triple apoyatura reúne mayor consenso a nivel de la doctrina laboralista y de la normativa nacional e internacional. Por fuera de esta esquematización, los distintos sistemas nacionales difieren fuertemente, en tanto inciden en su estructuración las tradiciones, la cultura y, fundamentalmente, los grados de intervencionismo y de autonomía sindical.

Así, en América Latina ha existido históricamente una fuerte intervención gubernamental y legislativa sobre estos pilares centrales del derecho colectivo; una intervención que ha tenido casi siempre un tono restrictivo de la libertad sindical, y ello mediante limitaciones al derecho de huelga, y a un formalismo excesivo en materia de organización sindical y negociación colectiva.

En muchos casos, la debilidad sindical o la directa complacencia con el poder político han obrado a favor de la reglamentación excesiva y la han legitimado desde el lado sindical.

La negociación colectiva configura uno de esos ejes centrales del derecho colectivo del trabajo, y a la sazón, constituye un derecho fundamental de las personas y organizaciones, reconocido, por ejemplo, por la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998.

Junto con otros derechos humanos laborales, hace parte del llamado “bloque de constitucionalidad”.

Las principales normas internacionales que receptan el derecho a la negociación colectiva son los Convenios Internacionales del Trabajo núm. 98 (artículo 4º) y 154 (artículo 2º). Como podrá apreciarse, estamos en presencia de dos normas

fundamentales, de los llamados “derechos para obtener derechos”, en tanto constituyen una especie de plataforma desde las cuales los trabajadores pueden operar y actuar para mejorar sus condiciones de trabajo y en participación desde una posición de autonomía respecto de los empleadores y del Estado.

Las normas internacionales, sin embargo, no se detienen en el simple reconocimiento del derecho, sino que además establecen la correlativa obligación del Estado para la promoción y garantía de ese derecho.

En el nivel americano, deben señalarse otras normas principalísimas que reconocen el derecho a la negociación colectiva, como son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (XXII), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (artículo 7º), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (artículo 45º) y la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (artículo 10º).

Por último, no debe dejar de anotarse que el derecho a la negociación colectiva comprende el derecho a la información, de modo que quienes participan del proceso negociador tengan un cabal conocimiento de las condiciones de la empresa o del sector de que se trate y puedan negociar de buena fe y con eficacia.

A este respecto, debe tenerse en cuenta las Recomendaciones núm. 163 y 113 de la OIT, que refuerzan los principios y derechos relativos a la información, la consulta y la participación de los trabajadores, así como la importancia que asume la formación para la negociación colectiva y la pléyade de responsabilidades que a ese respecto tienen los actores sociales y el Estado.

En síntesis, la negociación colectiva comporta en sí mismo un derecho fundamental de los trabajadores por determinar la concreción de la participación de los trabajadores en el establecimiento de sus condiciones de trabajo (“derecho a obtener derechos”) y por constituir un ejercicio y un desarrollo de la autonomía sindical, de manera independiente de las estructuras heterónomas del derecho montado por el Estado y de las intromisiones de los empresarios y sus organizaciones.

Por otra parte, para el ejercicio de la negociación colectiva han de reconocerse también el derecho a la información y a la formación de los trabajadores, siendo, además, un derecho que debe ser promovido por el Estado.

El proceso de globalización del capital y de la tecnología impone que los derechos humanos laborales sean también reconocidos y garantizados universalmente, sin imponer las restricciones que significan las fronteras de los ordenamientos jurídicos nacionales.

La negociación colectiva es un derecho clave para que los trabajadores participen y orienten de acuerdo a sus intereses la gobernanza global, y por ello resulta absolutamente natural e imprescindible que la negociación colectiva tenga una dimensión transnacional que le permita ser un instrumento hábil para que el trabajo humano no quede a merced de las imposiciones del capital internacional agravando la hiposuficiencia de las personas y de los países.

14. DERECHO DE HUELGA, COMPRENSIVO DE LAS DIVERSAS FORMAS DE PRESIÓN Y PROTESTA, Y SIN RESTRICCIONES REGLAMENTARIAS QUE LO LIMITEN O ANULEN

EL DERECHO DE HUELGA COMO FUNDAMENTO DE UN DERECHO LABORAL TRANSFORMADOR

Francisco Iturraspe

I. Introducción

Para el Derecho Laboral tradicional y para el "pensamiento" económico dominante en los medios de comunicación, la huelga es un fenómeno incómodo, "disfuncional". En realidad de trata de una visión extremadamente ideologizada y deformada de la realidad: *"La experiencia histórica demuestra que no es posible la vida social sin conflictos de las más diversas clases y magnitudes y que los conflictos se generan por los intereses o puntos de vista diferentes de sus protagonistas: los grupos sociales y los individuos"*[100].

El conflicto, en todos sus niveles y con sus diversos actores, es un instrumento fundamental de transformación social y el conflicto laboral uno de los campos claves para el desarrollo de las potencialidades de los trabajadores como agentes de profundos cambios sociales: *"El momento actual de las relaciones sociales y una correlación de fuerzas que se ha ido construyendo desde la resistencia a las políticas neoliberales permite observar una natural conflictividad que se expresa, entre otras formas, mediante el recurso a la huelga como característico "derecho para obtener derechos". Los trabajadores y sus organizaciones sindicales, aunque actores protagónicos en la construcción democrática y en la creación de la riqueza, sólo cuentan con su acción*

[100]. Jorge **Rendón Vázquez**, *"Economía y conflicto social"* en **Trabajo y Conflicto**, EFT, La Plata , 1999

colectiva para aspirar a una distribución de ingresos que satisfaga aquel componente democrático de nuestra sociedad. Aunque el reconocimiento normativo y la finalidad de la huelga no merezcan dudas, en muchos países, la actuación de los poderes públicos está amenazando su ejercicio"[101].

II. Los medios de autodefensa

Krotoschin definía los medios de autodefensa como aquellos que las partes de un conflicto colectivo, o una de ellas, emplean para hacer valer sus reclamaciones, o el rechazo de las pretensiones del otro lado[102]. Las partes - explica - invocan el derecho de autodefensa (como en el orden jurídico general se invoca el derecho de legítima defensa sin esperar o confiar en la intervención de los órganos competentes). El medio principal de autodefensa es la huelga.

En América Latina y el Caribe la huelga ha trascendido los límites del conflicto colectivo "gremial" en la empresa, o en la rama de producción, para convertirse – históricamente – en expresión de las luchas políticas de los trabajadores que, en muchos casos, persiguieron – y a veces alcanzaron – finalidades más allá de los objetivos meramente reivindicativos: casos emblemáticos los encontramos en las huelgas cubanas de 1935 y 1959, la de enero de 1958 en Venezuela, que desembocó en la caída de la dictadura el día 23 de ese mes, en la huelga argentina de octubre de 1945, factor fundamental del estallido popular del día 17, las huelgas que precedieron a los Rosariazos y Cordobazos en 1969, las huelgas generales en Perú, Uruguay, Chile y México por mencionar solamente algunos países.

Los trabajadores latinoamericanos han utilizado la huelga no solamente como medio de autodefensa colectivo en la lucha por sus reivindicaciones, sino también como instrumento de autodefensa social, en especial en resguardo de la democracia frente a las dictaduras militares que asolaron nuestro continente.

Estas huelgas "sociales", cuyos testimonios encontramos en todo el continente, tienen sus antecedentes en las rebeliones anticoloniales y antiesclavistas, en las insurrecciones indígenas mexicanas y andinas, en las cimarroneras, quilombos o rochelas protagonizados por los esclavos en todos nuestros países, y constituyen un patrimonio fundamental de la lucha social de nuestros pueblos.

III. Huelga y *lock-out*

La legislación comparada suele colocar en un plano enteramente distinto a las partes en cuanto al ejercicio de esta autodefensa: en la mayoría de los casos se consagra - por lo general constitucionalmente en América Latina - el derecho de huelga, y se reconoce con mucha menor entidad el *lock-out* o cierre patronal, o hasta se lo prohibe expresamente, como lo hace la legislación francesa.

Creemos que la autotutela o autodefensa deben entenderse dentro del esquema tuitivo del Derecho del Trabajo, es decir, como un instrumento fundamental para la protección del trabajo consagrada en las Constituciones y los Códigos y leyes laborales y, más allá, como un mecanismo clave para el avance de los trabajadores en la correlación de las clases sociales y en su conciencia de clase.

Uno de los aspectos destacados del Derecho Colectivo del Trabajo lo constituye la idea de la autotutela, por parte de los trabajadores, de sus derechos a través de su organización y su lucha. La autotutela es uno de los principales mecanismos de los que

---

[101]. *MANIFIESTO DE CARACAS LA HUELGA ES UN DERECHO FUNDAMENTAL*, enero de 2006 en http://www.dialogolaboral.org.ve/entrevista.php?id=5&PHPSESSID=a5bb2db31617ae182bcfd8ef069a5fff

[102]. Ernesto Krotoschin, - Instituciones de Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma (2da. Ed.) Buenos Aires, 1968 p. 669.

dispone el sistema jurídico laboral para intentar contrarrestar el notorio desequilibrio que en la empresa y la sociedad significa la actual organización de la producción y de las relaciones jurídicas y sociales en general, que implican una enorme concentración del poder, la información y la riqueza, en manos de los empleadores - de los propietarios de los medios de producción - y la tecnoburocracia de las empresas del Estado, en comparación con las personas que trabajan para ellos y que sólo disponen de su fuerza de trabajo.

IV. Conflicto, lucha social y democracia

Este desequilibrio lleva consigo el germen del conflicto. Francesco CARNELUTTI nos definía: "Conflicto de trabajo es el contraste de intereses entre el que tiene la fuerza de trabajo y no tiene el capital, y el que tiene el capital, pero no tiene la fuerza de trabajo"[103].

Un ordenamiento jurídico democrático se caracteriza por admitir y encauzar el conflicto, en términos generales, y los conflictos del trabajo en particular, y por permitir, a quienes tienen esa posición subordinada en la sociedad de "tener la fuerza de trabajo y no tener el capital", hacer valer o defender sus intereses mediante el ejercicio del derecho a interrumpir colectivamente sus labores de diversas maneras: la huelga, que constituye un mecanismo de coacción propio, autorizado y tutelado por el mismo Estado, dentro del esquema del Estado Social de Derecho.

Esta articulación del conflicto es, pues, uno de los objetivos fundamentales del Derecho del Trabajo que, de esta suerte, cumple un papel doble: "al propio tiempo que instrumento de protección de las relaciones sociales capitalistas, cuya dominación legaliza y reproduce,(...) limita la explotación de la fuerza de trabajo y garantiza importantes medios de defensa y lucha a la clase trabajadora, autotutela sin la que los trabajadores no pueden atender directamente a su emancipación"[104].

Un Derecho del Trabajo transformador exige potenciar este último aspecto de la autotutela, para impugnar esa legalización y reproducción de las relaciones sociales imperantes de las que habla Palomino, mediante el ejercicio de la autodefensa por los propios trabajadores, instrumento fundamental para el avance de su conciencia social y para la construcción de alternativas frente a los modelos y modos de producción ideológicamente dominantes.

En general nuestras Constituciones - como señalamos - garantizan esta autotutela, y el sistema jurídico-laboral la regula mediante normas estatales o heterónomas y normas surgidas de la autonomía colectiva y de la autorregulación por las propias organizaciones laborales. El desarrollo histórico permite una mayor o menor, o a veces desgraciadamente nula, posibilidad de ejercicio de estos derechos emblemáticos de una sociedad abierta, democrática. Y este desarrollo permite constatar la sinceridad de la democracia de las normas laborales y del sistema político y social. Nos ayuda, también, a entender el carácter y el papel del Estado en cada etapa del proceso social.

Es por ello que – como señalaremos más adelante – más allá de las declaraciones constitucionales es menester la garantía de la utilización de los medios de autodefensa colectiva y social para los trabajadores como instrumento fundamental de cambio social que permita la transformación profunda de las sociedades latinoamericanas y caribeñas hacia la inclusión y la justicia social.

V. La huelga como derecho fundamental[105]

---

[103]. Francesco **Carnelutt**i, - *"Diagnosis de la huelga"* en **La Huelga**, UNL, Santa Fe, 1951, Tomo I , p. 5
[104]. Carlos Palomeque, - Derecho Sindical Español , Tecnos, Madrid, 1989,p.28.
[105]. Ver: Manifiesto de Caracas, op cit.

En 1947, un año antes de la Declaración Universal de los derechos humanos, se sancionó en Río de Janeiro la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, que garantizaba en su artículo 27 el derecho de huelga, que ya había sido incorporado a muchas de nuestras Constituciones, siguiendo el camino trazado por los constituyentes de Querétaro.

De esa manera, este derecho fundamental adquirió entre nosotros una dimensión internacional, que se desarrolló en diversos instrumentos americanos y, en los últimos años, en las Cartas Sociales de los procesos de integración como las del MERCOSUR y la CAN.

En atención a esta normativa, *"la huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales",* y es la base jurídica que obliga a los poderes públicos a dotar al ejercicio del derecho de huelga de las más amplias garantías para su efectividad.

VI. Trabas al ejercicio del derecho constitucional de huelga[106]

A pesar de esta clara consagración, en las seis décadas de vigencia de esta Declaración muchas dictaduras militares que asolaron nuestros países, así como algunos gobiernos democráticos, se empeñan en impedir el ejercicio de este derecho emblemático del desarrollo del Estado Social de Derecho y de Justicia y aún de criminalizarlo.

En efecto, no pueden consentirse actos de la autoridad administrativa del trabajo tales como: aplicación sucesiva de la conciliación obligatoria o uso arbitrario de ella, sanciones pecuniarias a los sindicatos titulares del conflicto, amenazas públicas de intervención de la entidad o de cancelación de la personería gremial, incitación a que el empleador despida a trabajadores en huelga, declaración de ilegalidad de las medidas en el caso de autoridades locales, sustitución de personal en huelga, etc. Ello no sólo lesiona la vigencia del derecho, sino que actúa como presión intimidatoria, a los trabajadores y sus sindicatos, siendo funcional a los poderes empresarios quienes, sobre dicha base, pretenden justificar el despido de sus dependientes.

Igualmente es indispensable la derogación de las normas y prácticas que desnaturalizan el derecho de huelga mediante la posibilidad de la contratación de rompehuelgas (sustitución del empleo del trabajador en conflicto), que impiden en la práctica el ejercicio de este derecho.

Tampoco puede justificarse, y merece una particular referencia cargada de preocupación, algunas actuaciones de la jurisdicción laboral de nuestros países, cuando de tutelar derechos colectivos se trata. Esto nos interroga acerca de su consonancia con el sistema constitucional o con un pasado que la sociedad se empeña en dejar atrás, y nos advierte sobre la independencia del poder judicial sobre la administración de Trabajo.

La culminación de dicho proceso restrictivo de la huelga se completa con el tantas veces utilizado recurso de la "criminalización" de las formas de acción colectiva, para el que muchas veces y en muchos ámbitos hay presurosos fiscales o jueces del fuero penal

[106]. Manifiesto de Caracas, op cit.

dispuestos. También hay que destacar el retroceso que significa el mantenimiento o la sanción de tipos penales, que castigan el ejercicio del derecho de huelga.

Es especialmente destacable la represión del ejercicio de la huelga en el sector público, en el cual el Estado se abroga, muchas veces arbitrariamente, las funciones de juez y parte en detrimento de los derechos fundamentales de sus trabajadores. También es importante destacar, en cuanto a los servicios esenciales, que si bien es necesario garantizar los derechos de la comunidad, en su fijación deberá atenderse a criterios racionales y negociados, para evitar la propensión a hacer nugatorio el derecho de huelga por medio de este mecanismo.

En suma, cuando quienes deben garantizar los derechos se complotan para negarlos, es el momento en el que el Estado de Derecho entra en crisis, y todas las señales de alarma de aquellos que, por contrario, se han empeñado en sostenerlo, resultan pocas frente a las enseñanzas del pasado en tal sentido.

VII – El derecho de huelga como fundamento de un Derecho Laboral transformador

Los derechos y garantías establecidos en la Carta Sociolaboral Latinoamericana no serán consagrados por la acción paternalista del Estado, ni como una dádiva de los sectores dominantes en nuestras sociedades: los actores fundamentales de este proceso son los propios trabajadores, las organizaciones sindicales y sociales, que protagonizan diariamente las luchas populares y que deben lograr un amplio margen de alianzas con todos los sectores sociales que buscan cambios profundos en todos los aspectos de nuestra vida personal y social.

Es en esta perspectiva dinámica que es necesario garantizar una cultura de respeto por las luchas populares y la autodefensa colectiva y social, como ejes de la transformación profunda y de protagonismo de las mayorías sociales del continente.

No habrá un derecho laboral y social transformador sin ese protagonismo popular, y sin el respeto por los mecanismos de lucha que, soberanamente, vayan eligiendo y ejerciendo democráticamente los sectores populares.

Pero es fundamental en este proceso el apoyo mutuo nacional e internacional de todas las expresiones de lucha. Uno de los aspectos que históricamente ha afectado más seriamente a las luchas populares, y las huelgas en particular, es su relativo aislamiento: por ello es que es menester el apoyo mutuo entre las organizaciones y la conformación de una densa red de trabajadores, abogados laboralistas, luchadores populares etc. que sean capaces de brindar información y apoyo mutuos reales. Esta es una de las misiones fundamentales que se ha propuesto desde su creación la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, y en la que está trabajando seriamente para consolidar en el marco de la discusión y el debate concreto de la Carta Sociolaboral Latinoamericana.

Esta es la idea fundamental, que ratificamos, del MANIFIESTO DE CARACAS, cuando finaliza formulando la “convocatoria a una acción internacional sostenida y permanente para apoyar a los trabajadores en conflicto y promover un Derecho Laboral en el cual la autodefensa de los trabajadores constituya uno de los pilares básicos del ejercicio de la libertad sindical y de un modelo de relaciones de trabajo acorde con los desafíos de la transformación de nuestras sociedades”.

15. PROTECCIÓN LABORAL REAL Y EFECTIVA PARA LOS TRABAJADORES AFECTADOS AL SERVICIO DOMÉSTICO Y AL TRABAJO AGRARIO

DOS COLECTIVOS LABORALES PERMANENTEMENTE MARGINADOS

Álvaro Daniel Ruiz

I. Introducción

La búsqueda de dotar de una protección laboral real y efectiva a los trabaja- dores afectados al servicio doméstico y al trabajo agrario, nos interpela sobre una serie de cuestiones que conforman el contexto histórico, cultural y socioeconómico en donde se desenvuelven las relaciones laborales comprendidas en tales categorías.

Sólo a partir de considerar las peculiaridades y comunes denominadores que reconocen los trabajadores de esas actividades, será factible explicarse la postergación que en ambos casos se detectan en orden al nivel de tutela alcanzados hasta el presente, y en función de ello proponer las vías de acción y los mecanismos idóneos para superar esa situación.

II. El marco general en que se desenvuelven

Ambos se encuadran en lo que podríamos denominar sectores vulnerables, sujetos a situaciones que tanto desde lo individual como lo colectivo presentan riesgos de gran precariedad, de una débil vigencia de derechos fundamentales del trabajo y de frecuentes invisibilidades tanto en lo que respecta a la valoración económica del aporte laboral como a los abusos frecuentes que se verifican en perjuicio de los trabajadores.

También debe resaltarse como dato común a ambos colectivos, la incidencia de una cultura menoscabante de quienes desempeñan las labores domésticas y rurales, a lo que ayuda la usual baja calificación que se asigna a los ocupados en esas tareas y a la ausencia de programas específicos de capacitación, máxime, teniendo en cuenta que la tecnificación de esas actividades o la tecnología incorporada a las mismas, suelen reemplazar la mano de obra más que imponer una mayor formación para su aprovechamiento.

En ese mismo sentido, no puede dejar de advertirse que tanto uno como otro sector denota una marcada incidencia –no sólo histórica, sino incluso actual- de las expresiones típicas del autoritarismo patronal; reconociendo asimismo, raíces comunes derivadas de regímenes laborales emergentes de sistemas de esclavitud, de servidumbre o coloniales. Por lo cual, conforman ámbitos más hostiles a la aceptación e incorporación de prácticas democráticas, y a la admisión del trabajador o la trabajadora como sujetos de iguales derechos y consideración que cualquier otro empleado, o más aún, de cualquier otro ciudadano.

III. Una hiposuficiencia exacerbada

Es habitual la referencia a la “hiposuficiencia” del trabajador en relación de dependencia, como dato de realidad y fundante del sentido protectorio del Derecho Laboral. Característica que no deviene, necesariamente, del nivel de instrucción o de formación profesional alcanzada, sino de las subordinaciones (económica, técnica y jurídica) que subyacen a toda vinculación laboral y cualquiera sea el grado que aquellas alcancen.

Sin embargo, un análisis detenido de las realidades propias del trabajo doméstico o rural nos evidencia una marcada exacerbación de esa “hiposuficiencia” y, con ello, la consecuente acentuación de las “subordinaciones” típicas antes aludidas como también la consiguiente potenciación de la “autoridad” patronal.

Los desequilibrios, entonces, propios de toda relación desigual –como es la relación laboral- se incrementan, con lo cual la respuesta del Derecho del Trabajo -una de cuyas funciones primordiales es crear, normativamente, otras desigualdades de signo inverso para lograr equilibrios razonables- debería exhibir un mayor contenido tutelar a favor del trabajador rural o doméstico. Pero ello no es así en general y, particularmente, en las legislaciones vigentes en nuestros países latinoamericanos.

No es menor el hecho de que estos trabajadores y trabajadoras tienen un mayor grado de exposición a los abusos, con motivo de que su residencia o siquiera el desarrollo de su vida cotidiana está más estrechamente ligada al lugar en donde prestan sus servicios. No sólo en los casos –frecuentes- en que moran en la casa del empleador o en sitios bajo la potestad de éste sino en cuanto a la menor disposición de sus tiempos libres, y a las distancias que los separan de sus viviendas o incluso de centros de abastecimiento de elementos básicos para la vida. Todo lo cual incrementa el poder del empleador y la dependencia consiguiente.

Importa considerar también la proliferación del trabajo infantil y adolescente, ya que tanto en el ámbito rural como doméstico es en donde se registran los mayores índices de trabajo de niños y jóvenes, quienes ven más recortadas aún las posibilidades de hacer valer sus derechos básicos y sufren un sojuzgamiento más acentuado.

Tampoco debe perderse de vista la incidencia que en ámbitos colectivos tienen las migraciones humanas, tanto desde otros países como dentro de cada país, lo que sumerge aún más las posibilidades de autodeterminación de los trabajadores, por problemas de documentación, dificultades para desarrollar relaciones personales, por ausencia de una red de contención familiar o por estas sujetos o más expuestos a maniobras delictuales.

Sobre esto último es preciso señalar, que son justamente los trabajadores de estos sectores los que más comúnmente son víctimas de los delitos de trata y tráfico de personas.

En el plano colectivo las carencias son similares o aún peores, como también más evidenciables en todo cuanto se refiere a los mecanismos típicos de autotutela: sindicalización, ejercicio del derecho de huelga o de concertación colectiva.

Constituyendo la autotutela colectiva el principal disparador para la obtención de derechos laborales, fácil será advertir que la labilidad en este aspecto ahonda los factores precarizantes de este tipo de relaciones laborales.

IV. Algunas consideraciones particulares

El sistema de relaciones laborales en su evolución actual nos muestra avances y un cierto grado de consolidación de derechos e instituciones que no se compadecen con el retraso que caracteriza, en general, el estado de situación que es dable comprobar en los sectores rural y doméstico.

Una primera e ineludible reflexión exige lo atinente a los derechos de la libertad sindical. La situación de trabajo propia del medio rural, y más aún del trabajo doméstico, opone dificultades particulares para la sindicalización y con ello para el ejercicio de actividades básicas de autodefensa como son la negociación colectiva y la huelga.

El tema antes referido cobra especial relevancia en los colectivos analizados, teniendo en cuenta que se trata de trabajadores de muy alta exposición a situaciones de virtual servidumbre, trabajo forzoso, discriminaciones sociales diversas (étnicas, de género, por nacionalidad, por convicciones religiosas, etc.), de acoso laboral y de

explotación de trabajo infantil y adolescente; de privación temporaria –por retención patronal- de la documentación personal de identidad y con severas restricciones para el aprovechamiento del tiempo libre, incluso para abandonar su lugar de trabajo.

Es también notable la mayor incidencia proporcional del trabajo de niños, niñas y adolescentes en el ámbito rural, en comparación con el que se registra en zonas urbanas. Como también esa misma diferencia proporcional –incluso incrementada- en cuanto a la deserción escolar de quienes se desempeñan en el campo, respecto de los que lo hacen en las ciudades. Si a ello sumamos la ausencia - en general- de programas de capacitación y formación profesional, que mejoren la calificación laboral y la preparación de esos niños y jóvenes, fácil será advertir que se profundiza aún más la exclusión y la falta de posibilidades de progreso social de los trabajadores y trabajadoras de estos sectores.

A lo expuesto pueden agregarse, como factores que acentúan la precarización laboral en estos sectores, entre otras cosas: la extensión desmesurada de las jornadas y semanas de labor; la utilización de medios de pago alternativos a la moneda corriente de curso legal, o la frecuente sustitución de salario -en todo o en parte- por prestaciones en especie arbitrariamente sobrevaloradas; las inexistentes o ineficaces medidas de seguridad e higiene, y la falta de provisión de elementos personales de seguridad.

En relación a la exposición a riesgos del trabajo, y particularmente a la posibilidad de ser víctimas de accidentes, es preciso considerar la precariedad de los medios de transporte en que se traslada a sus lugares de trabajo a los trabajadores rurales. Es una constante en toda América Latina la utilización de vehículos de carga con tal fin, a la prescindencia de todo tipo de controles tanto técnicos como sanitarios, y a que los trabajadores deban compartir el viaje con animales o productos tóxicos sin protección alguna a su respecto.

Entre las carencias sustantivas que también comparten trabajadores domésticos y rurales, se cuentan la común ausencia de coberturas suficientes y eficientes de la seguridad social (sistemas de salud, previsionales o jubilatorios, de riesgos del trabajo, de asistencia económica frente a contingencias devenidas de enfermedades o cuestiones parentales –maternidad, cuidado de familiares, etc.-).

En paralelo con las fragilidades que se registran en las áreas antes comentadas, más allá que se la conciba en el marco del contrato de trabajo o como perteneciente al ámbito de la seguridad social, es alarmante la situación en que se encuentran los trabajadores de esos sectores en materia de licencias, tanto ordinarias de vacaciones como también en relación a circunstancias especiales tales como enfermedades inculpables (o no laborales), por embarazo y maternidad, por fallecimiento de familiares o por estudios en los diferentes niveles de instrucción.

Otro problema de relevancia, lo constituye la modalidad de contratación y las vías para que la misma se concrete. La informalidad en materia contractual que caracteriza a las relaciones laborales en general, cobra en estos sectores una importancia singular. En efecto, se verifican debilidades adicionales a raíz de la falta de definición de las tareas comprendidas en el compromiso laboral, por un lado; y asimismo, por otro, una mayor inestabilidad en el empleo o dificultades incluso para lograr que se categorice como “ laboral dependiente” el vínculo entablado con quien recibe o se beneficia con ese trabajo.

Finalmente, en ese mismo orden de ideas, cabe mencionar la expansión de mecanismos de intermediación en la contratación de trabajadores o de tercerización de servicios, que no tienen como contrapartida, un reforzamiento de los dispositivos de solidaridad patronal frente al trabajador.

V. Propuestas de contenidos mínimos que regulen el trabajo doméstico y rural

La sucinta descripción que hiciera precedentemente, me lleva a sostener que el afianzamiento y desarrollo de los derechos inherentes a los trabajadores del servicio doméstico y del ámbito rural exigen que se contemplen normativamente:

1) Derechos básicos y fundamentales, como los siguientes:
    - Libertad Sindical
    - Prohibición del trabajo forzoso u obligado
    - Abolición del trabajo infantil
    - Eliminación de la discriminación en el empleo
2) Edad mínima para la admisión en el empleo, conjugado con garantías de terminalidad educativa
3) Modalidades y mecanismos de contratación directa o, en su caso, a través de servicios públicos de empleo y/o bolsas de trabajo sindicales
4) Regímenes de formación y capacitación profesional
5) Protección frente a los abusos y a las distintas formas de acoso personal
6) Régimen de jornada limitada y que asegure descansos semanales
7) Protección del salario
    - Salario mínimo garantizado
    - Medios de pago que aseguren la efectividad e integralidad de la percepción de la retribución fijada
    - Constancias documentales del pago de la remuneración
8) Derechos a la previsión y a la seguridad social
9) Tutela frente a los riesgos del trabajo –accidentes y enfermedades laborales-
10) Licencia pagas
    - Anuales de vacaciones
    - Por maternidad
    - Por enfermedad
    - Para rendir exámenes en los distintos niveles educativos.
11) Elementos de protección personal para el trabajo
12) Alojamiento digno, comida y agua potable suficiente
13) Traslado y transporte de personas en condiciones dignas y seguras
14) Tutelas específicas y adicionales para los trabajadores migrantes
15) Garantías y estímulos para la sindicalización
16) Promoción de la negociación colectiva u otros dispositivos u organismos paritarios con participación de los trabajadores

La determinación de los agentes gubernamentales y la dirección de las políticas públicas con eje en el trabajo digno, de calidad y suficiente para posibilitar el progreso personal y social de los trabajadores, constituye un condicionante de relevancia para la efectividad de derechos y garantías como los enunciados, pero no suple la indispensable acción del movimiento obrero en su conjunto y la participación sindical de los trabajadores en pos de esas legítimas aspiraciones.

16. GARANTÍA DEL COBRO DE LOS CRÉDITOS LABORALES, ESTABLECIÉNDOSE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE TODOS LOS QUE EN LA CADENA PRODUCTIVA SE APROVECHAN O BENEFICIAN DE LA FUERZA DE TRABAJO ASALARIADA

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE TODOS LOS QUE SE BENEFICIAN CON EL TRABAJO HUMANO

Sebastián Serrano Alou

El capitalismo, con su impronta basada en un sistema de acumulación egoísta que destruye todo lo que se le interpone, desde sus inicios le declaró la guerra a la clase trabajadora, de la cual dependía en sus comienzos en forma más estrecha, pero de la que desde su mutación en capitalismo neoliberal globalizado, que privilegio la especulación financiera sobre la producción, viene intentando desprenderse. Desde hace varias décadas el capital viene buscando librarse de toda responsabilidad, en especial de la derivada de las relaciones laborales, pero con la paradójica conducta de intentar someter a la clase trabajadora, casi esclavizarla, en forma similar a la de los inicios del capitalismo, siempre con la intención de lograr sus objetivos económicos. Esto que puede resultar contradictorio no lo es tanto. El capitalismo necesita de una sociedad en la cual existir, de la cual extraer sus beneficios y en la que a su vez hacerlos valer, pero lo que el capitalismo no necesita hoy (o no quiere) como en el pasado, es mantener una relación estrecha con la clase trabajadora. Hoy más que nunca el capital pretende aumentar sus beneficios y limitar sus costos, siendo el objetivo elegido el recorte de los beneficios logrados por la clase trabajadora y la evasión de responsabilidades.

El modelo flexibilizador de la regulación del trabajo que se implemento en Latinoamérica, impulsado por políticas como las del Consenso de Washington, responde a esta política neoliberal, y reniega de los principios del derecho laboral, cuestionando las estructuras normativas y científicas constituidas. Este modelo conllevó, entre otras cosas, la aparición de distintos contratos que posibilitaron a los empresarios desligar responsabilidades laborales, poniendo a los trabajadores en relaciones de trabajo

caracterizadas por la incertidumbre y la marginalidad. Con el justificativo de adaptar las relaciones de trabajo a las exigencias del mercado, poniendo como fundamento que se debía satisfacerse las demandas de flexibilidad del mercado económico en pos de lograr una economía nacional pujante y competitiva, se implementaron distintas medidas destinadas a posibilitar la limitación y el deslinde de responsabilidades, siendo una de las formas elegidas la creación de distintas formas de tercerización, intermediación, subcontratación, etc. con las cuales se diluye la responsabilidad. Las transformaciones productivas de las últimas dos décadas han agregado nuevos motivos de preocupación. La fragmentación, externalización, diversificación y deslocalización productivas o la generación de redes societarias, diluyen la identificación misma del sujeto empleador.

Por otra parte, se multiplican los casos de sociedades infracapitalizadas, o vaciadas inescrupulosamente para evadir reclamos; el caso de socios y/o administradores que incumplen las normas laborales por la confianza que les brinda la limitación de la responsabilidad de algunos tipos societarios; el traspaso de comercios, el cierre o cambio de nombre de los mismos son comunes. Las estrategias se multiplican.

En la época actual, la dominación consiste en la capacidad de escapar, de descomprometerse, de estar en otra parte; y el arte de la gerencia de las empresas se preocupa por deshacerse de la mano de obra y de obligaciones hacia las clases trabajadoras. Frente a esta situación, los trabajadores quedan muchas veces a la deriva, con incertidumbre y sin saber a quién reclamar por sus derechos, ya que quien era su empleador se esfumo o es insolvente, o en muchos casos, nunca supieron con claridad quien era su empleador. Ante este escenario de incertidumbre en el que los trabajadores se ven desprotegidos y a la deriva, vinculados con distintos sujetos en forma transitoria y/o precaria, trabajando en una relación en la que parecen depender de una persona o empresa insolvente, pero prestan tareas que benefician económicamente a personas o empresas con una notable liquidez, se impone recuperar el sentido protector de la solidaridad dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, la función de protección del trabajador y sus créditos de carácter eminentemente alimentarios. Se hace cada vez más necesaria una postura que ponga los derechos e intereses en juego en su debido lugar, otorgando a los derechos del trabajador, íntimamente vinculados con su desarrollo humano y el de su familia, en un lugar de preeminente protección frente a los derechos de libre comercio, propiedad y empresa.

En el Derecho del Trabajo, la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones tiene un significado particular, siendo necesario potenciar su función de garantía en virtud de los créditos que se intenta resguardar y las características de los sujetos enfrentados, así como la importancia que tiene en la sociedad el resultado de las relaciones de trabajo y la seguridad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las mismas. En el Derecho del Trabajo la solidaridad hace a los Derechos Humanos y no al comercio.

De nada sirve reconocer distintos derechos al trabajador si luego no podrá hacerlos valer por no saber contra quien, o ser el deudor una persona insolvente, o que ha desaparecido sin dejar rastro, o por cualquier motivo que pueda llegar a frustrar el acceso efectivo del trabajador al goce de sus derechos.

La riqueza proviene del trabajo, y el trabajo es quizás la única fuente verdadera de riquezas. Cuando se supo esto, la razón fue la encargada de drenar, expoliar y explotar esa fuente más eficazmente que nunca.

La responsabilidad de los deudores solidarios frente al trabajador surge, entre otras causas, del provecho que han recibido del trabajo dependiente. A la inversa, podemos decir que el derecho del trabajador de exigir el cobro de sus créditos a los deudores solidarios proviene entre otras causas de su derecho a participar de las ganancias de las empresas que él ayudó a generar. La solidaridad con relación a los créditos de los trabajadores, tiene por ende uno de sus fundamentos en las ganancias que obtuvieron u obtendrán del trabajo dependiente los deudores solidarios. De esta forma, la ley tiende a

la protección del trabajador, el cual al cobrar sus créditos de los distintos deudores esta no solo cobrando lo que por ley le corresponde, sino también participando de las ganancias que ayudo a generar para las distintas empresas-deudores.

El trabajador tiene derecho a participar en las ganancias de las empresas que ayudo a generar con su trabajo, y más aun, cuando esta participación se da en el cobro de los créditos básicos que son fundamentales para su subsistencia. No solo tiene derecho a participar de las ganancias de "la empresa" de la cual depende directamente, sino de "las empresas" para las que genera "ganancias" con su trabajo. Quien obtuvo algún beneficio económico del trabajo dependiente, debe responder por los créditos del trabajador surgidos de su trabajo, así como por las consecuencias y daños sufridos por este a causa de su trabajo, debe asegurarle su subsistencia en la medida de su responsabilidad, ya que resulta injusto que las empresas y los empresarios consigan su objetivo (obtener beneficios económicos), y los trabajadores se vean burlados en la obtención de los suyos (conseguir los medios materiales para su desarrollo digno y el de su familia).

La relación que existe entre el lucro obtenido y las tareas de un trabajador, justifican que la empresa beneficiada garantice el crédito del trabajador por el trabajo del cual se beneficio. Los empresarios que entran en el mercado, deben asumir los riesgos de este y no cargarlo en los trabajadores. Los empresarios que se beneficiaron de las órdenes y decisiones del empleador directo, o utilizaron intermediarios, obteniendo beneficios producidos por los trabajadores, no pueden pretender luego ampararse o evadirse alegando que desconocían que el empleador directo violaba o no respetaba los derechos de los trabajadores, o alegando falta de participación en los hechos que dan lugar a los reclamos de los trabajadores, o haber firmado un contrato con el empleador directo que los liberaba de toda responsabilidad, o cualquier otra causa para evitar que la ganancia que obtuvieron no los obligue a responder ante el trabajador. No puede permitirse y garantizarse a los tenedores del capital extraer beneficios del trabajo dependiente y sustraerse de las perdidas y/o consecuencias; o lo que es lo mismo, resulta injusto que los trabajadores generen ganancias de las que no pueden participar, ni aun para satisfacer sus derechos más básicos.

Una solidaridad laboral que siga los lineamientos de los distintos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, y que progresivamente busque que todos y cada uno de los miembros de la sociedad participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización, máxime cuando son los artífices de su producción, hará responsables a todos aquellos que obtuvieron una ganancia de las tareas del trabajador por todos los créditos resultantes de la relación laboral.

Si bien la extensión de la responsabilidad encuentra justificación en proteger al trabajador frente a posibles insolvencias, disuadiendo posibles tentaciones de fraude, la finalidad y justificación de la solidaridad laboral excede esas funciones, configurando un medio destinado a responder a la función esencial de protección del trabajador que tiene el Derecho del Trabajo. Por este motivo, la solidaridad laboral no depende de la existencia de fraude laboral, sino que aun en ausencia de fraude, su función es permitir al trabajador elegir entre las distintas opciones para reclamar por sus derechos, eligiendo la más conveniente; siendo además una forma de permitir el reparto más equitativo de las riquezas producidas, siendo todos los que participan de la riqueza producida por el trabajo, responsables por sus consecuencias.

No puede hoy seguir negándose que por encima del derecho de propiedad del empresario se encuentra el derecho a la dignidad humana. Para alcanzar esta dignidad es necesario respetar y hacer efectivo el derecho de igualdad, siendo necesario en el ámbito del trabajo implementar medidas de discriminación inversa. La igualdad de derecho no sirve de nada si no viene acompañada de una igualdad de hecho. Ya los revolucionarios franceses se planteaban que no era posible asegurar la igualdad de hecho a la porción

más útil y numerosa de la sociedad, los trabajadores, si no se realizaba un verdadero reparto de las fortunas. La propiedad, bien supremo del mercado y la empresa, no puede permanecer incólume ante los derechos de los trabajadores que ayudaron a aumentar, mantener o forjar esas fortunas. Hoy, el problema de la imposibilidad de acceder a un desarrollo digno de cada vez más personas, tiene una solución, el reparto más justo de las riquezas socialmente producidas.

No puede protegerse la acumulación de riquezas en manos de los grandes capitalistas con la excusa de que se debe respetar la propiedad privada, y dejar desprotegidos a los trabajadores y sin posibilidad de gozar de la propiedad de las riquezas que generaron con su trabajo, impidiéndoles ser personas dignas.

Ante los reclamos de los trabajadores que persiguen la satisfacción de sus créditos laborales se debe elegir entre dos sujetos en pugna, cuyas situaciones son diametralmente opuestas. De ninguna manera puede defenderse al empresario y su capital por sobre el trabajador y sus derechos humanos, ni aun alegando que lo que se pretende proteger en última instancia es el “el desarrollo del comercio interno e internacional” para beneficio de todos, o que se debe proteger la empresa como una forma de crear más trabajo. Si bien la protección del trabajador debe ser armonizada con otros bienes, valores y principios, como la propiedad, la seguridad jurídica y la libertad de ejercer una industria lícita, esta armonización de derechos debe ser real, y no encubrir un favoritismo de los derechos de propiedad, la mentada seguridad jurídica o la libertad de industria licita por sobre los derechos del trabajador; ya que en caso de preferencia, en caso de conflicto, deben prevalecer los derechos del trabajador por su hondo contenido social y su intima vinculación con la dignidad y el desarrollo de la persona humana.

Si hay alguna seguridad que defender en primer termino, esta es la seguridad de los trabajadores, ya que de lo contrario se genera una inseguridad social que produce desmoralización y disociación social, disuelve los lazos sociales y socava las estructura psíquicas de los trabajadores, condenados a una precariedad permanente que es también una inseguridad permanente por no tener control de lo que les pasa.

En el Derecho del Trabajo se encuentran involucrados los Derechos Humanos, entre ellos, el derecho a un orden social justo. Bueno es recordar que ya el preámbulo de la Constitución de la OIT afirma que “sin justicia social no habrá paz”.

La justicia social es “la justicia en su más alta expresión”, consistente en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad. Dicho esto, la responsabilidad de la empresa y el mercado, y en el caso particular de la responsabilidad solidaria de los empresarios respecto de los acreedores laborales, se justifica por la necesidad del trabajador de contar con los créditos de que es acreedor para poder participar de los bienes que le permitirán acceder al bienestar general mediante el acceso a la educación, la salud, la vivienda y demás necesidades básicas que él y su familia tienen. Por otro lado, la protección de los empresarios, solo se ve justificada desde las normas del mercado y la acumulación de capitales, las cuales tienen una naturaleza egoísta desconectada de todo contenido social; habiendo quedado demostrado ya hace tiempo que beneficiar el capital no termina por generar grandes riquezas que llegado cierto momento se derraman en el resto de la sociedad, sino que genera acumulaciones que no tienen limite y generan una desigualdad y exclusión sin precedentes.

La tendencia del Derecho del Trabajo de proteger el Mundo del Trabajo debe ser potenciada ante la realidad social subyacente injusta y explosiva. Si se explota a quienes trabajan, si no se respetan sus créditos, si el trabajo dependiente no ofrece más que

inseguridades y condiciones precarias, cada vez serán más los que en lugar de buscar medios legítimos para procurar su subsistencia se vean empujados a delinquir.

En gran medida, solo se podrá neutralizar el aumento de la inseguridad social si se le da seguridad al trabajo. En la medida que el trabajador sepa que las ganancias que ayudo a generar son el respaldo de su crédito, tendrá una mayor confianza en el mercado laboral, y se sentirá mas integrado en la sociedad. Quienes se benefician del trabajo dependiente deben garantizar a los trabajadores la satisfacción de sus créditos y a través de estos, la satisfacción de sus necesidades y las de su familia.

La aplicación de una solidaridad laboral amplia, real y efectiva tendrá un efecto moralizador sobre aquellos que acostumbran incumplir la normativa laboral y/o beneficiarse con esos incumplimientos, ya que por un lado obligara a los empleadores directos al cumplimiento de la ley para no quedar excluidos de las contrataciones del mercado, y por el otro obligara a los deudores solidarios a contratar solo con empleadores serios que cumplan con la normativa laboral; desalentando asimismo el fraude, ya que quienes suelen tener tendencia al mismo, sabrán que la solidaridad laboral los alcanzara una vez probada la participación de los mismos en las ganancias que genera el trabajo dependiente. Pero lo que es más importante, será una herramienta para el reparto de las riquezas que contribuirá a posibilitar un desarrollo más igualitario y una situación de bienestar para un número mayor de personas.

La responsabilidad solidaria por los créditos del trabajador, de todos aquellos que se benefician con su trabajo, es la única forma de revertir la actual tendencia a la tercerización, intermediación fraudulenta, subcontratación, constitución de personas jurídicas en fraude a la ley, la administración negligente o maliciosa de los entes de existencia ideal, y todas las formas por medio de las cuales el capital busca multiplicar beneficios y disminuir responsabilidades. Los distintos eslabones y participantes de la cadena productiva actuaran con mayor cuidado y respeto de los derechos laborales, y controlaran que el resto así lo haga.

En los últimos años, para salvar las grandes empresas financieras, que son las representantes de los intereses económicos del capitalismo global, se obliga a cada uno de los individuos, que son los contribuyentes no consultados de cada país, a realizar un aporte “solidario” para salvar a quienes realizaron negocios equivocados (por no decir muchas veces fraudulentos) o tomaron decisiones económicas equivocadas, y se obliga a las partes más débiles de la sociedad (trabajadores, jubilados, enfermos, indigentes, etc.), a soportar los recortes, sin cuestionar la falta de razonabilidad de quitar a los pobres, para seguir dando a quienes se enriquecieron con su empobrecimiento. Pero cuando es el trabajador desempleado, cuyos derechos fueron vulnerados aprovechándose de su postura de debilidad, quien reclama el pago solidario de quien se beneficio con el trabajo, son estos mismos intereses económicos los que plantean sus más enérgicos rechazos y cuestionamientos, planteando que de ninguna manera resulta lógico quitar a los que mucho tienen ni un ápice de sus riquezas, sin importar como las obtuvieron. Esta tendencia o lógica injusta se debe revertir, exigiendo a los grandes grupos económicos y/o empresas que justifiquen que no son culpables de su situación, y que son merecedoras de la solidaridad de los trabajadores-contribuyentes; mientras que los reclamos de los trabajadores a quienes obtuvieron un rédito de su trabajo, por obligaciones que surgen del incumplimiento de su empleador directo, muchas veces un mero títere o mascara, deben ser satisfechos por ser lógico que quienes producen riquezas tengan acceso a ellas, y quienes se ocupan de acumularlas injustamente sean privados de continuar haciéndolo. No puede pretenderse que los que sigan pagando el precio de los errores y/o la avaricia de los especuladores financieros sean los trabajadores, no se puede permitir que el eslabón más débil y productivo de la cadena sea quien deba soportar todo el peso de la situación; como tampoco se puede permitir que los trabajadores no puedan participar de

las ganancias que ayudaron a generar cuando reclaman por créditos que tienen su base en la justicia social y el Derecho del Trabajo.

La empresa y el capital solo deben ser protegidos en la medida en que sean socialmente útiles, y no cuando llevan a la alienación de la persona humana, se vuelven herramientas de destrucción del medio ambiente, y tienen como consecuencia la expoliación de las riquezas de la sociedad.

El establecimiento de un orden laboral más justo gira en torno a una cuestión fundamental: hacer de la Latinoamérica un mercado más o menos atractivo para los inversores que especulan con poder evadir las responsabilidades que generan las relaciones laborales, o un lugar más seguro para los trabajadores, en el que se respete sus derechos fundamentales y se tienda a promover el bienestar general con justicia social. Según se ponga el eje en la protección de los capitales y las empresas, o se dé preeminencia a la persona humana, y por ende a los derechos de los trabajadores y su protección, se conseguirá mayor desigualdad y malestar social, o un desarrollo más igualitario, con justicia social, en vistas al logro del bien común.

En la actual coyuntura de la era de la globalización, se hace imperante un cambio en cuanto al eje que gobierne las relaciones de la sociedad, el objetivo se debe desplazar desde la actual situación de predominio del capital y las reglas del mercado a un indiscutido predominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos del cual forma parte el Derecho del Trabajo. Progresivamente se debe lograr un mayor acceso a los bienes materiales y espirituales por parte de todas las personas, en especial, de quienes las producen.

El Derecho del Trabajo nació ante el interés general –a nivel mundial- de proteger una relación fundamental (la relación de trabajo), y surgió a nivel global en un momento de la historia en que era indiscutida la necesidad de una protección adecuada del trabajo. Por lo tanto, ante los discursos con fundamentos económicos que pretenden desactivar la protección de los trabajadores y sus derechos, alegando cambios a nivel global que exigen una adecuación del Derecho del Trabajo a la competitividad que impone el mercado, lo importante es no recortar la protección del trabajo dependiente, sino que lo que se debe hacer es respetar y mantener la vigencia del un derecho protector.

Hasta tanto se ponga fin a un sistema global tan injusto y destructivo, las herramientas que combaten sus iniquidades deben ser revaloradas y potenciadas, el Derecho del Trabajo y sus principios deben cobrar plena vigencia en pos de resguardar la dignidad de la persona humana y lograr el bienestar general. Es momento de recuperar el papel protector de las obligaciones solidarias en el marco de las relaciones laborales, para lo cual deben tenerse presentes los distintos fundamentos de la solidaridad en el Derecho del Trabajo.

Hasta tanto no se dé un cambio de sistema, hasta que no llegue una crisis que logre desterrar al sistema capitalista de acumulación, el trabajo debe obtener la protección de las distintas leyes como una forma de lograr el desarrollo y el acceso a la dignidad de las personas. El mercado, que carece de moral, y la propiedad privada, que es un medio para el desarrollo de la persona, no pueden ser quienes dicten las reglas del Derecho de Trabajo, y por ende, los que definan cuales son el significado y el alcance de la responsabilidad solidaria que surge de las relaciones de trabajo. La solidaridad tiene su razón de ser en la necesidad de colaboración que existe entre los seres humanos para lograr su desarrollo, en el hecho de que uno se constituye a través del otro, todo para lograr la finalidad de una sociedad más humana. La solidaridad tiene como eje lograr el bienestar de la persona humana, es una herramienta para lograr una mayor justicia social. La multiplicación de los sujetos deudores de los créditos laborales, generara una seguridad jurídica (la que no solo debe asegurarse a las empresas) que permitirá al trabajador tener mayor certeza de que el proyecto vital por el elegido es realizable.

Para superar con éxito las crisis cada vez más frecuentes del capitalismo, y al sistema capitalista, el eje de las soluciones debe estar en la persona humana, y por ende, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y no en el mercado y el afán de producir riquezas cada vez mayores para acumular entre cada vez menos personas; es decir, se debe buscar el beneficio de la mayor parte de la población global, representada en la clase trabajadora, y no de unos pocos especuladores y acaparadores de la riqueza que producen los primeros.

La solidaridad de las empresas, y sus operadores, respecto de los créditos laborales, debe ser una sola en toda Latinoamérica, para evitar un desplazamiento de los capitales al país que les asegure la mayor impunidad y/o la menor protección a los trabajadores. Solo así se lograra que los capitales, que de ninguna manera pueden no participar de la producción de riqueza del pueblo Latinoamericano, continúen con la política de presión a los gobiernos para generar situaciones en las que los trabajadores solo puedan reclamar por sus créditos al eslabón más débil, y normalmente insolvente, de la cadena.

La sociedad, y quienes forman parte de la misma e interactúan en la misma, no puede más que ser solidaria, ya que el individualismo que subordina todo, aun la legalidad de las normas, al beneficio económico propio, sin importar el avasallamiento de los derechos del prójimo, es la que genera el caldo de cultivo de la exclusión social en Latinoamérica, que explota en las reacciones de violencia social de quienes, excluidos de la sociedad y sus beneficios, nada tienen que perder, ya que aun su vida, en las condiciones en que viven, no tiene valor para ellos.

17. CREACIÓN DE FONDOS QUE CUBRAN LOS CASOS DE INSOLVENCIA PATRONAL

DEL DERECHO A UNA REMUNERACIÓ JUSTA, QUE ES UN DERECHO DE SUBSISTENCIA, NECESARIAMENTE SE DERIVA LA GARANTÍA DE SU EFECTIVA PERCEPCIÓN

Sebastián Serrano Alou

Un ordenamiento social que acepta la existencia de individuos que son titulares de los medios de producción y de bienes para atender su subsistencia, y de otros que sólo mediante el trabajo asalariado pueden conseguirlo, únicamente puede pretender un mínimo de legitimación si les reconoce a estos últimos dos derechos: el derecho al trabajo y el derecho a una remuneración justa. Por ser derechos directamente vinculados con la subsistencia de la persona, o sea con el derecho a la vida, son derechos humanos fundamentales que el Estado debe asegurar. Del derecho a una remuneración justa se deriva, entonces, la necesidad de garantizarle al trabajador su percepción. Se hace imperioso pasar, en definitiva, de la fase declamativa a la que permita bajar esos derechos a la realidad.

Pese a que existen distintos medios articulados por las normativas nacionales e internacionales para que el trabajador pueda cobrar sus créditos de quien se aprovechó de su trabajo, su empleador directo y los deudores solidarios, muchas veces aquellos son ineficaces ante un caso de insolvencia patronal, por la imposibilidad de cobro o la lejanía del mismo. En estos casos, cobra importancia tener una alternativa en vistas a que el trabajador pueda efectivamente percibir sus créditos, en forma rápida y segura, para poder gozar de Derechos Humanos fundamentales, y esta alternativa es la creación de fondos que cubran los casos de insolvencia patronal, alternativa que se encuentra prevista a nivel internacional-global en el Convenio 173 de la OIT[107]. En este mismo camino, la Recomendación 180 de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, plantea que la protección de los créditos laborales por una institución de garantía debe ser lo más amplia posible.

Reitero lo dicho al comentar el punto 16 de la Carta, sobre las obligaciones solidarias, de nada sirve reconocer distintos derechos al trabajador si luego no podrá hacerlos valer, por no saber contra quien, o por ser el deudor una persona insolvente, o por haber desaparecido sin dejar rastro, o por cualquier motivo que pueda llegar a frustrar el acceso efectivo del trabajador al goce inmediato de sus derechos.

Los fondos que cubran los casos de insolvencia patronal deben ser estatales, sin que pueda caerse en la trampa de generar un negocio privado para empresas que lucren con la protección de un Derecho Humano. Una empresa que persigue beneficios económicos privados y no el logro del bien común y la justicia social, lleva a desvirtuar el objetivo, y a no conseguir el resultado, ya que perjudicar al trabajador puede beneficiar a la empresa y contribuir al logro de su interés de lucro.

El Estado debe articular la forma de financiar estos fondos de garantía, existiendo distintas opciones, siendo las más importantes el aporte empresario con base en las ganancias –en especial las extraordinarias- y/o por medio de una cotización social, la repetición contra los deudores directos insolventes cuando mejoren su situación y/o contra

[107] En la Comunidad Europea se aborda la problemática de la Protección de los trabajadores en caso de insolvencia patronal, por la Directiva N° 80/987/CEE del 20 de octubre de 1980 (modificada luego por la N° 87/164/CEE de 1987). En España se ha instrumentado esta protección por medio de la creación del Fondo de Garantía Salarial –FOGASA-.

los deudores solidarios solventes, además de las distintas inversiones lucrativas que se pudieran efectuar con los fondos en caso de alcanzar una suma considerable. Al igual que en los casos de solidaridad entre empresas por los créditos de los trabajadores de los que obtienen ganancias, las ganancias que el trabajo genera deben ser su garantía, debiendo destinarse una parte de las mismas a formar un fondo de garantía. Por otra parte, el ente administrador de los fondos que cubren los casos de insolvencia patronal debe tener el derecho de repetir del deudor insolvente y/o los deudores solidarios las sumas abonadas al trabajador, lo que se justifica en la necesidad de mantener la solvencia de estos fondos, y de evitar un enriquecimiento injusto de los deudores que se insolventaron, los que de recuperar su capacidad de pago, deberán afrontar las deudas cubiertas con el fondo de garantía.

Basta con la prueba del crédito del trabajador y la insolvencia de su empleador directo –plasmada en la imposibilidad comprobada del trabajador para acceder a su crédito-, para que tenga derecho a cobrar su crédito de un fondo de garantía, debiendo cubrir este fondo en el mejor de los casos la totalidad de los créditos derivados de la relación laboral, o, en el peor de los casos, sus créditos salariales. El trabajador no puede dilatar en el tiempo indefinidamente el cobro de sus créditos, ya que no tienen una estructura económica con la cual soportar la falta de cobro de sumas de dinero que le son indispensables; y mucho menos puede verse privado de estos créditos por ser insolvente su empleador. Por este motivo, demostrada la insolvencia del empleador, y la imposibilidad inmediata de cobro del trabajador, el fondo de garantía debe cubrir esta situación, pasando a cabeza del Estado que lo administra el derecho a repetir dicha suma, con más los intereses y costas, del deudor primigenio y/o los deudores solidarios.

La falta de cobro de créditos de carácter laboral, ya sean eminentemente salariales-alimentarios, indemnizatorios, por accidentes y/o enfermedades incapacitantes, o de aportes a la seguridad social, empobrecen aun mas al acreedor laboral, que es un trabajador que no solo perdió su trabajo y/o vio disminuida su capacidad generadora de un ingreso, sino que se ve condenado a la pobreza de no contar con los medios para poder satisfacer sus necesidades más básicas (alimentarse, contar con un techo, acceder a prestaciones de salud, etc.), pobreza de la que luego le es muy difícil remontarse. La exclusión a la que se condena al trabajador desempleado y/o incapacitado, la cual puede tener distintos grados, pero que siempre es muy negativa y peligrosa, es una exclusión que en la actualidad se hace crónica y va avanzando progresivamente a medida que el excluido va viendo limitada en grado creciente su capacidad de atender a sus necesidades y las de su familia.

El tiempo que transcurre desde el momento en que el trabajador debía percibir sus créditos, y el momento en que puede cobrarlos, es un tiempo que causa un daño social difícil de recuperar luego. No sólo se condena al trabajador a la exclusión, sino que es una situación que se extiende a su núcleo familiar primario, principalmente a sus hijos, los que ven disminuir su posibilidad de ingresar a la sociedad y poder desarrollar sus capacidades, conquistando posibilidades de progreso, en igualdad de condiciones con el resto de los niños.

El pago a los trabajadores de los créditos derivados de las relaciones laborales debe ser una prioridad de todo Estado que tenga como fundamento proteger a la clase más amplia y productiva de la sociedad, la base social que le da sustento, mas aun en épocas en que los únicos que se encuentran unidos al Estado por un lazo de dependencia mutua son los trabajadores, ya que las empresas se independizan de fronteras y reglas en busca del escenario global que les resulte más favorable.

Nuevamente, bueno es recordar lo establecido en el preámbulo de la Constitución de la OIT: “sin justicia social no habrá paz”; siendo un principio de justicia social indiscutido que quien puso a disposición de una empresa y del Estado (directa o

indirectamente) su actividad creadora y su vida, debe recibir una retribución por ello, y ser protegido por las consecuencias desfavorables que pudiera sufrir, y de las que es una víctima. De ninguna manera puede culparse al trabajador, y mucho menos cargar sobre él, los casos de insolvencia de su empleador, ni aun cuando podía prever que resultara insolvente (trabajo precario para un empleador pobre), ya que esta situación responde más a la falta de un adecuado control del Estado, que a la necesidad del trabajador de aceptar un trabajo para contar con un ingreso, por mínimo que sea.

El Estado, que detenta el poder de policía, es responsable por omisión cuando el incumplimiento de las normas es grave, como sucede en los casos de trabajo informal (que en la actualidad tiene elevados índices), de la insolvencia fraudulenta de empresas que no fueron controladas adecuadamente, o cuando permite la creación de sociedades de dudosa solvencia, etc. Es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que el Estado está obligado, por un lado, a respetar los derechos y libertades reconocidos en los tratados que ratifica y, por el otro, a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, por lo que la acción u omisión de toda autoridad pública de cualesquiera de los poderes del Estado constituye un hecho imputable a éste que compromete su responsabilidad, imponiendo la citada obligación, al Estado, el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos, en este caso, asegurando al trabajador el cobro de las sumas de dinero que destina a satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. Los Estados deben velar tanto por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, cuanto para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna, por lo que les corresponde adoptar todas las medidas necesarias, sean de orden legislativo y judicial, así como administrativo. Por lo tanto, esto es un motivo más por el cual el Estado debe, además de extremar los medios para prevenir la dificultad del trabajador para poder percibir sus créditos, crear un fondo de garantía para que los trabajadores tengan asegurado el cobro de sus créditos laborales cuando esta prevención no resulta suficiente o adecuada.

En la actualidad, el sistema lleva a que distintos Estados salgan ante las crisis financieras y/o económicas a salvar a las grandes empresas, y lo hacen con los fondos de los contribuyentes, en su gran mayoría trabajadores; con total incertidumbre si alguna vez los recursos aportados se recuperaran, siquiera en una mínima medida. Con cuanta más razón debe salvarse a los trabajadores, siendo que son los que sostienen al Estado, y cuando en este caso luego se puede repetir de los deudores insolventes y/o solidarios. Los grandes capitales, que buscan sustraer sus ganancias del Estado, cuentan en la actualidad con el apoyo, voluntario o forzado, del Estado, que los subsidia y sale a socorrerlos cuando anuncian que se encuentran en una crisis; con cuanta más razón deben contar los trabajadores con el socorro estatal, cuando son los grandes aportantes al mantenimiento del estado, en caso de encontrarse en una situación de necesidad, mas aun si los fondos los generan con su trabajo.

La tendencia del Derecho del Trabajo de proteger el Mundo del Trabajo debe verse respaldada por una multiplicación de los medios que aportan a dicho fin. La creación de un fondo de garantía, que dé al trabajador la certeza de que en última instancia es el Estado el garante de sus derechos, no solo obligando a que se respeten, sino tomando a su cargo el cumplimiento de los mismos mediante el pago de sus créditos laborales, es una herramienta que da certeza de que el mejor medio para el desarrollo humano es el trabajo licito. La creación de fondos de garantía estatales, de organismos encargados de que el trabajador reciba lo que por derecho le corresponde y que los deudores sepan que los créditos que adeudan continúan vigentes sin importar cualesquiera que sean sus

artimañas, es un mensaje claro de que el Estado apoya la productividad licita, y persigue y castiga la ilicitud.

Si progresivamente se debe lograr un mayor acceso a los bienes materiales y espirituales por parte de todas las personas, en especial, de quienes las producen, mediante distintos medios que aseguren que se hagan efectivos los derechos; es imperativo que los Estados articulen la organización de fondos de garantía de los créditos de los trabajadores, que a su vez sean custodios del logro de la justicia social, al conseguir que los trabajadores puedan percibir las sumas de dinero que por derecho les corresponden, y que los deudores que, fraudulentamente o no, se insolentaron respondan cuando recuperen solvencia por sus deudas, si es que antes no lo hicieron sus deudores solidarios.

La imposibilidad de cobro de los créditos laborales por los trabajadores puede llevar a truncar su proyecto de vida, concepto que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos asociado al de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. Para el tribunal internacional, en rigor, las opciones son la expresión y la garantía de la libertad; y difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones, en palabras de la CIDH, poseen en si mismas un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de dicha Corte[108].

18. GARANTÍA DE UNA JUSTICIA ESPECIALIZADA EN DERECHO DEL TRABAJO, CON UN PROCEDIMIENTO QUE RECEPTE EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

BAJAR A LA REALIDAD LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Roberto Carlos Pompa

I. El acceso a una Justicia especializada, como derecho laboral fundamental

El derecho del trabajo es un derecho del siglo XX que nace y se estructura después de una larga lucha social, cuyos protagonistas fueron los trabajadores, organizados en asociaciones con comunidad de intereses. No fue un derecho gestado pacíficamente, sino arrancado al régimen capitalista y liberal bajo las formas imperantes de los siglos XVIII y XIX. Este derecho implicó el reconocimiento de la dignidad del trabajo que resultó fruto de ese largo proceso histórico que tradujo en definitiva la lucha por la obtención de la justicia social (Juan Carlos Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", La Ley, 2000, tomo I, p. 20).

Protección al trabajo, desarrollo humano y progreso económico con justicia social, definen una concepción del Estado en la que los grandes ideales de libertad e igualdad no se pueden alcanzar sin una política activa que dé prioridad a la situación del hombre de trabajo para que pueda desarrollarse en la sociedad con igualdad de posibilidades y con reconocimiento de su dignidad. El derecho al trabajo en condiciones dignas, el derecho a la seguridad social, a la negociación colectiva, a la huelga y demás medidas de acción

[108] Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27/11/98, *"Loayza Tamayo vs. Perú (reparaciones y costas)"*, Serie C Nº 42, párr. 148.

directa, como la garantía a acceder a los tribunales para hacer valer sus derechos, son derechos humanos esenciales del ciudadano que trabaja, que aparecen consagrados en los tratados internacionales que versan sobre los derechos fundamentales del hombre (Roberto Carlos Pompa, "La Justicia del Trabajo y el rol del Estado de implementar los derechos sociales", XXVII Jornadas de Derecho Laboral AAL y IV Encuentro Latinoamericano de Abogados Laboralistas, Buenos Aires, octubre de 2001).

Sin embargo, los elementos de libertad y libre consentimiento que están presentes en los contratos bilaterales, se encuentran condicionados en las relaciones laborales en razón de la situación de hiposuficiencia en la que se encuentran los trabajadores

La supuesta libertad que la parte empleadora del contrato de trabajo, que goza de los poderes de dirección y organización, le concede a la otra parte –la de los trabajadores- que se encuentran en una situación de inferioridad de contratación, actúa como una promesa no mantenida o una suerte de esperanza no realizada (Bruno Veneziani, "L'evoluzione del contratto di lavoro in Europa dalla rivoluzione industraile al 1945", en Percorsi de diritto del lavoro, al cuidado de Garófalo, Ricci, Bari, 2006, p. 147 y ss), lo que posibilita que la llamada libertad de contratación pueda convertirse en un instrumento técnico para regular la legitimidad jurídica de la más brutal sumisión del hombre (Massimo D'Antona, "Uguaglianze difficili", Opere, al cuidado de Caruso y Sciarra, Milán, 2000, p. 166).

En efecto, mientras que la autodeterminación de la persona exige libertad de contratación, no es cierto que la libertad contractual garantice la autodeterminación del individuo (D'Antona, op. citado), porque sin igualdad la libertad se convierte en su contrario (Umberto Romagnoli, "Del status al contrato y retorno", Perú, Ara Editores, 2009, p. 23), por lo que en definitiva los derechos de los que se encuentran en la cúspide más alta se transforman en privilegios, mientras que los que se encuentran en un nivel inferior en concesiones o caridad (Gustavo Zagrebelsky, "Senza uguaglianza la democrazia é un regime", en Repubblica, del 26/11/2008).

La pretendida bilateralidad en el marco de las relaciones de trabajo puede transformarse en una ficción, cuando no se otorguen los instrumentos necesarios que resulten idóneos para que se pueda compensar la asimetría de poderes que se presenta en el marco de las relaciones de trabajo. El hombre que trabaja, como ciudadano que es, sólo puede actuar y vincularse en la medida que lo haga libremente, por lo que necesita de los medios jurídicos adecuados para que, además de ser titular de derechos, pueda ser titular del poder de ejercitarlos (Norberto Bobbio, "Política e cultura", Turín, 1955, p. 273).

Resulta así imperiosa la intervención del Estado, en su versión Social de Derecho, a través de sus políticas de compensaciones en auxilio del hombre que trabaja, cuyo status de ciudadanía se halla presente junto al status ocupacional y profesional y lo trasciende. A partir del hecho que la fábrica ya no es más uno de los grandes laboratorios de la socialización moderna, es a la misma ciudadanía a la que le toca emanciparse del trabajo industrial, reclamando las garantías necesarias para la conservación de su identidad (Umberto Romagnoli, op. cit) y subsistencia como ciudadanía social.

Por eso si el hombre que trabaja no es el titular de los medios de producción donde su actividad se inscribe, debe garantizársele el poder expresado como derecho a que pueda exigir que se le garantice la exigibilidad de los derechos sociales de que resulta titular

El objetivo del Estado Social de Derecho es lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los llamados derechos fundamentales de la persona humana

En el ámbito de una relación bilateral entre sujetos, quien detenta el ejercicio de los poderes de organización y dirección, que incluyen no solo la aptitud de poner fin a la relación sino también dotada de plena eficacia extintiva, aún sin causa o con una causa injustificada, no puede convertirse -sin que se aumente la brecha de las relaciones

asimétricas de poder que se dan en el marco de las relaciones de trabajo- en juez y parte de esas relaciones, por lo que a la parte más débil de esa relación le asiste no sólo el derecho de revisar los actos que se consideren arbitrarios del empleador, sino también de poder acudir a los órganos jurisdiccionales de contralor, que no pueden sino estar en cabeza exclusiva del Estado, como garante de introducir las compensaciones necesarias para que se proteja al sujeto más débil y procurar así alcanzar el logro del bienestar general mediante decisiones que tienen el imperium de tener que ser respetadas.

La justicia se convierte así en el corazón de todo derecho (Abelardo Rossi, "Aproximación a la justicia y a la equidad", Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000), correspondiendo a los jueces asegurar que los derechos se cumplan. Frente a la seguridad que da la ley está la justicia que da la equidad, y no puede haber seguridad firme y permanente sin justicia como remedio supremo de todo orden social justo (Julio A Grisolía, "Los jueces y la equidad", Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social nº 9, p. 753 y ss, Abeledo Perrot).

El acceso a la Justicia constituye un derecho humano esencial, consagrado por señeros Tratados Internacionales como, a modo de ejemplo, el art. 8vo. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o lo prescripto por los arts. 2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando se establece el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en clara intención de limitar, reducir y aún suprimir los derechos ya de por sí debilitados de los trabajadores, disponiendo de un procedimiento sencillo y breve por el cual la Justicia "competente" lo ampare contra actos de particulares como de la autoridad pública. La misma Convención consagra que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna, posición económica o cualquier otra condición social, a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La autonomía, independencia e integridad de los miembros del Poder Judicial apela a la adopción de medidas que aseguren el acceso irrestricto a la jurisdicción, la sustanciación de las causas, conforme al debido proceso legal y su conclusión en un plazo razonable mediante sentencias exhaustivas (CIDH, Informe Anual 1992/93, p. 227; p. 484/485. Estado de Nicaragua).

El artículo 8º de la Convención Americana establece que toda persona tiene derecho a ser oída por un juez o tribunal competente. Las normas de interpretación de la Convención prevén en su artículo 29 que ninguna de sus disposiciones debe entenderse en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido por las leyes internas de los Estados Partes (CIDH. Informe Anual 1994. Res. 1/95. Cas0 11.006, p. 111 a 113. Perú).

El acceso a la Justicia del Trabajo por parte de los trabajadores tiene por objeto el amparo y tutela inmediata de derechos que se consideran fundamentales del hombre.

De manera que los progresos del constitucionalismo a escala universal permite configurar y construir hoy el derecho, como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales, a partir de un modelo o sistema garantista que permite estructurar la legalidad, no sólo en cuanto a las formas de producción de las normas, sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus Constituciones mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica (Luigi Ferrajoli, "Derechos y garantías, la ley del más débil", Edit. Trotta, España, págs. 17/20).

Nuestros pueblos de Latino América padecen las consecuencias del aumento del desempleo, la agudización de la pobreza y la injusta distribución de recursos y medios. No es una cuestión económica sino política, donde la economía se presenta como la única ordenadora de la sociedad (Amartya Sen, "Desarrollo y libertad". Planeta. Buenos Aires, 2000, p. 32 y ss). En las empresas, disciplinados los trabajadores por el temor al desempleo, conculcado el ejercicio libre y pleno de la libertad sindical y cooptados casi todos los cuadros gremiales, se emiten mensajes desactivadores de cualquier intento de resistencia, por lo que en la búsqueda de un proyecto de sociedad inclusiva, la democracia debe cumplirse en el orden social como en el político, convirtiendo a la justicia como fuente de paz y fraternidad (Rodolfo Capón filas, "La cultura en una sociedad plural", en "Derecho del trabajo y derechos fundamentales", Luis Enrique Ramírez, Coordinador, Editorial B de F, págs. 34 y ss). Es decir, la justicia social es fundamento necesario de la paz universal y permanente (Preámbulo de la constitución de la OIT).

El derecho al acceso a la Justicia se convierte así en derecho para obtener derechos. No hay progreso sin Justicia que asegure la tutela de la libertad y los derechos fundamentales del hombre.

A partir de la incorporación de los tratados internacionales, no sólo se incorporan los derechos fundamentales sustantivos, sino también los órganos y mecanismos internacionales de protección de esos derechos, habilitándose la jurisdicción internacional a través del amparo internacional reconocido por el art. 44 de la Convención Americana, de manera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debiendo los jueces tener en cuenta no solamente el Tratado Internacional sino también la interpretación que de los mismos ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana, correspondiendo al Poder Judicial el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esta manera la labor del juez laboral es la de escoger del abanico de normas nacionales e internacionales, legales y supralegales, la que mejor favorezca para alcanzar el principio a favor de la justicia social (Jesús Rentero Rover, "Crisis global y derecho del trabajo", 1er. Seminario organizado por la ALJT, Universidad Nacional de La Matanza, Provincia de Buenos Aires, 2009).

La aplicación de la norma internacional y la interpretación que sobre la misma realizan los organismos jurisdiccionales internacionales, no afecta el imperium de los jueces, desde que en un Estado Social de Derecho es labor de los jueces aplicar la norma más favorable para la persona, efectuando un juicio de valor compatible con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Tampoco afecta a la soberanía de los Estados, desde que estos deben incorporar aquellos derechos que por ser materia de ius cogens han sido considerados patrimonio jurídico de la humanidad.

En consecuencia, el fundamento de la legitimación del Poder Judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad, como igualdad en derechos, puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos (Ferrajoli, op. cit, p. 26)

La OIT subraya la justicia social como uno de sus valores fundamentales y su empeño en fomentarla, siendo su principal objetivo la dignidad de los trabajadores (OIT, Memoria para la VIII Reunión de 1994, del Director General Michel Hansenne). Se busca trazar una suerte de paralelismo entre progreso económico con justicia social.

Sin embargo, la estratificación del mercado ha generado una fuerza de trabajo primaria y otra secundaria, siendo cada vez más difícil la movilidad desde la precariedad hacia la estabilidad, lo que se ha dado a escala mundial pero con mucho más énfasis en

los países menos desarrollados, flexibilizando la demanda y la utilización de las fuerzas de trabajo pero sin incurrir en mayores costos laborales. Las características heterogéneas de las fuerzas de trabajo introducidas dentro del colectivo de trabajo ha resquebrajado la solidaridad y fortalecido las actitudes corporativistas y de defensa de categorías aisladas (Julio Cesar Neffa "Empleo precario en la Argentina", p. 110).

Para quienes postulan las políticas neoliberales, movimiento que se dio en el continente latinoamericano a partir de los llamados años 90, el Derecho del Trabajo no sería apto para llenar las condiciones de abstracción, de generalidad y de sistematización que son las de una verdadera juridicidad, donde la frase "justicia social" reputa una idea perniciosa.

Desde aquellas políticas se cuestiona el concepto de justicia social responsabilizándolo de que se pueda hacer creer que el derecho social está referido a la exigencia de justicia, mientras que en los hechos no es más que un producto de la arbitrariedad política (F.A. Hayek, "Los sindicatos y la ocupación obrera", Buenos Aires, 1961). De ahí que como lo denunciara Barbagelata "para los cultores de las políticas neoliberales se repugna la Justicia del Trabajo toda vez que el procedimiento autónomo del trabajo postula la necesidad de un apartamiento de todas las características tradicionales del proceso civil, o de alguno de sus principios fundamentales, o cuando se exalta su vocación por corregir desigualdades creando otras desigualdades, y se pone de relieve la exigencia de que posea carácter tuitivo.

La misión que se le asigna al proceso laboral, que asegura la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, chocarían flagrantemente contra los postulados neoliberales que reclaman que pudiera renunciarse individualmente incluso al ejercicio del derecho de huelga" (Barbagelata "La justicia del trabajo en los tiempos de neoliberalismo", Ponencia VIII Congreso Internacional de Política Social, Laboral y Previsional "Políticas sociales para la justicia social", FAES, Buenos Aires, 1996). De esta manera, las características del Derecho del Trabajo son consideradas por los que propician esas políticas neoliberales como descalificantes desde el punto de vista de su conceptuación jurídica y en la medida que los principios jurídicos que protegen a los trabajadores han sido acogidos por los tribunales del trabajo son condenados como francamente negativos desde el punto de vista del funcionamiento de las actividades económicas.

En síntesis, el análisis económico del derecho constituye el sustento ideológico de toda la propuesta que pretende solucionar la crisis del sistema judicial a través de la incorporación de los mecanismos de funcionamiento de las empresas privadas en una economía de mercado, desjerarquizando el carácter institucional inherente al Poder Judicial, al que se intenta no solo desestabilizar sino incluso eliminar.

No es por casualidad que las corporaciones empresariales y financieras transnacionales huyan deliberadamente de lo que consideran los "burocratizados e ineptos" tribunales y del derecho positivo aplicado por ellos. Una fuga que se da en especial en tres dimensiones complementarias: primeramente tienden a acatar selectivamente las distintas legislaciones nacionales, optando por concentrar sus inversiones sólo en los países donde les son más favorables. En segundo lugar, tienden a valerse de instancias alternativas especializadas, sea en el ámbito gubernamental como en el ámbito privado. Por último, tienden a acabar creando ellas mismas las reglas que necesitan y a establecer mecanismos de auto resolución de los conflictos (José Eduardo Faría, “La globalización y el futuro de la justicia”, en Revista Contextos nº 1, p. 137).

En esa línea se inscribe la pretensión de eliminar la Justicia de Trabajo con autonomía propia, lo que se convierte en parte de un plan inspirado en un modelo de exclusión. Ello supone postergar los compromisos de justicia y equidad que dieron lugar al surgimiento y desarrollo de la constitución de los estados sociales de derecho modernos.

La sustracción de los conflictos de la órbita de los jueces naturales, la limitación presupuestaria destinada por los gobiernos a promover un servicio de justicia eficaz, las

demoras injustificadas en cubrir los cargos vacantes de jueces y funcionarios del Poder Judicial y la escasez de recursos humanos que afectan el buen funcionamiento de la justicia constituyen graves obstáculos para que las personas en general y los trabajadores en particular puedan ejercer y recabar el amparo de sus derechos en forma rápida y eficaz teniendo en cuenta el carácter alimentario de los créditos y de esta manera se pone en riesgo el estado democrático y social de derecho y consecuentemente a todos los ciudadanos. Los que pretenden menoscabar la existencia de la Justicia del Trabajo quieren en realidad una justicia del sometimiento e inequidad (Héctor Recalde, AAL, en IIas. Jornadas en Defensa de la Justicia del Trabajo). Los proyectos que tienen a desmembrar o desnaturalizar, o a no reconocer la existencia y necesidad de una Justicia del Trabajo autónoma e independiente resultan violatorios del propósito universal de afianzar la justicia, de promover el bienestar general que procuran los pueblos civilizados y de tutelar los derechos humanos y sociales fundamentales consagrados a nivel constitucional y en los tratados internacionales sobre los derechos fundamentales del hombre

La globalización ha conducido a sustituir la política por el mercado como máxima instancia de regulación social, ha vaciado los instrumentos de control de los actores nacionales y ha hecho vulnerable su autonomía decisoria. Al generar formas de poder e influencias nuevas y autónomas, ha puesto en jaque la centralidad y la exclusividad de las estructuras jurídicas del estado moderno, basadas en los principios de soberanía y territorialidad, en el equilibrio de los poderes, en la distinción entre lo público y lo privado y en la concepción del derecho como un sistema lógico formal de normas abstractas, genéricas, claras y precisas. Cuanto mayor es la velocidad de los procesos dominados por el orden económico, más resulta el Poder Judicial atravesado por las justicias inherentes, bien a los espacios infraestatales, bien a los espacios supraestatales que quieren suplantarla (José Edurdo Faría, op. cit, p. 134 y ss). Así se facilita la pérdida de derechos contemplados en una disciplina cuyo norte son precisamente la irrenunciabilidad e indisponibilidad de los derechos en razón de su carácter alimentario y por la posición de debilidad negocial en la que se encuentran los titulares de esos derechos (Roberto Pompa, "El discreto encanto de querer eliminar la Justicia del Trabajo", en Revista "Y Considerando", AMYFJN, año 2004).

Ahora bien, el movimiento legislativo contemporáneo, en lo que respecta a las normas que rigen las relaciones jurídicas del capital y el trabajo, dio forma a un nuevo derecho cuyo contenido social y humano tiende a proteger a la parte débil de esa relación. De ahí que, frente a problemas que justifican la existencia de un derecho autónomo, debe admitirse la necesidad de un fuero y un procedimiento propio, pues no sería posible que mientras la legislación de fondo fuera creando un régimen jurídico de excepción, el derecho procesal se mantuviera estacionario. Los trámites procesales de la justicia común, ordinaria, aplicados a los principios del trabajo, resultan formulistas, onerosos y carentes de la celeridad que exigen los fines perseguidos por la legislación respectiva. La inadaptación de esas reglas procesales a la solución de los conflictos derivados de las relaciones del trabajo, pone en evidencia la necesidad de instituir organismos especializados y procedimientos expeditivos y de restablecer mediante normas adecuadas la igualdad de las partes, evitando la gravitación de su distinta posición económica (Mensaje de Elevación del Decreto 32347 del 30 de noviembre de 1944 de creación de los Tribunales del Trabajo en la República Argentina).

La creación de la Justicia del Trabajo resulta ser una absoluta garantía para los obreros y los patrones, de manera que el obrero que no posea medios pueda estar en las mismas condiciones de defender sus derechos de aquellos que los poseen, ya que la justicia social es la justicia más imprescindible sobre la tierra (Enrique Pérez Colman, en oportunidad de cumplirse el primer aniversario de la creación de la Justicia del Trabajo en la República Argentina). La Justicia del Trabajo debe tutelar a todos los hombres y

mujeres que trabajan, evitando que puedan encontrarse expuestos a situaciones de discriminación cuando a modo de ejemplo desempeñan actividades sindicales en defensa del colectivo de trabajo sin gozar de la respectiva tutela legal que los proteja. La Justicia del Trabajo debe ser el sueño en las horas de lucha de los hombres que quiera convertir un sistema basado en la democracia económica por otro sustentado en la democracia social.

La existencia de una Justicia del Trabajo constituye un imperativo de justicia para un trabajo decente. Una Justicia del Trabajo propia y autónoma hace posible el cumplimiento de los preceptos que dan autonomía a la materia sustancial del trabajo y consagra los propósitos universales de afianzar la justicia y promover el bienestar general, tornando operativo el principio de progresividad inserto en el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica.

La Justicia del Trabajo actúa a través de sus órganos naturales bajo las reglas de la imparcialidad en las garantías del proceso, pero desde el momento que opera sobre relaciones entre desiguales, lo debe hacer con un contenido de no neutralidad en la aplicación del derecho, desde que los trabajadores deben ser sujetos de preferente tutela, con lo que resulta válido consagrar la validez de crear una desigualdad para mantener una igualdad y la prevalencia de los derechos sociales para seguir el ritmo universal de la justicia según lo expresa el derecho internacional de los derechos humanos (C.S.J.N. de la República Argentina, Fallo "Vizzoti" del 14/9/2004, cons. 9 y 10).

El futuro en la construcción de un orden social más justo pasa necesariamente por la defensa de los más elevados principios universales del Derecho del Trabajo, como la emancipación social y la dignidad de la persona humana. Los derechos necesitan ser efectivizados en el día a día de la sociedad. Defender la Constitución, los Tratados Internacionales, el Derecho del Trabajo y la Justicia Especializada del Trabajo significa respetar el ser humano, proteger al hiposuficiente y garantizar el principio constitucional de acceso a la justicia. Los pueblos no progresan si sólo se enuncian los derechos. Deben otorgarse las condiciones para realizarlos (Luciano Athayde Chavez, en Revista "Y Considerando" de la AMYFJN, año 14, nº 91, p. 14/15)

De modo que desde el reconocimiento de la vigencia del principio protectorio resulta imprescindible la plena vigencia de contar con una justicia especializada que pueda bajarlo del enunciado a la realidad (Roberto Pompa, Mensaje de apertura del Foro Permanente por la Defensa de la Justicia del Trabajo, Buenos Aires, 5 de octubre de 2004)

La Justicia del Trabajo debe integrar la aplicación de los ordenamientos nacionales con la aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos fundamentales del hombre y los convenios de la OIT, ampliando el marco de protección de los derechos y garantías sociales, reconociendo una dimensión social y política de un orden jurídico con carácter integrador de las normas internacionales (Grijalbo Fernandes Coutinho, en Revista ALJT, año 2, nº 3, p. 3). El objetivo principal de las normas internacionales del trabajo es garantizar condiciones de trabajo decente para los trabajadores, de modo de promover el desarrollo sustentable y la erradicación de la pobreza. No habrá reforma judicial si no hay una cultura judicial que la sustente (Boaventura de Souza Santos. "Os magistrados do Futuro", periódico de la UnB, Derecho), por lo que sin una Justicia Laboral efectiva, independiente y autónoma, las convenciones internacionales del trabajo no tendrían sentido (Christian Ramos Veloz, Perito Internacional de la OIT, "Perfil de la justicia laboral en el proceso de internacionalización", en Revista ALJT, año 2, nº 3, p. 239). La plena vigencia del estado de derecho y del sistema judicial son factores decisivos de la vida colectiva democrática, del desarrollo de una política fuerte y densa de accesos al derecho y a la justicia (Boaventura de Sousa Santos, "Os tribunais nas sociedades contemporáneas", 1996, Lisboa. Afrontamento, p. 79).

II. La obligatoriedad de la existencia de una Justicia del Trabajo

El mantenimiento de un fuero especializado en Derecho del Trabajo es, por su parte, un compromiso internacional asumido por los Estados Partes en el marco de la IX Conferencia Interamericana realizada en Río de Janeiro en 1947, cuando se aprobó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyo artículo 36 establece que en cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos entre trabajadores y patronos. Esta norma internacional desde el momento que tiene por objeto (art. 1) declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimum de derechos que ellos deben gozar en los estados americanos, resulta comprensiva de naturaleza de ius cogens, que obliga y debe ser respetada por los Estados Americanos, como lo sostuviera reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando estableció que, precisamente, al ser materia de ius cogens no requiere de ratificación por el ordenamiento interno y debe ser acatada no solamente por los Estados Partes sino porque, siendo materia obligatoria, forma parte de los derechos humanos fundamentales, de la moral universal y patrimonio jurídico de la humanidad (CIDH, OC Fallo 003/09/17). Por lo tanto, tratándose de normas fundamentales, existe el deber de los Estados y de las personas, públicas y privadas, de respetarlas, sin importar las medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar, o incluso para vulnerar su cumplimiento. Ni siquiera tratándose del orden público es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho fundamental, y mucho menos invocando objetivos de política interna contrarios al bien común.

Los efectos jurídicos de las obligaciones erga omnes, lato sensu no se despliegan solo entre las partes contratantes sino que se producen a la manera de derechos a favor de terceros. El carácter de ius cogens implica que por su carácter perentorio estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones, por cuanto no dependen ni de la voluntad, ni del acuerdo, ni del consentimiento de los sujetos. Los Estados Partes tienen la obligación de hacer cesar y remover los obstáculos al ejercicio de los derechos que la convención reconoce. Es decir, son derechos del más alto valor y eficacia y se consideran esenciales a la conciencia jurídica universal y componentes del patrimonio jurídico de la humanidad y, en consecuencia, previos y superiores a cualquier ordenamiento nacional (OIT, Declaración del Director General, año 1988).

Lejos de superarse las desigualdades que naturalmente planea el derecho del trabajo, la necesidad de la competencia propia de la Justicia del Trabajo hace operativo el principio de especificidad, necesario para hacer efectivos los derechos humanos derivados del trabajo.

Así, puede sostenerse la íntima vinculación entre los objetivos de la Justicia del Trabajo y la defensa de los principios sociales y los derechos fundamentales de los trabajadores, haciendo operativos los principios sociales y derechos fundamentales de estos últimos, reconocidos en las Constituciones nacionales de los Estados Sociales de Derecho y los tratados internacionales sobre derechos fundamentales del hombre. La Justicia del Trabajo se convierte desde el inicio en una institución esencial para la construcción de un auténtico Estado Social de Derecho, que garantiza el reconocimiento y amparo de los derechos sociales necesarios para alcanzar a su vez la paz social.

Por eso sostenemos la necesidad de que se garantice en nuestros países una justicia especializada en Derecho del Trabajo, con un procedimiento que recepte, obviamente, el principio de protección.

LA PROTECCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN Y LA ACTIVIDAD GREMIAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN ANTISINDICAL

José E. Tribuzio

I. No hay libertad sindical sin protección al representante gremial

El ejercicio de la representación sindical es el resultante inmediato de la organización del colectivo de trabajadores para la reivindicación y la defensa de sus derechos e intereses. Importa, en concreto, la libertad sindical *actuada* desde el instante constituyente de la unión obrera.

Anclada en dicha premisa, la índole de la labor que lleva a cabo el representante sindical, dentro o fuera del establecimiento, no sólo justifica sino que demanda la intervención de los Estados, en aras de garantizar un espacio de indemnidad frente a injerencias de terceros (aun el propio Estado), que tengan por objeto impedir o afectar de cualquier modo la actividad sindical desplegada para satisfacer el interés colectivo, o (en su caso) individual, que aquél se encuentra llamado a personificar.

Ello así, por cuanto la exposición del trabajador que ejerce la representación sectorial implica un riesgo cierto ante censuras, represalias o presiones destinadas, no sólo a impedir el éxito de su gestión propia y específica, sino también a obtener el disciplinamiento del colectivo laboral, motivo por el cual, la implementación de protecciones especiales es condición *sine qua non* de la vigencia de la libertad sindical. Representación y tutela del trabajador que la ejerce, constituyen —en consecuencia— una pareja inescindible en todo modelo democrático de relaciones del trabajo.

Las prácticas persecutorias hacia el representante sindical suelen presentarse de diversos modos. En el plano contractual, mediante la afectación de sus condiciones de trabajo, a través de medidas que tienen por objeto aislar al trabajador u obstaculizar de cualquier modo su función representativa.

No son infrecuentes, en este aspecto, las modificaciones sobre la jornada o el lugar de trabajo, justificadas formalmente en la potestad técnico-organizativa que reside en cabeza del empresario.

Por supuesto que la manifestación más evidente de antisidicalidad se expresa mediante el despido, al abrigo del poder disciplinario y la *legalidad* que bajo dicho ropaje pretende asignársele a la medida segregatoria.

Por fuera del marco contractual, la persecución sindical ostenta rasgos de mayor gravedad aun, por cuanto suele configurarse a través de actos de violencia que ponen en riesgo o atentan contra de la vida del trabajador, sea mediante el aparato represivo estatal o la conducta ilícita ejercida por la patronal, con el objeto de impedir la acción gremial u obstaculizar su ejercicio.

En ocasiones, las prácticas persecutorias y segregatorias trascienden al sujeto sindical para desplegarse sobre el núcleo familiar o entorno afectivo de los representantes, a través de represalias directas dirigidas hacia los miembros de su familia o personas vinculadas afectivamente con ellos, cuando se encuentran —estos últimos también— subordinados al empleador en la relación de trabajo, o indirectamente, mediante vías de hecho ejercitadas por fuera del ámbito laboral.

Frente a estas conductas, la reacción estatal —normativa y judicial— debe imponerse como un valladar que garantice la acción sindical del representante y la indemnidad de su grupo familiar.

Ello, sin perjuicio de recordar, a su vez, que la representación sindical preexiste a las formas institucionalizadas creadas por el Estado y prescinde, en consecuencia, de los moldes creados a los fines de canalizar su acción.

En tal sentido, la cristalización jurídica de la organización gremial a través de un sindicato reconocido por el Estado, no es condición excluyente para el ejercicio de la representación legítima en los múltiples ámbitos en los que se expresa la *cuestión social*. Por el contrario, la garantía amplia y fundamental de la libertad sindical comprende, naturalmente, el ejercicio de derechos en favor del colectivo de trabajadores, sin distinciones. Más aun, el ejercicio de la representación en sí misma es condición necesaria (aunque no suficiente) para la vigencia y madurez de la organización sindical.

En general, los distintos sistemas jurídico-positivos de relaciones laborales en América Latina omiten conferir inmunidades a los trabajadores que desarrollan un activismo sindical por fuera de las instituciones reconocidas por el Estado. Dicha carencia —suplida en algunos casos por la judicatura— atenta contra la vigencia de la libertad sindical y la salvaguarda de las instituciones laborales, dentro y fuera del lugar de trabajo.

Desde este enfoque, el ejercicio de la representación a través de sus titulares requiere de mecanismos de tutela adecuados y rápidos, en orden a garantizar la efectividad y eficacia de la acción gremial, en cualquiera de sus manifestaciones, sea orgánica o inorgánica, formal o informal. Dicha protección encuentra fundamento en dos derechos fundamentales que se entrelazan y complementan: el derecho a no ser discriminado y el derecho a la libertad sindical.

Es que, efectivamente, la obstaculización del ejercicio de la representación sindical, formal o vicaria, acarrea consecuencias plurilesivas que afectan el desarrollo de las instituciones democráticas dentro del marco que propicia el Estado Social de Derecho.

En concreto, la protección de la actividad sindical en todas sus dimensiones impone reservas y obligaciones a los poderes públicos y privados, a través de dispositivos contenidos en normas de jerarquía superior; no sólo a nivel nacional, a través de su recepción formal y orgánica en las cartas constitucionales, sino también mediante su incorporación a los instrumentos internacionales. Es deber ineludible del legislador en cada uno de los Estados, dotar de alcance y plenitud a los derechos allí reconocidos.

En materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales, incorporado al acervo jurídico fundamental universal denominado *jus cogens*, es el de “no discriminación”. Dicha garantía se encuentra receptada en los artículos 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y cc. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y cc. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y cc. de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3.l de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); y 1º de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

La OIT, por su parte, recepta el derecho a no ser discriminado en diversas normas, entre las que cabe destacar los artículos 1, 2 y 3 del Convenio nº 111, de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, y la Declaración de 1998 relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento.

En particular, el derecho a no ser discriminado por motivos sindicales ha sido desarrollado en el Convenio nº 98, de 1949, que tutela los derechos de sindicación y de negociación colectiva, cuyo articulo 1 predica que los trabajadores deberán gozar de "adecuada protección" contra "todo acto de discriminación" tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo, incluido el despido. En igual sentido se expresa el artículo 9 de la ya citada Declaración Sociolaboral del Mercosur.

Según el Comité de Libertad Sindical, dicha protección deberá ejercerse, especialmente, contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales. En ese andarivel, el mismo organismo puntualizó que los sistemas que mantienen la eficacia del despido a cambio de una indemnización, no se compadecen con la protección suficiente contra los actos de discriminación sindical mencionados en el Convenio n° 98 (cfr. OIT, "*La Libertad Sindical*", recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 4ª edición, 1996, párrafo 707, p. 153). Y así también lo postula la Recomendación nº 143, según la cual una reparación eficaz del despido discriminatorio debe comprender el reintegro al puesto de trabajo (artículo 6, numeral 2, literal d).

Efectivamente, no resulta admisible, a la luz de los derechos fundamentales en juego, una solución distinta a la propuesta. El derecho del trabajador a no ser despedido por motivos antisindicales sólo se vería satisfecho con la nulidad del acto y la readmisión al empleo, único modo idóneo y eficaz para garantizar *in natura* el contenido esencial de los principios fundamentales vulnerados.

Pero, además, la tutela del derecho a no ser discriminado por razones antisindicales, cuenta con una específica mecánica probatoria que determina el desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba. La inversión del *onus probandi*, en tales casos, permite sortear las dificultades que, en materia probatoria, traen aparejados los casos de discriminación arbitraria.

Sobre el particular tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (CIDH, "*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*", Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999).

Sobre las pautas expuestas, es deber de los Estados profundizar las medidas y perfeccionar los medios técnicos tendientes a garantizar la tutela efectiva de la libertad sindical, a cuyo fin tributa la labor de los trabajadores que a través de su actividad gremial expresan la reivindicación y defensa del interés colectivo.

II. La realidad latinoamericana

En Latinoamérica, una de las regiones con mayor desigualdad social del planeta, se advierte que la tutela a los representantes y activistas sindicales es, en muchos casos, escasa o nula, más allá de lo que puedan regular las legislaciones locales. En varios países la libertad y la vida de los dirigentes gremiales que no son afines al gobierno no vale nada, como ocurre en Colombia y en Guatemala, entre otros. En México se llegó al extremo de cerrar una empresa pública de energía, en la que había 44.000 trabajadores, para liquidar al sindicato que los nucleaba, uno de los más combativos del país. Y así podríamos seguir enumerando, país por país, las violaciones permanentes a la libertad

sindical, y la persecución y represión a los luchadores sociales, muchas veces con la complicidad del Poder Judicial mediante la criminalización de la protesta social.

Por ello es imprescindible que los gobiernos latinoamericanos asuman el público compromiso de proteger efectivamente a los representantes y activistas sindicales, de todo acto de represalia o discriminación. Solo así se alcanzará en la región la eliminación de todo tipo de violencia, y se comenzará a construir un orden social realmente justo y solidario.

20. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, QUE SIGNIFICA NO SÓLO LA PROHIBICIÓN DE RETROCESO SOCIAL, SINO EL COMPROMISO DE LOS ESTADOS DE ALCANZAR PROGRESIVAMENTE LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES.

EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD COMO PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD SOCIAL Y LA INDEMNIDAD DEL TRABAJADOR

Ricardo J. Cornaglia

El principio de progresividad corresponde a la idea de que el derecho del trabajo, reconociendo el estado de necesidad de amplios sectores de la clase trabajadora, cumple la función de rescate racional de la desposesión implícita en la relación de trabajo del orden económico capitalista. Relación de subordinación que legitima la apropiación por el empleador de esa fuerza de trabajo y las ganancias que genere, ajenizando al productor del trabajo de los riesgos que asume quién lo explota en su beneficio.

Este principio funciona como una válvula dentro del sistema, que impide retroceder, desactivando los derechos y las garantías sociales ya alcanzados.

Tiene por función la de impedir en el tiempo el retroceso a condiciones propias de períodos históricos que registran un mayor grado de desposesión legitimada.

Para cumplir la función protectoria, se expresa articuladamente con el principio de la irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa. Impone la necesaria aceptación de la regla de la aplicación inmediata de la ley laboral más favorable en el tiempo, a las situaciones y causas pendientes.

Esas reglas instrumentales se constituyen en el arsenal garantista del Estado Social de Derecho, cumpliendo con su objetivo diferenciador, motorizado por las características de movilidad paulatina, dinamismo y rescate de un estado de desposesión e hiposuficiencia, consagradas como las operativas reales del principio protectorio.

Alcanza el llamado principio de progresividad a la categoría de tal en los Estados Sociales de Derecho, por cuanto impregna a todo el sistema normativo laboral de sus notas características y excluyentes propias del garantismo. El sistema adquiere coherencia en función del principio. Las normas se deben al mismo y lo expresan, de lo contrario resultan asistémicas e irrazonables.

De ello se desprende la fuerza vinculante del principio, que llega ser tal, no como una regla de interpretación (que también lo es), sino como una fuente material normativa.

La consecuencia sistémica de la existencia de estas notas características en las regulaciones laborales y económicas, que se producen por vía de las distintas fuentes (estatales y no estatales), determina la vigencia de un orden público laboral o de su opuesto, un orden público económico.

El principio de progresividad se afirma en valores constantes en el tiempo y relativos en el espacio social. Y se lo mide a partir de los poderes que legitima.

Es constante: por cuanto hasta tanto no se logre el objetivo procurado, no puede ser dejado de lado.

Es relativo: por cuanto sólo refiere a uno de los sectores sociales. Aquel al cual protege.

Se mide por los poderes que regula, por cuanto espacio y tiempo cobran sentido, sólo en la racionalidad de los enfrentamientos de esos poderes.

Para el derecho del trabajo, el principio no existe en términos de un desarrollo progresivo de todos los sectores sociales, como fórmula general del progreso humano.

Es tan sólo un instrumento liberador a partir de la constatación alcanzada desde la toma de conciencia de la cuestión social por la humanidad.

Procura que el sector social desposeído, alcance los instrumentos necesarios para liberarse de la desposesión que sufre, y por lo tanto, puede ser aplicado en épocas de progreso o regresión social, en la medida en que el estado de desposesión exista. De hecho, en términos de crisis y regresión, su razón de ser (su racionalidad intrínseca), se afianza. A mayor crisis económica y social, mayor necesidad solidaria de proteger contra los efectos expoliadores de una brecha social existente, que tiene su razón de ser en un proceso de apropiación de los poderes de los más por los menos.

En una época propia de una sociedad y Estado afirmados en el progreso, el ingreso y los poderes legitimados de todos crecen, pero no por igual. En ella, la desposesión se disimula y sus efectos se atenúan por el crecimiento general. Hay una feliz cordialidad generalizada. Pero en una sociedad y Estado declinantes y regresivos, es antifuncional transferir la crisis a los desposeídos, afirmando la necesidad de que éstos la resuelvan ahondando la brecha social natural. La sobrevivencia no se consigue por la miserabilidad extorsiva. Y los poderes legitimados de los trabajadores se miden en el tiempo, siendo el principio de progresividad el vallado que no ahonda las diferencias implícitas en la desposesión reconocida.

Cuando al principio de progresividad se lo relaciona con la evolución de la técnica en la humanidad, se lo está enfocando desde la concepción puramente económica, y a partir de una conciencia creada, que refiere al hombre con respecto a un plano cultural. El propio del capitalismo avanzado.

Aquí, progreso es bien común a partir de la generación de bienes de consumo, desde la apropiación del trabajo y por los capitalistas. Y esto no es suficiente para explicar la historia del hombre. Ni sirve para crear una regla fundante de corte universal a la que tenga que someterse.

Si no se quiere anclar al derecho (y en particular el del trabajo), en los estrechos límites de la cultura del capitalismo, como si ésta fuera la única posible, esto no puede hacerse, por cuanto de hacerlo, se genera una contradicción en sí misma. El principio estalla por inútil. Sirve al progresismo de la explotación.

Del principio de progresividad del que podemos hablar en términos de una revolución democrática, es el de la liberación del hombre a partir del trabajo.

Busquemos por lo tanto, los límites del principio de progresividad, en su relación con el progreso del hombre en la conquista del conocimiento. Y hagámoslo a partir del trabajo, ya que al conocimiento sólo se llega por el trabajo. No porque se haga relativo el progreso del hombre en el consumo de los alimentos, sino porque la satisfacción de una necesidad, ineluctablemente lleva a la creación de otras necesidades. Y la regla fundante de un sistema de normas, tiene que tener valor universal y desmedidas pretensiones de atemporalidad.