

Derecho del Trabajo

Homenaje al profesor Manuel Carlos Palomeque López

Memorias y comunicaciones del
11° Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de Universitas Fundación celebrado virtualmente
el 18, 19 y 20 de junio 2020

24/2020

Extraordinaria

Issn: 1856 - 3449

Depósito legal: p.p. 200502LA2077

Revista Derecho del Trabajo

Número 24 (Extraordinario) 2020



Fundación «Universitas»
Consejo Académico
Barquisimeto - Estado Lara - Venezuela



Fundación «Universitas» de Estudios Jurídicos
División de Investigaciones

Revista Derecho del Trabajo

Revista arbitrada, indizada e internacional sobre temas laborales

Director General:

Oscar Hernández Álvarez

Director-editor:

Iván Mirabal Rendón

Secretario:

Héctor Hernández Álvarez

Consejo Superior de Redacción:

Emilio Urbina Mendoza

Jairo García Méndez

Irma Bontes

Domingo Salgado Rodríguez

Susana Elchaer Chair

Julio Alejandro Pérez Graterol

Mario Castillo Serrano

Consejo Científico Consultivo:

Arturo Bronstein

Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo

Alfredo Montoya Melgar

Universidad Complutense de Madrid

Manuel Carlos Palomeque

Universidad de Salamanca

Wilfredo Sanguinetti

Universidad de Salamanca

María José Nevado

Universidad de Salamanca

César Carballo Mena

Universidad Católica Andrés Bello

Napoleón Goizueta

Universidad de Carabobo

Héctor Jaime Martínez

Universidad Católica del Táchira

Freddy Caridad Mosquera

Universidad Católica Andrés Bello

Manuel Díaz Mujica

Universidad Católica Andrés Bello

Ramón Escovar León

Universidad Central de Venezuela

Guido Urdaneta

Universidad Rafael Urdaneta

Carlos De Buen

Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Luis Eduardo Díaz

Universidad del Zulia

Nuevas tecnologías y trabajo en tiempos de pandemia: posibles respuestas desde el Derecho del Trabajo

Felipe GOMES DA SILVA VASCONCELLOS

Profesor de Derecho Colectivo del Trabajo en el programa de Posgrados Internacionales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sao Paulo

Axel GOTTSCHALK CASTRO

Fundador de la Defensoría Popular de las y los Trabajadores en Chile. Coordinador Ejecutivo del Diplomado de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales en la Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

SUMARIO

Introducción. 1. Las nuevas tecnologías. 1.1. ¿El fin del trabajo? 1.2. La crisis existencial del Derecho del Trabajo. 2. Trabajos por plataformas digitales, teletrabajo y pandemia. 3. Posibles respuestas. Conclusión.

Resumen

El artículo pretende discutir la intersección entre las nuevas tecnologías, el trabajo y el Derecho del Trabajo, y sus impactos para la protección de las y los trabajadores en el contexto de la pandemia. A partir de la revisión de fuentes secundarias, la investigación reconstruye el debate sobre el futuro del trabajo, apuntando al impacto de las transformaciones en el proceso productivo también en la legislación laboral. Finalmente, ante el escenario pandémico actual, que impulsa la precariedad laboral a través de plataformas digitales y el teletrabajo, presentamos posibilidades de respuestas desde la legislación laboral.

Palabras claves: futuro del trabajo, trabajo por plataformas digitales, teletrabajo, nuevas tecnologías, pandemia.

Abstract

The article aims to discuss the intersection between new technologies, work and labor law, and their impacts on the protection of workers in the context of the pandemic. From the review of secondary sources, the research reconstructs the debate about the future of work, pointing to the impact of changes in the productive process also on labor law. Finally, in the face of the current pandemic scenario, which drives job insecurity through digital platforms and teleworking, we present possibilities for answers from the perspective of the labor law.

Key words: future of work, digital platforms workers, telework, new technologies, pandemic.

INTRODUCCIÓN

La pandemia mundial generada por el contagio masivo del Covid-19 ha producido, a escala global, una crisis no solo sanitaria, sino que económica, política y social. Una crisis que se desarrolla, a su vez, sobre el proceso de crisis más profundo y general de las instituciones y las democracias que el mundo ya venía experimentando, destacándose la crisis económica del 2008, el ascenso de gobiernos populistas en diversos países del mundo junto con el retorno de sectores nacionalistas y neofascistas, además de masivas manifestaciones y revueltas sociales, solo por mencionar las expresiones más visibles de dicha crisis.

El Derecho del Trabajo no ha escapado a dicha crisis general de las instituciones y se encuentra viviendo una verdadera crisis existencial y que es consecuencia de los profundos procesos de cambio sufridos por el trabajo, su objeto de estudio y de regulación, en las últimas décadas¹. En ese sentido, los caminos del Derecho del Trabajo son indisolubles del proceso de desarrollo tecnológico. Las tecnologías, a su vez, no son un proceso inexorable del cual estemos apartados, sin ningún poder de intervención. Así, se vuelve relevante reflexionar, en el contexto de la pandemia, respecto del repertorio tecnológico y las posibilidades de protección de los derechos de las y los trabajadores para posteriormente pensar en posibles respuestas.

En la primera sección de este artículo abordaremos el tema de las nuevas tecnologías y el trabajo, debatiendo en la primera subsección el futuro del trabajo y, en la segunda subsección, el futuro del Derecho del Trabajo. En la segunda sección debatiremos el impacto de las tecnologías en el contexto de la pandemia del nuevo coronavirus el trabajo por plataformas digitales y el teletrabajo. Por fin, en la tercera sección trataremos las posibles respuestas en ese escenario desde el punto de vista del Derecho del Trabajo.

1. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

El tema de las nuevas tecnologías y su impacto en las relaciones laborales puede analizarse desde al menos dos dimensiones. Una primera dimensión remonta a un largo debate sobre la posibilidad de que las nuevas tecnologías reemplacen o prescindan del trabajo vivo o, al menos, que el trabajo ya no sea central en el contexto de las relaciones sociales². Aún en este contexto, hay

¹ Como bien señala Ugarte: "La revolución desde los setenta puede ser calificada de copernicana: del efecto centrípeto del Derecho del Trabajo, y su conocida tendencia expansiva, que llevó a la doctrina a hablar sin temor del imperialismo de la norma laboral, por su insaciable actitud de incorporar nuevas zonas de trabajo a su regulación tutela imperativa e inderogable por las partes, drásticamente se pasó a una agresiva reducción de su radio de acción, produciéndose un adelgazamiento de tal intensidad que no hubo pocos que pronosticaron su pronta desaparición". UGARTE, José Luis: *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial Universitaria, 2004, pp.13.

² El debate sobre el fin del trabajo o el fin de la centralidad del trabajo fue abordado con precisión por Ricardo Antunes, en *Adeus ao trabalho? En resumen*, el autor intenta contestar o indicar el camino para los siguientes cuestionamientos: "La clase obrera está desapareciendo? (Gorz, 1982 y 1990) La retracción de los obreros industriales estables, en los países avanzados produce inevitablemente la pérdida de referencia y de relevancia de *la clase que vive del trabajo*? La categoría *trabajo* no es más dotada de estatuto de *centralidad*, para la comprensión de la actividad humana, de la *praxis* humana, en esta fase del capitalismo? (Offe 1989; Habermas, 1987). La dicha crisis de la 'sociedad del trabajo' debe de ser

discusiones que buscan evaluar hasta qué punto el desarrollo tecnológico creará nuevas oportunidades de empleo, generando un “aumento neto de empleos”³, o ampliará la masa de desempleados⁴.

Una segunda dimensión se refiere al impacto que estas nuevas tecnologías, ya aplicadas en gran escala, están teniendo en las relaciones laborales existentes y el Derecho del Trabajo. El debate aquí es menos sobre cuánto estas nuevas tecnologías reemplazarán a la fuerza laboral viva y más sobre cómo han impactado el entorno laboral de aquellos que siguen trabajando, especialmente desde el punto de vista de la protección y los derechos sociales. En este sentido, cabe destacar el impacto de las plataformas digitales y el teletrabajo en el curso de las relaciones laborales.

En primer lugar, por tanto, debatiremos las nuevas tecnologías y el futuro del trabajo, para, en un segundo momento, abordar el impacto de las nuevas tecnologías ya aplicadas a gran escala en el ámbito de las relaciones laborales y sus repercusiones en el Derecho del Trabajo.

1.1. ¿EL FIN DEL TRABAJO?

Se sabe que durante muchos años el desarrollo de nuevas tecnologías como la robótica, la microelectrónica o la inteligencia artificial ha despertado una fascinación real en las personas y, a menudo, es objeto de distopías siniestras. Una portada de la revista *The New Yorker*, publicada en octubre de 2017⁵, ilustra este impacto subjetivo. En ella, una calle es tomada por robots que realizan tareas que normalmente realizan los seres humanos. Un robot, por ejemplo, pasea con su perro robot, mientras que otro pasea distraídamente jugando con su teléfono celular. Otro lleva una bolsa de trabajo con él y le da plata al único humano en la imagen, que está en situación de calle con su perro-animado.

Esta imagen impregna la imaginación de muchas personas, no solo en el campo de la literatura y las artes, sino también en las ciencias sociales. A pesar del escenario distópico a menudo presentado, las consecuencias de las nuevas tecnologías para el empleo tienen impactos concretos no solo en la objetividad

comprendida como el fin de la posibilidad de la *revolución del trabajo*? (Kurz, 1992). El *trabajo* no es más, para citar Lukács, *protoforma* de la actividad de los seres sociales o, para recordar Marx, necesidad natural y eterna de hacer efectivo el intercambio material entre el hombre y la naturaleza? (Lukács, 1981; Marx 1971, p. 50)” traducción libre del portugués ANTUNES, Ricardo: *Adeus ao trabalho?* ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 16. Ed. São Paulo, Cortez, 2015, p. 56.

³ “Technological change drives long-term economic growth and improved standards of living. It is however a process of ‘creative destruction’. New technologies destroy jobs in some industries, especially among the low-skilled, while creating jobs, which are often in different industries and require different skills. Historically, this process has led to net job creation, as new industries replace old ones and the skills of workers adapt to changing and expanding demand”. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. *The OECD jobs strategy. Technology, productivity and Job Creation: Best Policy Practices*. 1998 Edition, p. 13. Disponível em: DOI: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264163416-en>. Acesso em: 24 de maio de 2020.

⁴ Cf. MARX, Karl: *O Capital: crítica da economia política*: livro 1: o processo de produção do capital.

⁵ La ilustración y reflexión fue propuesta por Renan Kalil en su tesis de doctorado in KALIL, Renan Bernardi: *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos / Renan Bernardi Kalil; orientador Otavio Pinto e Silva (Tese de Doutorado, Univerisidade de São Paulo)*. São Paulo, 2019. Cf. THE NEW YORKER. R. Kikuo Johnson’s “Tech Support”. 23 out. 2017. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/culture/cover-story/cover-story-2017-10-23>>.

de las relaciones laborales, sino también en la subjetividad, entre otras cosas, a través de una sutil ideología del determinismo tecnológico al que difícilmente podemos intervenir.

De hecho, la futurología de la desaparición de la clase trabajadora, o el presagio del fin de la centralidad del trabajo en nuestras vidas, que apuntan a sociedades posindustriales, o incluso pos capitalistas, lo que hacen, de hecho, es reproducir una ideología que busca reducir o negar el papel de la clase trabajadora como sujeto político de transformación social. En efecto, si no habrá más clase trabajadora, o si el trabajo ya no es central en nuestras vidas, no tendría sentido creer que los trabajadores podrían cambiar la dirección de nuestra sociedad.

En el contexto de estas reflexiones, es necesario retomar algunas de las tesis presentadas por Ricardo Antunes, en *Adeus ao Trabalho?*, además de aportar algunos datos relevantes para ilustrar el debate. Básicamente, según el autor, lo que existe es una reconfiguración o metamorfosis en las relaciones laborales, en la *forma de ser* de la clase trabajadora, con una considerable expansión del trabajo precario, a tiempo parcial, subcontratado, informal y de las mujeres. En otras palabras, en lugar de desaparecer, lo que sucede es un aumento en la precariedad del trabajo.

En este sentido, Antunes señala la necesidad de comprender a la clase trabajadora, como un sujeto político de transformación social que es, como la *clase que vive del trabajo*, una nomenclatura más cercana a la nueva configuración del trabajo o, como él mismo lo nombra, la nueva morfología del trabajo que, como se puede ver, va mucho más allá del trabajo manual o industrial.

De hecho, según los datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la fuerza laboral global en 2019 llegó a 3,46 mil millones de personas, mientras que en 1990 era de 2,32 mil millones. Es decir, un aumento de alrededor del 49% en el número total de la fuerza laboral global⁶. El problema, por lo tanto, no es la desaparición de la clase trabajadora, sino el aumento del trabajo precario o informal, sin acceso a los derechos laborales o la protección social⁷.

Cabe destacar, sin embargo, que el aumento de la fuerza laboral mundial no significa una disminución del desempleo, lo que nos lleva a una contradicción importante de la sociedad contemporánea, es decir, aunque las nuevas tecnologías han aumentado la productividad laboral, por lo que es posible producir más o lo mismo, con menos tiempo de trabajo, esto no resulta proporcional a menos horas de trabajo y mayor tiempo libre. De hecho, según el economista argentino Esteban Mercatante, tomando el ejemplo de los Estados Unidos, es posible verificar que en ese país:

“(...) la productividad se duplicó entre 1979 y 2016 según el U.S. Bureau of Labor Statistics (y se triplicó desde 1957). Sin embargo, si al comienzo de este período las horas trabajadas a la semana en la ocupación principal en los

⁶ International Labour Organization, ILOSTAT database.

⁷ Se estima que el 61% de la población activa ocupada se encuentra en la economía informal, lo que no significa que sean empresarios, sino en su mayoría personas cuya única fuente de sustento es la economía informal y que permanecen en esta situación por la ausencia de empleos formales.

EE. UU. eran de 37,8, en 2016 fueron de 38,6. Se trabaja más, y no menos, que hace 40 años⁸.

De hecho, idealmente, era de esperar que, si las nuevas tecnologías permitieran producir más en menos tiempo, la jornada laboral podría reducirse en todo el mundo y, por lo tanto, emplear a más personas en el mercado laboral formal. Sin embargo, lo que se observa son personas que trabajan en jornadas extenuantes, en algunos casos mueren por trabajar tanto, mientras que otros mueren de hambre porque no pueden encontrar trabajo.

Sin embargo, en lugar de señalar el fin del trabajo, el ejército de desempleados estructurales y “desalentados”, que son quienes han dejado de buscar trabajo, expresan una presión cada vez más fuerte hacia quienes trabajan, para reducir sus derechos y logros sociales, incluso porque imponen la constante amenaza del desempleo y de la precariedad.

En esta misma línea, el sociólogo Ricardo Antunes, quien toma como referencia teórica los trabajos de Karl Marx e Istvan Meszáros, plantea que la idea del fin del trabajo no puede operacionalizarse dentro del modo de producción capitalista, porque la valorización del capital se produce a través de la explotación del trabajo vivo, la plusvalía, es decir, por la interacción entre el trabajo vivo (capital variable, fuerza laboral) y el trabajo muerto (capital fijo, maquinaria, tecnología).

Por lo tanto, cuanto más explotada esté la fuerza laboral, ya sea a través de más horas de trabajo durante el día, o mediante tecnología productiva que garantice una mayor cantidad de producción de bienes en el mismo marco de tiempo de la jornada laboral respectiva, mejor para la acumulación de capital y para el sistema productor de mercancías.

Esta relación lleva a otra contradicción fundamental, pues los trabajadores resisten en las calles, en los sindicatos, en el parlamento o en huelgas, por lo que, si el capital pudiera prescindir del trabajo vivo en su proceso de valorización evitando así todas las contradicciones y resistencias que resultan de dicha relación, no lo pensaría dos veces. Sin embargo, esta sociabilidad es un dato objetivo de la dinámica de las relaciones sociales en el capitalismo y la crisis económica de 2008 mostró cuánto la valorización de los papeles sin respaldo en el trabajo vivo tiene un límite muy claro en su valoración.

En otro sentido, Antunes afirma que los autores que proponen el fin del trabajo no tienen en cuenta, para la comprensión de la crisis actual, la diferencia entre el trabajo concreto y el trabajo abstracto señalada por Marx. De hecho, el trabajo puede entenderse a través de dos dimensiones. La primera es su dimensión concreta y útil, que expresa nuestra relación como seres humanos con la naturaleza, manifestada en el acto de transformar la naturaleza para satisfacer una necesidad específica. De esta manera, el que produce una casa está produciendo algo útil para que las personas puedan tener un lugar donde vivir y que con ello no sean vulnerables en la calle, por ejemplo.

⁸ MERCATANTE, Esteban: “Trabajar 6 horas, ¿una utopía?”. Ideas & Debates. Número 37, mayo 2017.

Sin embargo, en el capitalismo hay otra dimensión del trabajo, que es el trabajo abstracto, considerado no en su calidad, sino respecto de la cantidad de trabajo indiferenciado que produce valor de cambio para el mercado. En esa medida, no importa la utilidad desde el punto de vista de las necesidades humanas concretas, sino la capacidad que este trabajo tiene para servir a la producción de bienes que puedan intercambiarse en el mercado por dinero y así llevar a cabo la acumulación de capital. En las palabras de Karl Marx:

Todo trabajo es, por un lado, gasto de fuerza humana de trabajo, en el sentido fisiológico, y en esa calidad de trabajo humano igual o abstracto, crea el valor de las mercancías. Todo trabajo es, por otro lado, gasto de fuerza humana de trabajo, bajo una forma especial y encaminada a un fin y como tal, como trabajo concreto y útil, produce valores de uso (Marx, 2000a:13).

Entonces, debemos preguntarnos: ¿las nuevas tecnologías apuntan a una crisis de trabajo concreto o abstracto? Si nos referimos a una crisis de trabajo concreto, esto significa que ignoramos el trabajo como la “génesis del ser social”⁹, como la forma más elemental de relación entre nosotros y la naturaleza en busca de satisfacer nuestras necesidades concretas. Entendiendo el trabajo desde esta dimensión concreta, está claro que solo dejará de existir, en palabras de Robert Kurz, “en ideas ingenuas del paraíso y en el cuento del país de las maravillas”¹⁰.

Lo que sucede, de hecho, es que el declive del trabajo industrial concreto no significa el fin del trabajo concreto en el mundo, sino más bien su reconfiguración, más precaria y con menos derechos.

Ahora, si nos referimos a una crisis de trabajo abstracto, es necesario diferenciar, aún, dos perspectivas. La primera, sobre si esta crisis significa que nos dirigimos hacia una sociedad en la que el trabajo vivo ya no será el objeto de producción de más valor, de valores de cambio, de mercancías, lo que, una vez más, apunta a una sociedad pos capitalista, que no nos parece el caso. Y la segunda, acerca de si esta crisis se refiere a una crisis en el sistema productor de mercancías, que no realiza o valora el trabajo como una actividad humana útil para el desarrollo de sus capacidades.

Es desde esta segunda perspectiva que podemos hablar de una crisis en la sociedad del trabajo abstracto, no en el sentido de que el trabajo ya no será relevante para la producción de mercancías, porque, incluso si disminuye su proporción en relación al capital fijo, seguirá siendo esencial para la producción de más valor, sino más bien como una crisis del trabajo fetichizado y extraño, que no lleva a cabo una actividad humana concreta y, por lo tanto, es perjudicial para el ser social.

⁹ Lukács *apud* ANTUNES, Ricardo: op. cit.

¹⁰ “La sociedad del trabajo como concepto ontológico sería una tautología, porque, en la historia pasada, la vida social, cualquiera que sea su forma modificada, sólo puede ser una vida que incluya el trabajo. Sólo las ingenuas ideas del paraíso y el cuento del país de las maravillas soñaron con una sociedad sin trabajo”, *apud* ANTUNES, Ricardo, op. cit.

Por lo tanto, la crisis del trabajo no es una crisis derivada del desarrollo de nuevas tecnologías en sí misma, como si éstas fueran un elemento exógeno del proceso de desarrollo social. Por el contrario, las nuevas tecnologías se insertan en el contexto de una sociedad en crisis, que ignora y, de cierta manera, niega el trabajo, al mismo tiempo que no puede prescindir de él y, por lo tanto, llevará la supervivencia del trabajo al límite.

Sin embargo, la crisis del trabajo abstracto que tiene como producto la súper-explotación de la fuerza de trabajo tiene expresión también en el derecho del trabajo, llevando a lo que nombramos crisis existencial del Derecho del Trabajo, conforme abordaremos a continuación.

1.2. LA CRISIS EXISTENCIAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

El derecho laboral se debate entre quienes proclaman su muerte definitiva o su plena irrelevancia, y entre quienes intentan darle un nuevo sentido en el marco de los tiempos que vivimos. Dicho problema, sobre el futuro existencial del Derecho del Trabajo, está fuertemente vinculado a la histórica indefinición en cuanto a sus fines. Es decir, si el Derecho del Trabajo es simplemente un costo de producción, y debe ser eliminado¹¹, o si, existiendo, sirve (i) como un disfraz discreto de la explotación¹², cumpliendo su función política de defender al sistema capitalista¹³, (ii) a la valorización de la fuerza de trabajo y democratización de las empresas¹⁴, o (iii) a la construcción de una sociedad más justa en dirección a un nuevo orden social¹⁵.

Sin embargo, y en medio de dicha crisis existencial, existe todavía un elemento base que da sentido a la disciplina del Derecho del Trabajo y que es pleno consenso a nivel de la doctrina hasta el día de hoy: **la idea de la protección**. En palabras de Ugarte,

¹¹ Los economistas de la Escuela de Chicago Friedman, Stigler, Lewis y Becker, "estiman que el mercado de trabajo funciona en forma perfecta y que, por tanto, no son necesarias regulaciones y menos negociación colectiva". In GAMONAL, Sergio: *Derecho laboral, economía y pseudociencia*. Derecho y Crítica Social. Número 3(1), 2017.

¹² Vemos la flagrante contradicción que existe entre la ideología de la sociedad burguesa y su realidad. La libertad e igualdad de derecho de los contratantes se muestra como el simple disfraz ideológico de la violencia brutal y descarnada que posee la relación de dominio en la que, bajo la vigencia ilimitada del principio de "contrato libre de trabajo", cae inevitablemente el trabajador, apenas ha cruzado la puerta de la fábrica". KORSCH, Karl: *Lucha de clases y Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel, 1980, p. 16.

¹³ Es posible afirmar que la función política del Derecho del Trabajo tiene un marcado carácter defensivo, buscando integrar el conflicto social inherente y propio del sistema capitalista, respondiendo a una necesidad exógena del sistema productivo en su conjunto como es hacer frente al riesgo político de su alteración o sustitución, lo que le da a dicha función un evidente carácter permanente. UGARTE, José Luis: *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial Universitaria, 2004, p. 29.

¹⁴ La finalidad central del Derecho del Trabajo es la interdicción de la arbitrariedad del poder empresarial en las relaciones laborales. Fin necesario para asegurar un espacio de libertad exento de dominación. UGARTE, José Luis: *Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica*. Santiago: Legal Publishing, 2014, p. 79.

¹⁵ Lo cierto es que la clase trabajadora no se movió dentro del orden jurídico estatal, sino en contra de él, en la única gesta heroica del siglo pasado, lo que quiere decir que fue una lucha por un derecho nuevo, por lo que hoy denominamos derecho colectivo del trabajo, por lo tanto, un ordenamiento que no existía al iniciarse la lucha, sino que fue su creación, el reconocimiento de un poder social que no sería un poder estatal, por el contrario, la legitimación de un poder que habría de combatir por un derecho justo para sus miembros y por transformar en el mañana el orden social, económico y jurídico de los pueblos". DE LA CUEVA, Mario: *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo II. México D.F.: Editorial Porrúa, 2008, p. 213.

“Como es fácil advertir, todos los manuales y libros iniciales de esta disciplina dicen algo sobre el medio –proteger al trabajador–, pero callan sobre el fin. Y es que la protección del trabajador es una finalidad simplemente instrumental, que necesariamente está al servicio de un fin que va más allá de esta propia protección”¹⁶.

Así, más allá de no existir claridad respecto a los fines de dicha protección, la necesidad de resguardo de la parte más débil de la relación laboral, y a nivel más general, de protección del trabajo frente al capital, es una idea sostenida casi universalmente y que explica la supervivencia del Derecho del Trabajo¹⁷. La idea de protección se mantiene vinculada a otra noción básica y que de acuerdo con los planteamientos de Supiot, está en el origen mismo de la disciplina: **la idea de seguridad**. Como señala el propio autor,

“A] partir de la idea de seguridad física de la persona (la seguridad en el trabajo), se extiende a su seguridad económica (la seguridad por medio del trabajo), y después al respeto de su identidad, primero su identidad por medio del trabajo, y más tarde su identidad en el trabajo”¹⁸.

El problema es que dicha función protectora que fundó al Derecho del Trabajo y que se constituye en el elemento que hoy le da sentido, ha pasado a ser cada vez más una declaración de la dogmática y cada vez menos una realidad. Y ello tiene una explicación clara: el modelo económico neoliberal ha transformado el trabajo, el proceso productivo y con ello, el objeto de regulación del derecho laboral.

De hecho, el modelo de organización del trabajo derivado del proceso productivo fordista-taylorista, que requería trabajos estables, a tiempo completo, lo que se expresaba en un Derecho del Trabajo de instituciones como el contrato indefinido a jornada completa con su respectiva correlación en organización sindicales en el marco de dicha organización del trabajo, ha mutado. En palabras del italiano Ferrajoli,

“El cuarto efecto de la globalización sin reglas es la explotación ilimitada del trabajo, consiguiente a su desvalorización de conjunto a escala mundial, como condición de la actual acumulación capitalista ilimitada. El principal instrumento de esta desvalorización es el trabajo desprotegido en el Sur del mundo, que atrae las inversiones, y el trabajo precario y a menudo clandestino de los inmigrantes”¹⁹.

¹⁶ UGARTE, José Luis: *Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica*. Santiago: Legal Publishing, 2014, p. 50.

¹⁷ Dicho de otro modo, si aún tenemos Derecho del Trabajo, es debido a la convicción casi unánime en las democracias modernas de que una condición para la existencia de las mismas es que exista una normativa que proteja a los trabajadores frente al poder de las empresas. Dicha convicción ha sido positivada a nivel internacional y nacional, al punto de elevarla a la máxima jerarquía de los ordenamientos internacionales: la de derechos fundamentales.

¹⁸ SUPIOT, Alain: *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1994, pp. 89 y 90.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 519.

Esto tiene, además, como consecuencia directa la perversa competencia internacional de diversos países por flexibilizar la normativa laboral para atraer la inversión de las industrias y empresas, y así ha sido señalado por Hobsbawm en términos de que *“Cuando no desaparecían, las industrias tradicionales se iban de los viejos países industrializados a otros nuevos”*²⁰.

Esta competencia para atraer capitales extranjeros se realiza por los países “en desarrollo” fundamentalmente a partir de la limitación generalizada de los derechos individuales y colectivos de sus trabajadores y trabajadoras, o, en otras palabras, ofreciendo mano de obra barata para las empresas transnacionales al costo de generalizar el trabajo precario para los trabajadores nacionales. Ello se da, además, en un contexto de debilidad del sindicalismo, de manera que *“el declive del sindicalismo, debilitado tanto por la depresión económica como por la hostilidad de los gobiernos neoliberales, aceleró este proceso, puesto que una de las funciones que más cuidaba era precisamente la protección del empleo”*²¹.

Dicho proceso, tiene a su vez efectos en los países desarrollados de occidente. Al respecto, bien señala el constitucionalista italiano Ferrajoli que,

*“En suma, las conquistas de los trabajadores en los países occidentales están siendo agredidas por dos procesos que son las dos caras de la misma moneda. De un lado, la transferencia de las producciones a los países en los que aquéllas están totalmente ausentes y, por ello, es posible la máxima explotación del trabajo; del otro, como reflejo, la reducción de los salarios, las garantías jurídicas y la tutela sindical en nuestros propios países”*²².

A esto debe sumarse, como cuestión del todo relevante para el presente trabajo, el proceso constante y que perdura hasta la actualidad, de incesante desarrollo tecnológico que aumenta el proceso de desvalorización del valor de la fuerza de trabajo en el proceso productivo. Como señala Hobsbawm,

*“Pero incluso los países preindustriales o de industrialización incipiente estaban gobernados por la implacable lógica de la mecanización, que más pronto o más tarde haría que incluso el trabajador más barato costase más caro que una máquina capaz de hacer su trabajo, y por la lógica, igualmente implacable, de la competencia del libre comercio mundial. (...) Cuanto más avanzada es la tecnología, más caro resulta el componente humano de la producción comparado con el mecánico”*²³.

²⁰ HOBBSAWM, Eric: *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires: Critica, 1998, p. 305.

²¹ *Ibid.*, p. 414.

²² FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 519.

²³ HOBBSAWM, Eric: *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires: Critica, 1998, p.305.

²³ *Ibid.*, p. 414.XX, pp. 413 y 414.

En el mismo sentido opina Ferrajoli,

“En fin, la reducción del empleo, la precarización del trabajo, el descenso de los salarios, las restricciones de derechos y garantías de los trabajadores y de la tutela sindical, resultan ulteriormente acentuados por el desarrollo tecnológico de la producción, que, gracias a la automatización y a la informática, reduce drásticamente el valor del trabajo, sobre todo del peor cualificado”²⁴.

Esta situación genera, además, una división en el seno de las organizaciones sindicales de la clase trabajadora en la medida en que los trabajadores mejor calificados –y mejor pagados– pudieron adaptarse y sobrellevar mejor este proceso incluso valorizando aún más su fuerza de trabajo, en contraste con los trabajadores más precarizados que, o vieron disminuidos sus salarios, o simplemente perdieron sus empleos. Como indica Hobsbawm:

“Los situados en los niveles superiores de la clase obrera –la mano de obra cualificada y empleada en tareas de supervisión– se ajustaron más fácilmente a la era moderna de la producción de alta tecnología, y su posición era tal, que en realidad podían beneficiarse del mercado libre, aun cuando sus hermanos menos favorecidos perdiesen terreno”²⁵.

Sin embargo, no solo se desvalorizó el valor de la fuerza de trabajo expresado en el valor de los salarios, sino que, además, mucha gente simplemente perdió sus empleos, pasando de la idea del sueño keynesiano del pleno empleo, a la de un desempleo estructural propio del periodo neoliberal. El mismo autor indica:

“La tragedia histórica de las décadas de crisis consistió en que la producción prescindía de los seres humanos a una velocidad superior a aquella en que la economía de mercado creaba nuevos puestos de trabajo para ellos. Además, este proceso fue acelerado por la competencia mundial, por las dificultades financieras de los gobiernos, que directa o indirectamente, eran los mayores contratistas de trabajo, así como, después de 1980, por la teología imperante de libre mercado, que presionaba para que se transfiriese el empleo a formas maximizadoras del beneficio, en especial a las privadas, que, por definición, no tomaban en cuenta otro interés que el suyo en términos estrictamente pecuniarios. (...) La combinación de depresión y de una economía reestructurada en bloque para expulsar el trabajo humano creó una sorda tensión que impregnó la política de las décadas de crisis”²⁶.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 519.

²⁵ HOBBSAWM, Eric: *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires: Critica, 1998, p.305.

²⁶ *Ibid.*, p. 414 y 415.

Estos procesos significaron además una desfiguración del proletario y sus organizaciones, que habían sido la fuerza principal en la creación y desarrollo del Estado Social de Derecho. Hobsbawm lo sintetiza de buena manera al indicar que,

“En resumen, mientras que, en la época de formación de los movimientos y partidos obreros clásicos, todos los sectores obreros (a no ser que los separasen barreras nacionales o religiosas excepcionalmente insuperables) podían asumir que las mismas políticas, estrategias y reformas institucionales los beneficiarían a todos y a cada uno, más adelante la situación dejó de ser así. Al mismo tiempo, los cambios en la producción, el surgimiento de la <<sociedad de los dos tercios>> y la cambiante y cada vez más difusa frontera entre lo que era y no era trabajo <<manual>> difuminaron y disolvieron los contornos, hasta entonces nítidos, del <<proletariado>>”²⁷.

Es relevante explicar este proceso de transformaciones económicas y sociales dado que tiene un fuerte impacto sobre el Derecho del Trabajo, como revisaremos más adelante, en sentido de que *“La precariedad del trabajo está actuando, así como el principal factor de disolución del derecho del trabajo y, a la vez, de la subjetividad colectiva de los trabajadores, fragmentada por las miríadas de nuevas y distintas relaciones de trabajo”²⁸.*

Si durante buena parte del siglo XX el gran conflicto social giró en torno a la contradicción capital-trabajo y en cómo emparejar las condiciones sociales y de poder que había generado el dominio absoluto del derecho de propiedad, hacia fines de este siglo el foco de la discusión y de las políticas públicas se desplazó hacia el tema del empleo. La cesantía estructural llevó a una presión sobre los gobiernos para que el tema central fuera, desde una óptica casi puramente cuantitativa, la problemática en torno a los porcentajes de empleo y desempleo que se generaban. Ello llevó a que el problema del trabajo fuera desplazado a un lugar apenas secundario, llevando al Derecho del Trabajo a una profunda crisis.

Este fenómeno explica, a su vez, el cambio del concepto de seguridad en las sociedades contemporáneas. Si dicho concepto, como revisamos en las ideas de Supiot, estuvo presente en el nacimiento mismo del Derecho del Trabajo en orden a otorgar seguridad en el trabajo, primero física, luego económica e inclusive seguridad social general a partir de la Constitución y los derechos sociales, dicho concepto tiene hoy otro significado de carácter policial, como bien explica Ferrajoli,

“Hay un segundo mensaje, todavía más regresivo, que es el que transmiten las campañas de inseguridad. Está orientado

²⁷ Con la sociedad de los dos tercios, Hobsbawm se refiere al tercio denominado como subclase, que pasa a estar por fuera de aquellos sectores de la sociedad que se desenvuelven en torno al trabajo, y que están por fuera de esta estructura, lo que los vuelve dependientes para subsistir de la ayuda del Estado y de la economía informal. HOBBSAWM, Eric: *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires: Critica, 1998, p.312.

²⁸ *Ibid.*, p. 242.

a hacer cambiar en el sentido común el significado mismo de la palabra «seguridad», que, en el léxico político ya no quiere decir «seguridad social», es decir, garantía de los derechos sociales y por eso seguridad del trabajo, la salud, la previsión social y la supervivencia, y menos aún seguridad de las libertades individuales frente a las arbitrariedades policiales, sino tan sólo «seguridad pública», entendida sub especie de orden público de policía y como exasperación punitiva y no del modo que corresponde a un estado de derecho, tanto liberal como social»²⁹.

Tal fenómeno es consecuencia directa del ataque a la esfera pública y sus garantías, proceso que generó una evidente inseguridad en la población, sensación que busca ser resuelta poniendo el foco en los sectores marginados de la sociedad, *“Al haber sido agredida la seguridad social por las políticas de reducción del estado social y de desmantelamiento del derecho del trabajo, las campañas de seguridad sirven para satisfacer el sentimiento difuso de inseguridad social con su movilización contra el desviado y el diferente, preferiblemente de color o extracomunitario”³⁰.*

Con ello, el Derecho del Trabajo no puede cumplir su función más básica: la de proteger a las y los trabajadores. Y con ello, *“[e]stamos volviendo a las condiciones de trabajo del siglo XIX, que es a lo que apunta el proyecto neoliberal”³¹.*

La pandemia, como decíamos al inicio de este trabajo, le ha agregado a este proceso de crisis también del Derecho del Trabajo. De hecho, la crisis del trabajo abstracto es también la crisis del derecho que interviene en esa relación de explotación.

Todo este debate se ve agravado por la pandemia, especialmente cuando lo relacionamos con el repertorio tecnológico disponible y las posibilidades de transformar la realidad del trabajo.

2. TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES, TELETRABAJO Y PANDEMIA

Como mencionamos al inicio de este trabajo, el primer problema que debemos tener en cuenta es que el nuevo coronavirus expresa una crisis en una sociedad que ya está en crisis. Especialmente porque no nos es posible pensar que es normal una sociedad con casi 200 millones de desempleados, con 2 mil millones de personas que sobreviven en la economía informal y sin derechos, una brutal desigualdad social que lleva a 8 hombres a acumular la misma riqueza que 3.6 mil millones de personas combinadas³². Estos son síntomas de una sociedad en crisis.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p.361.

³⁰ Ibid., p. 362.

³¹ <<Entrevista a David Harvey>>, por Alexandra Prado Coelho, 26 de julio de 2016, en La Haine. Proyecto de desobediencia informativa, disponible en <https://lahaine.org/fA3R>

³² OXFAM INTERNATIONAL: Just 8 men own same wealth as half the world. 16 jan. 2017. Disponible em: <https://www.oxfam.org/en/press-releases/just-8-men-own-same-wealth-half-world>.

Y es en este contexto que viene el nuevo coronavirus, que el 11 de marzo de 2020, fue caracterizado como una pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS). En aquel momento, el mundo tenía 118.000 casos en 114 países y 4.291 muertes. El 28 de mayo de 2020, según un informe situacional emitido por la Organización Mundial de la Salud, el mundo ya tenía 5.593.631 casos y 353.334 muertes³³.

Hasta ahora, la pandemia ha obligado a varios países a imponer o recomendar medidas de confinamiento o cuarentena a la población, que actualmente llega a más de cuatro mil millones de personas en todo el mundo³⁴. En esta perspectiva, la pandemia expuso aun más las contradicciones de la sociedad, que nunca valoró socialmente el trabajo concreto, que se negó y aún hoy se niega a garantizar los derechos mínimos a los trabajadores por plataformas, pero que, al mismo tiempo, hoy los considera esenciales.

De hecho, los trabajadores por plataforma, especialmente aquellos que entregan alimentos, generalmente ni siquiera tienen un seguro de vida o de accidente laboral por la plataforma, control de la jornada, salarios mínimos y todo esto empeora a medida que continúan expuestos al riesgo y deben seguir trabajando. Algunos dirán que es porque no son empleados, son emprendedores. ¿Será esta nuestra respuesta como juristas? ¿Restringiremos nuestra comprensión a la reproducción de un horizonte limitado que no discute la protección de los derechos sociales, sino la protección de esta sociedad del trabajo abstracto para la cual todo es una mercancía, incluida la vida de estos trabajadores?

El trabajo de plataformas digitales, en este sentido, representa este avance de la sociedad productora de mercancías sobre el trabajo, intensificando la explotación de la fuerza laboral viva y permitiendo la acumulación de capital. ¿Y dónde está el capital en la relación de los trabajadores de Uber y la Plataforma, por ejemplo? ¿En el auto o en el software? Esta comprensión es fundamental para pensar las respuestas. Por nuestra parte, como juristas, hemos pasado años discutiendo si existe subordinación o no, si el automóvil puede ser visto como un medio de producción o no, a menudo sin asociar la respuesta a la realidad concreta de estos trabajadores, el arduo trabajo al que están sometidos, las enfermedades psicosociales y el contexto de la contradicción entre el capital y el trabajo donde están insertos.

De esta misma forma ha sucedido con el trabajo doméstico, remunerado o no. Así, en un estado brasileño, el servicio doméstico fue declarado un servicio esencial. Un trabajo que en Brasil, hasta 2015, no tenía los mismos derechos que otros trabajadores y que incluso después de la Enmienda Constitucional que igualaba la mayoría de los derechos, sigue no valorado y altamente explotado. En Brasil, casi todas las trabajadoras domésticas son mujeres y negras, lo que

³³ WORLD HEALTH ORGANIZATION: Coronavirus disease (COVID-19). Situation Report–129. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports>.

³⁴ "Across the globe more than four billion people are still under some form of lock down or stay at home order even as governments begin easing restrictions, weighing the risk of more infections against growing economic fall out". UN pushes for virus vaccine as Trump disinfectant theory sparks outrage. AFP News. 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.afp.com/en/news/826/un-pushes-virus-vaccine-trump-disinfectant-theory-sparks-outrage-doc-1qs8zh3>. Acesso em 25 de abril de 2020.

refuerza la desigualdad de género y el racismo estructural en nuestra sociedad. Estas trabajadoras también están obligadas a seguir trabajando y expuestas al riesgo, no solo de infectarse, sino también de transmitir el virus a sus familiares.

En este contexto, cabe preguntarse, ¿qué hicieron las nuevas tecnologías por las trabajadoras domésticas? Una aplicación para que puedan estar disponibles de acuerdo con las nuevas demandas flexibles del mercado.

El teletrabajo, que a su vez plantea ser la alternativa inexorable de una nueva normalidad, también agudiza las desigualdades sociales. En Brasil, por ejemplo, una de cada cuatro personas no tiene acceso a internet, sin mencionar a aquellos que no tienen acceso a internet rápida. Pero incluso dentro de ese contingente de trabajadores que pueden continuar trabajando remotamente a través de las tecnologías de la información y la comunicación, el problema no está resuelto.

De hecho, la regulación del teletrabajo en Brasil, a través de la Ley N° 13.467 / 2017, estableció que el teletrabajador está excluido del control de las horas de trabajo, lo que, en términos prácticos, implica la ausencia de necesidad de pagar horas extras, porque si no es posible controlar las horas de trabajo, no es posible especificar si las horas de trabajo realizado han excedido o no el límite legal. Además, la violencia basada en género se ha expandido considerablemente en el contexto de la cuarentena obligatoria, y las mujeres terminan intensificando su trabajo aun más, ya que generalmente se les atribuye el trabajo doméstico no remunerado.

Por otro lado, mientras la fascinación de la inteligencia artificial lleva a muchos a debatir las implicancias de reemplazar jueces por robots en Estonia, en nuestros países continuamos con trabajadores explotados en condiciones análogas a la esclavitud.

Desde el punto de vista del trabajo, las vulnerabilidades podrán empeorar mucho si consideramos la perspectiva señalada por la OIT de que enfrentaremos la peor crisis económica desde 1929, especialmente desde el punto de vista del desempleo.

3. POSIBLES RESPUESTAS

Es necesario pensar en la mejor respuesta que podamos dar en el contexto de la pandemia y dentro del marco legal institucional del Estado Democrático de Derecho Social. La justicia en Suiza recientemente obligó a los empleadores a pagar parte del alquiler a aquellos trabajadores que pudieron emigrar al teletrabajo.

Por su parte, en Brasil los tribunales determinaron que algunas aplicaciones, como Ifood y Rappi, deben pagar ayuda a los trabajadores de grupos de alto riesgo. La liminar se está discutiendo ante el Tribunal³⁵. En el contexto general, algunos países adoptan la protección del empleo y los salarios como una medida esencial para garantizar el sustento de quienes trabajan, además de la ayuda para quienes ya estaban fuera del mercado laboral o en la economía informal.

³⁵ Ver procesos: TutAntAnt 1000396-28.2020.5.02.0082 y TutAntAnt 1000405-68.2020.5.02.0056.

Estas son respuestas importantes, pero aún limitadas. De hecho, es necesario pensar en el papel de las nuevas tecnologías en lo que será la “nueva normalidad”. Como es bien sabido, una inmensa mayoría ni siquiera tiene acceso a las nuevas tecnologías y, cuando tiene acceso, a diferencia de garantizar la dignidad, estas tecnologías a menudo imponen una vida sin derechos y protección social a sus trabajadores, como ocurre con las plataformas digitales.

Es del todo claro que, el problema entonces no es la tecnología en sí misma. No tendría sentido, como ocurrió en los albores del capitalismo con el movimiento ludista, el postular la destrucción de las máquinas. Por el contrario, la innovación tecnológica podría, puesta al servicio del trabajo, significar mejores condiciones de vida, menores tiempos de trabajo sin disminuir la producción, manteniendo con ello los salarios.

La pregunta, más bien, es al servicio de quiénes están esas nuevas tecnologías. Pues, y como ha sido hasta ahora, si están el servicio del capital sin límites, ello seguirá redundando en un empeoramiento de las condiciones laborales de las masas trabajadoras. Poner la tecnología al servicio del trabajo, como imperativo, supone algunas cuestiones para el Derecho del Trabajo.

Lo primero es la urgente necesidad de flexibilizar conceptos e instituciones jurídicas, entre ellos, el concepto de subordinación y dependencia, que es la puerta de entrada que permite imputación normativa del derecho laboral y su normativa protectora. Sin embargo, los conceptos jurídicos deben servir a los bienes jurídicos protegidos por las instituciones, en este caso a la protección, y no al revés.

Si el trabajo se ha transformado, también debe hacerlo la disciplina que lo regula, sobre todo en tiempos de vertiginosos cambios productivos y tecnológicos. De manera que, el concepto de subordinación y dependencia en su versión clásica de caracteres fácticos, conectada con una serie de indicios de laboralidad como la jornada y la localización del lugar de trabajo en dependencias de propiedad del empleador, responden a un modelo de trabajo propio de otro modelo productivo.

En ese sentido, el concepto de subordinación y dependencia, que permite la aplicación de la normativa protectora debe ceder protagonismo ante una idea anterior: el Derecho del Trabajo, más allá de las formas jurídicas y prácticas que ello alcance, busca regular el fenómeno de la venta de la fuerza de trabajo. Lo relevante, entonces, para efectos de aplicar la normativa protectora laboral, es la existencia de venta de la fuerza de trabajo y no otra cosa. Como señala Todoli,

“La necesidad de interpretar el Derecho conforme a la realidad del momento en el que se debe aplicar, hace necesario encontrar diversas fórmulas que permitan seguir entendiendo que aquel que vive de su trabajo estará protegido por esta disciplina”³⁶.

³⁶ TODOLI, Adrián: “El impacto de la ‘Uber economy’ en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. IUS LABOR, Número 3, 2015, p.24.

Ello implica, por un lado, relevar la importancia de la noción de ajenidad y con ella, la del trabajo por cuenta ajena, como aquel trabajo en que los resultados o frutos de la actividad productiva se trasladan en virtud de un título contractual oneroso a una persona distinta de quien lo realiza, concepto que debe estar en el centro de la aplicación de la normativa protectora laboral. Y en especial, respecto de la noción de ajenidad en los resultados, desde la perspectiva de considerar como trabajo aquella actividad donde los frutos de la actividad humana, en todo o en parte, se radican en el patrimonio de otro.

Ello debiera ir acompañado de técnicas legislativas y procesales que pongan la carga de la prueba sobre quien está en mejor posición de probar, las empresas, en formas de presunción o que al menos distribuyan dicha carga mediante modelos de carga dinámica de la prueba. De esta manera, la normativa debiera partir de la base que todo trabajo donde exista ajenidad en los resultados se presumirá como trabajo regulado por el derecho común de quienes venden su fuerza de trabajo, el Derecho del Trabajo. El empleador tendrá, como en toda presunción, la posibilidad de demostrar lo contrario.

Junto con ello, parece necesario desprender del concepto de subordinación y dependencia la serie de elementos o indicios que se han cargado a ella. El trabajo regulado por el Derecho del Trabajo es trabajo subordinado y punto. Los indicios de laboralidad construidos por la doctrina y la jurisprudencia fueron útiles para un momento particular donde existía un modelo productivo y un tipo de trabajo particulares. Hoy, que dicho modelo productivo ha mutado y con ello el tipo de trabajo de nuestras sociedades contemporáneas, el concepto debe avanzar junto con ello y volver a su ideal central: el trabajo en subordinación es aquel donde existe un desequilibrio de poder, porque existe venta de fuerza de trabajo. Como señala Rosenbaum,

“En efecto, por más elucubraciones que se pretendan introducir para disfrazar mediante las formalidades una realidad que no es tal, en los hechos, se ha demostrado que el trabajo desarrollado por parte de estos sujetos, se trata de uno prestado en forma personal, con carácter oneroso, en forma subordinada y por cuenta ajena. Tal como lo presta(ba) el obrero industrial...”³⁷.

Como también señala Irureta,

“Por ello, en la actualidad, más que hablar del dónde, cómo y cuándo de la prestación de trabajo, es preciso configurar la subordinación o dependencia como un singular modo de ser que se refleja en la inserción del trabajador dentro de una organización ajena, y en cuya virtud el titular de la misma se encuentra facultado para dirigir la prestación de servicios, dictar órdenes, controlar su cumplimiento y, llegado el caso, para sancionar los incumplimientos del trabajador”³⁸.

³⁷ ROSENBAUM, Federico: Tecnología y relaciones laborales: lo viejo (derecho al descanso y subordinación) y lo nuevo(desconexión y gig economy), ¿una verdadera revolución? En Noticias Cielo, N° 9, 2020.

³⁸ IRURETA, Pedro: “La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo”. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Número XLII, 2014, p.269.

Ahora, más allá de ello, las técnicas legislativas que buscan intervenir en la relación laboral mediante el contrato de trabajo y la idea de derechos mínimos irrenunciables, acompañados de la posibilidad de tutelaje administrativo y judicial, han mostrado ser históricamente insuficientes para efectos de la protección.

Como se dice popularmente, *“hecha la ley, hecha la trampa”*, y muchas empresas buscan las formas de evitar el cumplimiento de la ley o, inclusive, asumen el incumplimiento pagando el costo de aquello. Esto es particularmente relevante en Latinoamérica, donde existen altas tasas de incumplimiento de la normativa laboral por parte de las empresas.

Por tanto, tener instituciones y conceptos nuevos es necesario pero insuficiente. Así, surge la pregunta sobre qué es lo suficiente.

Como ha mostrado la misma historia del Derecho del Trabajo, la mejor forma de protección y defensa de los derechos de las y los trabajadores ha sido y sigue siendo su propia organización mediante el repertorio de herramientas históricas del movimiento de trabajadores, expresada hoy en la noción de libertad sindical, consagrada en diversos instrumentos normativos internacionales.

Garantizar el derecho a la organización sindical, a la negociación colectiva y a la huelga aparece, sin duda, como la mejor alternativa para una protección efectiva de sus derechos. Y así ha sido en la práctica, donde, por ejemplo, han sido los propios trabajadores y trabajadoras organizados de plataforma, quienes, mediante la organización y la huelga, han puesto sobre la mesa la cuestión de sus derechos laborales. Así tenemos, por ejemplo, paralizaciones de plataformas en España, en Brasil, en Chile y en diversos países.

Ello no solo permite una lucha por mejores condiciones laborales en contra de las empresas de plataformas sino además la visibilización de sus demandas a nivel social, generando presión hacia los órganos políticos por la legislación en estas materias.

Bajo esa idea, la pandemia aparece como una oportunidad propicia para empujar estos cambios. Las medidas de confinamiento y cuarentenas mostraron la relevancia del trabajo en plataformas para nuestra sociedad, sobre todo para la provisión de alimentos, medicinas y otros elementos esenciales. Con ello, se produce la fuerte contradicción de que, pese a que dicho trabajo se volvió una actividad esencial, reconocida y permitida por el Estado, dicho trabajo no es reconocido como tal.

Ello mostró con fuerza lo que aquí hemos venido planteando, en torno a la fetichización radical del trabajo y de la crisis de la sociedad desde la perspectiva del trabajo abstracto.

En ese contexto, el Derecho del Trabajo solo podrá cumplir su afán de protección actualizando sus conceptos e instituciones a los nuevos modelos productivos y al nuevo modelo de trabajo y, sobre todo, permitiendo al factor trabajo auto organizarse apareciendo, ya no como mercancía, sino como humanidad que puja por ser reconocida en su calidad de tal.

Ello permite, además, pensar en cómo desde la idea básica de la protección del derecho del trabajo, se puede elevar la discusión sobre los fines de dicha

protección en el marco de la crisis general de la sociedad, ya no solo para permitir valorizar mejor dicha fuerza de trabajo o para regular un poco la dominación sin límites del capital, sino como respuesta a esa crisis profunda de la humanidad, haciendo frente a la barbarie de la explotación sin límites del capital de nuestros tiempos y avanzando hacia la humanización de nuestras formas de vida en torno al rol central del trabajo como pilar civilizatorio para el futuro.

CONCLUSIÓN

En ese sentido, es necesario reflexionar desde la conclusión ya anticipada, cuál es nuestro rol como sujetos políticos de transformación social, en la configuración de lo que será este supuesto retorno a la normalidad y cómo nuestro repertorio tecnológico puede llegar a servir no para la reproducción del trabajo abstracto productor de mercancías, pero para satisfacer concretamente las necesidades humanas. La medida en que seremos capaces de construir una nueva sociabilidad en la que no el dinero y las ganancias, sino la vida de las personas, estén en el centro de la actividad humana concreta, es la medida de nuestro camino hacia la civilización o a la barbarie.