

VALORES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO: VIGENCIA ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

MARIO GARMENDIA ARIGÓN¹

Abstract: El surgimiento y evolución del Derecho del Trabajo siempre estuvo acompañado de cuestionamientos. A pesar de los mismos, logró desarrollarse históricamente con un sentido protector, consolidándose incluso en las Constituciones nacionales. La crisis mundial de la década del '70 y los grandes cambios que comienzan a operar en el mundo del trabajo a partir de ese momento, acompañados de la prédica neoliberal que logra imponerse con firmeza en la legislación de los diversos países de América latina, llevan a plantearse si el Derecho del Trabajo tiene un futuro asegurado. Más allá de las coyunturas desfavorables, los valores esenciales que consagra el Derecho del Trabajo (el trabajo no es una mercancía, protección especial de la dignidad del trabajador) aún continúan siendo esenciales a la conciencia jurídica global. La tarea del jurista consiste en detectar los mecanismos para hacerlos prevalecer más allá de su carácter declarativo.

Palabras-clave: Surgimiento y evolución del Derecho del Trabajo. Constitucionalización de los derechos sociales. Flexibilidad. Crisis del Derecho del Trabajo. Valores fundamentales del Derecho del Trabajo. Efectividad de los valores inherentes a la persona humana.

1 EL SINUOSO DERROTERO HISTÓRICO DEL DERECHO DEL TRABAJO

1) El Derecho del Trabajo siempre ha estado signado por los cuestionamientos. Su vocación interventora, la fuerte impregnación social que posee, su

estrecha vinculación con la economía y la política, su impronta fuertemente protectora del trabajador y la introducción de limitaciones a la autonomía de la voluntad, son algunas de las características que explican sin demasiadas dificultades este destino natural. Simultáneamente con la aprobación de las primeras normas laborales,

¹Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo).

surgieron los impugnadores, la mayoría de los cuales dirigían sus críticas a señalar la contradicción que encerraban dichas normas, que pretendían sustentarse en argumentos de índole moral (protección del más débil), pero incurrían en la incongruencia de limitar la libertad de este último, provocando así la *colonización del comportamiento del trabajador*².

2) Es evidente que la legislación laboral es una hija no deseada de la industrialización, aceptada a regañadientes y como un mal necesario por la ideología liberal prevaleciente en la época. El sentido intervencionista y protector de sus normas - como expresa Russomano - estaban claramente fuera del “*espíritu de la época*”³. De este modo, debe asumirse que la inspiración sustancial en la que abreva el Derecho del Trabajo está basada en pautas que, en buena medida, contradicen frontalmente los paradigmas del capitalismo liberal. En tal sentido, el enunciado “*el trabajo no es*

“Es evidente que la legislación laboral es una hija no deseada de la industrialización, aceptada a regañadientes y como un mal necesario por la ideología liberal prevaleciente en la época.”

una mercancía”, declaración fundamental que constituye basamento esencial de la disciplina⁴, encarna una de las más flagrantes contradicciones entre la teoría jurídica laboral y la práctica real cotidiana de la economía de mercado. A nadie pasa inadvertido que la mencionada declaración, está muy lejos de describir lo que acontece en la realidad (donde el trabajo *sí es asumido como una mercancía*) y que en realidad, la misma no es otra cosa que una afirmación de tenor ético-jurídico (que indica la manera en que debería ser concebida la regulación del trabajo humano)⁵ y que ha servido de guía esencial para la construcción del Derecho del Trabajo.

3) El nacimiento del Derecho del Trabajo representó un correctivo, una expresión de “*contracultura*”, una excepción a las reglas que naturalmente procuran regir el funcionamiento de la economía de mercado⁶. Incluso es muy probable que su origen no haya sido más que una concesión transaccional que dicho

²SIMITIS, Spiros, “*Il Diritto del Lavoro e la riscoperta dell’individuo*”, in *Giornale de Diritto del lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 45, año XII, 1990, 1, p. 90; Supiot, Alain, “*Pourquoi un Droit du Travail*”, in *Droit Social*, N° 6, junio 1990, p. 485; Edelman, “*La déjuridicisation du fait de la loi (regards un peu sombres sur les lois Auroux)*”, *Droit Social*, N° 5, mayo 1984, p. 291; Jeammaud, Antoine, “*Droit du travail 1988: des retournements, plus qu’une crise*”, en *Droit Social*, N° 7-8, julio-agosto 1988.

³RUSSOMANO, Mozart Victor, “*Sistematização e constitucionalização do Direito do Trabalho*”, in *El Trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Prof. Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2003, p. 97.

⁴GARMENDIA ARIGÓN, Mario, *Ordem pública e Direito do Trabalho*, LTr, 2004, p. 63 y 120.

⁵GRANDI, Mario, “*El trabajo no es una mercancía. Reflexiones al margen de una fórmula para volver a meditar*”, in *Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Mdeo., 1997, p. 192

⁶Refiriéndose al Derecho mexicano del trabajo, pero aludiendo a cuestiones que resultan perfectamente extensibles al Derecho del Trabajo en general, De la Cueva advierte sobre la calidad esencialmente polémica de la disciplina, la que atribuye al hecho de que su nacimiento se produjo “*...frente a un sistema jurídico que tenía dos milenios de existencia y que había sido declarado la razón jurídica universal. Para afirmarse, tuvo que romper los muros de aquel sistema e invadir y adueñarse de los campos en los que aún se consideraba al trabajo del hombre como una mercadería y en los que no se permitía la entrada al pensamiento nuevo*”. “*Pero -agrega el ilustre maestro mexicano- el derecho mercantil no se rinde fácilmente, por el contrario, defiende palmo a palmo la libra de carne que el mercader de Venecia le ofreció a Shylock*”. De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 19ª ed., Porrúa, México 2003, p. 532.

sistema realizó ante el riesgo de resultar desplazado⁷, pues en el esquema de capitalismo liberal que vio nacer al Derecho del Trabajo, la preocupación por contemplar la suerte de los trabajadores no alcanzaba a constituirse en un valor cuya relevancia resultara equiparable a la recompensa (moral y material) que, según el paradigma liberal, se derivaba del hecho de alcanzar el éxito económico⁸. En buena medida, el Derecho del Trabajo siempre ha sido un *corpo extraño* en el sistema capitalista y *su ética* incluye determinados valores fundamentales que contradicen, traban, o que no dejan desplegar suficientemente algunos de los pilares sobre los que se construyen los paradigmas del capitalismo liberal.

4) Pero a pesar de estas críticas, el Derecho del Trabajo evolucionó con un impulso ascendente, logrando imponer la idea de que sus valores resultan merecedores de una tutela jurídica especial. A tal punto esto fue así, que ya en la segunda década del siglo XX, las Constituciones nacionales co-

menzaron a incluir dentro de sus contenidos, disposiciones relativas a la materia social y, muy especialmente, normas fundamentales en materia laboral. Esta nueva tendencia (a la que se le dio el nombre de “constitucionalismo social”) significó un cambio sustancial con relación a la concepción liberal que había predominado en las Constituciones del siglo XIX⁹. Como se sabe, la misma fue inaugurada por México (a través de la Carta adoptada en Querétaro en febrero de 1917¹⁰), y fue seguida muy de cerca por la Constitución alemana de 1919, conocida como la Constitución de Weimar¹¹. Esta última, en particular (y a pesar de su corto y trágico destino), tuvo gran repercusión en todo el mundo, siendo reiteradamente citada en las exposiciones de motivos de diversas reformas constitucionales de varios países en la primera mitad del siglo XX. En América Latina, la tendencia del constitucionalismo social fue seguida de manera generalizada durante la primera mitad del siglo XX¹².

⁷Algunos autores ven en la esencia de la gestación del nuevo Derecho, una ulterior motivación protectora de los medios de producción, que resultaba amenazada por la fuerza emergente de la unión de los trabajadores; de forma tal que la ecuación planteada habría sido: «Derecho del Trabajo a cambio de paz». Se ha señalado la «ambivalencia» de la disciplina, caracterizada por una parte por un sentido protector del trabajador y por otra, por una vertiente de signo contrario que supone el reconocimiento de ciertos elementos que se derivan de las características del modo de producción capitalista: subordinación, reconocimiento del poder disciplinario, y las necesarias e inevitables limitaciones que supone la propia definición de ciertas libertades (sindicato, huelga, etc.). En este sentido, ver por ejemplo: JAVILLIER, Jean Claude, *Manuel du Droit du Travail*, 2^a édition, París, 1988, p. 29; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología*, 4^a ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 16.

⁸En este sentido, Baylos y Terradillos, advierten acerca de “...la alta valoración social de la figura del empresario que corre riesgos y obtiene éxitos, aun moviéndose en la frontera confusa de lo ilegal...”, BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan, *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1990, p. 37.⁹RUSSOMANO, Mozart Víctor, “Sistematização e constitucionalização do Direito do Trabalho”, in VV.AA., *El trabajo y la Constitución, Estudios en Homenaje al Prof. Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Madrid, 2003, p. 97 y ss

¹⁰La Constitución de Querétaro reconoce como antecedente el alzamiento campesino liderado por Emiliano Zapata, contra la dictadura del General Porfirio Díaz. Luego de expulsar al dictador en 1914, en 1916 se convocó a una Asamblea Constituyente que con una fuerte presencia de “diputados obreros”, logró adoptar el texto constitucional que incluyó el mítico artículo 123, norma que, al decir de M.V. Russomano, se constituyó en factor fundamental para la ampliación de los derechos de los trabajadores en América Latina. Vid: RUSOMANO, M. V., op. cit. p. 97 y ss. Asimismo, en la misma obra: De Buen, Néstor, “El artículo 123 de la Constitución mexicana y sus reformas”, p. 253 y ss.

¹¹El 11 de noviembre de 1918 se firmó el armisticio que puso fin a la primera guerra mundial. Luego de una vertiginosa sucesión de acontecimientos políticos, el 19 de enero de 1919 se reunió la Asamblea Constituyente en Weimar, con mayoría Socialdemócrata y Demócrata Cristiana (que conjuntamente conformaron la llamada “coalición de Weimar”). El 11 de agosto de 1919 se aprobó el texto constitucional que reconoció la vigencia del capitalismo a cambio de mejores condiciones de trabajo, en una suerte de pacto que plasmó el denominado “espíritu de Weimar”.

¹²Chile (1925); Perú (1933), Uruguay y Brasil (1934), Colombia y Venezuela (1936); Bolivia (1938); Nicaragua y El Salvador (1939); Cuba (1940); Guatemala y Ecuador (1946), Argentina (1949). Reformas posteriores han mantenido las referencias a la materia laboral y han ganado en detalle: Venezuela (1961 y 1999); Ecuador (1979), Perú (1980 y 1993), Honduras (1982), Nicaragua (1986), Colombia y Paraguay (1991). En particular, cabe mencionar la reforma constitucional brasileña de 1988, la que, al decir de Cássio Mesquita Barros, consagró una “celetización” de la Constitución, “...ya que las principales reglas del Derecho del Trabajo, reunidas en la CLT, han sido copiadas en el art. 7^o de la Ley Magna”, BARROS, Cássio Mesquita, “El derecho del trabajo en las Constituciones brasileñas”, in VV.AA., *El trabajo y la Constitución, Estudios en Homenaje al Prof. Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Madrid, 2003, p. 80.

5) De este modo, es notorio que han existido épocas en que los principios inspiradores del Derecho del Trabajo lograron imponerse sobre los paradigmas del capitalismo liberal y ello se vio reflejado en un determinado sentido evolutivo de la disciplina (mayor generosidad a sus normas), tendencia que, en especial caracterizó las tres décadas posteriores a la finalización de la segunda guerra mundial¹³. Incluso, hacia fines de la sexta década del siglo XX, los pronósticos más razonables sólo podían augurar una acentuación de la tendencia progresiva¹⁴, al influjo de la búsqueda constante de una mayor justicia social.

6) Sin embargo, en la década de los setenta el escenario mundial se vio sacudido por el comienzo de una crisis económica que con el tiempo demostraría poseer ciertos rasgos estructurales. La conjunción de otros factores - sociales, culturales, ideológicos - comienza a socavar las bases sobre las que se asentaba el paradigma del Estado de bienestar y determina el inicio de una etapa de hipervaloración de lo económico, en detrimento de lo social. Profundas y aceleradísimas transformaciones tecnológicas, completaron el círculo, al provocar el surgimiento de nuevas formas de organización del trabajo y determinaron una globalización del mercado de dimensiones y fluidez sin precedentes. El mundo del trabajo sufrió directamente el impacto de estos revolucionarios cambios, y a su vez comenzó a dejar de manifiesto sus

“...han existido épocas en que los principios inspiradores del Derecho del Trabajo lograron imponerse sobre los paradigmas del capitalismo liberal y ello se vio reflejado en un determinado sentido evolutivo de la disciplina (mayor generosidad a sus normas), tendencia que, en especial caracterizó las tres décadas posteriores a la finalización de la segunda guerra mundial.”

propias y drásticas transformaciones. Así, por ejemplo, el ingreso masivo a la oferta de trabajo de contingentes otrora apartados del mismo -como mujeres y jóvenes-, la proliferación de contrataciones atípicas, la generalización del trabajo a tiempo parcial, la preferencia por las contrataciones a término, las nuevas modalidades de trabajo parasubordinado constituyen fenómenos provocadores de una fuerte segmentación del mercado laboral¹⁵.

7) Los procesos de fuerte desindustrialización y el surgimiento y desarrollo de actividades de otro tipo (por ejemplo, en el sector terciario de la economía), determinaron, o bien el desplazamiento hacia los mismos de aquellos trabajadores en condiciones de insertarse en ellos, o directamente la exclusión de quienes no lograron hacerlo. Cualquiera de estas dos alternativas, sumadas a la marcada tendencia hacia la desconcentración empresarial¹⁶, han provocado la desestructuración de la clase trabajadora clásica, que fuera el insumo básico de los sindicatos y eslabón indispensable de la estructura del Derecho del Trabajo¹⁷.

8) Nuevas relaciones de fuerza comienzan a suscitarse entre los sindicatos y las empresas. Estas últimas, en una posición de predominio bastante evidente, están en condiciones de utilizar - algunas veces, por ineludible necesidad y otras por simple conveniencia - diversos argumentos que hacen aflorar los temores más profundos de

¹³Período al que Fourastié llamó “los treinta gloriosos”. Fourastié, Jean, *Les trente glorieuses ou La Révolution invisible de 1946 à 1975*, París, Librairie Arthème Fayard, 1979, cit. por BRONSTEIN, Arturo, “*La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles para un debate*”, in rev. Derecho Laboral, t. XXXII, N° 153, Mdeo., 1989.

¹⁴SARTHOU, Helios, “*Aspectos de la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*”, in rev. Derecho Laboral, t. XV, N° 86-87-88, 1972, p. 375.

¹⁵GIUGNI, Gino, “*Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*”, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 30, Milán, 1986, p. 329.

¹⁶VV.AA., *La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, FCU, Mdeo., 2000.

¹⁷SPYROPOULOS, Georges, “*Problemas actuales del sindicalismo en el mundo*”, *Revista del Trabajo*, Bs. As., 1991

los trabajadores: riesgos de cierre, pérdida del trabajo, desempleo, oferta de trabajo que supera holgadamente a la demanda, etc. Esto les permite conservar y mejorar una posición notoriamente prevaleciente en el escenario de las relaciones laborales¹⁸.

9) Hacia el final de lo que Eric Hobsbawm ha llamado el “siglo XX corto” (que según este historiador, coincide con la caída del muro de Berlín¹⁹), el paradigma de la ética laboral comenzó a ser todavía más desplazado por el predominio de una ética mercantil descarnada que impuso el *modelo neoliberal* o *posmoderno* en el sistema de relaciones laborales y en el Derecho del Trabajo²⁰. Este éxito del modelo neoliberal implicó el triunfo de una serie de valores asociados al mismo (*antivalores*, en la perspectiva laboralista) que alcanzaron a provocar un efecto cultural de *desconsideración, desvalorización o descentramiento social* del “valor trabajo” y a su vez, este efecto ideológico provocó consecuencias en el plano jurídico: la flexibilización o desregulación del Derecho laboral²¹.

10) La conformación de este escenario hace que el Derecho del Trabajo quede ubicado - una vez más, pero probablemente, como nunca antes - en el centro de la polémica. Algunos lo acusan de haber sido uno de los factores que propiciaron el estancamiento económico. Otros lo definen como un obstáculo que impide una salida más rápida de la crisis. En cualquier caso, la flexibilización o

desregulación de la disciplina, se visualiza como un camino imperativo, como premisa necesaria de cualquier intento de reconstrucción económica. Los instrumentos que el Derecho del Trabajo generó con la finalidad de proteger al trabajador de las condiciones inhumanas de las factorías surgidas con el desarrollo de la revolución industrial, son presentados como atavismos carentes de sentido, y como elementos contraproducentes respecto de cualquier intento por mejorar los niveles de empleo, tema este último, que se erige con rasgos especialmente dramáticos, si se tiene en cuenta la grave escasez que de esta materia tan apreciada se evidencia en todas las regiones del globo. Así, se menciona que la meta de generar nuevos empleos es incompatible con el mantenimiento de reglas jurídicas que obstaculizan la posibilidad de acudir a formas atípicas de contratación laboral, que entre otras cosas, impiden acceder a regímenes dinámicos para la determinación del tiempo de trabajo, conspiran contra la posibilidad de obtener una reducción en los costos de la *mano de obra*, o no permiten a la empresa desprenderse con mayor facilidad -o con menos gastos económicos- de los trabajadores que ya no requiere²². Por lo demás, tal ordenamiento jurídico, surgido y desarrollado para un determinado sistema de organización del trabajo, habría dejado de poseer aptitud para ser aplicado a las nuevas realidades, en la que predominan conceptos tales como fábrica flexible, producción *just*

“Así, se menciona que la meta de generar nuevos empleos es incompatible con el mantenimiento de reglas jurídicas que obstaculizan la posibilidad de acudir a formas atípicas de contratación laboral...”

¹⁸ERMIDA URIARTE, Oscar, “El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo” in rev. Derecho Laboral, t. XXXIV, N° 164, Mdeo., 1991, p. 615 y ss.

¹⁹HOBBSAWM, Eric, *Historia del siglo XX*, 2ª edición, Biblioteca E.J. Hobsbawm de Historia Contemporánea, Grupo Editorial Planeta, Bs. As., 2001, p. 7.

²⁰ERMIDA URIARTE, Oscar, “Ética y Derecho del Trabajo”, in Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez, FCU, 2004, p. 19.

²¹ERMIDA URIARTE, Oscar, *La flexibilidad*, FCU, Mdeo., 2000, p. 21 y ss.

²²BOYER, E, *La flexibilité du travail en Europe*, Paris, 1986; Bronstein, Arturo, “La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate”, en rev. Derecho Laboral, t. XXXII, N° 153, Mdeo., 1989, p. 3 y ss.; Ermida Uriarte, O., *La flexibilidad*, op. cit., p. 10 y ss.

in time, círculos de calidad, grupos de trabajo semiautónomos, etc.²³

11) Si bien los mecanismos mediante los cuales estas nuevas corrientes proponen alcanzar la meta de la flexibilización, son muy variados²⁴, es posible advertir que uno de los que con mayor eficacia logra este efecto, consiste en reducir a una mínima expresión la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo y, como contrapartida, revalorizar el rol otorgado a la autonomía de la voluntad en dicho ámbito²⁵. La alternativa que se propone, consiste en erradicar la existencia de reglas uniformes para disciplinar las relaciones de trabajo, y suplirlas por reglas particulares y *a la medida* de cada circunstancia del mercado. Se dice que solamente así será posible recrear una modalidad *más libre* de vinculación jurídica y económica entre trabajador y empleador, al margen de factores heterónomos que enturbian el funcionamiento natural del mercado, al incidir en el juego de la oferta y la demanda de la mano de obra. De este modo, el paradigma del planteamiento consiste en que cada trabajador individual pueda negociar eficazmente y sin limitaciones, todas las condiciones del relacionamiento con su empleador, incluida la determinación del tipo contractual que los unirá en el futuro²⁶.

12) Este tipo de prédicas ha rendido sus frutos, logrando que determinados planteamientos (inimaginables hace no mucho tiempo) hayan pasado a ser objeto

de debates y de intercambio de opiniones. Así, la doctrina laboralista ha comenzado a aclimatarse a ideas que, por ejemplo, propugnan asignar a las normas laborales, un carácter supletorio respecto de la autonomía de la voluntad²⁷. La eficacia flexibilizadora de este tipo de fórmulas ya ha sido *testeada* en la práctica, donde ha demostrado sus virtudes²⁸, en especial, la que deriva de su sigilo, que hace innecesaria la discusión acerca de la modificación o derogación del contenido de las normas laborales. Al influjo de estos mecanismos jurídicos, las normas laborales continúan exhibiendo una misma apariencia exterior y sin embargo pierden su sustancia, al carecer de un mecanismo que en la práctica determine la obligatoriedad de su aplicación a las relaciones de trabajo. La liberalización de los obstáculos para que las disposiciones contractuales sustituyan a las normas legales, habilitaría en definitiva, la pérdida de eficacia de todo ordenamiento laboral supra-individual.

13) Ya no sorprenden las afirmaciones de quienes defienden la aplicación de una hermenéutica estrictamente civilista a la relación individual de trabajo ni la difusión de posturas que aluden a la necesidad de abandonar la idea de una disciplina “cerrada y vinculante”, proponiendo la reducción del Derecho del Trabajo a una “porción congrua”²⁹, que le permita conservar sus lineamientos más elementales, pero con normas estrictamente limitadas a definir algunas pautas mínimas (muy mínimas, debería

²³ERMIDA URIARTE, O., La flexibilidad, cit., p. 17 y ss.; JEAMMAUD, Antoine, “La flexibilización del Derecho laboral en Francia”, in Revista de Trabajo, Año I, N° 4, MTSS, set.-oct. 1994, p. 80; Soubie, R., “Après les négociations sur la flexibilité (III)”, Droit Social, N° 4, Paris, 1985, p. 291.

²⁴ERMIDA URIARTE, O., La flexibilidad, cit., p. 10 y ss.; Lyon-Caen, Gerard, “La bataille truquée de la flexibilité”, Droit Social, N° 7-8, julio-agosto 1988, p. 802.

²⁵ROMAGNOLI, Umberto, “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, in Reflexiones sobre el Derecho del Trabajo y la flexibilidad, Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 1994. Señala el autor: “...la desregulación comporta no tanto una disminución de reglas, cuanto antes bien una calidad diferente de las relaciones entre sus fuentes, las cuales -haciendo disponible, derogable y flexible lo que el Derecho del Trabajo tradicional ha hecho indisponible, inderogable y rígido- se disponen a escribir su anti-historia”.

²⁶MENGONI, Luigi, “L’influenza del Diritto del Lavoro su Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto Amministrativo”, in Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, N° 45, año XII, 1990, 1; 8; Rivas, Daniel, “La flexibilidad y la autonomía privada del trabajador”, en La Justicia Uruguaya, t. 116, 1997, p. 65 y ss.

²⁷SEÑALA LYON-CAEN, G.: “Actualmente el objetivo parece ser la creación de un Código de Trabajo supletorio. Darle total soberanía al contrato de trabajo individual. Esto nunca ha existido, y difícilmente exista. El proyecto de ‘contrato colectivo de empresa’ enteramente libre de todo contacto exterior, y que no se perfecciona con sindicatos, sino con representantes elegidos por el persona a estos efectos, constituye una nueva presentación de esta vieja aspiración”(…), en “La bataille...”, cit., p. 810.

²⁸ROSENBAUM, Jorge y GARMENDIA, Mario, “El discreto proceso de reforma laboral en Uruguay”, rev. Judicatura, N° 40, agosto 1999, p. 165 y ss.

²⁹LYON-CAEN, G., “La bataille...”, cit., p. 810.

decirse), que no obstaculicen el desarrollo de la autonomía de la voluntad³⁰. En la defensa de este tipo de planteamientos incluso se utilizan fundamentos de tipo ético-jurídico, pues, por ejemplo se señala que la alternativa permitiría eliminar los obstáculos y presiones que el grupo ejerce sobre el trabajador individual, proscribiendo el efecto perverso que se deriva del hecho de obligar al trabajador individual a interiorizar las reglas de comportamiento en cuya elaboración no ha participado personalmente y revalorizando, en cambio, los instrumentos que permitan la reflexión y la decisión individual³¹.

14) El paradigma de la individualización plena sólo puede ser alcanzado luego de recorrer una serie de instancias previas, de “individualización gradual”, consistentes en privilegiar y promover los niveles de negociación colectiva cada vez más cercanos al puesto de trabajo concreto (negociación colectiva de empresa, o aún, de sectores de empresa), a expensas del debilitamiento de los niveles superiores (de oficio o de rama de actividad)³².

2 EL DERECHO DEL TRABAJO ¿TIENE UN FUTURO?

15) Tal era la interrogante que hace exactamente diez años, en setiembre de 1996, se planteaba

“Frente al panorama de profundas transformaciones que por entonces (y actualmente) afectaban (y afectan) al mundo del trabajo, muchos respondieron a dicha interrogante en forma negativa: la disciplina no parecía tener asegurado un futuro y, al contrario, podía ser visto como atravesando una irreversible fase de virtual desaparición.”

Spiros Simitis en ocasión de celebrarse el 5° Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social³³. Frente al panorama de profundas transformaciones que por entonces (y actualmente) afectaban (y afectan) al mundo del trabajo, muchos respondieron a dicha interrogante en forma negativa: la disciplina no parecía tener asegurado un futuro y, al contrario, podía ser visto como atravesando una irreversible fase de virtual desaparición.

16) Por lo demás, el panorama que ofrecía el Derecho positivo comparado finisecular no hacía otra cosa que confirmar tales presagios, en particular (aunque no exclusivamente) en América Latina. En este continente, el quiebre institucional que se presentó con características de pandemia durante las décadas de los '70 y '80, provocó un fortísimo impacto en el Derecho del Trabajo, generando un notorio retroceso en la protección otrora otorgada a nivel legislativo, el que se vio muy facilitado por la severa represión ejercida sobre todas las expresiones colectivas (libertad sindical, sindicatos, negociación colectiva, huelga). El continente se convirtió así en un adecuado laboratorio para ensayar casi ilimitadamente las recetas neoliberales³⁴, lo que llevó a

³⁰SIMITIS, S., op. cit., p. 96.

³¹SIMITIS, S., op. cit., p. 92; Supiot, A., “Pourquoi...”, cit., p. 490; Borrajo Dacruz, E., Introducción al Derecho del Trabajo, Tecnos, 5a. ed., Madrid, 1988, p. 73 y ss..

³²GARMENDIA, M., “Los efectos jurídicos de un nuevo modelo de negociación colectiva en Uruguay. Primera aproximación”, in libro de ponencias a las XII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, FCU, Mdeo., 2000.

³³SIMITIS, Spiros, “Le droit du travail a-t-il un avenir?”, 5° Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 17-21 de setiembre de 1996, Leiden, Países Bajos.

³⁴La crítica que el neoliberalismo dirige al Derecho del Trabajo apunta a la sustancia más profunda de la disciplina y así se constituyó en el sustrato ideológico que sirvió de respaldo a la flexibilización. La doctrina iniciada por Friedrich Von Hayek (Premio Nobel de Economía en 1974) fue aplicada como un rito por diversos regímenes dictatoriales en América Latina, al punto que el propio Hayek fue asesor de Augusto Pinochet. Este tipo de actitudes no pueden sorprender cuando corresponden a quien escribía que “El uso corriente e indiscriminado de la palabra “democrático” como término general de alabanza no carece de peligro. Sugiere que, puesto que la democracia es una cosa buena, su propagación significa una ganancia para la comunidad. Esto pudiera parecer absolutamente cierto, pero no lo es”. Hayek concibe a la democracia como “...un medio antes que un fin” (...) “...la democracia no entraña un valor último o absoluto y ha de ser juzgada por sus logros (...) Si bien el apelar a métodos democráticos parece lo más aconsejable cuando no haya duda alguna de que debe actuarse en el plano colectivo, el problema referente a si es o no deseable una actuación de índole colectiva no puede resolverse apelando a la democracia” (Los Fundamentos de la Libertad, Unión Editorial, Madrid, 1998, p. 144 y ss.).

implantar un modelo de flexibilización que Ermida Uriarte no ha dudado en definir como salvaje: impuesto unilateralmente por el Estado, siempre a la baja, sin contrapartida de especie alguna y todo ello, invocando como finalidades, la necesidad de atraer la inversión, crear empleos y mejorar la competitividad³⁵.

17) Bajo este influjo fueron cayendo sucesivamente las legislaciones laborales de la mayor parte de los países de América Latina: Chile³⁶, Panamá³⁷, Colombia³⁸,

Ecuador³⁹, Perú⁴⁰, Argentina⁴¹, Brasil⁴², etc. Tampoco fue una excepción Uruguay, donde contrariamente a lo que sucedió en el resto de los países, se puso en práctica un esquema de “flexibilización discreta” o “a la uruguaya”, es decir, un proceso que no tuvo características abruptas ni demasiado estructuradas, sino que fue progresivo y desordenado, y que tampoco se presentó como frontalmente desprotector, sino que tuvo un desarrollo zigzagueante, en el que normas manifiestamente flexibilizadoras se

³⁵ERMIDA URIARTE, Oscar, *Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI*, Justicia Viva, Sociedad Peruana de DTSS, Lima, 2003, p. 13 y ss.

³⁶Proceso que se vio ampliamente facilitado por la dictadura militar de Pinochet, que puso en práctica un modelo económico francamente neoliberal, que desató un proceso de verdadero desmontaje del sistema protector laboral de gran raigambre y antigüedad en América Latina.

³⁷Que al decir de Arturo Bronstein, constituía un “paradigma de la legislación laboral garantista de América Latina” (“Avances y retrocesos en la evolución de la legislación laboral latinoamericana”, XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Panamá, 1998, T. III) y que a partir de la reforma introducida por la ley 1/86, puso en práctica un proceso de flexibilización que si bien fue más limitado que en el caso de Chile, su severidad no fue para nada desdeñable.

³⁸En 1990 se aprobó la Ley N° 50, que modificó el Código Sustantivo de Trabajo colombiano, favoreciendo la contratación precaria, flexibilizando la limitación de la jornada, cambiando el concepto de “salario”, introduciendo el instituto del “salario integral” (aquellos trabajadores que percibieran una retribución superior a diez salarios mínimos podrían convenir la percepción de una suma única como remuneración total comprensiva todos los beneficios salariales accesorios). En materia de extinción de la relación de trabajo: se eliminó la protección de la estabilidad de los trabajadores con una antigüedad superior a diez años; se varió el cálculo de la indemnización por cesantía, que dejó de tener en cuenta el salario vigente al momento del cese, para pasar a ser salario de cada año y se paga a través de fondos privados. Como contrapartida de estas medidas flexibilizadoras, se adoptaron normas protectoras de la libertad sindical, atendiendo algunas observaciones que había realizado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Hernández Álvarez, Oscar, “El sistema de las fuentes como medio de obtener una visión general del Derecho del Trabajo en América Latina. Especial referencia a las fuentes internacionales, constitucionales y legislativas”, in XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Gobierno de Puebla, Puebla, 2002.

³⁹Donde en el año 1991 se reformó el Código de Trabajo, introduciendo diversas formas de contratación precaria y limitaciones al ejercicio del derecho de huelga.

⁴⁰En 1991 se adoptó la Ley de Fomento del Empleo, que introdujo diversas reformas flexibilizadoras: reformó la compensación por tiempo de servicio, eliminando su cálculo a partir del último salario y limitando el tiempo de antigüedad a considerar; introdujo contratos precarios, fomentó la exteriorización del trabajo y de la subcontratación; flexibilizó la jornada de trabajo; introdujo el concepto de remuneración integral para los empleados de confianza; introdujo restricciones al derecho de huelga y a la negociación colectiva. Por otra parte, la reforma constitucional de 1993 a su vez provocó otras repercusiones negativas en materia de estabilidad y en la protección de los créditos laborales, que perdieron la anterior condición de privilegio absoluto. Además se restringió la participación de los trabajadores y los derechos colectivos en general. ERMIDA URIARTE, O., *La flexibilidad*, cit., p. 44 y ss.

⁴¹En 1991 se aprobó la Ley Nacional Empleo, que promovió los denominados “contratos flexibles”, flexibilizó la jornada y previó un amplio campo para la flexibilización negociada. En 1995 se introdujeron otras reformas flexibilizadoras: trabajo a tiempo parcial, modalidades de aprendizaje y nuevas formas de contratación atípica. Otras leyes posteriores (N° 25.013, 25.165 y 25.250, de 1998 y 2000, respectivamente) fueron adoptadas en un clima de dura discusión y conflicto y presentan un cruce de tendencias contradictorias (flexibilizadora y garantista). En materia individual se introduce un mayor garantismo (se reduce la contratación precaria, se limita el contrato de aprendizaje y el plazo determinado). Pero al mismo tiempo, se incorpora mayor flexibilidad en otros aspectos: se generaliza el período prueba, se reduce la base de cálculo de la indemnización por despido. La ley N° 25.250 flexibilizó la estructura de la negociación colectiva. Al respecto puede consultarse, GONZÁLEZ, Mariana L., “Transformaciones de hecho y de derecho en las relaciones laborales en los 90”, in LINDENBOIM y DANANI, Claudia (coordinadores), *Entre el trabajo y la política. Las reformas de las políticas sociales argentinas en perspectiva comparada*, Ed. Biblos, Bs.As., 2003, p. 89 y ss.

⁴²Mediante la reforma de la CLT de 1998, que habilitó la contratación precaria, facilitó el despido, eliminó el derecho al preaviso y la noción del despido injustificado, flexibilizó la jornada de trabajo (creando un “banco de horas” en el que se compensan los periodos de alta y baja actividad). Incluso se ha señalado que la Constitución de 1988, “...a pesar de su detallismo, rigidez y extensión en la protección de los derechos de los trabajadores, contiene dos “válvulas de escape” flexibilizadoras: se permite flexibilizar la jornada y el salario por convención o acuerdo colectivo habilitando, en esas materias, la flexibilización propiamente dicha a través de la negociación colectiva”, ERMIDA URIARTE, O., *La flexibilidad*, cit., p. 43 y 44.

alternaron con otras protectoras que matizaron las asperezas más duras del fenómeno⁴³. En Uruguay, los mayores cambios no provinieron de la producción de normas legales, sino que prosperaron especialmente en otras esferas, como la actividad administrativa⁴⁴ y, especialmente el de las decisiones judiciales⁴⁵.

18) Este desalentador panorama legislativo no podía hacer predecir otra cosa que la desaparición (más o menos rápida) del Derecho del Trabajo. Es decir, si conceptualmente la disciplina debiera ser analizada como estrictamente dependiente del veleidoso tratamiento que el Derecho positivo le otorga a los bienes jurídicos que le son concernientes, la tendencia evidenciada por el Derecho comparado necesariamente debía conducir a dicha conclusión: la desarticulación del Derecho del Trabajo sólo podía ser visualizada como una cuestión de tiempo.

3 EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LOS VALORES QUE LE SON INHERENTES

19) Pese a lo antedicho, no parece correcto apresurarse a presagiar la

desaparición del Derecho del Trabajo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los valores fundamentales que forman parte del núcleo central de la disciplina representan los ideales del colectivo social, conformando la conciencia jurídica universal o global. Su análisis no puede reducirse al simple estudio de la forma (correcta o incorrecta, completa o parcial) en que han sido recogidos por las normas legales. Las particularidades y potencialidad aplicativa que presentan estos valores han jerarquizado a la materia laboral, elevándola a un nivel fundamental, del que su constitucionalización se presenta como una clara evidencia histórica⁴⁶. Esos valores especialmente significativos, presentan una fuerte impregnación ética y constituyen el sustrato del sistema normativo. Se trata de valores o principios que se desprenden o son recogidos por la parte dispositiva de las Constituciones o sus preámbulos, de los instrumentos internacionales y de las doctrinas generalmente admitidas en los regímenes democráticos de derecho⁴⁷.

20) La protección del trabajo humano, aparece así, como una expresión específica del más amplio amparo jurídico de la

⁴³Entre las normas de tenor flexibilizador, pueden mencionarse, por ejemplo: la reforma del proceso judicial civil (Código General del Proceso), que eliminó el proceso laboral especial; la ley N° 15.996 (1988) sobre horas extras (que flexibilizó la posibilidad de realizarlas); la ley N° 16.246 (1992) que reformó el régimen del trabajo portuario; la ley N° 16.127 (que habilitó a la Administración Pública para celebrar contratos de arrendamiento de obra con personas físicas); la ley N° 16.713 (1995), que modificó el sistema jubilatorio, implantando un régimen mixto (público y privado), al tiempo que fomentó las modalidades de trabajo no subordinado ("empresas unipersonales", etc.). La ley N° 16.906 (1998), introdujo a través del artículo 29, una importante modificación al régimen de prescripción de los créditos laborales, reduciendo significativamente los plazos para exigir judicialmente su pago. La ley N° 16.873 (1997), que promovió figuras contractuales destinadas a los jóvenes. Pero también es posible señalar algunas normas protectoras: la ley N° 15.996, sobre horas extras, (ya referida), en la medida que incrementó la tasa del recargo del trabajo extraordinario; la ley N° 16.045 (sobre igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos), la ley N° 16.074 (que incrementó la protección asistencial y laboral del trabajador accidentado); la ley N° 16.101 (que extendió a todos los trabajadores privados y de las empresas públicas no estatales, el beneficio del salario vacacional y elevó el monto del beneficio al 100% del jornal líquido de vacaciones); la ley N° 16.320 (que creó nuevas estructuras administrativas para el fomento del empleo), etc. En el período 1985-1989 también se ratificaron trece convenios internacionales de trabajo (100; 111; 141; 144; 148; 150; 151; 153; 154; 155; 156; 159 y 161). A mayor abundamiento: ROSENBAUM, Jorge y GARMENDIA ARIGÓN, Mario, "El discreto proceso de la reforma laboral uruguaya", op. cit.

⁴⁴Entre los más significativos por su impacto, se encuentra la decisión del Poder Ejecutivo (1991) de dejar de convocar a los Consejos de Salarios, liberalizando la política salarial. Esta decisión tuvo gran impacto negativo en el movimiento sindical uruguayo y la negociación colectiva. En materia de actividad administrativa, también se hizo notoria la tendencia flexibilizadora en aspectos concernientes a las formas documentales y procedimientos, así como en la tolerancia demostrada frente a las prácticas apartadas de las soluciones legales.

⁴⁵Como tendencia general es posible señalar que, por ejemplo, los criterios sobre la aplicación de principios tales como el protector o el de irrenunciabilidad, evidenciaron una clara tendencia hacia la disminución de su eficacia práctica, aumentando significativamente los márgenes de admisibilidad de la autonomía de la voluntad individual y colectiva "in pejus".

⁴⁶DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, N° 64, Madrid, 1998, p. 29.

⁴⁷BARBAGELATA, Héctor-Hugo, "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales", in rev. Derecho Laboral, t. XLVII, N° 214, abr.-jun. 2004.

dignidad del hombre⁴⁸ y forma parte, indiscutiblemente, de ese complejo entramado de valores superiores. La constitucionalización de estos bienes jurídicos vinculados con la materia laboral, constituye una expresión de la elevada consideración que los mismos merecen en la conciencia jurídica colectiva, y los acerca a una concepción más profunda del Derecho que aquélla a la que el llamado “positivismo legislativo” los había reducido, al identificar todo lo que pertenece al mundo del Derecho, con lo establecido explícitamente en la ley⁴⁹. Estos principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, se integran “en bloque” a las Constituciones y se les reconoce la más alta jerarquía y fuerza normativa. Esto permite reconocer un Derecho de los derechos humanos, con potencialidad para prevalecer incluso sobre la noción de soberanía estatal, de tal suerte que ya no es derecho interno o internacional, sino un derecho universal⁵⁰.

21) La protección del ser humano que trabaja, que se encuentra centrada en el núcleo principal del Derecho del Trabajo, sitúa a la finalidad de la disciplina en el corazón mismo de los derechos humanos fundamentales, y le reconoce el merecimiento de una tutela jurídica privilegiada⁵¹. Naturalmente, este amparo jurídico dirigido al

“Esto permite reconocer un Derecho de los derechos humanos, con potencialidad para prevalecer incluso sobre la noción de soberanía estatal, de tal suerte que ya no es derecho interno o internacional, sino un derecho universal. “

trabajador, no puede ser considerado un valor meramente perteneciente al Derecho del Trabajo, sino que forma parte del acervo de la teoría general del Derecho. Las bases y fundamentos esenciales del Derecho del Trabajo constituyen uno de los aspectos sobre los que se sustenta la estructura de la sociedad, en la medida que forman parte de los derechos del hombre, fin último de toda vida social.

22) El carácter *trascendente* o *supra-positivo* de estos valores inherentes a la condición humana, determina que su efectiva vigencia no dependa de su explicitación normativa⁵². La admisión de este característico sentido *trascendente* o *supra-positivo* que poseen los valores propios a la condición humana y pertenecientes al Derecho del Trabajo, aporta un inestimable componente ético a esta disciplina, que queda ubicada en una dimensión conceptual superior a la meramente dimanante de la normativa legal. La profundidad de esta nueva perspectiva jurídica se ahonda todavía más si se alcanza a comprender que estos valores quedan situados incluso más allá de la disponibilidad del propio constituyente, puesto que su superlativa esencia merece una estabilidad que podría no resultar compatible ni siquiera con las acotadas posibilidades de variación que posee este

⁴⁸BARBAGELATA, H.-H., “*Perspectiva de una Carta de derechos fundamentales para el MERCOSUR*” y “*Papel de una Carta Social y de las Declaraciones y Pactos Internacionales en el MERCOSUR. Contenido de la Carta Social*”, VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Costos laborales. Carta de derechos fundamentales, FCU, Mdeo., 1993.

⁴⁹ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 33 y 39.

⁵⁰BARBAGELATA, H-H, “*El bloque...*”, op. cit.

⁵¹PLÁ RODRÍGUEZ, Américo., “*Los derechos humanos para el Derecho Laboral*”, in Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 1, Mdeo., 1968, p 68; “*Los derechos humanos y el derecho del trabajo*”, in rev. Debate Laboral, N° 6, Costa Rica, 1990, p. 11.

⁵²FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*. La ley del más débil, Trotta, p. 20 y 21.

último⁵³. En el caso de la Constitución brasileña de 1988 esta característica se encuentra claramente recogida en las denominadas “cláusulas pétreas”. Tal como enseña Russomano, la propia Carta establece que algunas de sus normas no pueden ser alteradas por mera enmienda posterior, lo que implica que su alteración depende de la discusión y aprobación, en Asamblea Nacional Constituyente, de un nuevo e integral texto básico. Dentro de las normas que poseen esta naturaleza *pétreas*, se encuentran los preceptos que aseguran garantías y derechos individuales (art. 60, § 4º, inc. IV), pero también “...os direitos sociais (art. 7º e 8º), de natureza individual e colectiva, porquanto esse direitos são sociais pela sua natureza e por seus fins, mas individuais pela titularidade dos sujeitos que os exercem”⁵⁴.

23) Además, los bienes jurídicos que forman parte del esquema de los derechos humanos fundamentales -entre los cuales están ubicados los atinentes al ser humano en cuanto trabajador- evolucionan al impulso de una fuerza que tiende a dotarlos de una cada vez más elevada consideración jurídica. Desde luego, esta tendencia ascendente sólo puede apreciarse si se parte de la comprensión de que la vigencia y existencia

“...los bienes jurídicos que forman parte del esquema de los derechos humanos fundamentales -entre los cuales están ubicados los atinentes al ser humano en cuanto trabajador- evolucionan al impulso de una fuerza que tiende a dotarlos de una cada vez más elevada consideración jurídica.”

de los mismos no necesariamente coincide por su efectiva recepción en las normas legales. De lo contrario, el jurista que comience el análisis de estos valores a partir del estudio particular de la legislación -y sin alcanzar a concebirlos en su verdadera dimensión suprallegal- sólo llegará a percibir una evolución zigzagueante, propia de las normas que integran el Derecho positivo.

24) La admisión de esta línea evolutiva ascendente, se presenta actualmente como una constante en la doctrina de los derechos humanos y se erige en guía inestimable para la interpretación y aplicación del Derecho en tal ámbito⁵⁵. La vocación de “irreversibilidad” que se vislumbra en los niveles tutelares que alcanzan estos bienes jurídicos, deja entrever en su propia concepción, la presencia de la dogmática juslaboralista, que desde siempre ha enfatizado el “sentido unidireccional” del orden público social o laboral; constantemente enfocado hacia la superación de los umbrales de protección. Del mismo modo, la prevalencia del criterio del *favor al interés del trabajador* -regla hermenéutica básica que en el Derecho del Trabajo permite determinar cuál habrá de ser la norma aplicable entre dos que tienen vocación de serlo⁵⁶-, también constituye una pauta a seguir en la

⁵³BARBAGELATA, H.-H., *Derecho del Trabajo*, tomo I, vol. 1, 2ª ed. actualizada, Mdeo., 1995, p. 122. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el primer caso contencioso en el que interviniera (caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 20 de julio de 1988. Secretaría de la Corte, Serie C. 1988, § 165, p. 69) señalaba: “El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión (...), la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal”. URIOSTE BRAGA, Fernando, *Naturaleza jurídica de la protección internacional de los derechos humanos*, FCU, Mdeo., 1992, p. 18.

⁵⁴RUSSOMANO, Mozart Víctor, op. cit. p. 102 y 103.

⁵⁵Ver sentencia argentina publicada en la rev. Derecho Laboral, t. XLI, N° 191, p. 843 y ss., con comentario de H.-H. Barbagelata.

⁵⁶PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1998, p. 99 y ss.

aplicación de los derechos humanos en general, ámbito en el que tiene acogida la llamada interpretación *pro cives* o *pro libertatis*, que supone la primacía de la norma que resulte más favorable a la persona⁵⁷.

25) Teniendo presente lo que se viene diciendo y si se comparte lo señalado en cuanto al carácter *trascendente* o *supra-positivo* de los valores inherentes a la condición humana, la respuesta que auguraba el fin del Derecho del Trabajo seguramente comience a difuminarse. En este sentido, si bien es posible que por diversas circunstancias un determinado ordenamiento positivo pueda comenzar a incorporar normas reductoras de la tutela de los bienes jurídicos atinentes al Derecho del Trabajo (o incluso sin necesidad de consagrar normas de tal tenor pueda comenzar a variar en sentido peyorativo la forma de aplicación práctica del Derecho del Trabajo⁵⁸) sin embargo, dicha tendencia no debe asumirse como un síntoma infalible de una afectación de la sustancia y vigencia de dichos valores esenciales. En otros términos: la norma jurídica positiva que consagre una disminución en la tutela de un determinado valor integrante de la sustancia del orden público social, lejos de condicionar la conclusión de que ha variado la consideración jurídica colectiva que merece dicho bien, debería ser objeto de un análisis extremadamente estricto, debido a que la ya mencionada *presunción de progresividad*, estaría determinando, o bien una conclusión negativa en cuanto a su legitimidad (por tratarse de una norma positiva en contradicción con los valores superiores que conforman el orden público), o en el mejor de los casos, la conclusión de que se trata de una norma excepcional, que basa

su legitimidad para marcar una inflexión en la línea de principio, en razones de interés general. La retracción de la tutela positiva de cierto bien jurídico no supone una mengua de la valoración esencial que el mismo merece, la que en un estado de derecho y en condiciones normales, seguramente terminará prevaleciendo.

26) Es a partir de estas premisas que debe analizarse la crisis del Derecho del Trabajo y estudiar si la misma afecta la sustancia de sus valores o si solamente se hace evidente en el plano de las normas legales. La ideología neoliberal sin dudas responderá lo primero, puesto que su principal aspiración a este respecto consiste en identificar al trabajo con una mercancía y darle así, el mismo tratamiento que al resto de los elementos que comparten esta condición⁵⁹. Y relegar el trabajo a la mera condición de mercancía, provoca inevitablemente la consecuencia de que el trabajo ya no merecería ser objeto de una tutela especial. Sin embargo, en el actual estadio de la evolución del Derecho, y sin desconocer el éxito que estas corrientes sin dudas han obtenido a nivel legislativo, no puede considerarse que las mismas hayan logrado socavar la preeminente ubicación que en la esencia de la conciencia jurídica universal ostenta la máxima ética que declara la improcedencia de otorgar al trabajo el tratamiento de una mercancía. El impulso hacia la desregulación del Derecho del Trabajo, no parece hasta el momento poseer la energía necesaria como para enervar la *sustancia conceptual* de los valores esenciales que forman su naturaleza, los que permanecen a salvo, en un sitial superior al alcanzable por la norma de nivel legislativo.

⁵⁷AYALA CORAO, C.M., “*El derecho de los derechos humanos (La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los derechos humanos)*” E.D., 9.12.94, p. 11, citado en la sentencia argentina dictada por el Dr. Oscar Zás y publicada en rev. Derecho Laboral, cit.

⁵⁸Como aconteció claramente en caso de Uruguay. ROSENBAUM, J. y GARMENDIA, M., “*El discreto proceso...*”, cit.

⁵⁹Al respecto, señala Barbagelata: “*El Derecho del Trabajo aparece como un obstáculo para la concreción absoluta del paradigma del ‘mercado global’ que postula. Desde esta óptica, la solución no podría ser otra que llevar la flexibilización de la normativa laboral hasta sus últimos extremos, o sea una desregulación tan amplia como sea posible, es decir, hasta el extremo que el propio sistema constitucional y la opinión pública lo permitan, que era el límite que reconocía - aunque a regañadientes- el propio Hayek para su política de volver atrás las agujas del reloj*”. BARBAGELATA, H.-H., “*Hablemos de flexibilidad y globalización*”, in rev. Derecho Laboral, t. XLII, N° 194, abril-junio 1999, p. 254.

27) Los valores inmanentes a la condición humana poseen vida propia y esto les permite alcanzar operatividad jurídica inmediata y una calidad trascendente respecto del Derecho Positivo.

28) La norma positiva debe adecuarse y contemplar debidamente la tutela de dichos valores, pero las omisiones que en tal sentido presentan las normas positivas no pueden ser obstáculo para llevar tutela efectiva a dichos valores sustanciales. Esto significa que debe descartarse que en las Constituciones existan disposiciones meramente programáticas y la doctrina reconoce que tales disposiciones no solamente obligan a los Estados a legislar, sino que además, son un criterio de interpretación del Derecho interno vigente e, incluso, ante la ausencia de norma de Derecho interno en la materia, poseen un valor supletorio y pueden ser aplicados en forma inmediata.

28) “Desgraciadamente -decía Carnelutti- la norma ética sólo habla a la conciencia y no todos los hombres (...) son sensibles a su voz. En esta materia, no se debe ser ni escéptico ni iluso. La Humanidad avanza en todas las direcciones, mas en la dirección de la ética lo hace con gran lentitud. Sin embargo - proseguía esperanzadamente el gran jurista italiano - los hombres se hacen mejores en esta dirección, pero sus pasos son imperceptibles, como si la manilla del reloj se moviera sobre un cuadrante de siglos”⁶⁰.

Y hasta tanto la humanidad no alcance ese estadio de dominio absoluto de la norma ética (sea porque el mismo todavía está lejos en el largo camino histórico al que alude Carnelutti, sea porque en realidad es distinto del escogido por la humanidad el sendero que lleva a ese destino) resulta

imprescindible contar con un instrumento que haga prevalecer (incluso forzosamente, si fuera menester) los valores considerados colectivamente trascendentes o relevantes respecto de los intereses egoístas, individuales o antisociales que impulsan la conducta de muchos sujetos. “Se necesita, pues, mientras no la adquiera de otro modo, proporcionar a la norma ética la fuerza de que carece naturalmente” y aquí es, dice una vez más Carnelutti, donde aparece el derecho, cuya misión consiste en someter la economía a la ética o, dicho de otro modo: imponer la ética a la economía⁶¹.

29) El surgimiento del Derecho del Trabajo es claramente una de las manifestaciones históricas más evidentes del cumplimiento de esta misión o función que Carnelutti le atribuye al Derecho. Se trata de un ejemplo de la imposición de la ética a la economía, a través de la norma jurídica. Sin embargo, quizás como ningún otro ámbito de la vida humana, la norma jurídica laboral debe proporcionar sustento a la norma ética, por carecer esta última de la fuerza que, de otro modo, la haría prevalecer naturalmente, es decir, sin necesidad de contar con un tutor. La reivindicación del sentido

antropocéntrico del Derecho del Trabajo y de los valores básicos de esta disciplina (inspirados en la idea de que el trabajo no es una mercancía y que debe ser objeto de una protección jurídica especial) constituye una tarea que queda destinada a los juristas, que deberán encontrar los mecanismos adecuados para dar exigibilidad y justicia a las disposiciones “declarativas” relativas a los derechos económicos, sociales y culturales.

Montevideo, setiembre de 2006

⁶⁰CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 56.

⁶¹Op. cit., p. 56.