

“Las tendencias de transformación del derecho del trabajo
(Hipótesis sobre un destino complejo)”

*Adrián Goldin**

D.T.: N° 29

* El autor es Profesor Plenario del Departamento de Humanidades de la Universidad de San Andrés y Coordinador del Área de Derecho.

FEBRERO - 2003

LAS TENDENCIAS DE TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO (HIPOTESIS SOBRE UN DESTINO COMPLEJO)

por Adrián O. Goldin

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN¹

El Derecho del Trabajo parece encaminarse rumbo a un destino incierto. Esa incertidumbre no es nueva; lleva ya varias décadas y, en el marco de un régimen jurídico que también mide en décadas – no muchas más - el tiempo de su consolidación como rama autónoma del derecho, ello no es poco. Así como se expresara con acierto alguna vez que la crisis ha sido histórica compañera de ruta del Derecho del Trabajo, se podría hoy sugerir que desde hace algún tiempo – largo tiempo para una corta historia – *el Derecho del Trabajo ha sumado otra problemática compañera: la de la incertidumbre sobre su destino.*

Es que el Derecho del Trabajo, qué duda cabe, está cambiando, y mucho. Es casi un lugar común evocar un nutrido conjunto de fenómenos - económicos, políticos e ideológicos, sociales, culturales, tecnológicos - que contribuyen a explicar ese virtual "estado gaseoso" del ordenamiento jurídico laboral.

Naturalmente, cuando algo que en verdad importa está transformándose, es inevitable el anhelo por conocer cómo ha de quedar al cabo de ese proceso; cuando se advierte que el velo de la incertidumbre no se ha de descorder sino con el paso del tiempo, se procura al menos entrever el sentido de los cambios que experimenta².

¹ Para la descripción de las *tendencias de transformación del Derecho del Trabajo*, me he servido de ideas y materiales que forman parte de estudios anteriores. Son ellos: "El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas" en Revista Relaciones Laborales, Madrid, Num 3 Año 12 8/2/96, pag. 36 "La protección del trabajo en la encrucijada", en la revista Derecho del Trabajo, Ed. La ley 1999 B página 2469 y en Revista de Direito do Trabalho, Ed. Revista dos tribunais, No. 97 ano 26, Enero Marzo 2000, pags 97 y sgtes ;"Las fronteras de la dependencia", en Revista Relaciones Laborales, Madrid, año XVII No. 19 pág. 13."Labor law beyond employment; a Latin American perspective" (en Comparative Labor Law and Policy Journal, University of Illinois, (Vol 20 Number 4, page 281). También de "El futuro del Derecho del Trabajo" incluido en "Ensayos sobre el Futuro del Derecho del Trabajo (en homenaje al Colegio Nacional de Buenos Aires)", Zavalía 1997, obra en la que junto con Mario Ackerman recopilamos (además de los propios), los ensayos de otros ex – alumnos de nuestro colegio (Daniel Funes de Rioja, Geraldo von Potobsky, Hugo Carcavallo, Milton Rainolter, Armando Rocha y Roberto Izquierdo).

² En su "La question de l'avenir du droit du travail. Vue d'Europe" (texte pour la revue PLURIMA de la Universidad Federal Fluminense de Río de Janeiro", manuscrito) Antoine Jeammaud hace una rápida mención de estudios que se han dedicado al tema. De tal modo cita el debate permanente sobre el tema en la revista italiana Lavoro e Diritto, el informe de la denominada Comisión Boissonnat" publicado bajo el título "le Travail dans vingt ans", Odiel Jacob 1995, el denominado Informe Supiot, publicado en Francia como "Au-déla de l'emploi. Transformations du droit du travail et devenir du droit du travail en Europe, sous la direction d'A Supiot", Flammarion, Paris 1999 (en español, Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo, Informe para la Comisión Europea, Coordinador Alain Supiot, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, el informe de Spiros Simitis "Le droit du travail, a-t-il encore un avenir? Publicado en Droit Social 1997 pág. 655 y el libro de homenaje al Colegio Nacional de Buenos Aires evocado en la nota anterior. Con posterioridad se siguió escribiendo sobre el tema: entre otros estudios, se pueden mencionar los de Manuel Carlos Palomeque ("La función y la refundación del Derecho del Trabajo" en Relaciones Laborales (Madrid) Año XVI, Número 13, 8 de julio de 2000, pág. 21 y sgtes y "El trabajo autónomo y las

Si el objeto lo constituye, como en nuestro caso, un sector del ordenamiento jurídico, ese afán estará necesariamente preñado de peligros y emboscadas; todo ensayo prospectivo relativo al derecho arriesga confundir hipótesis con preferencias, constataciones con propuestas, problemas con aspiraciones encontradas. De tal modo, a la insuperable opacidad de las imágenes que proyecta todo empeño por otear el futuro se agrega, por si aquella dificultad no bastara, la singular panoplia de valores y preferencias de quien se atreve a protagonizar tan audaz emprendimiento. No es sencillo, en efecto, separar en el análisis el derecho que *tal vez sea* del derecho que *quiero que sea* o, en clave de resignación, del derecho que *creo que me han de imponer*.

La convicción de que no es posible eludir esas restricciones no significa que haya que renunciar a conocer lo cognoscible, a percibir lo que se pueda ver. Algún tiempo atrás³ inicié mi propia incursión en tan escarpado territorio; en esa oportunidad – a la vista de tanto riesgo y, en particular, del de las dominantes subjetividades - lo que me propuse fue *intentar la identificación de las preguntas más atinadas*. Admitía entonces que, desde luego, también en la elección de las preguntas van de algún modo implicadas – cierto que muchas veces de modo no fácilmente reconocible - las preferencias de quien las formula. Pero alegaba a modo de justificación que, al menos hasta el advenimiento material de los hechos (y a veces aún después), esas preguntas suelen dejar espacio para más de una respuesta...

En esta oportunidad – aunque en la misma línea mucho más próxima a la interrogación que a la respuesta – procuraré desagregar algo más el esfuerzo analítico. De lo que se trata es de identificar, ordenar y, en la medida de lo posible, presentar de modo somero y esquemático, algunas de las *tendencias de transformación* que inciden en el moderno Derecho del Trabajo. Ninguna de ellas responde a un ejercicio de “anticipación creativa”; no son en cada caso sino la categorización de las principales tendencias de transformación en curso y procuran dar algo de “cuerpo” a la hipótesis de que *el Derecho del Trabajo que sobrevenga – aunque se inscriba en alguna tendencia dominante de las que denominaremos “hipótesis simples” del cambio - adquirirá en rigor la fisonomía compleja que le deparen estas tendencias (y otras que no llegamos a examinar en esta oportunidad o que sobrevendrán y no se les alcanza aún a discernir), según el grado de desarrollo o intensidad que cada una hubiere alcanzado en el momento en que las variables que expresan tiendan a estabilizarse*.

Quede de todos modos claro que aunque el tránsito del Derecho del Trabajo responda en una cierta medida de ningún modo desdeñable a una serie de fenómenos objetivos a los que el ordenamiento no puede sustraerse, el rumbo que en definitiva adopte está codeterminado también por factores ideológicos, valores, intereses, opciones estratégicas de los principales actores políticos y sociales y sus relaciones de poder⁴. Con lo cual, además de prevenir(me)

propuestas de refundación del Derecho del trabajo, en la misma revista, año 2000, vol 160 Nos. 7/8 páginas 49 a 64); Georges Spyropoulos en “Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs”, en Droit Social No. 4 Abril de 2002, pag. 391; Rojo Torrecilla, Eduardo, “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo”, en Relaciones Laborales (Madrid) No. 18 (septiembre de 1997) pág. 16.; Monereo Pérez, J.L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, en Relaciones Laborales (Madrid), Año XVII (2001) No. 15/16, pág. 13. etc.

³ En “El futuro del Derecho del Trabajo”, cit. en nota 1.

⁴ Cfr. Spyropoulos, Georges, en op. y loc. cit. en nota 2.

contra toda forma extrema de determinismo fatalista y de expresar mi convicción de que en la evaluación de sus transformaciones es necesario "separar la paja del trigo"⁵, quiero significar que tampoco este ensayo elude su propia adscripción axiológica.

Otra advertencia introductoria. Pese al profundo enraizamiento contextual que el ordenamiento laboral tiene en cada sociedad nacional, me pareció que no sería posible identificar esas *tendencias de transformación* sin indagar en la experiencia y en la literatura comparadas, en especial la europea. Después de todo, el Derecho del Trabajo de la amplísima mayoría de los países de América Latina ilustra distintas formas de aproximarse al modelo jurídico-social europeo aunque, hay que tenerlo en cuenta, sus regímenes jurídicos también expresan el azaroso devenir institucional, político, económico y cultural de cada una esas naciones que les han dotado en consecuencia de otros perfiles, unos pocos de ellos de dimensión continental⁶, los más, estrictamente nacionales.

Esas notas diferenciadoras y otras que no es ésta la oportunidad para examinar con mayor detalle sugieren, a mi juicio, que la de nuestros regímenes jurídico-laborales constituye una pertenencia *débil* al modelo europeo condición que, si se reconoce, tal vez contribuya a explicar el impacto desmedido que han sufrido algunos de ellos en el marco de las transformaciones económicas, tecnológicas y político-sociales de las últimas décadas.

Quiero decir de esta forma que del mismo modo que no es posible ignorar entre nosotros esa experiencia comparada, tampoco cabe considerarla de modo acríptico y descontextuado; hay un mar de fenómenos compartidos pero hay también un océano de realidades divergentes⁷. De lo que se trata es de que la reflexión "en clave latinoamericana"

⁵ No todas ellas responden a la necesidad ineludible de proveer novedosas soluciones normativas para atender fenómenos modernos que han sobrevenido en los mercados de trabajo y en los sistemas de producción; no todas ellas son, tampoco, ominosas manifestaciones de un incontenible proceso de regresión de los valores propios del ordenamiento tutelar.

⁶ Oscar Ermida Uriarte ha identificado algunos de esos caracteres a los que podría reconocérseles dimensión latinoamericana: fuerte intervencionismo estatal, notoria brecha entre derecho y realidad, conflictividad, vasto sector informal, estructura sindical y de la negociación colectiva muy atomizada (excepto en la mayoría del los países del MERCOSUR), etc (en "Las relaciones de trabajo en América Latina", Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social No. 18 (1990) página 63 y siguientes). Arturo Bronstein, en "Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad", publicada en la Revista Internacional del Trabajo OIT, Vol 116 (1997) No. 1 pone en evidencia "...una correlación muy llamativa entre los regímenes dictatoriales y la legislación garantista" en América Latina, y menciona en particular los códigos de trabajo de Nicaragua (promulgado en 1944 por Somoza), de la República Dominicana (de 1951 que recibió el nombre del "benefactor" Trujillo), el denominado "Código Duvalier", de Haití, el de Paraguay (Stroessner, 1961), el Código de Panamá de 1971 y la legislación peruana de los años 70. Es difícil sustraerse a la tentación de formular algunas hipótesis que permiten relacionar estas circunstancias con algunas de las características que Ermida Uriarte asignara a los ordenamientos laborales de la región, en particular la brecha entre derecho y realidad y el fuerte intervencionismo estatal.

⁷ Algunas referencias comparativas para ilustrar esas cautelas. a. Las políticas públicas tendientes a adaptar los ordenamientos normativos a las nuevas condiciones del sistema productivo y del mercado tienen muchas veces suficiente justificación técnica, económica y, en algunos casos, incluso social. Conviene decir, sin embargo, que si en otras experiencias los espacios de flexibilidad normativa suelen satisfacer también expectativas de trabajadores que tienen necesidades diferenciadas, no es habitual que operen de ese modo en los países menos desarrollados en los que las condiciones de funcionamiento del mercado del trabajo no permiten que aquellos ejerzan efectivamente alguna opción entre alternativas diversas. En estos últimos, precisamente por las condiciones culturales y de mercado imperantes, los mecanismos de flexibilidad laboral

– de los que, como queda dicho, no cabe necesariamente renegar pues demuestran ser muchas veces indispensables para un desempeño adecuado del sistema normativo – sólo se orientan a satisfacer demandas y opciones empresarias. Tal lo que sucede, por ejemplo, con las normas que habilitan diversas formas de flexibilidad de la jornada de trabajo, o de reducción de la jornada, o de desempeño en jornadas a tiempo parcial, invocadas muchas veces como ejemplo paradigmático del tipo de disposiciones de las que, se afirma, se puede hacer un uso “pro-operario”; pocos son en la práctica latinoamericana los casos de jornada flexible, reducida o parcial cuya utilización responda a la iniciativa o interés del trabajador. Por análogas razones, tampoco necesariamente han de servir en los países latinoamericanos las políticas tendientes a promover el uso del contrato a tiempo parcial o a generalizar la reducción de la jornada, con el objeto de provocar un cierto “racionamiento” (*partage*) del trabajo socialmente disponible; en otras palabras, para distribuirlo mejor y reducir las tasas del desempleo. Es que los bajos niveles salariales imperantes en estos países han de determinar que una hipotética reducción de la jornada o la utilización de modalidades de desempeño a tiempo parcial induzcan a quienes queden alcanzados por esas condiciones a ocupar el tiempo liberado en una segunda ocupación para completar un ingreso por definición insuficiente. De ese modo, el trabajo “que se gana” tras la reducción de la jornada, “se pierde” tan pronto el mismo trabajador usa ese espacio para desplegar una nueva actividad remunerada.

b. Otro ejemplo, esta vez en el plano de lo colectivo. No está ausente en nuestros países el fenómeno del debilitamiento de la representación colectiva, reconocible antes en diversos países europeos como consecuencia del creciente tránsito de la homogeneidad de las industrias a la creciente heterogeneidad que suscitan las nuevas bases técnicas de los procesos, las nuevas formas de organizar el trabajo y la producción, los nuevos espacios, funciones, destinatarios y contenidos de la negociación, las nuevas relaciones entre las diversas fuentes normativas. Pero probablemente ese *debilitamiento de la representatividad* asuma perfiles más críticos en algunos países de América Latina. Es que, como se expresa en el Informe Supiot (citado en nota 2), son los modos de organizar el trabajo y la producción los que determinan el modo y estructura de la negociación colectiva y ésta a su vez la que define y condiciona los modos de representación colectiva, salvo – ha sostenido la teoría – cuando las estructuras de la representación han sido determinadas por una intervención estatal consistente y temprana (Clegg, Hugh “El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva (una teoría basada en la comparación de seis países), Madrid MTSS, pág. 21). Y esto último es, precisamente, lo que ha sucedido en no pocos países de la región aunque esas intervenciones no siempre operaran en el mismo sentido (en unos pocos casos – especialmente Brasil y Argentina y en un cierto sentido México, se trató de una intervención centralizadora; en los restantes, se procuró confinar la negociación en el nivel de la empresa). No debería, en consecuencia, llamar la atención que los mecanismos de representación imperantes en algunos de estos países opongan una mayor resistencia a los requerimientos de adaptación impuestos por las transformaciones en curso, y, como consecuencia de ello, se resientan y problematicen en una medida más profunda los mecanismos de la acción colectiva y, en particular, el ejercicio de la autorregulación colectiva de las relaciones del trabajo.

c. También en América Latina crece de modo exponencial la tendencia a la instalación de modos de organizar la producción basados en formas diversas de descentralización de los procesos. Pero si en diversos países europeos es cierto, como señala Rodríguez Piñero (en “El Derecho del Trabajo a fin de Siglo”, en Relaciones Laborales, Madrid, 1999, vol 24 págs 1 a 10), que los fenómenos de fraude o abuso por la existencia de falsos empresarios no son ya fenómenos tan difundidos y se mira de modo menos crítico los que hasta ahora se percibían como actos predominantemente elusivos (de la condición del empleador, del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo), en nuestros países el recurso a la externalización no parece operar aún en muchos casos como alternativa de especialización productiva sino más bien como meras estrategias de desresponsabilización empresarial. Sucede aún entre nosotros que en muchos casos unas relaciones de trabajo de mejor calidad en empresas medianas y grandes descansan sobre otras de mayor pobreza, alta informalidad y deficientes condiciones de trabajo (con su correlato de baja productividad) que se observan en las pequeñas empresas destinatarias de las descentralizaciones de los procesos.

d. Como en los países de mayor grado de desarrollo relativo, en los países de América Latina las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas – también, por cierto, el cambio en las relaciones de poder y el reposicionamiento relativo de los paradigmas ideológicos – tienden a poner en cuestión categorías básicas del régimen de protección del trabajo, como es la de *la dependencia o subordinación laboral*. Pero no son esos fenómenos de adscripción postindustrial sino, por el contrario, otros que ilustran situaciones prefordistas de informalidad los que prevalecen en nuestro subcontinente, y deben por lo tanto ser objeto de consideración prioritaria. También en países más avanzados coexisten situaciones de uno y otro tenor; la

no ceda a la tentación de ignorar desarrollos pertinentes sólo porque exorbitan el dogma canónico de los debates propios⁸, pero que tampoco les rinda tributo de modo descontextuado y ligero.



Universidad de
San Andrés

diferencia, no desdeñable por cierto, reside en su grado de implantación relativa (Casas Baamonde, Ma. Emilia, “Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas”, en Relaciones Laborales, Madrid, Diciembre de 1997 (No. 23, año XIII, pág. 1).

⁸ Frecuentemente suscita menos rechazo el posicionamiento formulado directamente desde las antípodas de aquel que se sostiene como dogma y doctrina propios, que toda otra expresión de pensamiento que no sea fácilmente reconocible u homologable en el marco de la dialéctica tradicional; dialéctica esta que alienta – tanto desde una cierta aproximación como desde la que le es frontalmente opuesta - una común condición de pertenencia.

II. LA HIPOTESIS DE LA REDEFINICIÓN COMPLEJA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Intimamente denotado por cuestiones axiológicas, políticas, económicas, sociales y tecnológicas, el Derecho del Trabajo está “en zona de tormenta”. Operan sobre él, de un lado, reclamos y presiones, demandas y propuestas, ataques y ejercicios de resistencia; de otro lado, procesos de renovación tecnológica cuyo ritmo se acelera con el correr de los años, cambios acentuados en la naturaleza, fisonomía e imagen cultural del trabajo humano, nuevas formas de organizarlo y también de organizar la producción, heterogeneidad creciente de los procesos de trabajo y, en su consecuencia, también de las categorías profesionales y de las exigencias de formación, alteraciones en las secuencias de las carreras profesionales, cambios en el funcionamiento de los mercados y de la economía en su conjunto, fenómenos demográficos de fuerte incidencia sobre el mercado de trabajo, caducidad o menor abarcabilidad de categorías conceptuales fundantes, pérdida de virtualidad de políticas sociales y otras técnicas de cobertura social adscriptas al trabajo, entre otros fenómenos que configuran en conjunto un cuadro de notable complejidad. Complejidad ésta que se torna más acentuada aún, si se tiene en cuenta que todas esas formas en que se manifiestan las tensiones de transformación coexisten – con diversa incidencia relativa⁹- con espacios en los que subsisten los modos más tradicionales de configuración del sistema productivo y, en muchos casos, aún con situaciones prefordistas que se preservaran al margen de la cultura industrial consolidada en el siglo que viene de concluir¹⁰.

Y aunque desde ciertas perspectivas ligadas a estos procesos se formulen demandas más o menos simples – las más elementales, las que proponen la erradicación de las instituciones de protección y sus antagónicas, las que propician su intangible conservación – sustentamos la hipótesis de que el devenir del Derecho del Trabajo no resolverá esas tensiones mediante tendencias correlativamente simples sino, por el contrario, bien *matizadas, plurales y complejas*.

Es precisamente por ello que me parece difícil imaginar un Derecho del Trabajo cuyo destino sea categorizable dentro de una de las hipótesis tendencialmente *simples* que hoy lucen en perspectiva: entre otras, su lisa y llana erradicación¹¹, o su reducción a una reglamentación de higiene y seguridad completada por normas supletorias a efectos de la negociación colectiva¹² (o, como también se las designa en Argentina, de *disponibilidad colectiva*), o bien su preservación con ajustes menores (inclusión de otras categorías¹³ o extensión de algunas de sus tutelas¹⁴, o reforma de su esquema de fuentes¹⁵, o modificación

⁹ Naturalmente, esa incidencia es mayor en las economías de mayor desarrollo relativo.

¹⁰ Cfr., María Emilia Casas Baamonde, en op. y loc. cit en nota 7.

¹¹ La evoca Antoine Jeammaud en op. cit en nota 2.

¹² Idem, nota anterior

¹³ Cfr. Palomeque. Manuel Carlos en “La función y la refundación del Derecho del Trabajo” y Jeammaud, Antoine en “La question de l’avenir du droit du travail. Vue d’Europe” ambos citados en nota 2.

¹⁴ Cfr. Fernando Valdes en “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, en Relaciones Laborales (Madrid) No. 20 Año XVII Octubre 2001 pág. 1.

¹⁵ Cfr., Palomeque, Manuel Carlos, en op. cit. en notas 2 y 13, en donde menciona nuevas relaciones entre ley, convenio y contrato, recuperación de la eficacia contractual frente a la normativa, descentralización de los instrumentos reguladores, atenuación de los efectos de eficacia más extendida o general.

de contenidos en sentido de flexibilidad o adaptación¹⁶), o su tránsito hacia un derecho de la actividad¹⁷ o hacia la protección “sobre el mercado”¹⁸, o un derecho del mercado de trabajo¹⁹, o un esquema de “procedimentalización” (en francés, *procéduralisation*) de la tutela²⁰, etc.

Imagino, en cambio, un espectro mucho más amplio y complejo de modelos que podrían sobrevenir, determinado cada uno de ellos por la combinación de todas esas tendencias que definen aquellas alternativas que llamé “simples”, junto a otras no necesariamente consideradas en la invocación de estas últimas variantes. No parece posible predecir cuál especie de esa indeterminada serie de modelos habrá de prevalecer en cada experiencia nacional, puesto que dependerá naturalmente del grado o intensidad en que se hubieren desarrollado (o, por el contrario, involucionen) cada una de esas tendencias y, por añadidura, del modo en que coexistan e interactúen.

Si ello fuera así, lo que podría hacerse por el momento es identificar, ordenar y, en la medida de lo que es posible en este documento, presentar someramente algunas de esas tendencias, que en esta lógica – sólo por alcanzarlas con un genérico - denominaríamos *tendencias de transformación* en el moderno Derecho del Trabajo. Cada una de ellas expresa el modo en que aquellos fenómenos sustantivos de diversa adscripción material se van proyectando sobre el ordenamiento laboral y adquieren forma jurídica a su interior y en sus más inmediatas proximidades. Como señalamos antes, su identificación no constituye en caso alguno un ejercicio de “anticipación creativa”; no son sino la categorización de las principales tendencias de transformación en curso descritas por la literatura más rigurosa y reciente; *tendencias que, también hay que advertirlo, no guardan recíproca independencia conceptual, sino que, al menos entre algunas de ellas, comparten espacios indiscernibles y, por ende, se solapan y superponen*. Sobre su evolución se construye, como fuera anticipado a título introductorio, la hipótesis de que *el Derecho del Trabajo que sobrevenga – aunque se inscriba en alguna tendencia dominante de aquellas que denominé “hipótesis simples” del cambio - adquirirá en rigor la fisonomía compleja que le deparen estas tendencias (y otras que seguramente sobrevendrán y que no se alcanza aún a discernir), según el grado de desarrollo o intensidad que cada una hubiere alcanzado en el momento en que las variables que expresan tiendan a estabilizarse.*

¿Una prospectiva que anticipa muy poco? Tal vez, en efecto, lo sea. Podría, sin embargo, no constituir una línea de construcción conceptual irrelevante. Desde la producción del conocimiento, la individualización de esas *tendencias* podría facilitar un *seguimiento* más riguroso del proceso de rejuridificación en curso, el reconocimiento de las tendencias dominantes y la identificación en cada momento de perspectivas más o menos probables, más o menos deseables. Desde la visión de los valores, los intereses y la opciones políticas y

¹⁶ Idem, nota anterior.

¹⁷ Cfr. Jeammaud, Antoine, op. y loc. cit en nota 2. Esta alternativa del tránsito a un derecho de la actividad se explica en la sección III.4.c de este documento.

¹⁸ Esta es la propuesta que formula Pietro Ichino en su “Il lavoro e il mercato, Mondadori, Milan 1996 y tiempo después en “Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas”, en Revista Internacional del Trabajo, vol 117 (1998) núm 3 pág 319 y sgtes.

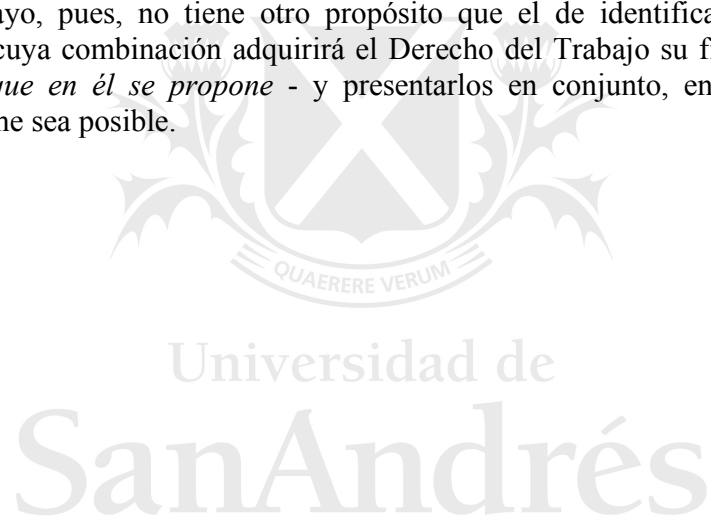
¹⁹ Cfr. Palomeque, Manuel Carlos, en op. cit en nota 2 y 13.

²⁰ Su contenido se explica luego en la sección III.3.b de este documento.

estratégicas, contribuiría a definir los ámbitos en los que se debe operar para consolidar un sistema sustentable de protección del trabajo humano.

Si bien es previsible que se suscite un cierto fenómeno de convergencia entre los diversos ordenamientos nacionales – como que las *tendencias* que se reconocen parecen trascender fronteras específicas – va de suyo que probablemente ninguno abdicará su singularidad intransferible, sus señas de identidad (aunque tal vez las redefina). En nuestros países, la configuración de esas tendencias estará seguramente matizada por sus modos propios de estructuración social, por las fuerzas y relaciones de poder que en ellos predominen y por las otras variables singulares que hoy les distinguen. La incidencia de los nuevos fenómenos jurídicos deberá ser evaluada desde nuestras propias prioridades, desde las agudas carencias de nuestros sistemas de protección laboral y desde las implicaciones que aquellos fenómenos adquieren en contextos como los nuestros²¹. Pero que así los percibamos, que de ese modo establezcamos su significación jurídica y social y su incidencia relativa, *no implica en modo alguno que hayamos de quedar al margen de ese proceso*.

Este ensayo, pues, no tiene otro propósito que el de identificar algunos de los componentes de cuya combinación adquirirá el Derecho del Trabajo su fisonomía futura – *tal la hipótesis que en él se propone* - y presentarlos en conjunto, en un esquema tan ordenado como me sea posible.



²¹ Implicaciones que pretendimos ilustrar mediante algunos ejemplos en nuestra nota 7.

III. LAS TENDENCIAS DE TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

A. SU PRESENTACIÓN

Tras enunciarlas en una secuencia ininterrumpida con el objeto de que se les pueda considerar en su conjunto, procuraré después describir muy sucintamente sus contenidos.

Son ellas:

1. Evolución en las funciones del Derecho del Trabajo

2. Redefinición del centro de imputación subjetiva

- a. La dependencia laboral y el debilitamiento de su faceta jurídica
- b. Heterogeneidad creciente del centro de imputación

Desestandarización

La “otra” heterogeneidad; la dualización y segmentación del mercado

- d. ¿Hacia la protección del trabajo autónomo?
- e. Pérdida de “representatividad” del concepto de dependencia

3. El sistema de fuentes

- a. Evolución del sistema de fuentes
- b. “Procedimentalización” del Derecho del Trabajo

4. Técnicas e instrumentos de protección

- a. Mantenimiento/revisión de las técnicas tradicionales de tutela
- b. Universalidad regulatoria o multiplicación y diversificación de regímenes de tutela
- c. Discontinuidad laboral y tratamiento de las transiciones
- d. Tutela de los derechos fundamentales inespecíficos en el trabajo
- e. Intensidad del régimen de protección laboral

5. ¿Un derecho del empleo?

6. Tendencias externas al ordenamiento jurídico-laboral

- a. Introducción de buenas prácticas laborales/productivas (“camino alto”)
- b. Redefinición de los criterios de representatividad colectiva
- c. Grado de internacionalización del sistema de protección laboral

B. SU DESARROLLO

1. Evolución en las funciones del Derecho del Trabajo

A mi juicio, la tradicional distinción entre finalidad²² y función²³ del Derecho del Trabajo resulta particularmente expresiva para construir una percepción consistente de su evolución y perspectivas.

No me parece que quepa dudar de la idea de que la finalidad manifiesta del Derecho del Trabajo es aún – y lo será en el futuro – la de proteger al trabajador en tanto protagonista débil de las relaciones de producción. En ella convergen los propósitos de tutela, de compensación y de construcción y sostenimiento del sistema de relaciones laborales²⁴ (este último, desde su condición de proceso de producción de normas orientadas, en principio, en sentido análogo a las de su materialidad legal). Sostengo que esa finalidad no cambia por mucho que los modos de realización de sus objetivos aparezcan matizados por políticas públicas e intervenciones legislativas tendientes a flexibilizar su normas, a atenuar su intensidad tutelar, a fortalecer poderes empresariales y privilegiar estrategias productivistas; todos esos emprendimientos parten de reconocer y preservar (o, cuanto menos, de soportar, aún cuando sea a disgusto) la subsistencia de la lógica tutelar de las normas laborales. Si, contrariamente a lo que creo probable, el ordenamiento jurídico abdicara su finalidad protectora, todos esas técnicas concebidas para matizarla perderían sentido, utilidad, vigencia. En otras palabras, no son sino variables dependientes de otra, que preside el proceso de regulación del mercado de trabajo y que no encuentra fundamento sino en la voluntad de proteger diversas formas de trabajo humano.

Es, en cambio, el modo en que evoluciona el conjunto de *funciones* del ordenamiento una de las tendencias sustantativas – uno de los rieles – sobre los que transita el Derecho del Trabajo rumbo a nuevas denotaciones. Si bien no cabe anticipar el punto de destino – no sería un intento riguroso – tal vez sea posible, al menos, reconocer ligeramente y a modo de hipótesis, algunas señales de un proceso en curso.

Por cierto, para marcar un rumbo no basta indicar el punto de partida. Este, no obstante, alineado con hitos ulteriores, es esencial para interpretarlo. Desde esa perspectiva, existe un difundido consenso teórico en torno de la idea de que la función inicial del

²² Son los objetivos o propósitos explícitos del ordenamiento laboral (Conf. A. Martín Valverde y otros Derecho del Trabajo Tecnos (9na. Ed) Madrid, 2000, su fin declarado o convenido (Jeammaud, Antoine, en “Le droit du travail en proie au(x) chagement(s)” texto destinado a una obra colectiva sobre los cambios del derecho, bajo la dirección de Michel Miaille, cuya aparición estaba prevista en 1997 en la Colección Derecho y Sociedad (ed. LGDJ), manuscrito.

²³ Se trata de la contribución que el ordenamiento laboral ha aportado a la vida social, de acuerdo o al margen de los propósitos u objetivos de las distintas normas que lo integran (Conf. Antonio Martín Valverde, op y loc cit en nota anterior), lo que el ordenamiento en la práctica objetivamente tiende a hacer desde la perspectiva de la estructuración de las relaciones sociales (Jeammaud, Antoine, op cit en nota anterior)

²⁴Cfr. A. Martín Valverde y otros, op. cit en nota 22. Pags 57/59.

derecho del trabajo fue la de producir la integración de las clases trabajadoras²⁵ por medio de la juridificación de las contradicciones entre las necesidades de los trabajadores y los intereses de la empresa y la consiguiente institucionalización del conflicto en el trabajo asalariado²⁶. Desde una óptica de frontal contestación, en cambio, se le percibió más bien como concesión calculada de la burguesía para hacer tolerable la explotación de la clase obrera²⁷. En cualquier caso, aún si no cupiera aplicar aquél propósito integrador más que a sustentar la permanencia y desarrollo del sistema de producción capitalista y las paredes maestras de la sociedad burguesa, habría igualmente que admitir que el Derecho del Trabajo devino desde una perspectiva histórico-evolutiva “...un elemento básico para el bienestar de los trabajadores”²⁸.

Podría afirmarse que esa *ambivalencia funcional* de origen no abandonó nunca al Derecho del Trabajo – otra de sus compañeras de ruta – y probablemente (al igual que su finalidad tutelar), tampoco haya de “dejarlo sólo” en los tiempos por venir. Proteger a los trabajadores y preservar el sistema económico, legitimar y luego limitar los poderes empresariales, *arbitrar un delicado equilibrio estructural* entre libertad de empresa y poder empresarial por un lado y protección tutelar del asalariado, por otro²⁹. Todo ello, tras su función última (también, paradójicamente, la inicial): la de *proveer legitimidad al sistema social y a su orden económico*³⁰ (por buenas o malas razones, según cual sea la perspectiva ideológica desde la cual se contemple el fenómeno).

Lo que se viene de señalar no procura más que dar fundamento a la formulación de alguna hipótesis:

- a. Que el sistema social le reclama (y le reclamará) al Derecho del Trabajo el cumplimiento de sus fines (proteger al trabajador) y la realización de sus funciones invariables: legitimar el orden social y económico vigente y asegurar el *equilibrio estructural* entre la satisfacción de las necesidades sociales (en su caso, las de los

²⁵ Cfr. A. Martín Valverde y otros en op. cit. en nota 22 pág. 61. En el mismo sentido, Manuel Carlos Palomeque, en op. cit. en nota 13 y Eduardo Rojo Torrecilla, en op. cit. en nota 2, citando a su vez a Alonso García y Jeammaud.

²⁶ Cfr. Palomeque, Manuel Carlos en op. cit. en nota 13.

²⁷ Al invocar esta perspectiva, Martín Valverde y otros (op. cit. en nota 22, esta vez en su 4ta Edición pag. 55) recuerdan que ella se encuentra ya, “con una retórica convertida luego en estereotipo, en el folleto de V.I. Lenin, “La ley de multas de fábricas” 1987”

²⁸ Cfr. Palomeque, Manuel Carlos, en op. cit. en nota 13.

²⁹ Cfr. Palomeque, Manuel Carlos, idem nota anterior, quien da cuenta de que, por lo demás, se trata de un equilibrio contingente, que opera redistribuyendo en expansión, y procurando preservar la viabilidad de la ecuación económica en tiempos de contracción. En la misma lógica, la finalidad de tutela que detenta el sistema de relaciones laborales en su condición de productor normativo asume su propia ambivalencia bajo la forma de nuevos cometidos: la instrumentación de medidas especialmente traumáticas de gestión crítica de las relaciones laborales (despidos, suspensiones colectivas, otras medidas de crisis) (en ese sentido, Casas Baamonde, María Emilia en op. cit. en nota 7). Ambivalencia que definió expresivamente G. Lyon-Caen bajo su hipótesis de la “reversibilidad” del Derecho del Trabajo en “Le droit du travail, une technique réversible” Dalloz, Paris, 1995. También Rodríguez Piñero, en op. cit. en nota 7, reivindica esa función de sostener el modo de producir en la economía de mercado y de libre empresa a la búsqueda de un equilibrio entre los intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios.

³⁰ Cfr. Palomeque, Manuel Carlos en op. cit. en nota 13

trabajadores) y la exigencias de la economía (en esta relación, específicamente los requerimientos de libertad empresarial)³¹.

- b. Que el equilibrio estructural entre esas funciones, construído otrora, parece haber colapsado como consecuencia de transformaciones profundas con incidencia directa sobre el sistema de relaciones de producción: entre otras, innovación tecnológica y consecuente renovación de los modos de organizar el trabajo y la producción, profundización sin precedentes de las “cotas” de internacionalidad de los flujos del comercio, las finanzas y los procesos de inversión directa, alteración notable de las relaciones de poder³². Consecuentemente, la legitimidad del orden social y económico se encuentra en cuestión.
- c. Que el Derecho del Trabajo, sin perjuicio de su finalidad tutelar o quizás precisamente para preservarla, no podrá eludir la carga funcional de seguir siendo uno de los espacios fértiles para la construcción de un *nuevo equilibrio estructural*, aún no reconocible. Desde esta hipótesis, *esa búsqueda podría configurar su dimensión funcional prevalente*.

2. Redefinición del centro de imputación subjetiva³³

a. **La dependencia laboral y el debilitamiento de su faceta jurídica**

Una categoría puesta a prueba

Las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas a las que he hecho reiterada referencia – también, hay que decirlo, el reposicionamiento de los paradigmas ideológicos – someten al Derecho del Trabajo a duras pruebas. No es sólo la función tutelar misma, en especial sus técnicas y niveles, lo que se ha puesto en cuestión. Sucede también

³¹ Esa ambivalencia funcional no supone (no necesariamente, al menos) prescindencia axiológica en este reclamo; el orden social y económico sólo se legitima en la satisfacción de un equilibrio que no se garantiza en una sociedad librada a las fuerzas espontáneas de la economía. El equilibrio supone valores e intervención consecuente, y el Derecho del Trabajo expresa esos valores y corporiza una de las formas históricamente relevantes de intervención. Desde esa perspectiva, no cabe sino exaltar otra vertiente funcional del Derecho del Trabajo (implícita, por cierto, en los desarrollos anteriores): la de constituir un instrumento de sujeción – en la lógica histórica, de armonización y equilibrio - del funcionamiento del mercado a los valores constitucionales y de satisfacción de exigencias democráticas y de cohesión social (cfr. Rodríguez Piñero, Miguel y Casas Baamonde, María Emilia en “El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo” en Relaciones Laborales, Madrid, año 2000, vol. 160 No.7/8, págs 1 a 17) Se trata, en construcciones conceptuales más modernas, de la idea de *ciudadanía social*, incluyente de la de *ciudadanía del trabajo* que inviste el trabajador que goza de derecho a retribución suficiente, condiciones adecuadas trabajo, igualdad de oportunidades y de trato, entre otras, como contrapartida de su esfuerzo laborioso (cfr. Informe Supiot).

³²Cfr. mi “El Derecho del Trabajo en la Encrucijada” cit. en nota 1.

³³ A este tema dediqué, en especial, dos de los estudios que se citan en la nota 1, ambos publicados en la revista española Relaciones Laborales: “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas” y, más recientemente, “Las fronteras de la dependencia”.

que categorías básicas del área, diseñadas para denotar conceptualmente los fenómenos que prevalecían cuando se les construyera, sufren hoy los embates de aquellos cambios y levantan nuevos interrogantes: ¿conservan esos conceptos su aptitud para enmarcar el substrato fáctico y contractual que se proponen expresar?. Si así no fuera, ¿implica ese desajuste sólo una cuestión de recalificación y reclasificación teórica de las categorías tradicionales o importa, por el contrario, una redefinición sustantiva del objeto y contenidos del propio ordenamiento laboral?

Por su virtual condición de “llave maestra” que habilita la aplicación efectiva de las normas del Derecho del Trabajo a las relaciones concretas que le contienen, el instituto de la *dependencia o subordinación* laboral es uno de los que, a mi juicio, reclama el más cuidadoso seguimiento. En línea con aquellos interrogantes, habrá que ver qué correspondencia guarda con los modos dominantes en los que hoy y en los inmediatos tiempos por venir se contrata y se despliega el trabajo humano, si todos ellos tienen cabida en aquel molde tradicional y, en consecuencia, si encuentran respuesta a sus específicas necesidades de regulación y amparo; si, en todo caso, la categorización universalizadora del concepto tradicional de la dependencia, deja espacio suficiente para la diversificación regulatoria que demanda la creciente heterogeneidad productiva³⁴.

Una hipótesis acerca de su validez relativa

Por cierto, es conveniente recordar que el reconocimiento de la consistencia teórica de la categoría ha distado – aún al margen del debate en torno de su contemporánea “pérdida de abarcatividad” – de haber sido pacífico. Hace algún tiempo, Paul Davies, con cita de Wedderburn³⁵, sugería su potencial falsedad. El juicio de reproche de Gérard Lyon-Caen es menos terminante: no es necesariamente falsa, sostuvo, pero prevalece a falta de otra mejor...³⁶. Para Deveali³⁷ se trataría de un concepto que, como en otras ramas del derecho y aún en otras ciencias, se formulan inicialmente para fundamentar una determinada solución y desde allí adquieren paulatinamente alcance general y se les acepta

³⁴ Es legítimo preguntarse, no obstante, cuál es la importancia de esta reflexión teórica en países como los de la América Latina, cuyos sistemas de protección laboral están lacerados por una creciente incidencia de la clandestinidad laboral (trabajo no registrado o “en negro”), altas tasas de desempleo, fraude y elusión, descalificación ideológica, demandas siempre inacabadas de flexibilidad y desregulación. ¿No basta en semejante contexto, cabría preguntarse, servirse de la tradicional idea de la dependencia para encuadrar de modo satisfactorio “lo que queda” del trabajo protegido? ¿No constituye una suerte de devaneo intelectual reflexionar de este modo “sobre los márgenes” del sistema de protección, cuando tanto de lo más íntimo de su condición está en zona de riesgo? A mi modo de ver, esta reflexión – aún en un contexto como el indicado – merece esos reparos si se pone el tema en sus justos términos: esa “puesta en cuestión” de la categoría de la dependencia tiene valor y sentido si se admite sin reservas que la *cuestión no tiene aún una centralidad cuantitativa*. Pero la crisis de abarcatividad de la dependencia laboral es, sin duda, *una parte cualitativamente no desdeñable* de lo que está pasando; ignorarla conlleva el riesgo de conducir al letargo y muerte del sistema de protección tras la consunción gradual de su centro de imputación subjetiva.

³⁵ Cfr. Paul Davies, “*El empleo y el autoempleo. El punto de vista del common law*”, en Actas del VII Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo, pág. 175 y sgtes.

³⁶ Cfr. Gérard Lyon-Caen, “*Le droit du travail non salarié*” Ed. Sirey, París 1990

³⁷ Cfr. Mario Deveali, en “*El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*” Ed. Astrea 1983 Tomo 1 pag. 179.

sin discusión, *como si se tratara de algo cierto y definitivo, sin tener en cuenta las circunstancias especiales que originaron su aparición.*

A mi vez, formulo desde ya la hipótesis de que el *concepto de dependencia laboral fue hasta hoy eficaz porque la inmensa mayoría de los vínculos que se proponía abarcar se insertaba nítidamente dentro de sus fronteras o quedaba claramente fuera de ellas, sin que una u otra variante demandara esfuerzo calificador alguno.* El concepto había sido concebido como *réplica conceptual estilizada y abstracta*³⁸ de un *tipo social dominante*³⁹ en cuya presencia el proceso de calificación del vínculo – *simple, evidente y casi intuitivo* – no imponía formular la compleja operación lógica y volitiva⁴⁰ ínsita en la práctica de utilización del procedimiento indiciario. *En ese procedimiento reside, precisamente, su hipotética debilidad.* La técnica del “haz de indicios”, apta para dar respuestas marginales en los denominados “casos grises” – de incidencia proporcionalmente poco significativa⁴¹ – hubiera hecho evidente su inviabilidad en términos de *eficacia y eficiencia*⁴² si la realidad hubiera reclamado su sistemática “puesta a prueba”. Lo que estoy sugiriendo es que la técnica indiciaria *es buena si se le usa de modo sólo marginal* (para resolver situaciones que de modo excepcional se apartan del modelo establecido) *o, en otras palabras, que es tanto más efectiva cuanto menos se le utiliza.* La hipótesis se completaría planteando que *lo que hoy sucede es que, en función de las profundas transformaciones en curso, aquel proceso de calificación “simple, evidente y casi intuitivo” va perdiendo su histórica prevalencia; la necesidad de explorar las fronteras de la dependencia se torna más y más habitual y la técnica del haz de indicios revela –en función de su creciente utilización– su congénita debilidad.*

Subordinación jurídica; dependencia económica

Si bien, como lo recordara Deveali⁴³ es en la *hiposuficiencia económica* donde reside la verdadera *ratio* original de la legislación laboral, *aquél tipo dominante se capturaba con más nitidez en la subordinación personal que derivara de modo casi invariable de esa relación económica.* De allí del predominio correlativo de los indicadores de la *faceta jurídica de la dependencia* en la construcción teórica del concepto⁴⁴.

³⁸ Ver después la valoración de esa “estilización” en la nota 44.

³⁹ Cfr. Montoya Melgar, Alfredo, “*El futuro de la subordinación en la evolución del Derecho del Trabajo*” en “*Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento de nuove forme di lavoro*” Fondazione Giulio Pastori, Diritto e politiche del lavoro – Franco Angeli.

⁴⁰ Cfr. Montoya Melgar, Alfredo, op cit en nota anterior

⁴¹ Y que en consecuencia el derecho del trabajo, ocupado de efectos sociales más extendidos, puede administrar. Ver sobre el particular Mario Deveali en “*El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo*”, en *El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias* “ Ed. Astrea 1983 Tomo 1 pag. 84.

⁴² Aún sin compartir sus conclusiones, destaco el enfoque desplegado por José Luis Ugarte Cataldo en un documento presentado al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Lima, 16-19 de Septiembre de 2001) en el que aborda este tema desde la perspectiva de los atributos de la *eficacia y la eficiencia* (“*La subordinación jurídica; crónica de una supervivencia anunciada*”).

⁴³ Cfr. Mario Deveali, en “*El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*” Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, Tomo 1 Pág. 179

⁴⁴ Su faceta económica ha sido considerada un dato prejurídico, “...un dato anterior y extraño al contrato ...y que por eso no sirve para calificarlo”, en tanto que “...la distinción entre los contratos debe atender, no a la

Esta centralidad asignada a los aspectos jurídico-personales de la dependencia es impropia, pero no ha sido hasta ahora problemática.

Es impropia porque, como lo pone en evidencia el propio sistema tutelar⁴⁵, *no se protege respecto del poder de dirección al interior del contrato – que es un instrumento funcional u organizativo que no deriva necesariamente en consecuencias susceptibles de reproche social – sino de los espacios de unilateralidad de los que, por nítida prevalencia de su poder contractual (asimetría ésta de clara estirpe económica) goza el empleador a la hora de fijar (y luego, de mantener o modificar), las condiciones de trabajo y de empleo.* La observación cuidadosa de las reglas de protección ponen en evidencia que su propósito es el de restringir el poder de otro modo ilimitado y unilateral en la fijación inicial de esas condiciones y, posteriormente, de limitar los poderes jerárquicos del empleador para que condiciones tales no sean objeto de variación unilateral: así, los límites al *poder de dirección* en la medida necesaria para evitar abusos sobre el contenido contractual por medio de la atribución patronal de especificar los contenidos no definidos del contrato, al

condición económica de las partes, sino a las relaciones jurídicas que de ellos surgen” (citas sucesivas de Américo Plá Rodríguez y de André Rouast, en Rivas, Daniel, “*La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo*” Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de la República y Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1996. Muy distinta es la opinión de Tiziano Treu (“*Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000 DLRI No. 36 1985 pág. 688)*), para quien la construcción conceptual de la dependencia incurrió en el demérito de privilegiar datos jurídico-formales que, al descuidar los concretos perfiles socio-económicos del tipo laboral real que atrayera la creación del ordenamiento de protección, le privó de una adecuada aptitud clasificatoria y distintiva. En el mismo sentido, Gino Giugni (“*Diritto del lavoro*”, páginas 21 y 11 citado por nuestro recordado Humberto Podetti en “*Un destino para el derecho del trabajo*” DT 1997-B pág 1713, sugiere que la figura de tal modo construida se distancia del *prototipo social real* y de la existencia efectiva de un desequilibrio contractual, derivando a veces en una hiperprotección de situaciones en equilibrio y, correlativamente, en la desprotección de situaciones sociales de explotación intensa. A mi modo de ver, si bien no cabe descartar que la estilización conceptual jurídico-formal implícita en el concepto de dependencia (que procuré describir en “*Las fronteras de la dependencia*”, cit. en nota 1) pueda haber habilitado “descompensaciones” como las evocadas por Treu y Giugni, hay que admitir que tuvo también un intenso poder abarcativo que explica buena parte de la fuerza expansiva que exhibiera el Derecho del Trabajo, particularmente a partir de las primeras décadas del siglo XX. Fue precisamente esa construcción conceptual, en tanto réplica *abstracta y estilizada* del trabajador surgido en el marco de la primera revolución industrial, la que hizo posible la incorporación sustentable de otras categorías socio-económicas, como lo es la pequeña burguesía empleada en ocupaciones no industriales en el sector público y en el privado. Pese a sus inconsecuencias – he señalado que tampoco me parece a mí que la asignación de centralidad a los factores jurídico-formales de la dependencia haya sido la opción más rigurosa – la categoría mostró durante largo tiempo un desempeño eficaz como calificador “inclusivo/excluyente”; no es seguro que en ese tiempo una construcción menos distanciada de su “prototipo social real” (Giugni) hubiera podido tener una mejor “performance”. El problema que se nos presenta hoy y que deberá develar el Derecho del Trabajo por venir es otro: si bien esa categoría *estilizada y abstracta* de la dependencia ya no alcanza a abarcar todas las nuevas formas de expresión del trabajo humano, más distante de ellas aún se encuentra aquél “prototipo social” histórico”. Así las cosas, si la categoría conceptual de la dependencia no exhibiera una renovada plasticidad abarcativa, no quedará más remedio que procurar reconocer (si es que ello se hiciera posible) un nuevo “prototipo” o, en todo caso, formalizar otra categoría.

⁴⁴ Cfr. Mario Deveali, en “*El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*” Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, Tomo 1 Pág. 179

⁴⁵ Como trataré de proponerlo luego, creo que el régimen de protección no es sólo un correlato prescriptivo de unas categorías que *son en sí mismas*, sino que tiene – ese régimen tutelar – una fuerte incidencia en la propia configuración de la categoría.

ius variandi, para evitar una revisión impropia de los contenidos del contrato, al *poder disciplinario*, en la medida que en su ejercicio se pone en cuestión el cumplimiento de las condiciones contractuales. En una posición esta vez distinta de la del maestro⁴⁶ *no es el deber de obediencia, sino la unilateralidad contractual a la hora de fijar (y, en su caso, mantener o modificar) las condiciones de trabajo y empleo, lo que justifica la protección.*

Pero no ha sido hasta ahora problemática porque en el tipo social dominante – ese del que predicamos que es de captación simple, evidente y casi intuitiva – *el poder de dirección, que se expresa en la faceta jurídica de la dependencia, coincide de modo correlativamente generalizado con el rasgo del unilateral predominio del empleador en la fijación y mantenimiento/revisión de las condiciones del contrato.* Dicho de otro modo, constatada aquella (la faceta jurídico-personal de la dependencia) quedaba implícito también – pues era *quod plerumque accidit* - el predominio contractual del empleador y la consiguiente ineficacia social del ejercicio de autoregulación individual, lo que justificaba la intervención de la acción colectiva y la asignación del régimen de tutela.

Nuevas formas de ejercicio del poder y otras transformaciones de la contratación laboral

Pero sobrevinieron cambios que conllevan, en primer lugar y en lo que para este análisis interesa, *una alteración notable en el ejercicio del poder y una tendencia a la difuminación del tipo dominante.* Ambos factores tienden a desvirtuar aquél implícito. Evanesce en muchos casos la dependencia jurídico funcional (*no necesariamente, en cambio, la unilateralidad contractual en la fijación de las condiciones de trabajo y de empleo ni la consiguiente necesidad de tutela*) y, en cualquier caso, estalla el tipo dominante en un espectro de creciente heterogeneidad cuya inclusión en la categoría de la dependencia jurídica, por esto mismo y por aquello, deja de ser *simple, evidente y casi intuitiva.*

En cuanto al primero de esos factores – *alteración notable en el ejercicio del poder* – no es difícil advertir cómo la potestad discrecional cede en provecho del poder funcional que se manifiesta de formas más complejas y más difusas⁴⁷. Más autonomía funcional, menos obligaciones de medios, desplazamiento de los controles (de la normalización de las operaciones, como es propio de los métodos de organización científica del trabajo, a la normalización de los criterios de actuación de las personas, según principios, normas y valores de empresa cuya interiorización se reclama)⁴⁸. La desmaterialización del trabajo y el predominio de la inteligencia sobre el esfuerzo físico priva de sentido a las jerarquías estrictas, a la subordinación jurídica, a los horarios fijos y colectivos, al poder disciplinario⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. Deveali, Mario L. en “*El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias*” Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983 Tomo I pág. 181.

⁴⁷ Cfr. “Informe Supiot” (“*Au delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*”, Ed. Flammarion, París 1999, conforme se lo cita en nota 2)

⁴⁸ Idem nota anterior.

⁴⁹ Cfr. Jean-Emmanuel Ray en “*De Germinal a Internet. Une nécessaire evolution du critère du contrat de travail*”. Droit Social 7/8 Julio/Agosto 1995 pág. 647.

Simultáneamente, los fenómenos de descentralización productiva y la fuerte tendencia a la externalización de funciones, junto a la aparición o generalización de prácticas que de diversa forma implican directa o indirectamente la contratación de trabajo humano (subcontratación, servicios eventuales, y otras formas de intermediación, *franchising*, *engineering*, suministro de mercaderías, concesión, distribución, etc) plantean un desafío adicional al tradicional concepto de la dependencia. Esas modalidades implican, en efecto, una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra de la cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos y responsabilidades, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales⁵⁰.

En buena parte de los fenómenos hasta aquí descritos, la acción deliberada - de los formuladores de políticas públicas, de los propios sujetos del contrato - estaría presente (cuando lo está) bajo la forma de la provisión o utilización de opciones contractuales habilitadas por nuevas instancias tecnológicas u organizacionales en las que residiría la mayor potencialidad innovadora. Pero hay que considerar, además, aquellos casos en los que prevalecen más directamente las instancias de la voluntad (la de los órganos de sanción de las leyes o, en su caso, la de los sujetos del contrato). Tales los fenómenos de *desalarización* o *deslaboralización* instados desde las propias normas estatales⁵¹ así como de una cierta reversión - esta vez, por obra asociada de la legislación y la jurisprudencia - del rumbo expansivo del Derecho del Trabajo, rumbo este último que encontrara sustento en el desconocimiento de la aptitud de la autonomía de la voluntad para calificar la naturaleza (dependiente o autónoma) del contrato de trabajo y la vigencia de un *virtual "in dubio pro labore"*⁵². En sentido contrario, crece ahora la "deslaboralización", pierden prestigio y vigencia las presunciones de laboralidad, se aprecia una cierta revalorización de

⁵⁰ Parece obvio señalar que, más allá del contingente acierto o error de la solución jurisprudencial, el caso "Rodríguez, Juan R. C/ Compañía Embotelladora Argentina S.A: y otro (DT LIII A 753) es expresión de ese proceso y de su alta significación económica y social.

⁵¹ En la Argentina, la ley 24.700 "desalarizó" diversas prestaciones accesorias, mientras los transportistas o fleteros fueron "deslaboralizados" por el decreto 1494/92 y el contrato de aprendizaje por la ley 24.465 ("relaboralizado" luego por la ley 25.013). A la misma lógica responde el recurso normativo a mecanismos como las becas y pasantías, vales y canastas de alimentos, etc. A partir de 1994, el Estatuto de los Trabajadores español (art. 1.3 g) excluyó "...del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizadas mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador". Comentando esa norma, Tovillas Zorzano, José Julián (en "La figura del transportista autónomo", Relaciones laborales 1994 II pag. 1469, con cita de De la Villa, afirma que "...para delimitar el objeto del Derecho del Trabajo no basta la concurrencia de los elementos materiales o sustantivos que sirven para determinar la existencia de ese objeto (subordinación laboral) sino que, presentes éstos, aún es menester comprobar si respecto al colectivo de personas en cuestión existe alguna norma de rango suficiente que lo haya excluido

⁵² Cfr. Montoya Melgar, Alfredo, en op. cit. en nota 39.

la aptitud calificatoria de la voluntad de las partes del contrato⁵³, revalorización introducida a veces en la propia ley⁵⁴.

Hay que mencionar, finalmente, las tendencias crecientes de “deslaboralización” instadas por los propios empleadores, en el marco de los que hace no tanto tiempo Rodríguez Piñero⁵⁵ denominara “huida del derecho del trabajo”, bajo las formas del fraude o la evasión por medio del “trabajo negro”, la interposición de personas, o la simulación de otras figuras contractuales, la generalización de las modalidades de contratación “atípicas”, la “individualización” de las relaciones del trabajo (huida del derecho colectivo y de lo colectivo en sí), ciertas manifestaciones de la descentralización productiva y, por cerrar el círculo con modalidades imputadas antes al proceso de transformación organizacional, el recurso deliberado y creciente (real o simulado) al trabajo autónomo o independiente.

Heterogeneidad creciente del centro de imputación

Desestandarización

También la producción de otro cambio objetivo – de la sociedad que producía homogeneidad se transita a otra que produce heterogeneidad⁵⁶ - tiende a “limar” el *tipo dominante*, que por su sola gravitación legitimaba la utilización de la categoría de la subordinación jurídica que ese tipo exhibía de modo invariable.

Expresa ese proceso de creciente e incontenible heterogeneización del sistema productivo, la denominada “desestandarización” del trabajo que conlleva la desestandarización correlativa de las categorías profesionales (también, conviene decirlo, de la solidaridad de clase y de los criterios de representación⁵⁷), dando lugar a nuevas categorías y diversidad de expectativas, niveles de formación, velocidad de rotación, etc; la ya evocada tendencia a la “externalización”, descentralización o “outsourcing” como

⁵³ Miguel Rodríguez Piñero, en “*La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo*”, registrado en Relaciones Laborales (Madrid) 1996 No. 18 págs. 1 y sgtes. pone – a mi juicio – la cuestión en muy justos términos cuando sostiene que la voluntad de las partes es relevante al momento de elegir y actuar la verdadera naturaleza del vínculo – el modo real de ser de la prestación del trabajador – pero no lo es a la hora de calificar el vínculo, en cuanto esa calificación pretenda apartarse de aquella real naturaleza.

⁵⁴ Es el caso de la denominada loi Madelin sancionada en Francia el 11 de febrero de 1994 que establecía que la inscripción del trabajador en ciertos registros propios de la actividad autónoma expresaban un acto de voluntad que hacía presumir su inserción independiente. Se trataba de una presunción simple, habida cuenta del carácter de orden público del contrato de trabajo, y podía ser enervada mediante la acreditación de un desempeño en relación de subordinación jurídica permanente. Fuertemente criticada por una parte de la doctrina, y sin efectos visibles sobre la situación del empleo, esa presunción fue abrogada por la segunda ley de las 35 horas (ley del 19 de enero de 2000); cfr. Pelissier, Jean, Supiot, Alain et Jeammaud Antoine, *Droit du Travail* Précis Dalloz, 20 Edición 2000.

⁵⁵ Cfr. Rodríguez Piñero, Miguel, “*La huida del derecho del trabajo*” en Relaciones laborales, Madrid, 1992-1 pag. 85

⁵⁶ Cfr. de Foucauld, Jean-Baptiste, “*Société post-industrielle et sécurité économique*”, en “*Le travail en perspectives*” (sous la direction e Alain Supiot) LGDJ, Toulouse 1998.

⁵⁷ Conf. Baylos, Antonio, en “*Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo*” en la Revista de Derecho Social No. 1 pág. 11, editada por Ed. Bomarzo, Albacete.

modos prevalentes de organización de la producción y de los procesos de trabajo⁵⁸, la difusión y generalización de las estrategias de responsabilización y autonomización de trabajadores y grupos de trabajo, entre otras manifestaciones que vienen multiplicando las categorías profesionales y tornando difusos los límites entre ellas..

La “otra” heterogeneidad; la dualización y segmentación del mercado

Mientras tanto, se acentúa también la presencia de otro factor de heterogeneización creciente: se trata del proceso de segmentación de la fuerza de trabajo, tanto más intenso y generalizado en la mayoría de los países de la América Latina, cuanto que prevalece en estos un sector informal en algunos casos mayoritario, privado de toda forma de resguardo institucional y hasta de los más elementales mecanismos de la defensa sindical.

De un lado, pues, van quedando los trabajadores más calificados, asistidos por su poder de mercado y, en todo caso, por el sistema de protección laboral que les incluye en función de su pertenencia al “núcleo duro” que las empresas tienden a preservar. De otro, cohortes crecientes de trabajadores no calificados, involucrados en vínculos precarios, informales, autónomos (verdaderos o simulados), sujetos a vínculos triangulares bajo formas diversas de intermediación, etc.

Hacia la protección del trabajo autónomo

Simultáneamente, los repertorios de la doctrina más moderna ilustran un renovado interés por la consideración de las necesidades de amparo del trabajador autónomo⁵⁹. Desde una cierta perspectiva, la verificación de un cierto crecimiento en la incidencia relativa del trabajo autónomo no sería expresión de un fenómeno de mera huida del Derecho del Trabajo, sino un elemento fisiológico del sistema productivo, en el que se generalizan nuevas profesiones de elevado nivel intelectual y especializado que se adaptan

⁵⁸ Como se expresara antes en el cuerpo de este ensayo, los fenómenos de descentralización productiva y la fuerte tendencia a la externalización de funciones, junto a la aparición o generalización de prácticas que de diversa forma conllevan directa o indirectamente la contratación de trabajo humano (subcontratación, provisión de servicios eventuales y otras formas de triangulación, concesión, distribución, “franchising”, “engineering, suministro de mercaderías, etc), plantean desafíos adicionales al tradicional concepto de dependencia laboral. Esas modalidades implican, en efecto, una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra de la cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales. *Se genera de ese modo un cierto estado de “desorganización del Derecho del Trabajo derivado, precisamente, de la difuminación de la figura del empresario al multiplicar los centros de imputación de cargas y responsabilidades y diversificar los poderes de organización (conf. Fernando Valdes dal Re, en op. cit. en nota 14)*

⁵⁹ Entre muchos otros, Gérard Lyon-Caen, “Le droit du travail non salarié” Ed. Sirey, Pris 1990, Manuel Carlos Palomeque en op. cit en nota 2; Rodríguez Piñero Miguel y Casas Baamonde, Ma. Emilia, en op. cit en nota 31. Véase también la nutrida bibliografía en español incluida en la “Selección bibliográfica sobre trabajo autónomo” preparada por Ma. De los Reyes Martínez Barrosos y Susana Rodríguez Escanciano, publicada en Relaciones Laborales (Madrid) 2000 págs. 1424 y sgtes.

mejor al esquema del trabajo autónomo⁶⁰. No se sigue de allí la idea de que convenga incorporar a esos autónomos al Derecho del Trabajo, alternativa que – se sostiene – arriesga menoscabar la identidad del Derecho del Trabajo construido en torno de la centralidad del trabajo dependiente⁶¹; se propone más bien la extensión selectiva de parte de la tutela provista por el ordenamiento laboral a favor de esos autónomos⁶².

No comparto enteramente aquella perspectiva. No me parece que asistamos ahora a una nueva onda expansiva del Derecho del Trabajo ni que este fenómeno de la renovada consideración de los trabajadores autónomos pueda alinearse hoy en un emprendimiento tendiente a alcanzar por fin a toda forma de actividad laboriosa⁶³ y, por el momento, a los “nuevos” trabajadores autónomos⁶⁴. A mi juicio, se trata, en cambio, de la percepción de que la descrita tendencia obsolescente de la faceta jurídica de la subordinación – aquella que es determinante para calificar la inclusión del trabajador en el ámbito protegido del Derecho del Trabajo – tiende a poner al margen del sistema de protección laboral a un número creciente de trabajadores, antes dependientes y ahora autónomos aunque muy frecuentemente sujetos a férreas situaciones de sujeción económica despojando correlativamente el ámbito personal del aplicación del Derecho del Trabajo.

Se trata pues, a mi juicio, de un ejercicio estrictamente *defensivo* de un ordenamiento (y de quienes lo profesan) que en tanto tolere vaciarse de sujetos – de su centro de imputación – corre el riesgo de vaciarse de la propia razón de su existencia⁶⁵. Reacción plenamente justificada, me parece, si se tiene en cuenta que no se trata esta vez de la realización de las demandas de atenuación de la intensidad (en alcances y contenidos) del régimen de protección, que desde siempre (pero desde hace unas décadas con mucha más intensidad y audiencia) reclaman algunos economistas y buena parte de los empresarios “en clave” de flexibilidad y hasta de desregulación. *Es más que eso*. Es la lisa y llana supresión

⁶⁰ Cfr. Rodríguez Piñero, Miguel y Casas Baamonde, Ma. Emilia, en op. cit en nota 31.

⁶¹ Idem, nota anterior.

⁶² Idem. En el mismo sentido, Fernando Valdés, en op.cit. en nota 14. Desde luego, este enfoque no parece ajeno al hecho de que el Estatuto de los Trabajadores de España provea esta alternativa en su disposición final 1ª en la que expresa que el trabajo realizado por cuenta propia “no estará sometido a la legislación laboral, *excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente*”.

⁶³ No hago aquí referencia a la figura moderna del *contrato de actividad* propuesto a partir del Informe Boissonnat – sobre el que se discurre en los últimos apartados de este documento – sino del que propone Gérard Lyon-Caen en op. cit. en nota 59, que incluye tanto a los trabajadores asalariados como a los no asalariados que son, en conjunto, los *activos*. Se trata también de los contratos de actividad de los que hablaba Mario Deveali en “*El derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias*”, Ed. Astrea 1983 Tomo 1 pag. 163 quien sostuvo que en algún momento será necesario abandonar el concepto de contrato de trabajo para agrupar en una gran familia – esa, la de los contratos de actividad – a todas las formas de contrato en que interviene la actividad del hombre, como la locación de obra, las prestaciones profesionales, el mandato, las sociedades de industria, cooperativas de producción, etc.

⁶⁴ Naturalmente, hay también “nuevos” autónomos, esto es, autónomos que son emergentes de una realidad productiva novedosa, y no del tránsito de una anterior situación de dependencia. A mi modo de ver, no está allí el número más significativo ni el más crítico problema del sistema tutelar.

⁶⁵ Desde luego, no puede descartarse – ni cabe tampoco predecirlo – que de crisis semejante resulte una ulterior ampliación del centro de imputación del derecho del trabajo. Como se expresa en el cuerpo principal, no me parece que sea esta perspectiva la que motiva las urgencias del pensamiento sobre este tema.

de la condición de trabajador protegido. *Es el trayecto más directo hacia la situación de “protección cero”*; trayecto que, por añadidura, exhibe notable resistencia a la impugnación ideológica desde que, en tanto derivación de tan vasto entramado de transformaciones no siempre atribuibles a ejercicios interesados de la voluntad, no permite en todos los casos imputar responsabilidades, requerir compensaciones, moderar transaccionalmente los efectos.

Pérdida de “representatividad” del concepto de dependencia

Si la faceta jurídica de la dependencia que, como sostuvimos, ilustra de modo *impropio pero no problemático* el predominio contractual del empleador (y justificaba de ese modo la asignación del ordenamiento de protección) pierde “representatividad” (deja en muchos casos de ser una “entrada” eficiente al ámbito jurídico tutelado) y, por añadidura, la captación del concepto genérico de dependencia laboral como *calificador inclusivo/excluyente* (precisamente, para configurar el centro de imputación del ordenamiento tutelar) se torna menos accesible como consecuencia de los evocados procesos de *desestandarización, tercerización, segmentación, deslaboralización y autonomización* (lo que configuraría una “crisis de abarcatividad” de la noción de la dependencia laboral), *es probable que uno de los senderos sobre los que deba transitar el futuro del Derecho del Trabajo sea el de la necesidad de definir para sí un nuevo centro de imputación de sus normas.*

En otra oportunidad⁶⁶ estudié particularmente el tema que es hoy objeto de este apartado y consideré las diversas respuestas – más bien hipotéticas - que la literatura y la experiencia comparada han venido diseñando para evacuar los interrogantes que suscita. Hoy sólo me interesa presentar esta cuestión como una de las tendencias que, a mi juicio, definirán junto a los restantes el “temple” que asuma el Derecho del Trabajo por venir. Desde esta perspectiva, me parece más pertinente concluir este apartado con una serie de preguntas que pretenden sugerir los modos diversos en que esta tendencia podría incidir en la configuración de aquel ordenamiento.

¿Tendrá el concepto de la dependencia laboral la plasticidad suficiente como para cobijar manifestaciones atípicas de prestación de trabajo que estaban ausentes y hasta eran imprevisibles en el tiempo en que se construyó aquel concepto? ¿O por el contrario perderá vigencia como consecuencia de la generalización de otros modos de contratar y prestar el trabajo distintos de aquél “a cuya imagen y semejanza” se construyera?. En este último caso, ¿será posible reconocer un criterio sustitutivo (u otra denotación para el concepto tradicional) que defina un centro de imputación al que referir el sistema de protección? Esa incursión en ámbitos antes no alcanzados por el ordenamiento de protección, ¿significará ampliar su cobertura, incluyendo otros trabajadores – incluso autónomos - que antes no estaban alcanzados? ¿O por el contrario, conllevará su desfallecimiento por debilitamiento subjetivo en tanto no logre ampliar su centro de imputación en medida correlativa al abandono del que estaría siendo objeto?. ¿Ilustra el moderno debate relativo a la necesidad de proteger a ciertos trabajadores autónomos en situación de dependencia económica una

⁶⁶ En “Las fronteras de la dependencia”, cit. en nota 1.

nueva onda expansiva que sugiere un Derecho del Trabajo en renovado crecimiento? ¿O por el contrario, no se trata más que de una reacción defensiva de un ordenamiento que procura contener el vaciamiento terminal de su ámbito subjetivo? Finalmente, ¿en qué medida incidirá un hipotético nuevo centro subjetivo de imputación en el diseño del régimen normativo de tutela?

3. El sistema de fuentes

a. Evolución del sistema de fuentes

La fisonomía del ordenamiento laboral según sus fuentes

Hay que decir que un ordenamiento *es como es* según el modo como se distribuyan sus contenidos entre sus distintas fuentes normativas y, en especial, entre tres de ellas que configuran la estructura básica del sistema de fuentes: la ley, la autonomía colectiva (encarnada en los convenios colectivos de trabajo) y el contrato individual celebrado entre cada trabajador y su empleador (nos sustraemos aquí al debate teórico relativo al carácter de este último – del contrato de trabajo – como fuente de derecho *stricto sensu*). También le caracteriza el modo en que recíprocamente interactúan esas fuentes de distinta naturaleza y jerarquía (v.g., las leyes con los convenios y estos y aquellas con la autonomía individual) y, a su vez, según el régimen de "coexistencia vinculada"⁶⁷ (conurrencia, articulación, sucesión) que se observa entre fuentes de la misma especie (v.g. la relación entre distintas leyes, o la relación entre diversos convenios colectivos). Procuraremos describir sucintamente algunas de las tendencias que ilustran un marcado proceso de reestructuración del sistema de fuentes; *huelga decir que ese proceso está cambiando de modo notable la fisonomía del Derecho del Trabajo.*

Las tendencias en curso

LA REDISTRIBUCIÓN DE LOS CONTENIDOS NORMATIVOS

Como se expresó antes, uno de los factores que califican a un determinado ordenamiento jurídico laboral se vincula con el modo en que se distribuyen sus contenidos al interior de su sistema de fuentes. Cuanto más nutridos sean los contenidos legales, más rígido - y probablemente (pero no necesariamente) más protector - será el ordenamiento; correlativamente, mayor será su flexibilidad – y también menor su intensidad tutelar - cuando mayor sea el desplazamiento de contenidos hacia las esferas de la autonomía colectiva y la autonomía individual.

⁶⁷ Así llamé a este conjunto de relaciones entre las normas (en nuestro caso, del Derecho del Trabajo) en "Conurrencia, articulación y sucesión de normas en el Derecho del Trabajo. Lineamientos para una investigación), en DT 1986 B 931.

En ese marco, no es difícil comprender que buena parte de las demandas de flexibilidad normativa sean reconducibles a *una presión sistemática orientada a restar contenidos a la ley y trasladarlos al ámbito de la autonomía colectiva y, en sus variantes más intensas, a restar contenidos a la ley y los convenios colectivos para abrir espacios mayores para el ejercicio de la autonomía individual*. Eso es, en efecto, lo que está ocurriendo con los sistemas de fuentes y, por ende, con los ordenamientos jurídicos laborales (señaladamente, entre muchísimos otros, con el nuestro), en una trayectoria simétrica (pero de orientación inversa) a la que exhibiera el proceso de construcción del Derecho del Trabajo (primero había sido el contrato y la autonomía individual; luego la reacción de los trabajadores, la acción colectiva y, más tarde y como su producto más acabado, los convenios colectivos de trabajo; finalmente, la intervención del legislador y las leyes del trabajo).

LA INTERACCIÓN ENTRE LAS FUENTES DE DISTINTA JERARQUÍA (PODER ABROGATORIO U ORDEN DE PRELACIÓN)

La relación entre las fuentes normativas de distinta jerarquía estuvo tradicionalmente regido por el *principio de norma mínima*, según el cual cada norma del Derecho del Trabajo es tope o piso mínimo para las normas de jerarquía normativa superior. De tal modo, la ley sólo podía ser desplazada por el convenio colectivo que estableciera condiciones más favorables para los trabajadores; a su vez, la autonomía individual sólo habría de prevalecer sobre el convenio colectivo o la ley en la medida de que reconociera derechos superiores.

Esa secuencia parece haber perdido carácter excluyente. Muchos ordenamientos han incorporado ese tipo de normas legales a las que en Argentina asignamos el nombre genérico de "disponibilidad colectiva"⁶⁸ que admiten su desplazamiento - incluso peyorativo - a manos de la autonomía colectiva, aunque preservan su relativa imperatividad de cara al ejercicio de la autonomía individual. Este fenómeno - la aptitud "abrogatoria"⁶⁹ peyorativa operada por una norma de jerarquía inferior a expensas de otra de superior nivel jerárquico - se prolonga en la experiencia comparada en la posibilidad (cierto que no siempre admitida de modo pacífico) de que la autonomía individual pueda apartarse, aún in peius, de las disposiciones del convenio colectivo⁷⁰ y hasta de las de la ley⁷¹.

⁶⁸ Cfr. mi La autonomía colectiva y la ley, DT.XLVIII-1069.

⁶⁹ Se trata, naturalmente, de la aptitud de una cierta norma para desplazar a otra en el acto de la aplicación, y no de la *abrogación* en sentido estricto, esto es, de la definitiva supresión de la vigencia de una norma.

⁷⁰ Cuestión que diera lugar a un arduo debate doctrinario y jurisprudencial en España; ver, ejemplo, el editorial de Miguel Rodríguez Piñero en Relaciones Laborales (Madrid) No. 15, Agosto de 1992, pág. 1.

⁷¹ Particularmente en materia de jornada. Ver sobre el particular, Geraldo von Potobsky, en su ensayo incluido en la obra de homenaje al Colegio Nacional de Buenos Aires citada en nota 1, pág. 129, en particular pags.132/135. Esta tendencia de *individualización* puede servir para una determinación más adaptable de las condiciones de trabajo, para lo cual la voluntad de las partes del contrato puede ser instrumento adecuado (Rodríguez Piñero, Miguel, "El Derecho de Trabajo a fin de siglo" cit. en nota 7). Desde luego, sostiene el mismo autor, se trata al mismo tiempo de evitar los riesgos de esa apertura a la autonomía individual, de modo que el contrato pueda también ser mecanismo de garantía y de obtención de recursos del trabajador, suficientemente formado e informado, dándole un mayor papel en la determinación de sus condiciones de trabajo y sobre todo en la administración del contrato. A mi modo de ver, de lo que se trata es de evitar que lo que se presenta como *individualización* no exprese, en verdad, una forma de *aislamiento* del trabajador (ver Spyropoulos, Georges, "Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs", en Droit social No. 4, Abril 2002, pag. 391) que le prive de toda alternativa de equilibrio negocial y de tutela. Como expresamos en nota 7, si en otras experiencias los

Me circunscribiré en esta oportunidad a las situaciones de coexistencia vinculada entre convenios colectivos, pues es en ellas en las que la tendencia sobre la que llamo la atención presente perfiles más novedosos. El análisis está en este caso estrictamente referido al caso argentino; las tendencias específicas son claramente función de la estructura negocial que se considere punto de partida.

Tres son, en efecto, las "reglas" que en ese ámbito dogmático parecen estar cambiando. En la cultura jurídico-laboral argentina, se ha sostenido: a) la preferencia por el convenio colectivo único, de base funcional y territorial tan amplia como fuera posible, b) la ineptitud de los convenios colectivos de ámbito de aplicación más reducido (v.g., los de empresa) para suceder o desplazar "in peius" a otros de ámbito más amplio (v.g., uno de actividad o de sector o rama), y c) la ineptitud de los convenios colectivos posteriores para derogar "in peius" convenios anteriores del mismo ámbito o, desde perspectivas más matizadas, al menos para afectar las mejores condiciones ya gozadas al amparo del régimen colectivo anterior.

Todas esas proposiciones parecen ir quedando a un lado: *las leyes más recientes no ocultan su preferencia por la multiplicación de los convenios, por la diversificación de sus niveles y por las unidades de base más reducida (descentralización), mientras que la jurisprudencia parece haber desestimado toda restricción para la prevalencia de los convenios posteriores.*

b. "Procedimentalización" del Derecho del Trabajo

La "procedimentalización"⁷² del Derecho del Trabajo no es sino una de las manifestaciones específicas de la evolución del sistema de fuentes que procuré presentar en el apartado anterior motivada, sostiene Jeammaud⁷³ por la radical puesta en cuestión del derecho sustantivo a raíz de la crisis del estado social, el pluralismo de los valores y la individualización de las aspiraciones. En una aproximación por cierto esquemática, la "procedimentalización" consiste en

espacios de flexibilidad – en particular, los que habilitan el ejercicio de la autonomía individual - pueden satisfacer las expectativas de trabajadores que tienen necesidades diferenciadas, no parece haya de ser ese el caso en los países menos desarrollados en los que las condiciones de funcionamiento del mercado del trabajo no permiten que aquellos ejerzan efectivamente alguna opción entre alternativas diversas.

⁷² Neologismo que pretende replicar su original francés, la "procéduralisation".

⁷³ Cfr. Jeammaud, Antoine, "La question de l'avenir du droit du travail. Vue d'Europe", texto preparado para la revista PLURIMA de la Universidad Federal Fluminense de Rio de Janeiro, copia del manuscrito, cit también en nota 2.

- i. poner en cabeza de la ley la fijación de los principios a los que debe sujetarse el espacio material de regulación al que se refiere,
- ii. reenviar la determinación de sus contenidos sustantivos – el desarrollo operativo de aquellos principios – a los diversos niveles de la negociación,
- iii. fijar en la propia ley las condiciones y reglas necesarias para el desarrollo equilibrado de la negociación y
- iv. asumir el Estado funciones de incitación a la negociación para que ésta ocupe terrenos que ofrecen resistencia al diálogo⁷⁴.

Se trata, sin duda de una manifestación más – también lo son las tendencias dominantes en la evolución del sistema de fuentes – del proceso *creciente de contractualización del derecho del trabajo*, en cuyas filas militan también figuras como las de la ley negociada y las diversas formas de diálogo social. Proceso que responde, sostiene críticamente Supiot, a la tendencia de universalización del contrato, en tanto expresión del mercado, reputado flexible, igualitario y emancipador, por oposición a la ley, a la que se imputa rigidez y unilateralidad⁷⁵. Agrega Supiot que en esa lógica de “procedimentalización” la ley se descarga de ciertas reglas sustanciales pero lo hace para mejor afirmar principios y fijar procedimientos, y traslada sobre los convenios y los contratos el peso de definir cuestiones cualitativas de las que la ley se ha desprendido; no se trata, agrega, de un abandono de las relaciones sociales a la esfera privada, sino de una política de gobierno por objetivos que deja a los actores sociales la elección de las vías y medios para atender esos objetivos.⁷⁶

Esa creciente habilitación de la autonomía, no obstante, no va sin riesgos: el propio Supiot⁷⁷, da cuenta de la ruptura del equilibrio entre la acción económica de las empresas y la acción colectiva de los trabajadores en menoscabo de esta última, debido al poder de las empresas de inducir a los estados a ceder y dismantelar todas las leyes que limitan sus posibilidades de beneficio⁷⁸.

⁷⁴ Tras ese proceso, el convenio tiende a regular en el lugar de la ley (ley supletoria), o la desarrolla (ley incompleta) o la aplica o ejecuta (ley inefectiva o que requiere concreción aplicativa). Cfr., Casas Baamonde, Ma. Emilia, en “Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas” en Relaciones Laborales (Madrid) Núm. 23, Año 13, Diciembre de 1997 pág 1 y sgtes

⁷⁵ Cfr. Supiot, Alain en su conferencia sobre “L’avenir du travail, de l’emploi et de la protection sociale” (Vers un ordre social international? Observations liminaires sur les nouvelles régulations du travail, de l’emploi et de la protection sociale”) Annecy, 18-19 de Enero 2001 (en mimeo). Del mismo autor y en el mismo sentido, “The dogmatic foundations of the Market” (Comments illustrated by some examples from labour law and social security law), publ. en Industrial Law Journal Vol. 29 No. 4 Dec. 2000 pag. 321 y sgtes.

⁷⁶ Se manifiesta, a juicio del propio Supiot, en dos variantes: una “de derecha”, que descansa sobre el contrato individual, y otra “de izquierda” que lo hace sobre el convenio colectivo, convirtiendo a la ley en subsidiaria de este último en materia de reglamentación del contrato de trabajo.

⁷⁷ En su conferencia de Annecy citada en nota 75.

⁷⁸ Antoine Jeammaud, por su parte, advierte sobre el riesgo de aproximarse por esta vía al abandono puro y simple de la función de regulación de las relaciones laborales a la libre negociación entre empleadores y asalariados, predicada por el pensamiento neoliberal (en op. cit. en nota 2).

c. Sistema de fuentes, “procedimentalización” y el futuro del Derecho del Trabajo

Sean sólo esas u (además) otras las tendencias que exhibe el sistema de fuentes del Derecho de Trabajo y, en especial, los roles que en él desempeñan la ley y las diversas formas de autonomía, lo cierto es que ello sigue cambiando, y a un ritmo por demás intenso. ¿Cuál será punto de destino de esas tendencias? ¿Sobrevendrán acaso otras, con algún sesgo superador? ¿Mediarán cautelas o contrapartidas que aseguren un régimen de equilibrios y compensaciones de poder, equilibrios que parecen haber quedado resentidos? No son preguntas menores si es cierto (y así lo creo) que *el Derecho del Trabajo será, en buena medida, del modo en que distribuya sus contenidos y funciones normativas entre sus propias fuentes*⁷⁹.

4. Técnicas e instrumentos de protección

a. Mantenimiento/revisión de las técnicas tradicionales de tutela

¿Otras técnicas?

En los últimos años de la década de los '80 me pareció detectar, al menos en el ordenamiento argentino, un ominoso estado de crisis de la lógica tradicional de la protección laboral,⁸⁰ construida en lo esencial sobre un trípode que forman la ley, la administración del trabajo y la justicia laboral. A casi quince años de aquella comprobación, el proceso de depreciación del sistema de protección laboral parece haber adquirido contornos dramáticos. La crítica (y, según parece, crónica y estructural) situación del mercado de trabajo, junto con otros factores instalados en la economía y el sistema productivo, han agravado la situación descrita en aquella oportunidad, dejando a la vista un cuadro de fuerte inaplicación de las normas, degradación y pérdida de derechos e incontenible unilateralidad. Las técnicas tradicionales de protección laboral han sido desbordadas - se revelan ineficaces para la satisfacción de su finalidad tutelar - y es lícito preguntarse si se trata sólo de una situación de coyuntura de la que se emergerá al ritmo de la recuperación de los mercados (especialmente, del mercado de trabajo) o si, por el contrario, expresa una señal de debilidad de unas técnicas (no de los valores que expresan) diseñadas para operar en contextos económicos, tecnológicos y sociales que ya no están.

No es sólo la crisis, que ha asumido hoy en la Argentina ribetes de hondo dramatismo. Junto a ella, la intensidad de los cambios acaecidos - más que una nueva revolución industrial, un cambio de era de implicancias aún no previsibles⁸¹ - me persuaden

⁷⁹ Ha de ser así porque lo que expresa el esquema de fuentes es el juego de limitaciones al que unas fuentes del Derecho del Trabajo someten a las otras y esas limitaciones constituyen, precisamente, la técnica operativa principal de Derecho del Trabajo.

⁸⁰ En mi "Hacia el reconocimiento constitucional del derecho a la información (crisis de la lógica tradicional de la protección)" en D.T. 1988-A, 1.

⁸¹ Conf. Robin, Jacques, en "Estrategia para el trabajo-empleo", en diario El País, Madrid, del 8 de Febrero de 1996.

de la mayor pertinencia de la segunda de aquellas hipótesis. Si ello fuera así, la defensa cerrada y excluyente de las viejas técnicas de protección – la sacralización de sus instrumentos históricos, como si con ellos hubiera llegado para las técnicas de protección el “fin de la historia”⁸² y las que fueron diseñadas en el siglo que concluye hubieran expresado el aporte último y definitivo del pensamiento jurídico - podría derivar, en cualquier caso, en una ilevantable derrota y un costo irrecuperable en términos de equilibrios sociales y equidad; sólo a la de Pirro sería equiparable la victoria que rinda por todo botín la preservación de normas, técnicas e instituciones que ya no funcionan.

A mi modo de ver, el ordenamiento jurídico laboral debe experimentar cambios profundos, no sólo - como se sostiene desde cierta perspectiva - porque así lo reclaman el sistema económico y los procesos de producción, sino también, y quizás de modo esencial, porque de otro modo la situación de los hombres y mujeres que trabajan continuará degradando de modo sostenido.

Por cierto, de ningún modo creo que pueda prescindirse de reconstruir un esquema adecuado de restricciones tutelares a la autonomía de la voluntad, un régimen eficaz de inspección del trabajo y contralor del cumplimiento de las normas, una justicia del trabajo independiente, confiable y pronta. Mucho menos se trata de poner en cuestión valores esenciales arraigados en la conciencia jurídica universal y en la ética social. Se trata en cambio de preguntarse si será posible que cambios tan profundos en la dinámica económica y social sean acompañados por la concepción de otras técnicas jurídicas y socio-políticas dotadas de renovada eficacia para la protección del trabajo humano y la realización de aquellos valores o si, por el contrario, habrá que aceptar que la clase de los juristas y de los otros responsables del diseño de las políticas públicas agotaron en el siglo anterior toda su imaginación y creatividad, toda capacidad para articular, en términos de equidad social, nuevas respuestas, para una realidad que cambia y las reclama. Aquella alternativa, desde luego, no esta garantizada; esta última, en verdad, no me la puedo creer.

Unas preguntas

Las preguntas que se levantan ante la percepción de la crítica situación de la lógica de protección del trabajo son, entre otras: ¿seguirá la limitación de la autonomía individual siendo la única o la principal técnica tutelar o surgirán otras que diversificarán el instrumental del Derecho del Trabajo?⁸³; ¿se atenuará hasta desaparecer la intervención del Estado, o asumirá

⁸² Es la imagen que parafraseando (o quizás parodiando) a Fukuyama usa Antonio Martín Valverde, actual magistrado del Tribunal Supremo de España para representar esa resistencia casi cerril a repensar los instrumentos de tutela.

⁸³ Como lo sostuvimos en otra oportunidad (“La protección del trabajo en la encrucijada”, cit. en nota 1), lo que ya se advierte en la Argentina es la introducción o generalización de técnicas de protección distintas de la tradicional que, como es sabido, consiste en limitar la autonomía de la voluntad mediante la implantación de normas imperativas. Aparecen de ese modo regímenes basados en técnicas de mercado o, cuanto menos, más complacientes con el desempeño de los mercados, tales como lo son los sistemas de capitalización individual o colectiva (como las del régimen de jubilaciones y pensiones y las AFJP), de seguros privados obligatorios (como el que se prevé para los riesgos del trabajo) y, al menos en el nivel de los proyectos, de fondos de afectación para el despido, o para garantizar los créditos laborales en caso de insolvencia, o para el

nuevas formas (*reintervención*)?; ¿introducirá el Estado técnicas de intervención dirigidas a promover conductas valiosas desde la perspectiva de las condiciones de empleo y la calidad de vida de los trabajadores, articulando medidas que hagan conveniente a los empleadores proceder de ese modo, o inconveniente proceder de otra manera? (incentivos fiscales y arancelarios, crediticios, financieros, etc)⁸⁴ ¿Será posible imaginar otros modos de acción/reacción estatal tendientes a promover y asegurar la instalación y mantenimiento de condiciones dignas de trabajo?; ¿de los sindicatos?⁸⁵ ¿de la sociedad en general?; ¿de los consumidores y de la opinión pública?. ¿Se promoverán (y concretarán) reformas de las relaciones laborales en las empresas que, armonizando el juego hoy contradictorio de las relaciones industriales (de un lado) y las técnicas de gestión de RR HH (del otro)⁸⁶ abran espacio a relaciones individuales que no expresen una pura unilateralidad sectorial?. Desde esa perspectiva, mecanismos como la información y la consulta, la negociación informal en la empresa, la gestión colectiva de aspectos de las relaciones individuales y otras formas de participación, ¿son las últimas manifestaciones de un tipo de relaciones que el "one best way" ortodoxo se propone dejar definitivamente atrás o, por el contrario, factores de inspiración de nuevos y mejores modos de relacionamiento en las empresas?; en este último caso, ¿que espacios existen para la regulación heterónoma promocional de esas técnicas y conductas?. En especial, ¿crecerá la cultura de la participación, incluso institucional y colectiva, de los trabajadores o subsistirá sólo como mera estrategia de gestión empresarial?; en este último caso, ¿podrá esa estrategia empresarial revertirse en bilateralidad y equilibrio, o sólo abastecerá

sostenimiento de los contratos en situaciones de caída temporaria de la demanda, etc. Esa tendencia justifica, cuanto menos, un par de reflexiones: 1. No siempre las técnicas de mercado son compatibles con la lógica de la atención de las contingencias o necesidades sociales. Si no lo son, es evidente que no conviene invertir en ellas los recursos que la sociedad adjudica para su cobertura; no es seguro que esos recursos reviertan efectivamente en prestaciones. 2. Si no existe incompatibilidad tal, habrá que tener en cuenta, en cualquier caso, que una cosa es servirse de técnicas de mercado para mejorar el desempeño de las políticas sociales - lo que no puede sino aplaudirse - y otra (íntimamente contradictoria con ella) utilizar las políticas sociales al servicio de los mercados. En este último caso, como ha quedado en evidencia en nuestra historia reciente, es altamente probable que, en términos de su aptitud de cobertura social, el sistema no exhiba un buen rendimiento. Sirva de ejemplo de la primera de esas reflexiones, el régimen de cobertura de los accidentes del trabajo introducido por la Ley de Riesgos del Trabajo (24.557). La finalidad lucrativa de las prestadoras (ART) determina que en muchos casos se abstengan de imponer a sus empresas afiliadas (sus clientes) el cumplimiento de las reglas de seguridad e higiene, privilegiando la preservación de su cartera de clientes (entre el flujo de las primas y la contención del costo de la siniestralidad, optan por asegurar el primero). Para la segunda reflexión Argentina también tiene un "modelo": a la hora de introducir el sistema de capitalización individual para la cobertura de las contingencias de vejez invalidez y muerte (régimen de jubilaciones y pensiones), sus promotores priorizaron la necesidad de construir un mercado de capitales; las necesidades de cobertura ocupaban, en su preocupación y hasta en su discurso), un muy distante segundo plano. No debe extrañar pues que los mismos que los concibieron fueron luego los que saquearon sus reservas cuando ello les pareció necesario para cubrir los déficits de las cuentas públicas; quedo allí en evidencia (por sus acciones los conoceréis...) que no había garantía suficiente de preservación de la intangibilidad de fondos aplicados a la cobertura de necesidades esenciales de las personas.

⁸⁴ En la reciente ley 25.250 se estableció una reducción de las cotizaciones a la seguridad social a favor de las empresas que mantengan el vínculo laboral luego del vencimiento del período de prueba (período que pueden incluso reducir para anticipar el goce de esa "desgravación"). Sin perjuicio del debate acerca de la conveniencia o inconveniencia de establecer reducciones de cotizaciones (que afectan la financiación de la Seguridad Social), no se puede negar que la norma procura inducir de modo no tradicional una buena práctica laboral: la de la preferencia por el contrato por tiempo indeterminado y la continuidad de los planteles.

⁸⁵ En ese sentido, las propuestas de Alain Supiot en su conferencia cit en nota 75.

⁸⁶ Esta contradicción, evocada en "El trabajo en el mundo 1997/1998" OIT, Ginebra 1997, es ya un clásico en los modernos estudios de las relaciones industriales y la sociología del trabajo.

uno de los intereses en juego?. En síntesis (y por ahora), ¿aparecerán otras alternativas al juego exclusivo de la norma imperativa, o sólo restará la más ominosa unilateralidad?. Va de suyo que el modo en que se respondan estas preguntas determinará cual sea la incidencia que tan decisiva tendencia haya de tener en el destino del ordenamiento laboral.

b. Universalidad regulatoria o multiplicación y diversificación de regímenes de tutela

Erigido en torno de la idea dominante de la “dependencia laboral”, el régimen normativo de la protección del trabajo respondió a esa unidad conceptual que definía a los sujetos protegidos (en otras palabras, a su propio centro de imputación normativa) mediante una lógica correlativa de universalidad regulatoria. Por decirlo de otro modo, a una única categoría de sujetos protegidos - los dependientes - debía corresponderle un único régimen de protección.

Si se profundiza el proceso de heterogeneización y “desestandarización” del trabajo – una de las tendencias que esbozamos líneas arriba - es altamente probable que se produzca uno correlativo de quiebre de aquella recordada universalidad regulatoria. En ese contexto, categorías recíprocamente inasimilables requerirían regímenes de protección también distintos⁸⁷. No es desdeñable, pues, la hipótesis de que el ordenamiento laboral evolucione en el sentido de la diversificación creciente de sus contenidos - normas distintas para categorías diferenciadas -, y adquiera una conformación que haga necesaria la construcción ulterior de una nueva dogmática jurídica.

Desde esa perspectiva, parece atinado reconocer señales anticipatorias en los casos de ciertos grupos profesionales a los que se asignaran específicos estatutos de protección en razón de que, pese a no exhibir con nitidez el rasgo de la subordinación jurídico-funcional evidenciaban sí, esta vez desde una perspectiva económica, una clara situación de sujeción y consiguiente necesidad de tutela⁸⁸.

Va de suyo que si se desencadenara un proceso de generalización de este rumbo, la construcción de nuevas categorías conceptuales demandaría un ulterior proceso inductivo como resultado del cual esas categorías expresarían la ordenación de los grupos protegidos más en función de las técnicas de protección asignadas que de rasgos definitorios no necesariamente homogéneos.

Esa apreciación parte de la idea de que así como nadie programó la construcción teórica del concepto de la dependencia laboral, nadie tampoco, me parece, podrá definir “ex ante” las categorías que tiendan a sustituirlo.

⁸⁷ Por poner un ejemplo obvio, las necesidades de protección de un “teletrabajador” tienen poco que ver con las de un operario que se desempeña en una línea de montaje.

⁸⁸ En Argentina, es el caso de los contratistas de viñas y frutales, los tamberos medieros y los talleristas. En Francia, en los términos del libro VII del Código del Trabajo, sería el caso de ciertos trabajadores a domicilio, viajantes, representantes y placistas (V.R.P), periodistas, artistas y modelos, asistentes maternas, gerentes de sucursales de casa de alimentación al detalle, etc. (cfr, Gérard Lyon-Caen “*Le droit du travail non salarié*” Sirey 1990, pág. 42).

Para desarrollar algo más esa perspectiva, conviene formular alguna otra hipótesis que tal vez permitan interpretar ciertas orientaciones que puede asumir ese proceso. Se trata de la aptitud calificadoria de las técnicas y contenidos de la protección, idea esta que, conceptualmente desplegada, propone que las categorías en cuya búsqueda se desplaza la teoría no refieren una condición ontológica que requiere ser descubierta, sino que son o han de ser – cuanto menos, en una dimensión significativa - el producto del modo (necesidades, técnicas, contenidos) en que se les asigne su régimen o estatuto de protección. Porque de la protección se trata, y las categorías que han de tener un determinado tratamiento tutelar han de ser reconocibles “ex post” en función del estatuto común que se les ha asignado.

Me parece que, por la negativa, evoca una hipótesis como ésta Rodríguez Piñero⁸⁹ cuando, con cita de De Luca Tamajo, señala que el tipo social y el prototipo normativo (nuestra “matriz de referencia”, o el “figurín” del recordado D’Antonna)⁹⁰ que se vincula con un aparato de tutela entero y compacto, pierde coherencia e interdependencia cuando los cambios sociales fragmentan la unidad del modelo social, dejando emerger una pluralidad de figuras que requieren una diferenciación y modulación del quantum y de la modalidad de las garantías. Esa fragmentación – me permito reiterar - puede dar lugar a una ulterior reagrupación por sectores entre esas y otras figuras, y esa reagrupación probablemente responda a otros rasgos comunes referidos esta vez al contenido de la protección.

A esa misma orientación – la de reconocer a la protección como determinante de la calificación conceptual - respondería el fenómeno de la ampliación de la categoría de la dependencia que se verificara en Francia cuando ello fue necesario para abrirle a más sujetos – jurídicamente no dependientes - el acceso a la protección de la seguridad social⁹¹. De eso se trata también, me parece, (aunque esta vez no desde la construcción de la categoría sino de sus efectos⁹²) cuando, como se ha advertido⁹³, se elige a un determinado trabajador, o se elige el contrato que regirá su desempeño no por circunstancias vinculadas conceptualmente a su categoría, sino por el estatuto de protección que trae consigo.

Desde esa hipótesis, si la ruptura ya reiteradamente evocada del tipo dominante, la creciente heterogeneidad de los procesos de trabajo, su desestandarización y correlativa ruptura de las categorías tradicionales⁹⁴ generara una masiva asignación de estatutos diferenciados de protección – quebrando también la lógica del estatuto único que

⁸⁹ Cfr. Miguel Rodríguez Piñero, “*Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*” en Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo (Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán) Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid 1999

⁹⁰ Cfr. nuestro “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas” cit. en nota 1.

⁹¹ Cfr. Alain Supiot, “*Trabajo Asalariado y trabajo independiente*”, en Actas del VII Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia, 1999, pág. 709 y sgtes.

⁹² Efectos que pueden revertir sobre la propia categoría que los origina, instando su redefinición o la de su estatuto.

⁹³ Cfr. Aubert-Monpeyssen, Thérèse, “*Les frontières du salariat à l’épreuve des stratégies d’utilisation de la force de travail*” en Droit Social 1997 No. 6 pág. 616.

⁹⁴ Cfr. Baylos, Antonio, en op y loc cit en nota 57.

correspondiera históricamente a aquel tipo dominante⁹⁵ – es probable que la construcción de más abarcativos centros de imputación del ordenamiento laboral se materialice “ex post”, mediante la reagrupación de las categorías resultantes de aquella fragmentación en función de comunes necesidades – y disponibilidades – de recursos de protección. En tal hipótesis, la definición de estos nuevos centros de imputación normativa, beneficiarios de algunos contenidos tutelares comunes pero de contenidos diversos en el resto de sus respectivos estatutos, sería el producto de un proceso de recalificación determinado, insisto, menos por la naturaleza en sí de cada desempeño, mucho más por los contenidos de la protección.

Son, por cierto, sólo hipótesis que, a mi modo de ver, justifican un cauteloso seguimiento de grado de *universalidad/diversificación normativa* que tienda a asumir el sistema de protección del trabajo. El modo en que se desarrolle – o neutralice – esta tendencia podría no tener efectos irrelevantes sobre el aún impredecible destino del Derecho del Trabajo.

b. Discontinuidad laboral y tratamiento de las transiciones

Enunciación de la cuestión

Junto al “desenfoque”⁹⁶ conceptual planteado por la hipotética pérdida de “representatividad” conceptual de la idea de dependencia⁹⁷, se instala además un “desenfoque” que proviene esta vez del otro término de la ecuación tutelar⁹⁸. Se trata ahora de la pérdida de eficacia del régimen de protección en razón de la paradoja de la asimetría temporal entre las necesidades de amparo y el desempeño en el trabajo: *la continuidad de las necesidades de tutela padece el menoscabo de la creciente discontinuidad de desempeños y carreras.*

Por formular ambos problemas - “irrepresentatividad” de la dependencia, discontinuidad laboral - de un modo que los vincule y, al mismo tiempo, los distinga

⁹⁵ Esa fragmentación del estatuto de protección, que se viviera antes como un fenómeno patológico, debería ahora ser admitida como un fenómeno natural e incluso como condición para hacer posible la integración de situaciones antes difíciles de incorporar (Jesús Cruz Villalón en “*El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*” en Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo”, Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid 1999).

⁹⁶ En una expresión muy lograda, un documento técnico de base preparado bajo la dirección de Enrique Marín Quijada para la “Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección” convocada por la OIT en Ginebra del 15 al 19 de mayo pag. 25 No. 134, se sugiere la existencia de un “desenfoque” entre la norma (laboral) y el sujeto al cual debe proteger, como si dicho sujeto hubiera sido desplazado del ámbito de la norma. Esa reunión (y el documento preparado para ella) forman parte de las actividades que la 86 Conferencia solicitó al Consejo de Administración con vistas a retomar “a más tardar en 2002” – será finalmente en la conferencia de 2003 – el tratamiento y consideración de un convenio internacional y una recomendación relativas a la protección de trabajadores no alcanzados por el tradicional concepto de la dependencia laboral.

⁹⁷ Ver antes las tendencias que consideré bajo el acápite “Redefinición del centro de imputación subjetiva”.

⁹⁸ Ecuación que vincula al sujeto amparado y al estatuto jurídico que define técnicas y contenidos de la protección.

nítidamente, podría decirse que en el primer caso se trata de ver cómo se hace, *desde una perspectiva sincrónica*, para que el sistema de protección del trabajo proteja a un mismo tiempo a la totalidad de los sujetos que deben ser objeto de amparo; en el restante, la cuestión planteada consiste en saber, *esta vez desde una visión diacrónica*, cómo se protege a cada uno de aquellos todo el tiempo. Son distintas, sí, pero también es probable – como lo intentaré sugerir sobre el final de este apartado – que las respuestas que se den a una de esas cuestiones devenga funcional para el tratamiento de la restante.

Como lo pone en evidencia el denominado Informe Supiot⁹⁹, la cuestión que introducimos en este acápite (discontinuidad de la protección social) constituye uno de los mayores desafíos que enfrenta el Derecho del Trabajo. Problema tanto más complejo cuanto más abigarrado tiende a ser el entramado de relaciones a que da lugar el binomio *trabajo/no trabajo* debido a la presencia siempre creciente de figuras como la del trabajo a tiempo parcial, trabajo a tiempo parcial anualizado con vastos territorios de desocupación, trabajos precarios que conducen de un “contrato mínimo” a otro, situaciones intermedias en el continuo trabajo/prerretiro o retiro parcial/retiro (como lúcidamente se ha señalado, cuando el trabajador está en situación de prerretiro, es en realidad un desocupado “asilado”, cuando efectivamente se retira, tiende a buscar ocupación)¹⁰⁰

El ordenamiento de la mayor parte de los países que integran la Unión Europea que, por una parte, ha habilitado instancias crecientes de “flexibilidad externa” – las que facilitan esa tendencia a la discontinuidad – ha exhibido también su capacidad para contraponerles correlativos mecanismos – políticas, instituciones, servicios, normas legales – de carácter compensatorio: para facilitar el acceso al empleo (educación, formación profesional, “empleabilidad”, asistencia para la colocación, etc); para desalentar la discontinuidad prescindible (flexibilidad funcional; desaliento del despido innecesario); para el mantenimiento económico ulterior y la reinserción (prestaciones económicas sustitutivas, continuidad de la cobertura de salud, ayuda para la reinserción, reconversión profesional.

En menos palabras, de lo que se trata es de trabajar sobre las transiciones (entre una y otra ocupación): prevenirlas, acortarlas, atenuar sus efectos económicos y sociales. Desde el entorno del contrato de trabajo (asegurando antes “empleabilidad” e igualdad de oportunidades y proveyendo después recursos de subsistencia, reentrenamiento y orientación para la reinserción); también al interior del contrato, promoviendo la máxima continuidad posible¹⁰¹. Por decirlo con los trazos más gruesos, el problema consiste en asegurar la continuidad de la protección durante las transiciones entre uno y otro trabajo remunerado, de “llenar los intersticios”¹⁰².

⁹⁹ Citado en nota 2.

¹⁰⁰ Cfr. Lyon-Caen, Gérard, “La transition d’une situation à une autre en droit du travail”, en “Le travail en perspectives” (sous la direction de Alain Supiot) LGDJ, Toulouse, 1998, pág. 635 y sgtes.

¹⁰¹ Esas estrategias pueden a mi juicio alcanzar tan alto grado de eficacia – aún en América Latina - cuanto sustantiva sea la atención que se les dispense en las diversas sociedades nacionales y consistente sea el grado de desarrollo de las políticas públicas que las incorporen.

¹⁰² Lograda expresión que, lamentablemente, no me pertenece. Pero no he logrado identificar la cita, perdida en el arcón de las lecturas... Ciertamente, se sostiene en el Informe Boissonat (es el modo en que se suele denominar al estudio “Le travail dans vingt ans”, rapport de la Commission présidée para Jean Boissonnat, publ. por La documentation française, Editions Odile Jacob, 1995, citado en nota 2) situaciones como éstas

Una aproximación más sofisticada

La cuestión asume niveles de más alta sofisticación si, además de los tiempos de trabajo retribuido (dependiente, autónomo, asimilado a uno u otro) y de los tiempos intermedios de desempleo, se pretende extender la cobertura a *otros socialmente relevantes*, como los de formación profesional, de atención de los compromisos familiares, de trabajo solidario, de cumplimiento de deberes cívicos, de descanso¹⁰³.

Por ello, en el contexto de un escenario de transformación radical del marco jurídico e institucional, se propone el diseño de una nueva categoría jurídica – *contrato de actividad* - que consiste¹⁰⁴ en un contrato marco con una persona moral (asociación, grupo de interés público, estados locales, empresas estatales, organismos de formación público o privados, que coordinan sus políticas de empleo y sus necesidades y garantizan al trabajador durante su desempeño dependiente, pero también en otras instancias de su carrera (como las del trabajo autónomo, el tiempo de formación, el de descanso, el de atención de las obligaciones cívicas o familiares, etc), la continuidad de un mínimo remuneratorio y cierta protección social¹⁰⁵.

Se superaría de ese modo la limitación que deriva del encerramiento de la relación individual en un contrato entre asalariado y empleador jurídicamente definido como responsable de una sólo empresa, reduccionismo éste que impide la difusión de la responsabilidad económica y social más allá de aquélla, en particular en el seno de las redes de subcontratación y cocontratación. Desde esa perspectiva, el contrato de actividad favorecería una movilidad que no sería sinónimo de precariedad, inseguridad o exclusión; el sistema, a su vez, se beneficiaría con las capacidades de adaptación requeridas, y las empresas con una flexibilidad y una reactividad que contribuirían a mejorar su competitividad a partir de una organización cooperativa y una flexibilidad mutualizada.

pueden tratarse mediante técnicas tradicionales de seguros que “descansan sobre una lógica de cotizaciones-prestaciones”, solución que no introduciría rupturas significativas con los modos de gestión en vigor. Sin embargo, se puntualiza, una solución de ese tipo sólo daría respuesta a las situaciones encuadradas en el marco del contrato de trabajo clásico y excluiría, por lo tanto, a las que están fuera del mismo (v.g., trabajo independiente y sus propios “intersticios”).

¹⁰³ Sostiene Alain Supiot que los derechos del hombre en el trabajo deben concernir a todas las formas de actividad personal al servicio de otro, formas que pueden mezclarse y sucederse en la vida de cada una. Ello incluye el trabajo gratuito que, a juicio del autor, es fundamental para la sobrevivencia en una sociedad (ejemplifica mediante el trabajo en la esfera familiar para la reproducción de la fuerza de trabajo. En la medida en que se trata de un trabajo útil para la sociedad convendría adjudicarle un conjunto coherente de derechos sociales, de dotarlo de un estatuto de amparo (su introducción a “Le Travail en perspectives” LGDJ, Paris, 1998, págs 1 y sgtes).

¹⁰⁴ Elijo a los efectos de esta mención una caracterización groseramente esquemática, aún a riesgo de incurrir en una simplificación desleal.

¹⁰⁵ Con esos alcances, la figura fue propuesta inicialmente en el Informe Boissonnat, cit. por primera vez en nota 2. Ver, además, Gaudu, Francois en “*Travail et activité*”, Droit Social, Fev. 97 No. 2 págs. 119 y sgtes. Del mismo autor, y sobre el mismo tema, véase también “*Du statut de l’emploi au statut de l’actif*” en Droit Social No. 6 Junio 1995, pag. 535.

Con ese objeto, el contrato de actividad conciliaría flexibilidad productiva, evolución del trabajo y continuidad de las trayectorias personales¹⁰⁶.

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

Su financiación puede ser alimentada, por el Estado, por las instituciones de la seguridad social, por organismos paritarios de mutualización, por las empresas, por el propio trabajador bajo las formas de ahorro de tiempo, renuncia a una parte del ingreso anterior, etc. Su utilización, se propone en el Informe Supiot, debería estar sujeta a una lógica financiera propia de los derechos de crédito o de extracción (“droits de tirage”) de los que podría servirse el titular trabajador de un contrato de actividad para aplicarlos a una precisa imputación social (la de su sostenimiento). Se trataría de un derecho función, por lo cual no podría ser libremente endosado en beneficio de un tercero¹⁰⁷.

Su valoración “en clave” latinoamericana

Son estas últimas, como es evidente, construcciones de un mayor grado de sofisticación, cuya mecánica financiera e institucional parece inalcanzable por el momento en los países de la América Latina, en atención a la crítica escasez de recursos económicos y organizacionales¹⁰⁸.

Interesa, no obstante, introducir esta referencia porque creaciones institucionales de ese tipo, aún distantes en su concreción integral, pueden servir para marcar el rumbo y explicar la orientación de etapas intermedias en una secuencia de reinstitucionalización que difícilmente pueda evitar el Derecho del Trabajo¹⁰⁹.

Interesa, también (y principalmente por ello le hemos dedicado esta tan esquemática mención) porque permite percibir de qué modo figuras como las que se proponen, al asignarle al sistema de protección unas fronteras exteriores sensiblemente más abarcativas –a su interior se encuentra, como queda dicho, el trabajo dependiente, el autónomo y todas

¹⁰⁶ Del Informe Boissonnat (su cita editorial completa en nota 2)

¹⁰⁷ Del Informe Supiot; en el mismo sentido, Gaudu, François, op. y loc. cit en nota 105.

¹⁰⁸ Contemplé esta propuesta (particularmente, su versión contenida en el Informe Supiot) desde una perspectiva latinoamericana en un documento publicado en Comparative Labor Law and Policy Journal Vol 20 No. 4 Summer 1999 editado por el College of Law de la University of Illinois, pág. 681 y sgtes bajo el título “*Labor Law beyond employment; a Latin-American perspective*” (cit. en nota 1)

¹⁰⁹ Cfr. Thierry Priestley en “*A propos du “contrat d’activité” proposé par le rapport Boissonnat*”, en Droit Social No. 12 Décembre 1995, pág. 955

las variantes intermedias, el tiempo de formación, de descanso, de compromiso cívico o familiar, etc – puede reducir los desequilibrios que, en términos de recursos de protección, pueden observarse entre sus límites o fronteras interiores (condición esta última a la que, en ese marco, quedan circunscriptas las *fronteras de la dependencia*)¹¹⁰.

Interesa, finalmente, porque sin lugar a dudas resolver la disfunción tutelar planteada por la tendencia creciente a la discontinuidad de las carreras (o no hacerlo) es, a nuestro juicio, una de los hitos decisivos en el rumbo que adopte el Derecho del Trabajo y, de modo más abarcativo, el íntegro sistema de protección social

d. Tutela de los derechos fundamentales inespecíficos en el trabajo

En un contexto que parece generalizarse una involución en la intensidad de la tutela laboral, cobran creciente relevancia en el marco del contrato de trabajo los derechos fundamentales de la persona lo que implica, dice Rodríguez Piñero¹¹¹ una nueva valoración de la estructura y del contenido del contrato a la luz de los derechos constitucionales y un condicionamiento a la posición de sujeción del trabajador en el seno de la relación contractual. Se reivindican de tal modo garantías que definen la dimensión personal del trabajador, como las de intimidad, opinión y expresión, libertad ideológica y religiosa, preservación de la propia imagen, no discriminación, cumplimiento de deberes familiares, restricción en el tratamiento de los datos sobre el asalariado, evaluación de datos genéticos, prevención de excesos en el uso de nuevas tecnologías de control laboral, preservación de la privacidad de la correspondencia electrónica, entre otras.

Se trata, para Jeammaud¹¹², del aspecto positivo de las tendencias de *individualización* del Derecho del Trabajo, de la *individualización* concebida como revalorización de la condición personal del trabajador en el marco del contrato de trabajo y no como destinatario de una pura estrategia de “aislamiento regulatorio”¹¹³. Junto al reforzamiento del papel de la autonomía contractual individual como fuente reguladora del contrato de trabajo¹¹⁴, se produce “una mayor sensibilidad a los intereses individuales, una revalorización del perfil subjetivo del contrato de trabajo...la persona del trabajador

¹¹⁰ Es a esto a lo que nos referíamos cuando, al comienzo de este acápite, sugeríamos que las técnicas de tratamiento de una de estas cuestiones (la de la discontinuidad de la protección) podían ser funcionales para atenuar la problemática emergente de la restante (la hipotética “irrepresentatividad” de la noción de dependencia).

¹¹¹ Cfr. Rodríguez Piñero, Miguel, en op. cit. en nota 7. Cuestión poco estudiada entre nosotros pese a que aparecen en la región algunas manifestaciones de esa tendencia. En Chile, por ejemplo, se incluyeron de modo explícito algunas de esas garantías en su última reforma legislativa en materia laboral. En otros países de América Latina, aunque especialmente en aspectos relacionados a temas menos vinculados con la problemática más moderna (aunque no por ello menos significativos) como lo son los de discriminación en el trabajo y el acoso sexual.

¹¹² Cfr. Jeammaud, Antoine, “Le droit du travail en proie aux changements” Texto destinado a una obra colectiva sobre los cambios del derecho bajo la dirección de Michel Miaille, que aparecería en 1997 en la Colección Derecho y Sociedad, Ed. LGDJ, en manuscrito fotocopiado.

¹¹³ El “isolement” de Georges Spyropoulos que evocáramos en la nota 71 (“Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs”, en Droit social No. 4, Abril 2002, pag. 391)

¹¹⁴ Cfr. Rodríguez Piñero, Miguel, “Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales”, en Relaciones Laborales (Madrid) tomo 1991-II, pág. 47.

adquiere un relieve en todas las dimensiones que, con anterioridad, permanecía más limitada en base a la necesidad, todavía vigente, de reequilibrar con la fuerza colectiva la desigualdad de poder a nivel individual”. La “personalización” del contrato de trabajo, tanto respecto a la norma estatal como a la autonomía colectiva, tiene como una de sus consecuencias – también como una de sus causas – el acentuar la importancia de los derechos personalísimos en la esfera individual”¹¹⁵

¿Cómo explicar esta tendencia de exaltación de derechos fundamentales, precisamente en tiempos de fuerte resistencia a cualquier forma de valorización de la lógica de protección? Sostiene el propio Jeammaud¹¹⁶ que se trata de la reacción del ordenamiento jurídico a nuevos datos contextuales que entorpecen el estado de sujeción laboral, relacionados con la utilización de tecnología y con nuevas formas de gestión empresarial, como la definición de “valores y cultura de la empresa” (a los que el trabajador debe ajustarse), el escrutinio cada vez más riguroso de las condiciones personales del trabajador al momento del ingreso y, además, durante su desempeño (no sólo aptitudes y nivel de formación, también aspectos de su personalidad y de su vida privada), el desarrollo de las tecnologías para diversas formas de control ejercidas sobre el personal y el de las comunicaciones electrónicas y las posibilidades de injerencia en su privacidad, la multiplicación de los empleos en que se asume la representación de la empresa y el contacto directo con los clientes, etc.

Esta tendencia “neo-garantista” que, como bien se ha afirmado¹¹⁷, no afecta ni cuestiona las nuevas formas de organización del trabajo y de la producción ni la propia racionalidad económica que sustenta a estas últimas, parte de un proceso de horizontalización de los derechos fundamentales (Drittwirkung) y consiguiente reconocimiento de las relaciones entre particulares y no únicamente frente al Estado¹¹⁸, que encuentra fundamento en el hecho de que al poder público “...secular amenaza potencial contra las libertades...le ha surgido la competencia de poderes económicos y sociales fácticos, los cuales en muchas ocasiones son “más implacables que el propio Estado en la violación de derechos fundamentales”¹¹⁹.

Ciertamente, sólo el tiempo dirá en qué medida el grado de desarrollo que se alcance en este trayecto en curso de valorización de los derechos fundamentales inespecíficos¹²⁰ en el trabajo denotará al Derecho del Trabajo y contribuirá a recuperar equilibrio en relaciones que tienden una vez más a perderlo, esta vez no sólo por la desigual

¹¹⁵ Cfr. del Rey Guanter, Salvador, “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general” en Relaciones Laborales (Madrid) No. 3, 1995 pág. 181 y sgtes, en part. pág. 200.

¹¹⁶ En op. y loc. cit en nota 112.

¹¹⁷ Idem, nota anterior

¹¹⁸ Cfr. Antonio Martín Valverde, su prólogo a la obra “Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo” que recoge los trabajos de la 1.ª Jornada de Otono de Direito Social, coordinados por Jose Fernando Lusada Arochena y Matías Movialla García, Ed. Comares Granada 1998, pág XVIII.

¹¹⁹ Cfr. Perez Luño, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid 1986 pag. 42, citado por del Rey Guanter, Salvador, “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general” en Relaciones Laborales (Madrid) No. 3 1995, págs 181 y sgtes, en part. pág. 189.

¹²⁰ Tal el modo en que les llama Manuel Carlos Palomeque (“Los derechos laborales en la Constitución Española”, Madrid, CEC, 1991) en terminología que ya “ha hecho carrera”.

relación de fuerzas del vínculo tradicional de dependencia sino también por el advenimiento de formas de sujeción no menos intensas pero cada vez más inasibles.

e. Intensidad del régimen de protección laboral (los efectos de la flexibilidad laboral)

Como es fácil advertir, he reservado para este tema un papel casi residual en este ejercicio de identificación de las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo. Que lo haga de este modo no significa que le reste importancia. Se trata en cambio de que más allá de la variedad y hasta de la riqueza de significaciones elaboradas en torno de la idea de *flexibilidad laboral*¹²¹, en cuanto ellas se “bajan” de sus componentes organizativos y económicos para proyectarse concretamente sobre las normas jurídicas (ese es el espacio que interesa desde las perspectiva de este ensayo), aquella idea parece carecer de independencia conceptual y, por el contrario, se manifiesta como una variable dependiente de un estado normativo anterior, al que se imputa *rigidez* o, en todo caso, flexibilidad insuficiente¹²².

Como esa hipotética rigidez reside fundamentalmente en el modo en que opera la técnica prevalente en el Derecho del Trabajo (la de *limitar las diversas formas de autonomía de la voluntad*) no debiera sorprender el hecho de que, más allá de las diversas y por cierto expresivas clasificaciones formuladas sobre la *flexibilidad* desde múltiples criterios taxónomicos – flexibilidad numérica o externa o flexibilidad funcional; flexibilidad de los salarios, de la jornada de trabajo, de los mecanismos de contratación laboral, de diversas formas de movilidad funcional o geográfica, etc – el concepto estrictamente jurídico de *flexibilidad* sea prácticamente reconducible a *una tensión sistemática para restar atribuciones y contenidos a la ley y trasladarlos al ámbito de la autonomía colectiva y, en sus variantes más intensas, para restarlos tanto a la ley como a los convenios colectivos para dejarlos a disposición de la autonomía individual*; dinámica que, *mutatis mutandi* se reproduce entre fuentes del mismo rango jerárquico pero ámbito diverso (v.g., entre convenios colectivos) En otras palabras; la flexibilidad jurídica es fundamentalmente una cuestión relativa al funcionamiento del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, cuestión que ya ha sido “presentada” en este ensayo bajo el genérico

¹²¹ La bibliografía sobre este tema es muy cuantiosa, aunque no especialmente en la Argentina. En este contexto se destaca la obra de Armando Caro Figueroa “La flexibilidad laboral. Fundamentos comparados para la reforma del mercado de trabajo argentino” Ed. Biblos, 1993 que aporta una buena selección de definiciones originales de la idea de *flexibilidad laboral* (entre otros, cita a R. Boyer, Giugni, Sala Franco, Fernando Valdés dal Re y el Informe Dahrendorf). Desde la perspectiva de la OIT, merece mencionarse Arturo Bronstein, “La Flexibilidad del trabajo. Panorama general”, extraído de la obra “La flexibilización del Derecho del Trabajo. Un estudio internacional” págs 13 y sgtes. También el Informe Técnico de la OCDE, “Flexibilidad y mercado de trabajo. El debate actual” publicado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad social de España, en particular págs 135 y sgtes.

¹²² En ese sentido, Treu, Tiziano, citado por Bronstein en op. cit. en nota anterior. Como expresa Antonio Martín Valverde (op. cit. en nota 118 pag. X), si bien “...es cierto que la flexibilidad laboral no es sólo una cuestión de normas o de estructuras jurídicas, sino también una cuestión de mentalidades y de actitudes de los actores sociales...cuando hablamos de la flexibilidad del Derecho del Trabajo nos estamos refiriendo a aquéllas y no a éstas. Y – concluye - a la vista del intervencionismo legislativo y reglamentario que ha caracterizado a nuestro ordenamiento laboral a lo largo de toda su historia, no era aventurado predecir que la flexibilización del mismo había de presentarse entre nosotros como un proceso de cambio legislativo”.

título de “El sistema de fuentes” y sucesivos acápites designados “Evolución del sistema de fuentes” y “Procedimentalización del Derecho del Trabajo”¹²³.

Otras cuestiones relativas a la intensidad del régimen de protección laboral y a la flexibilidad laboral han quedado abarcadas en los diversos acápites del título siguiente (“Técnicas e instrumentos de protección”), aunque no necesariamente “a la baja”¹²⁴. Es probable, en cualquier caso, que muchas de estas cuestiones expresen también formas diversas de relacionamiento entre las fuentes del ordenamiento (como lo advirtiéramos desde el propio inicio de este ensayo, *las tendencias que hemos considerado no guardan rigurosa independencia conceptual, sino que, al menos entre algunas de ellas, comparten espacios indiscernibles y, por ende, se solapan y superponen*).

La línea de tendencia que se presenta bajo este acápite propone, en cambio, un seguimiento de la intensidad del régimen de protección – de *nivel de tutela* que asigna¹²⁵ – en función de las tendencias de transformación que irán delineando al Derecho del Trabajo en los años por venir (entre ellas, las que se consideran en este documento).

Desde luego, si se incluye esta *variable* es porque se le reconoce algún grado de independencia. Es que aún cuando ciertas opciones que el ordenamiento vaya asumiendo respondan a consideraciones estrictamente técnicas vinculadas, por ejemplo, con la necesidad de superar restricciones resultantes de reglas estáticas o de alcance excesivo, o con la de servirse de la aptitud de adaptación que poseen en ciertas circunstancias los diversos productos de la autonomía, o con la de atender requerimientos tutelares diferenciados que son el producto de la heterogeneidad creciente de las categorías, o con la de introducir nuevas técnicas de protección en reemplazo de otras invalidadas por las transformaciones acaecidas en el sistema productivo, el destino del Derecho del Trabajo,

¹²³ Es de eso de lo que habla Antonio Martín Valverde (op. y loc. cit en nota anterior), cuando, en relación con el proceso de “flexibilización” de la normativa laboral española ocurrido en los años ’80 y ’90, afirma que “...se ha realizado por medios diversos, que van desde el *ajuste a la baja de anteriores niveles de protección*, hasta la *desregulación* o *remisión a la autonomía individual* para la determinación de las condiciones de empleo y trabajo, pasando por la *redistribución de atribuciones normativas entre la ley y la autonomía colectiva*”. Fácil es advertir que se trata en todos los casos de operaciones vinculadas con el sistema de fuentes; aún lo que llama “ajuste a la baja de anteriores niveles de protección” que, como la desregulación pero en medida menos intensa, igualmente importa el reenvío de atribuciones al espacio de la autonomía individual.

¹²⁴ Especialmente si se le contempla desde tendencias como la de la acentuación de la protección de derechos fundamentales inespecíficos, del tratamiento tutelar de las transiciones (entre diversas formas de ocupación remunerada), de la introducción de nuevas técnicas de tutela, etc.

¹²⁵ En otra oportunidad (“Contrato de trabajo y renuncia de derechos”, Ed. Hammurabi 1987) - se trataba entonces del debate acerca de la renunciabilidad/irrenunciabilidad de las condiciones pactadas en el contrato individual por sobre los mínimos de las normas imperativas - planteé la necesidad de identificar algo así como el “*nivel de beneficio*”. Llamaba de ese modo a la “medida” resultante de la relación entre potencias e impotencias (ventajas y desventajas) que en un momento determinado goza un determinado trabajador según los términos en que ha quedado configurado el objeto de su vinculación contractual. Como de lo que se trataba era de establecer el modo en que evolucionaba esa específica situación de amparo, la idea de “nivel de beneficio” sólo cobraba sentido y auténtica entidad conceptual en su dimensión dinámica y relativa, esto es, en su función de variable de cotejo con el *nivel de beneficio* (del mismo trabajador) reconocible en otro momento u otra instancia. “*Mutatis mutandi*”, lo que se propone en este acápite es una variable de cotejo análoga, no referida esta vez a la situación de un determinado trabajador, sino a la evolución del “nivel de beneficio” como propiedad del ordenamiento jurídico-laboral en su conjunto.

medido esta vez desde la intensidad de la protección que dispense¹²⁶ - es en una medida significativa variable dependiente de la dimensión ideológica que presida el proceso de su redefinición, de la relación de fuerzas que le enmarquen¹²⁷, de los equilibrios que se logren construir en reemplazo de aquellos que se han quebrado¹²⁸.

5. ¿Un derecho del empleo?

No es una novedad que entre nosotros en los últimos años (en otros países, en las últimas décadas), las políticas legislativas *se dirigen menos a la fijación de standards mínimos de protección del trabajo que a la regulación del desempeño de los mercados de trabajo*. Buena parte de esas políticas (y sus productos) han sido ya consideradas como manifestación de otras tendencias de la transformación del Derecho del Trabajo; si las reproducimos acá es con la finalidad sistemática de presentarlas en otra lógica: la de su pertenencia a un hipotético ordenamiento específico del empleo.

Son ellas: a) “*reregulación*” de instituciones como la jornada de trabajo, la movilidad funcional y el despido, entre otras; b) la *incorporación de excepciones* a determinadas reglas o principios tradicionales del derecho del trabajo, como lo son las modalidades contractuales por tiempo determinado en relación con el principio de indeterminación del plazo y continuidad de los contratos; c) la *redistribución de contenidos y alteración de relaciones en el sistema de fuentes*; d) la *deslaborización* de diversos sujetos prestadores de trabajo, como los de aprendices, fleteros, becarios o pasantes, y la *desalarización* de diversos concepto que son contraprestación del trabajo como, en la Argentina, los casos previstos en la ley 24.700 o los conflictivos “tickets” que regulara el art. 105 bis de la LCT; e) las opciones normativas en materia de *edad de admisión al trabajo y edades de jubilación* ; f) las estrategias para el *reparto del empleo*, como la reducción de la jornada o el trabajo a tiempo parcial; g) la *introducción de incentivos a la contratación laboral*, con diversas formas de apoyo económico o financiero, como desgravaciones previsionales e impositivas, subsidios para el pago de salarios, etc; h) la *implementación de programas específicos de empleo* financiados con fondos públicos para determinados grupos objetivos, como desempleados de larga duración, discapacitados, trabajadores mayores, jóvenes, mujeres, etc; i) la *creación de programas de empleo público de emergencia*, en tareas de interés social o comunitario; j) la *oferta de programas de formación y reentrenamiento dentro y fuera de las empresas*; k) la legislación sobre *migración, circulación de trabajadores y trabajo de trabajadores extranjeros*; l) las normas sobre *colocación de trabajadores*, que se refieren a servicios públicos y privados de

¹²⁶ Que, por cierto, no depende sólo de la cantidad y contenidos de las instituciones de tutela sino también de su eficacia aplicativa. En nuestros países, en efecto, esta cuestión de la *eficacia aplicativa* es extremadamente relevante; si nos aflige hoy un alto nivel de desprotección laboral, no es porque nos falten normas – que abundan – sino por su notable nivel de inaplicación e invigencia práctica (recuérdese la caracterización de la amplia brecha entre derecho y realidad como una de las características más generalizadas en los regímenes jurídico-laborales de los países de América Latina (ver Ermida Uriarte, cit. en nota 6).

¹²⁷ Cfr. Jeammaud, Antoine, en op. cit. en nota 112. Como señala Georges Spyropoulos (en op. y loc. cit en nota 2), no conviene abdicar de la convicción de que es posible incidir sobre el proceso, en tanto el futuro no está predeterminado, ni es inevitable.

¹²⁸ Véase sobre el particular el acápite III.1, que dedicamos a la “evolución en las funciones del Derecho del Trabajo”.

empleo, agencias de trabajo eventual, etc; m) finalmente, las *políticas pasivas* como subsidios y seguro de desempleo, prestación médico asistencial a los desocupados, etc. Naturalmente, algunos de los programas o de las medidas legislativas pueden incluirse en dos o más de esas categorías.

Si bien es cierto que todas las normas e instituciones clasificables dentro de las categorías precedentes se orientan tras la común finalidad (unas veces real, otras quizás sólo pretendida) de mejorar el desempeño del mercado de trabajo en términos del ajuste entre la oferta y la demanda de empleo, también resulta evidente que median diferencias notables entre las unas y las otras. Mientras algunas de esas categorías, como las que se integran el ítem m), o la fijación de la edad jubilatoria (e), parecen claramente pertenecer al ámbito de la seguridad social, otras participan total o parcialmente del contenido del Derecho Administrativo del Trabajo (g, h, i, k, l) o al propio campo del Derecho Individual del Trabajo (a, b, c, d, e, f y también, en algunos aspectos, k y l). Entre estas últimas, unas (a,b,c, d y l) *operan el rediseño de instituciones tradicionales del sistema de protección del trabajo para hacerlas permeables a reacciones más sensibles o complacientes a la evolución de los mercados de productos o del propio mercado de trabajo*, mientras otras, como e), procuran influir sobre el volumen de la oferta de trabajo o sobre la distribución del disponible

Hubo siempre, desde luego, normas como esas (o, al menos, como algunas de esas) en el seno del ordenamiento laboral. Debe, no obstante, llamarse la atención sobre el modo creciente y hasta invasivo en el que en los últimos años han ido implantándose en los rincones más íntimos del régimen jurídico del trabajo dependiente y también, como se ha visto, en su periferia. Cabe preguntarse, en consecuencia, si en el futuro la presencia masiva de ese tipo de normas habrá quedado instalada como un componente estructural y definitivo del sistema regulatorio o si, por el contrario, declinará al ritmo de una recuperación en el funcionamiento de los mercados de trabajo o de nuevas concepciones sobre el trabajo, la riqueza y la distribución de uno y de otra. En el primer caso, ¿se le tratará como un capítulo o sector diferenciado del Derecho del Trabajo (como el derecho individual, o el colectivo, o el administrativo del trabajo)¹²⁹; ¿o se constituirá en rama autónoma, en compleja convivencia con el Derecho del Trabajo (como sucede con el Derecho de la Seguridad Social)?; ¿o, por fin, como desean algunos,¹³⁰ terminará sustituyendo al Derecho del Trabajo, trasladando la protección desde la figura del trabajador hacia la del puesto de trabajo y del empleo?

¹²⁹ Tal el tratamiento que parecen darle Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez Sañudo y Joaquín García Murcia en Derecho del Trabajo, Ed. Tecnos, 4ta. edición, Madrid 1995, pag. 412.

¹³⁰ En un seminario que tuvo lugar hace algunos años sobre reformas a la legislación laboral (Río de Janeiro, Brasil, 5 de Julio de 1996), pude escuchar a un destacado economista de ese país, Jose Marcio Camargo (vinculado al Partido de los Trabajadores) propiciando ese derrotero.

6. Algunas tendencias externas al ordenamiento jurídico-laboral

a. **Introducción de buenas prácticas laborales/productivas (el “camino alto”)**

Como lo sostuvimos en otra oportunidad¹³¹ podría decirse que los modos en que se perciben las normas laborales desde la ciencia económica convergen, salvo matices intermedios ciertamente no desdeñables, en dos matrices paradigmáticas de obvia y correspectiva pertenencia.

Desde una primera perspectiva, los mercados de trabajo (internos y externos) se equilibran mediante ajustes de cantidades (oferta y demanda de trabajo) o de precios (salarios) y funcionan mejor cuanto más rápido esos ajustes responden a los cambios en los mercados de productos y a las situaciones de crisis. En ese marco, las normas laborales se perciben como factores de interferencia que perturban la espontánea adecuación de oferta y demanda en el mercado y, en concreto, como costos que deben controlarse y limitarse y, en cuanto sea posible, suprimirse (“desregular”).

Desde otra perspectiva, las normas laborales, junto a su específico cometido protector, suplen otras funciones relevantes en el sistema productivo (superación de métodos tayloristas, inducción del compromiso y motivación de los trabajadores, habilitación de formas de gestión participativa y cooperativa, aliento de la inversión en formación y consiguiente aumento del nivel de las calificaciones y mejora del capital humano, elevación de los criterios de calidad, estímulo a la diversificación productiva y a la incorporación de nuevas tecnologías y modernización consecuente, etc).

Como queda dicho y fluye de su misma enunciación, ambas perspectivas traducen modos de contemplar las normas y otras regulaciones laborales desde la ciencia económica. Otra es, por cierto, la orientación prevalentemente social que inspira al Derecho del Trabajo como rama especial y autónoma, así como la de expresiones del pensamiento económico-social (v.gr., la del “ajuste social”¹³²) que, sin embargo, encuentran en la segunda de aquellas perspectivas los argumentos económicos de convalidación de la viabilidad de los “standards” de protección laboral.

Desde esta óptica, de lo que se trata es de reorientar el diseño de las relaciones laborales por el denominado “camino alto” que es aquel que transitan las relaciones laborales que al mismo tiempo que habilitan altos niveles de eficacia productiva, se apoyan

¹³¹ Nuestro “Regulaciones laborales y empleo” en el Libro Blanco del Empleo en la Argentina, elaborado por encargo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (1995) por un “Comité independiente” presidido por Adolfo Canitrot e integrada por Juan Luis Bour, Alfredo Monza, Rodolfo Díaz y el autor de este trabajo.

¹³² Cfr. Standing, Guy, “Ajuste estructural y políticas laborales: ¿hacia el ajuste social?”, en Estudios del Trabajo (ASET, Buenos Aires), No.3 pág. 3. Desde una perspectiva que considera los efectos económicos y sociales de los “standards” de protección laboral en niveles superiores al de la empresa, véase Sengenberger, Werner y Campbell, Duncan (eds) “Creating economic opportunities. The role of labour standards in industrial restructuring”, Ginebra, International Institute for Labour Studies, 19

en prácticas socialmente satisfactorias. Significa, como se sugirió antes, enriquecimiento de las tareas, involucramiento y compromiso creciente de los trabajadores con los procesos de trabajo, inversión privada y pública en formación profesional y, como derivación de ella, aumento del nivel de las calificaciones y mejora del capital humano, descentralización inspirada en propósitos de alta especialización productiva y no en estrategias de desresponsabilización empresaria y abaratamiento nominal del trabajo¹³³, conductas y prácticas tanto de participación directa (de los trabajadores) como de participación institucional (con intervención sindical)¹³⁴; estímulo para la diversificación productiva y la incorporación de nuevas tecnologías organizacionales, investigación y desarrollo.

Desde luego, la asunción de un camino como éste no es en modo alguno responsabilidad exclusiva de las políticas públicas. Los actores sociales, sus respectivas opciones estratégicas y el diálogo social como instancia de vinculación tienen también espacios relevantes en su configuración.

Naturalmente, el destino del Derecho del Trabajo (en función de las demandas que se le formulen y los criterios que se le impongan) no ha de ser el mismo si por allí se transita, o si, por el contrario (como sucede de modo vastamente extendido en América Latina), el proceso continúa transitando de modo prevalente “por lo bajo”¹³⁵.

b. Redefinición de los criterios de representatividad colectiva

Hoy es casi un lugar común afirmar que los sindicatos se encuentran inmersos en un sostenido y universal proceso de declinación que se manifiesta en la pérdida creciente de representatividad, de efectivos, de instrumentos de acción, de poder en suma¹³⁶.

¹³³ Esas que explican que unas relaciones de trabajo de mejor calidad en empresas medianas y grandes descansan sobre otras informales y de baja productividad en las pequeñas que son destinatarias de las opciones de descentralización.

¹³⁴ De lo que se trata es de buscar una síntesis y recíproca legitimación entre ellas (participación directa, participación institucional) de modo que la prevención y el rechazo que unos experimentan por unas de ellas, no termine paralizando la incorporación de las otras. Esas prácticas, por añadidura, se enriquecen en un marco normativo y cultural en el que las relaciones laborales en las empresas responden a criterios renovados de gestión de personal y representación de trabajadores y sindicatos, negociación, información, comunicaciones y consulta, esquemas de autocomposición de conflictos e instrumentos de gestión colectiva para determinados aspectos de las relaciones individuales del trabajo, entre otras técnicas de vinculación social. Técnicas todas ellas que configuran un espacio en el que es posible que la reclamada flexibilidad de adecuación no se vista con los hábitos de la pura unilateralidad patronal.

¹³⁵ Es el que se descansa sobre prácticas laborales basadas en bajos salarios y costos laborales reducidos en términos nominales (y no en función del crecimiento de la productividad), el recurso a la contratación efímera y el despido, el consiguiente aumento de las tasas de rotación de la mano de obra, la desinversión empresaria y pública en educación y formación profesional, la adopción de estrategias de intensificación (y no enriquecimiento) de las tareas, la externalización como estrategia de desresponsabilización empresaria, etc.

¹³⁶ Entre sus causas se mencionan el desempleo, la sostenida disminución de efectivos en el sector industrial, la menor proclividad a la agremiación de los trabajadores que se desempeñan en sectores o categorías crecientes, como son, respectivamente, el terciario y la de los trabajadores precarios, la también creciente heterogeneidad de la clase trabajadores, el advenimiento de nuevas categorías y profesiones, así como nuevos perfiles en las tradicionales (menos operarios, más técnicos y administrativos, más mujeres, más trabajadores más jóvenes y con niveles formativos más altos) que instalan conductas individualistas y menos solidarias, la crítica situación en que se encuentran los mercados de trabajo y el empleo, el “achicamiento” de la base negocial mínima producto de las

Sin embargo, un examen desprejuiciado de la experiencia comparada no permite en modo alguno afirmar que tengamos a la vista un pacífico proceso de convergencia que tenga por destino la universal irrelevancia de los sindicatos; mucho menos, su agotamiento o disolución. Muy por el contrario, los diferentes contextos (los marcos jurídicos, las instituciones, las organizaciones y los procesos tradicionales de las relaciones laborales, los escenarios económicos, los cambios tecnológicos, las estrategias empresarias y las políticas públicas y, con relevancia no menor, las opciones estratégicas y capacidades de reacción de los propios sindicatos en cada una de las experiencias nacionales) parecen haber dado lugar a un panorama comparado de notable variedad en el que sindicatos de diversos países y continentes exhiben grados muy diversos de implantación, dinamismo, poder, capacidad innovativa e influencia en sus respectivos sistemas de relaciones laborales¹³⁷.

Muy lejos estamos, pues, de que todo esté ya dicho en materia sindical, por lo que parece válido preguntarse cuál será, en cada concreta experiencia nacional, el destino de los sindicatos y, a partir de allí, el aporte proveniente de ellos y de la acción colectiva para que el Derecho del Trabajo - y, más ampliamente, el sistema de protección social - se rediseñe de un modo que afirme sus principios y sus valores. ¿Cuánto de la lucha por esa afirmación estará en manos de los sindicatos? ¿Que conductas y opciones estratégicas - nuevas o tradicionales - le habilitarán un grado mayor de influencia en esa nueva lucha por la equidad? ¿Que marco normativo (si alguno) favorecerá o, por el contrario, entorpecerá esa tarea?

Buena parte de esas preguntas sólo tendrán respuesta al cabo de los procesos por venir, y otras demandan un debate riguroso y desprovisto de mezquindades contingentes, que a mi juicio está aún postergado entre nosotros.

Algo, no obstante, deja ver la experiencia propia y comparada, aunque por demás insuficiente para extraer conclusiones o formular algún tipo de proposiciones asertivas. Alcanza apenas para "dibujar" un moderado par de hipótesis meramente instrumentales y, lo admito, de difícil verificación que, sin embargo, me parece que no convendría desdeñar sin dedicarles antes alguna cautelosa reflexión.

a) La noción de la representatividad tiende a extender y generalizar los ámbitos de actuación de los sindicatos. Esa tendencia no debe desconocer la constante multiplicación de los ámbitos de relacionamiento y acción colectivos resultante de fenómenos hoy fuertemente instalados, como la sostenida diversificación de los procesos de producción, su descentralización y externalización (en particular, los nuevos espacios como las concentraciones y grupos de empresas, redes de empresa, empresas dependientes, empresas muy pequeñas, empresas virtuales¹³⁸), la creciente heterogeneidad de la clase trabajadora (nuevas categorías,

políticas de flexibilización laboral, etc.

¹³⁷ Cfr. "El trabajo en el mundo 1997/1998" OIT, Ginebra, 1997 y en particular diversos documentos preparados para su elaboración, como el de Kirsten S. Wever, del Radcliffe Public Policy que lleva el nombre de "Unions Adding Value: Addressing Market and Social Failures in the Advanced Industrial Countries" y el de Robert Taylor (editor de empleo del Financial Times de Londres), bajo el título de "Trade Union Strategies in the Global Economy". También en el Informe Supiot págs 176/178 de su versión en español (ver nota 2) queda en evidencia esa diversidad de destinos sindicales.

¹³⁸ Cfr. Informe Supiot, versión cit. en nota anterior, pág. 172.

expectativas, niveles de formación, velocidad de rotación) ¹³⁹. Si ello es así, es probable que sea necesario construir una nueva y más compleja concepción del interés colectivo - por consiguiente, de su representación - que interprete esa diversidad, la exprese a través de una administración dúctil de los factores de identidad y de diferenciación, y la materialice en criterios de actuación sindical que favorezcan su descentralización ¹⁴⁰, adecuada distribución interna y consecuente horizontalización del poder y articulación fluida ¹⁴¹ entre los distintos niveles de la acción sindical. El criterio legal de reconocimiento de la representatividad sindical debe configurarse de modo de no obstruir ese proceso.

b) Las opciones estratégicas que protagonicen los sindicatos - en relación a su organización, su aptitud inclusiva y, desde allí, sus demandas políticas y sus criterios de acción colectiva - contribuirán a forjar un resultado distinto (mejor o peor), en términos de la fisonomía y niveles de equidad que en el futuro exhiban los ordenamientos laborales.

e. Grado de internacionalización del sistema de protección laboral

La creciente internacionalización de la economía es uno de los factores que parece plantear algunas de las más ominosas amenazas a la preservación de la vigencia efectiva de normas, técnicas y valores del Derecho del Trabajo; entre otras de sus implicaciones, la internacionalización de los flujos del comercio y de las finanzas y, especialmente, los de inversión directa, tiende a limitar la capacidad autónoma de los Estados nacionales para fijar políticas que incidan sobre esas variables y vuelca sobre los mercados de trabajo y, en especial, sobre sus ordenamientos jurídicos intensas presiones orientadas a someterlos a las exigencias de los mercados internacionales de productos.

Sostiene Supiot¹⁴² que tras la profundización de ese proceso denominado de "globalización", lo privado (y de allí lo económico) parece asumir un claro predominio sobre lo público, asimilado a su vez a la dimensión de lo social. Esa relación de predominio se sostiene sobre la hipótesis de que el mercado garantiza a nivel global una condición de igualdad formal expresada en el dinero como unidad universal de cambio, mientras que lo social hace prevalecer el interés colectivo y el del grupo sobre el del individuo, poniendo en tela de juicio aquella condición igualadora. Tras afirmar que esa concepción que se viene de sintetizar carece de sustentabilidad científica, puesto que - como procura demostrarlo - no hay

¹³⁹ Conf. Romagnoli, Umberto, "¿Quién representa a quién?", en Relaciones Laborales (Madrid) Nos. 14/15 1988, pág. 11.

¹⁴⁰ ICEM, entidad internacional confederal producto de la fusión de la International Federation of Chemical, Energy and General Workers Unions y de la Miners International Federation criticó hace no mucho algunas estrategias adoptadas por los sindicatos los países industrializados que "...tendieron a concentrarse en estructuras políticas nacionales como el eje principal de la acción sindical...esto brindó tiempo a las empresas para desarrollar una completa y sofisticada respuesta a la sindicalización al nivel de la empresa...mientras, la acción política nacional ha perdido mucho de su poder de respuesta..." (conf. Taylor, Robert, op. y loc. cit en nota 137).

¹⁴¹ Conf. Spyropoulos, Georges, "El futuro de los sindicatos", en Revista de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires, No. 7 págs. 43 y sgtes. Ver también Daubler, Wolfgang, su contribución al Panel sobre "El futuro del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social" en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 9 al 13 de Abril de 1989.

¹⁴² Su conferencia en Annecy, citada en nota 75.

vínculo jurídico que no comparta una dimensión económica y otra de naturaleza social¹⁴³ concluye en la necesidad de dar también en sede internacional una respuesta claramente social¹⁴⁴.

Desde esa perspectiva, habrá, desde luego, que construir nuevos "arreglos" institucionales y alentar nuevas prácticas y comportamientos en los sistemas nacionales de relaciones industriales y, desde sus marcos jurídicos, diseñar nuevas técnicas regulatorias para neutralizar, en cuanto sea posible, los desequilibrios sociales que de tal modo se generan.

Pero no alcanzará.

Como se ha dicho ya tantas veces, los problemáticos efectos sociales de la globalización de la economía sólo encontrarán compensación satisfactoria en una correspondiente internacionalización de la respuesta social. En el ámbito específico del Derecho del Trabajo, de lo que se trata es de una renovada internacionalidad de los standards de protección que los sustraiga de las formas más despiadadas de la competencia y torne menos accesible el ejercicio de diversas expresiones del "dumping social".

Esa tendencia se encuentra ya en curso de realización. Se trata, desde luego, de la reorientación de las actividades de la OIT y de los acuerdos que allí se generan¹⁴⁵, de los emprendimientos de creación y armonización de normas, políticas e instituciones en los espacios de integración - Unión Europea¹⁴⁶, TLC, MERCOSUR, entre otros -, de las demandas por el desarrollo e implantación de cláusulas sociales en los convenios comerciales y, en algunos casos, hasta de acciones unilaterales de las potencias comerciales (los "sistemas de preferencias"), de las estrategias de organización y acción transnacional de los sindicatos y otros actores sociales, de los códigos de conducta de las empresas multinacionales, de los nuevos espacios internacionales de relacionamiento de esos actores, en términos de la negociación y el planteamiento de los conflictos, de la participación, la información y la consulta, de la recíproca interpenetración, en los hechos y en el derecho, de los sistemas nacionales de relaciones industriales debida, entre otras razones, a las mismas que se vienen de enunciar.

¹⁴³ El valor científico de la pretensión de aislar lo económico respecto de lo social es nula, pero su peso dogmático es enorme, sostiene Supiot en loc. cit en nota anterior.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Entre los que, desde luego, no puede dejar de mencionarse la "Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento", adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86va. Reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

¹⁴⁶ En los países de la Unión Europea, ese proceso de internacionalización del Derecho del Trabajo se expresa más bien en cambios legislativos, originados en normas internacionales y comunitarias. En efecto. No es de extrañar, afirma Antonio Martín Valverde (en op. y loc cit. en nota 118) que "...en la práctica de la aplicación del Derecho del Trabajo resulte cada vez más frecuente la invocación, junto a las leyes y los convenios colectivos, de las directivas y reglamentos comunitarios y de las disposiciones de convenios o tratados internacionales". Spiros Simitis, "Le droit du Travail, a-t-il encore un avenir" Droit Social NO. 7/8, Julio agosto de 1997 (también citado en nota 2) plantea, no obstante, que la aprobación de una competencia reglamentaria de la UE no prejuzga acerca del futuro del Derecho del Trabajo; no hace más que poner a la Unión - sostiene - en la situación en que se encuentran los estados miembros, exponiéndose así a los conflictos o aporías a los que estos últimos están confrontados.

Desde esa perspectiva, no parece aventurado afirmar que el Derecho del Trabajo procura investirse de una *nueva y más intensa internacionalidad* de sus normas e instituciones y que *la densidad de sus contenidos, así como la consistencia y grado de eficacia de sus técnicas, dependerán en el futuro en medida nada despreciable de los alcances de ese proceso de internacionalización.*



Universidad de
San Andrés

IV. PARA TERMINAR

No es necesario insistir sobre el hecho de que se han presentado en este ensayo sólo *algunas* de las tendencias u orientaciones que se perciben hoy en el devenir del Derecho del Trabajo y de su entorno material¹⁴⁷. Es que no he tratado aquí de completar el cuadro de tendencias en acto, sino de dar sustento a la *hipótesis de la complejidad ineludible a la que se encuentra sujeta la configuración del destino del Derecho del Trabajo*.

No hay, es lo que se pretende sugerir, *un único camino*. El Derecho del Trabajo que haya de ser en cada concreta experiencia nacional – a salvo, como he sostenido, ciertos probables fenómenos de convergencia - *ha de depender del modo en que evolucionen aquellas tendencias y también otras que no han sido aquí objeto de consideración o que no son aún identificables, de la manera en que todas ellas interactúen, de la forma en que recíprocamente se influyan y condicionen*.

No hay, vuelvo a decirlo, *un camino único*, inexorable, fatal. El futuro del Derecho del Trabajo ha de depender también en medida apreciable de los valores que prevalezcan en cada sociedad, de las ideologías y de las relaciones de poder, de las decisiones de los gobiernos y otros sujetos del sistema político y de las opciones estratégicas de los principales actores sociales. Perspectiva ésta desde la que me atrevo a poner en cuestión las hipótesis más unívocas y deterministas (frecuentemente, también las más escépticas) y cobijar en cambio la de que cada sociedad alumbrará un sistema nuevo de regulaciones del trabajo cuya entidad, en términos de la extensión de sus dominios, de la diversidad y riqueza de sus contenidos, de la significación cualitativa y ética de sus objetivos y de la ductilidad técnica de sus instituciones, dependerá en cada caso de hechos que no han terminado de ocurrir, de decisiones que están aún por adoptarse y de opciones que todavía no se han ejercido.

¹⁴⁷ Hay otras que merecen no menor consideración – sea que se las considere tendencias en acto o, por el momento, sólo hipótesis o propuestas - como la de la necesidad de proteger al trabajador *en el mercado*, con el objeto de fortalecer su posición en el mismo y atenuar la contradicción de intereses entre *outsiders e insiders*, sustentada por Pietro Ichino (ver su obra “Il lavoro e il mercato, Mondadori, Milan 1996 y tiempo después, “Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas”, en Revista Internacional del Trabajo, vol 117 (1998) núm 3 pág 319 y sgtes.), o aquella de la *liberación del trabajo* (Alain Supiot en “Le travail, liberté partagée”, publicado en Droit Social No. 9/10 Sept–Oct 1993, págs. 715 y sgtes), o la del racionamiento o *partage* del trabajo (Dominique Meda en “Travail et politiques sociales, Droit Social 1994 pág. 334 y sgtes; ver también su “La fin de la valeur travail?”, en “Le travail, quel avenir?” Gallimard, 1997 Pág. 213 y sgtes) o la de la necesidad de trasladar ciertas protecciones hoy adscriptas al contrato de trabajo a un ámbito ajeno a la situación ocupacional (en el Informe Supiot y también en Jeammaud, Antoine, op. cit. en nota 2), entre varias otras.