

REVISTA DE DERECHO SOCIAL LATINOAMÉRICA

NUEVA ÉPOCA **DIGITAL**

Nº 2-2016

- Desafíos al Derecho Laboral.
WOLFGANG DÄUBLER
- A reconfiguração das relações laborais e da negociação coletiva no quadro da austeridade neoliberal: o caso português.
MARIA DA PAZ CAMPOS LIMA
- La respuesta de la Unión Europea a la crisis: el sacrificio de los derechos sociales.
JOAQUÍN APARICIO TOVAR
- Justicia laboral mexicana ¿una reforma viable?
ENRIQUE LARIOS
- Reforma da previdência: Aportes de direitos humanos para Regimes de Exceção e Cortes Orçamentários.
DANIELA MURADAS
- Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y Derecho.
HUGO BARRETTO GHIONE
- Trabajo y derecho: Una relación conflictiva. Reflexiones laborales del proceso de transición hacia la paz en Colombia.
KARENA CASELLES HERNÁNDEZ

Edita

Editorial Bomarzo S.L.
C/ Dionisio Guardiola 1, 4º. 02002 Albacete. (España)
Teléfono: (967) 247354. Fax: (967) 247338.
E-mail: editorialbomarzo@editorialbomarzo.es
Página web: www.editorialbomarzo.es

Diseño

Javier Hidalgo Romero

Maquetación

Juan Gómez Rubio

Suscripción Anual

(2 números) 35 Dólares. España y Portugal: 32 €

ISSN: 2445-2823

REVISTA DE DERECHO SOCIAL LATINOAMÉRICA

NUEVA ÉPOCA **DIGITAL**

Nº 2-2016

REVISTA DE DERECHO SOCIAL – LATINOAMÉRICA (RDS-L)

Número 2, 2016

CONSEJO EDITORIAL REVISTA DE DERECHO SOCIAL LATINOAMÉRICA

ESPAÑA

Joaquín Aparicio Tovar, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UCLM (Albacete) y Decano de la Facultad de Relaciones Laborales y RRHH de Albacete.

Antonio Baylos Grau, Catedrático Derecho del Trabajo y Seguridad Social UCLM (Ciudad Real) y Director del CELDS-UCLM.

Laura Mora Cabello de Alba, Profesora Contratada Doctora DTSS de la UCLM (Toledo).

Juan Moreno Preciado, Miembro del Consejo Asesor de la Fundación 1 de Mayo.

PORTUGAL

Manuel Carvalho da Silva, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra.

Maria da Paz Campos Lima, DINAMIA / Instituto Universitário de Lisboa.

António Casimiro Ferreira, sociólogo, Universidade de Coimbra.

Viriato Reis, Procurador da República, Docente do CEJ (Centro de Estudos Judicícios).

UNIÓN EUROPEA

José María Zufiaur Narvaiza, Comité Económico y Social Europeo.

ARGENTINA

Guillermo Gianibelli, Abogado y Profesor Adjunto Derecho del Trabajo Facultad de Derecho UBA (Buenos Aires).

Moisés Meik, Profesor de Postgrado de la Universidad Nacional de la Plata.

Álvaro Orsatti, Asesor Confederación Sindical de las Américas, CSA.

Juan Orsini, Profesor Titular de Derecho del trabajo en la UNLP (La Plata).

URUGUAY

Hugo Barreto Ghione, Profesor Titular Grado 5 Derecho del Trabajo Facultad de Derecho UDELAR (Montevideo) y Director del Instituto de Trabajo.

CHILE

Daniela Marzi, Profesora Universidad de Valparaíso. Rafael Carvallo Santaelices, Abogado Laboralista, ALAL.

Andrea Soler, Jueza del Trabajo, Santiago.

PERÚ

Alfredo Villavicencio, Catedrático de Derecho del Trabajo PUCP Lima y Decano de la Facultad de Derecho.

Martin Carrillo, Profesor de Derecho del Trabajo PUCP Lima.

COLOMBIA

Karena Caselles Hernández, Abogada de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Magistrada Auxiliar en la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Edgardo González Herazo, Abogado y profesor de Derecho del Trabajo, Universidad de Cartagena de Indias.

Iván Jaramillo, Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad del Rosario, Bogotá.

BRASIL

Sayonara Grillo Silva, Profesora de derecho del Trabajo Universidad Federal Rio de Janeiro y Desembargadora TRT 1^a Região.

Luis Carlos Moro, Abogado Laboralista. Sao Paulo. Wilson Ramos Filho, Profesor derecho del trabajo Unibrasil y Universidad Federal de Paraná. Socio fundador de DECLATRA, Curitiba.

COSTA RICA

Alexander Godínez, Profesor de la Facultad de derecho de la Universidad de Costa Rica.

PANAMÁ

Rolando Murgas, profesor titular de derecho del trabajo de la universidad de Panamá.

GUATEMALA

Cesar Landelino Franco, Abogado y Director de Postgrado. Universidad de San Carlos de Guatemala.

REPÚBLICA DOMINICANA

Manuel Ramón Herrera Carbuccia, Magistrado Tribunal Supremo, sala de lo Social.

PUERTO RICO

Carlos Alá Santiago Rivera, Catedrático en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Escuela Graduada de Administración Pública, Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras.

MÉXICO

Enrique Larios, Catedrático Derecho del trabajo UNAM (México Capital Federal).

Oscar Alzaga, Abogado ANAD.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Joaquín Aparicio, Hugo Barreto, Antonio Baylos, Karena Caselles, Manuel Carvalho, Guillermo Gianibelli, Maria da Paz Campos Lima, Daniela Marzi, Laura Mora, Carlos Alá Santiago Rivera, Sayonara Grillo Silva, Alfredo Villavicencio.

SUMARIO

EDITORIAL.....	7
ESTUDIOS	
Desafíos al Derecho Laboral. <i>Wolfgang Däubler</i>	13
A reconfiguração das relações laborais e da negociação coletiva no quadro da austeridade neoliberal: o caso português. <i>Maria da Paz Campos Lima</i>	33
La respuesta de la unión europea a la crisis: el sacrificio de los derechos sociales. <i>Joaquín Aparicio Tovar</i>	57
Justicia laboral mexicana ¿una reforma viable?. <i>Enrique Larios</i>	79
Reforma da previdência: Aportes de direitos humanos para Regimes de Exceção e Cortes Orçamentários. <i>Daniela Muradas</i>	109
Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y Derecho. <i>Hugo Barreto Ghione</i>	125
Trabajo y derecho: Una relación conflictiva. Reflexiones laborales del proceso de transición hacia la paz en Colombia. <i>Karena Caselles Hernández</i>	141
TENDENCIAS	
1. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES	
Direitos sociais e livre comércio - OIT x OMC. <i>Thereza Christina Nahas</i>	165
2. DERECHO DE HUELGA	
Ontología y titularidad del derecho de huelga. Algunos apuntes críticos a partir de una reciente sentencia de la Corte Suprema de la República Argentina. <i>Juan I. Orsini</i>	181
La antigua y controvertida cuestión de la titularidad del derecho de huelga en un enfoque comparado italo-español. <i>Mariaaura Birgillito</i>	203
3. TRABAJO FORZOSO	
Formas modernas de trabalho forçado. Reflexões a propósito da Lei portuguesa 23/2016. <i>Carlos Manuel da Fonseca Graça</i>	221
4. CONTRATACIÓN TEMPORAL	
La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo y el fracaso de la reforma laboral en España. <i>Antonio Baylos Grau y Joaquin Pérez Rey</i>	235
CONFLICTOS	
Las luchas mineras del siglo XXI en México. <i>Oscar Alzaga</i>	247
NOTICIAS	
CSA. Plataforma jurídica regional sobre organización sindical y negociación colectiva en América Latina. Caribe.....	283
II Encontro da RENAPEDTS e Carta de Curitiba	299
Promesas de Austeridad Permanente y Colonialismo: Recetas del Congreso de Estados Unidos de América (EUA) para Puerto Rico. <i>Carlos Alá Santiago Rivera</i>	301
Néstor de Buen Lozano, prestigiado jurista, litigante y amigo. <i>Oscar Alzaga</i>	315
LIBROS.....	319

REVISTA DE DERECHO SOCIAL-LATINOAMERICA N° 2

A Revista de Direito Social Latinoamerica chega ao número 2 de sua segunda fase em uma especiosa quadra vivenciada pelos países latino-americanos.

Destacam-se os casos de Brasil e Colômbia, embora não seja de somenos o que se passou em Honduras e Paraguai, no âmbito de suas institucionalidades. Também são significativos os fatos ocorridos na Argentina, Peru e Venezuela.

Cuba é caso à parte, mas que também vivencia um novo Código do Trabalho e um delicado e firme processo de reforma de suas bases econômicas, ambos dignos de estudos.

No que tange à Colômbia, por uma margem de diferença de menos de meio por cento entre os votantes do plebiscito, venceu a recusa ao acordo de paz proposto pelo governo e pelas FARC. A desalentada população não se apresentou às urnas. E, dentre os que exerceram o voto, formou-se apertada maioria contra a paz.

O interessante é que mesmo os vencedores não se jactaram da vitória e dividiram-se quanto ao que se pode prospectar em relação ao futuro.¹ Trata-se de um episódio que bem traduz a apatia generalizada de nossos tempos, na América Latina.

No Brasil, aqui tomado como um país do qual se podem extrair fragmentos do que se passa em toda a região, depois do golpe parlamentar que desprezou mais de cinquenta e quatro milhões de votos populares, a “austeridade” nos é apresentada como único caminho. Em menos de um mês de (des)governo, já estão traçados os pilares da nova e indigesta gestão.

Em vez do brado “independência ou morte”, que notabilizou D. Pedro I (D. Pedro IV em Portugal) quando do movimento de independência do Brasil em relação a Portugal, o governo atual nos induz a crer que, mercê de nossa inexorável dependência do capital, o dualismo da escolha está entre o suicídio ou morte.

E, assim, a política da austeridade orçamentária (ou o austericídio social) foi levantada como primeira haste sobre a qual se assenta o governo.

1 <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/10/1820514-apos-vencer-plebiscito-na-colombia-campanha-do-nao-enfrenta-racha.shtml>

Sucede que a austeridade proposta é permeável apenas para o conjunto de direitos e ações sociais garantidos e mantidos pelo Estado. Não alcança negócios financeiros, as taxas dos juros, sustentados em níveis estratosféricos (14,25% ao ano, até meados de outubro de 2016, quando se escreve este editorial) e que somente se mantêm em tais patamares em *terra brasilis*.

Também a “austeridade” é de tamanha contradição que não alcança a excepcional participação do Brasil em proporcionar lastro à saúde financeira do Fundo Monetário Internacional, em favor de quem o Presidente do Banco Central, Ilan Goldfajn, proveniente do Banco Itaú S.A., subscreveu acordo mediante o qual se compromete a transferir até US\$ 10 bilhões àquele Fundo.²

Se em matéria de austeridade estamos no fundo, tendo sido este o primeiro pilar escolhido para o governo de turno tentar angariar credibilidade, um segundo pilar de mudanças está a cargo do Poder Legislativo, cuja troca de comando também se deu com a defenestrção do político Eduardo Cunha, que foi peça essencial na deflagração do procedimento de afastamento da Presidente eleita. O escolhido foi de um parlamentar conservador, convertido de oposição em governo.

Com o propósito de viabilizar um governo impopular pelo apoio das castas políticas e econômicas, abandonada a coalizão com os Partidos de representação da classe trabalhadora, a Presidência do Legislativo passou a ser titularizada por um partido que se aliou aos vencidos na eleição anterior, convertido em maioria no Congresso em virtude de um movimento de ampla adesão de inúmeras legendas ao intento de depor a Presidenta Dilma Vana Rousseff.

O vice-presidente Michel Miguel Elias Temer assumiu a Presidência da República e instaurou um ambiente e fluxo e refluxo de propostas na área social. Demonstrando que já havia um forte movimento de preparo de uma nova ambiência política, o governo não eleito inaugura a sua ação exumando diversos projetos de lei e propondo modificações constitucionais que já estavam dormitando nos escaninhos do nosso Legislativo.

Propugna-se pelo ensino público “desprovido de ideologias”³. Congelam-se os investimentos sociais por vinte anos⁴.

Anunciou-se com alarde que a legislação de previdência social e trabalhista haveria de sofrer profundas transformações, sempre em nome da “competitividade” internacional e “para reduzir o desemprego”.

2 <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-fecha-acordo-para-emprestar-dinheiro-ao-fmi,10000081443>

3 O Projeto de Lei 867/2015, conhecido como “Programa Escola Sem Partido”, pretende incluir na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional a conversão de professores de educadores a instrutores, que devem cingir-se a transmitir a “materia objeto da disciplina” sem discutir valores e a realidade que permeiam a vida do próprio aluno e da sociedade em que se insere.

4 A Proposta de Emenda Constitucional 241/2016, de iniciativa do chefe do Poder Executivo, já aprovada em primeiro turno de votação na Câmara dos Deputados, impede a disputa alocativa por recursos públicos em áreas sociais, congelando o orçamento da União, institui o “Novo Regime Fiscal”. A PEC retira recursos da saúde e da educação por impor limites de gastos governamentais pelos próximos vinte anos.

A velocidade com que se pôs o Congresso Nacional para assegurar a aprovação de um enorme conjunto de medidas foi impressionante.

Estamos à espera de votação, pelo Senado, de maior permissividade em relação à terceirização⁵. Há projeto que permite o trabalho intermitente, por dia ou por hora⁶. Há tentativa de modificação da Constituição Federal para permitir a redução da idade considerada limite inicial da atividade laboral para 14 anos⁷. Há propostas impeditivas do direito de propor ação perante a Justiça do Trabalho⁸.

A prevalência do negociado sobre o legislado, tanto no âmbito coletivo quanto no âmbito individual, é tema que tem sido recorrentemente trazido à baila como uma proposta do governo. Tenta-se instituir a possibilidade de negociação individual direta entre empregado e empregador, inclusive *in pejus* ao empregado⁹. E, no âmbito coletivo, pretende-se atribuir valor absoluto às negociações¹⁰.

Existe inclusive proposta de alijamento das entidades sindicais do processo de diálogo¹¹. Pende também de apreciação proposta de redução da jornada de trabalho com redução de salários¹². Pretende-se também criar outras categorias de trabalhadores, com menor massa de direitos¹³. Jornadas flexíveis de trabalho e permissão de contratos de curta duração também são ideias recorrentes¹⁴. Há intentos de ampliar a jornada do trabalho rural, a fim de assegurar doze horas diárias de trabalho¹⁵.

Não poderiam deixar de constar da relação de propostas aquelas tendentes à supressão do direito de greve¹⁶.

Nesses exemplos pinçados, restringimo-nos aos que há de mais significativo, pois há extenso rol de propostas avassaladoras dos direitos sociais.

⁵ Trata-se do Projeto de Lei da Câmara 30/2015, que, a pretexto de regulamentar a terceirização, permite a precarização das relações de trabalho.

⁶ É o Projeto de Lei 3.785/2012, que tramita na Câmara dos Deputados em fase conclusiva por suas Comissões.

⁷ É a Proposta de Emenda Constitucional 18/2011, que pende de apreciação na Câmara dos Deputados.

⁸ Duas propostas tramitam nesse sentido: O Projeto de Lei 948/2011 e o Projeto de Lei 7.549/2014, ambos na Câmara dos Deputados.

⁹ Vide o Projeto de Lei 427/2015, na Câmara dos Deputados.

¹⁰ De examinar o Projeto de Lei 4.193/2012, da Câmara dos Deputados. No mesmo sentido, mas permitindo às convenções coletivas modificar instruções normativas expedidas pelo Ministério do Trabalho, é o Projeto de Lei 7341/2014, da Câmara.

¹¹ É o caso do Projeto de Lei 8.294/2014, que se diz proponente de “livre estipulação das relações contratuais de trabalho”.

¹² Projeto de Lei 5019/2009, da Câmara.

¹³ Nesse sentido, o chamado “Simples Trabalhista” proposto pelo Projeto de Lei 450/2015, da Câmara dos Deputados.

¹⁴ Os Projetos de Lei 2820/2015 e 726/2015, além do 3.342/2015, todos trazem prescrições nessa direção.

¹⁵ O Projeto de Lei do Senado 208/2012 vem com essa proposta, assim como o PLS 627/2015.

¹⁶ O PLS 710/2011, o PLS 327/2014 e o PL 4497/2001, da Câmara, todos são nesse sentido.

Poderíamos até mesmo lembrar de propostas de supressão de todas as empresas públicas, que seriam privatizadas¹⁷.

Mas há um terceiro pilar a sustentar o movimento de supressão de direitos trabalhistas conquistados ao longo da história brasileira e de modificações das políticas sociais que foram impressas no período recente entre 2003 e 2014, nos governos Lula e Dilma (PT).

Esse papel incumbiu à cúpula do Poder Judiciário, cuja organização parece apresentar uma espécie de colapso. A Suprema Corte brasileira vem, reiteradamente, nos últimos tempos, voltando-se à jurisdição da matéria trabalhista.

Em alguns casos avança sobre a jurisprudência construída pelo Tribunal Superior do Trabalho, fruto do processo de longa decantação de debates gestados pela agitação da doutrina e da jurisprudência trabalhistas.

Cito aqui alerta que nos dá o eminent Professor Jorge Luiz Souto Maior:

...”importante que esclarecesse, já que também disse que “há limites que precisam ser observados no Estado democrático de direito e dos quais não se pode deliberadamente afastar para favorecer grupo específico”, se o ato do STF de chegar sistematicamente a interpretações contrárias aos interesses dos trabalhadores, conforme verificado nos dois processos acima e nos processos: ADI 3934 (05/09); ADC 16 (11/10); RE 586.453 (02/13); RE 583.050 (02/13); RE 589.998 (03/13); ARE 709.212 (13/11/14); RE AI 664.335 (9/12/14); ADI 5209 (23/12/14); ADI 1923 (15/04/15); RE 590.415 (30/04/15); RE 895.759 (8/09/16); e ADI 4842 (14/09/16); sendo que se já deu indicações de que poderá seguir o mesmo direcionamento nos processos: ADI 1625; RE 658.312 e RE 693.456; deixando antever, ainda, que o mesmo pode advir nos processos: (ARE 647.561 - dispensas coletivas); (AI 853.275/RJ - direito de greve); (ARE 713.211 - ampliação da terceirização), não seria, exatamente, um favorecimento de um grupo específico da sociedade, qual seja, o setor econômico?¹⁸

O quadro institucional é de tal gravidade que um dos membros da Suprema Corte, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, chega dizer que ”não cabe ao Tribunal Superior do Trabalho agir excepcionalmente e, para chegar a determinado objetivo, interpretar norma constitucional de forma arbitrária”. Além disso, Mendes diz em parte da decisão que suspende os efeitos de uma Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, já que o entendimento do TST de manter válidos acordos já vencidos é “proeza digna de figurar no livro do Guinness, tamanho o grau de ineditismo da decisão que a Justiça Trabalhista pretendeu criar”.

Essa entonação não condiz com o diálogo institucional travado ao longo dos anos. Representa uma clara fonte de tensão institucional decorrente dos propósitos que permeiam a defesa das respectivas posições.

17 Convida-se à impressionante leitura do PLS 555/2015, que busca privatizar todo o patrimônio público da União.

18 http://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-golpe-a-golope-no-stf/#_edn1.

O que sucede, no entanto, é que, para chegar a determinado objetivo, o Supremo Tribunal Federal tem se dedicado como nunca à seara trabalhista. E tal atenção só se voltou de modo tão concentrado depois da destituição do governo eleito.

Antes mesmo que o Congresso Nacional deliberasse sobre determinadas propostas legislativas, como a que versa sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, o Supremo Tribunal Federal tem se adiantado e se prestado, assim, ao papel de corte revisora da interpretação que tem sido emprestada às normas infraconstitucionais e constitucionais pelo Tribunal Superior do Trabalho.

A convicção de que o trabalho é um meio para que os seres humanos transformem o mundo e a si mesmos, mediante a produção individual e coletiva, reconhecimento que a própria Organização das Nações Unidas promove¹⁹, suscita o desejo compartilhado pela Comunidade Internacional de que todos possam dispor dos bens produzidos socialmente, organizem estruturas básicas para conviver, aprendam uns com os outros e estabeleçam vínculos de solidariedade, contribuindo ao bem estar comum e a autorrealização pela criação de uma identidade individual e coletiva.

O caso brasileiro demonstra às escâncaras que estamos num momento de perigoso refluxo da evolução do reconhecimento normativo e social do direito humano ao trabalho e a seus frutos, colocando-nos mais uma vez sob o risco de que o trabalho se considere tão somente como mercadoria à disposição do mercado, com subsunção às leis de mercado, vulnerando o direito às pessoas de viver com dignidade.

O reforço do direito ao trabalho, da liberdade de trabalhar, o Direito do Trabalho deve reinventar-se, assumindo papel central no âmbito dos direitos humanos, o que inclui o restabelecimento e o estabelecimento de novos deveres positivos de quem toma o trabalho e seus correlativos direitos de quem trabalha.

O exemplo brasileiro apenas revela que a América Latina é uma região, em que o Direito Social reclama uma forte atuação dos estudiosos, pesquisadores, que, comprometidos com a manutenção e evolução do papel social cumprido pelo Direito do Trabalho, bem podem contribuir para a formação de um sereno e assentado entendimento no sentido de defesa dos direitos da classe trabalhadora, papel que nossa Revista de Direito Social Latino América busca cumprir, de modo franco e destemido.

Luís Carlos Moro
Membro do Conselho de Redação

¹⁹ Vide Informe anual do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e informes da Oficial do Alto Comissariado do Secretário Geral, A/HRC/32/32, sobre efetividade do direito ao Trabalho.

DESAFÍOS AL DERECHO LABORAL

Wolfgang Däubler

Catedrático de la Facultad de Derecho. Instituto de Género, Trabajo y Derecho Social de Bremen. Universidad de Bremen (Alemania)

1. Introducción.
2. La globalización.
- 2.1. Pérdida de puestos de trabajo.
- 2.2. Aumento de la carga laboral.
- 2.3. Reducción de los costes del trabajo.
- 2.4. ¿Medidas paliativas?
- 2.5. Propietarios extranjeros de empresas alemanas.
- 2.6. TTIP y CETA.
3. Igualdad: ¿un valor perdido?
- 3.1. Desigualdad entre trabajadores.
- 3.2. La desigualdad en la sociedad.
- 3.3. Efectos en el Derecho del Trabajo.
4. El trabajo en un mundo digitalizado.
- 4.1. Presentación del problema.
- 4.2. La jornada de trabajo.
- 4.2.1. Hechos concretos.
- 4.2.2. Posibles soluciones.
- 4.3. El trabajo "colaborativo" (crowdworking).
- 4.3.1. Algunos datos.
- 4.3.2. Repercusiones jurídicas.
- 4.3.3. Perspectivas.

Resumen: Se analizan en este artículo tres grandes desafíos que surgen ante las leyes laborales, en particular en lo que respecta al contexto alemán.

En primer lugar, el mercado global ha permitido la relocalización de la producción de las empresas, con la consecuente reducción del coste laboral en el país de origen. En Alemania, ello se ha traducido en una forma de presión indirecta sobre los trabajadores, una situación que algunas escasas medidas no han logrado contrarrestar. Más aun, es previsible que tratados como el TTIP y el CETA empeoren la situación, al reducirse las soberanías nacionales con respecto a los aspectos sociales y medioambientales.

En segundo lugar, continúa observándose una gran desigualdad, no solo entre los trabajadores, sino en la sociedad como un todo: el foso entre ricos y pobres se hace cada vez más profundo. El presente artículo propone algunas ideas relacionadas con el Derecho Laboral, que hasta el momento no ha podido desarrollar los instrumentos necesarios para que se alcance un mayor equilibrio.

En tercer lugar, la digitalización de numerosas tareas ha significado que estas ya no se restrinjan a un determinado lugar o momento del día. La "libertad" para trabajar a cualquier hora o en cualquier lugar ha prolongado la jornada de trabajo, incluyendo noches, domingos y días festivos, y las leyes que definen los horarios de trabajo pierden cada vez más su eficacia. Este artículo examina algunas posibles soluciones, entre las que se encuentra el derecho de los representantes sindicales a participar en la distribución de tareas entre los trabajadores. Además, Internet posibilita el trabajo colaborativo, o crowdworking, una nueva modalidad que el Derecho Laboral aún no ha recogido.

Abstract: This paper deals with three main challenges posed to labour law, especially in what concerns the German experience.

First, the world-wide market has encouraged enterprises to relocate their production and reduce labour costs at home. In Germany, an indirect way of exercising pressure on the workers has been developed; counter-measures have been both rare and ineffective. TTIP and CETA will worsen the situation, as national sovereignty regarding social and environmental issues will be substantially reduced.

The second challenge rises from inequality, not only among workers but in society as a whole. There is a growing gap between very wealthy people on the one hand, and ordinary people becoming increasingly impoverished on the other. Labour law has not yet developed the instruments to attain more equality among workers, but some ideas are discussed in this paper.

The third challenge involves the digitalisation of many activities, no longer bound to certain places or times of the day. The “freedom” to work at any moment and in any place entails very long working hours, nights and Sundays included. The legislation regulating working hours have gradually lost their significance. A solution may be found in the right of workers’ representatives to discuss the tasks given to individual workers, though additional measures are discussed in this paper. In addition, the Internet has made crowdworking possible – a new work modality still not regulated by Labour Law.

Palabras clave: Globalización, desigualdad, digitalización, crowdworking, jornada laboral excesiva, división entre trabajadores, trabajador autónomo.

Key words: Globalisation, inequality, digitalisation, crowdworking, excessive working time, scission among workers, self-employed persons.

1. INTRODUCCIÓN

El tema del que voy a tratar es muy amplio. Como extranjero, espero que me permitan abordar un tema que ha comenzado a discutirse en mi país. A veces sucede que los fenómenos sociales son menos centrales en un país, mientras que en otro ya constituyen un foco de interés científico. En otros casos, el punto de partida puede ser el mismo, pero difieren las maneras de abordar la cuestión. De manera que pido disculpas si me ocupo de un tema que, aunque sea nuevo para algunos de nosotros, para otros podrá ser bien conocido. Además mi estilo alemán de abordar problemas y teorías pasa por analizar ejemplos concretos. Y por eso, el desarrollo de nuevas categorías (típico, por ejemplo, del abordaje francés) será una tarea futura, a realizar cuando hayamos comprendido bien los hechos.

En Alemania, el Derecho Laboral se enfrenta actualmente a tres desafíos.

- El primer desafío es la globalización, ya que los mercados de productos y de inversiones son cada vez más abiertos y las últimas barreras al comercio internacional están desapareciendo.

- El segundo es la desigualdad que hay entre los trabajadores, así como en la sociedad como un todo.

- Y el tercero es la creciente digitalización del trabajo, lo cual pone en causa la separación entre el lugar de trabajo y la vida privada.

Voy a ocuparme de estos tres aspectos, aportando algunas reflexiones sobre posibles formas de reacción por parte de los trabajadores, los sindicatos y otras asociaciones.

2. LA GLOBALIZACIÓN

La competencia a escala mundial no es ninguna novedad para las empresas alemanas. Baste recordar que durante la década de los 70, una buena parte de la industria textil alemana se transfirió a países con mano de obra barata¹. Pero la situación se alteró después de 1990. Los países con mano de obra barata estaban muy cerca, eran nuestros vecinos. Y, más importante aún, se produjo un cambio en las relaciones de poder: antes de 1990, las medidas sociales obedecían principalmente a razones políticas. Maltratar a la clase obrera significaba correr el riesgo de que algunos sectores comenzaran a simpatizar con el sistema existente en Europa del Este. Ahora que ya no existe ese “peligro”, el mercado tiene carta blanca.

2.1. PÉRDIDA DE PUESTOS DE TRABAJO

Como consecuencia, se perdieron, y se siguen perdiendo, puestos de trabajo. En algunos sectores, la misma tarea puede hacerse con menores costes en otros países. La diferencia de remuneración es tan grande que compensa con creces una menor productividad. Una vez, me dijo el director de una firma alemana: “un ingeniero alemán trabaja como cinco ingenieros indios. Pero con lo que tengo que pagarle al alemán, en India puedo contratar a diez ingenieros”. ¿Cuál es la consecuencia práctica de semejante “teoría”? Como mínimo, los trabajadores y los sindicatos se ven amenazados por la relocalización de la fábrica, ya sea toda o en parte. En algunos casos la producción de hecho se transfiere a otro país.

Sin embargo, la diferencia en el coste del trabajo es solo uno de los factores que afecta al proceso de decisión. Otros factores incluyen: ¿Con qué tipo de infraestructura cuenta el país extranjero? ¿Hay suficiente mano de obra cualificada? ¿Existen problemas de salud pública? ¿Tiene un gobierno confiable, o será necesario pagar sobornos? ¿Qué tipo de “tarifas” habrá que pagar para obtener los permisos y licencias necesarios? En los casos menos complicados, se transfiere la producción a otro país para dar respuesta al mercado local, reduciendo así el desarrollo en el país de origen.

1 Véase Fröbel/Heinrichs/Kreye, Die neue internationale Arbeitsteilung, Reinbek (Rowohlt) 1977.

2.2. AUMENTO DE LA CARGA LABORAL

Actualmente, el caso típico ya no es la relocalización de las fábricas. En mi ejemplo anterior, el ingeniero deberá entender el mensaje de este modo: "Eres bueno, pero tienes que ser mejor". La competencia internacional aumenta la presión sobre el trabajador para que mejore su desempeño. Oponerse a esa presión supone riesgos, ya que los trabajadores nunca saben si la siguiente tarea de la empresa no será atribuida a una subsidiaria en China o en India.

2.3. REDUCCIÓN DE LOS COSTES DEL TRABAJO

Hoy día en Alemania, los costes laborales no pueden reducirse evitando de manera general los convenios colectivos, ya que ello podría perturbar la relación social entre patrones y sindicatos. Además, los empleadores mismos no están dispuestos a que el estado intervenga en ese tipo de materias. Hay una forma más sofisticada de hacer lo mismo, que se basa en las llamadas Reformas de Hartz² de 2003 y 2004. En este punto, hay dos aspectos a señalar:

Se "liberalizaron" las agencias de trabajo temporal. Así, las empresas pueden incorporar trabajadores temporales durante períodos ilimitados de tiempo. De este modo, para cubrir una plaza, el empleador puede recurrir a una agencia sin estar obligado a tener un trabajador en nómina. Al contrario que en Francia, en Alemania un trabajador temporal gana un 30% o un 40% menos que un trabajador en nómina; de modo que cuanto mayor sea el número de los trabajadores temporales, mayor será también el beneficio económico de la empresa. En efecto, el número de empleados temporales pasó de 200.000 en 2003 a 850.000 en 2007³. Según la ley, ambos tipos de trabajadores deben recibir remuneración y tratamiento iguales, pero los convenios colectivos han escamotado estos principios. Los sindicatos hicieron su parte al establecer convenios que regulaban las condiciones de empleo de los trabajadores provenientes de agencias de trabajo temporal. Esto ejerce una presión adicional sobre la clase trabajadora, que se siente amenazada por la contratación de cada vez más trabajadores temporales en condiciones precarias.

Por otra parte, hubo una reducción de los beneficios sociales. Antes de 2003, un desempleado cobraba el paro durante un año o dos, dependiendo de su edad y de los años de servicio. Después de este plazo, si esa persona aún no había encontrado empleo, continuaba cobrando, sin límite de tiempo, un "apoyo social" que correspondía al 50% del último sueldo neto, o al 57% si tenía un hijo menor a su cargo. No era necesario que se desprendiera de sus bienes, como la

² Peter Hartz era miembro del consejo de administración y director de personal de Volkswagen, y encabezaba la comisión para las reformas del mercado laboral alemán. Unos años más tarde, fue acusado de corrupción, despedido y condenado a un año de prisión con pena suspendida.

³ Véase Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg 2015, p. 6 (<http://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf>).

vivienda o el coche, ni que capitalizara la póliza del seguro. Casi todo eso fue eliminado gracias a las reformas de Hartz. El sueldo anterior ya no tenía ninguna relevancia. Todo el mundo pasó a cobrar 345 euros por mes (más dietas para el alquiler de un pisito y para la calefacción). Con muy pocas excepciones, se hizo necesario vender los bienes y capitalizar el seguro de vida para poder recibir algún dinero. Se trató de un cambio drástico que afectó gravemente a mucha gente. Aquellos que tenían empleo vivían con el temor de venir a encontrarse en una situación semejante.

Entre 2000 y 2008, los sueldos netos cayeron un 0,8%, dado que el índice de inflación era más alto que el aumento de los salarios⁴. Entre los peor remunerados, el 20% perdió hasta un 2,5%, mientras que el 10% mejor remunerado pasó a estar aún mejor. Hubo que esperar hasta 2014 para que los sueldos reales superaran los niveles del año 2000⁶.

2.4. ¿MEDIDAS PALIATIVAS?

El derecho internacional del trabajo no ofrece ninguna solución a estos problemas. No hay ningún convenio de la OIT que se refiera a la relocalización de empresas. Las directrices de la OCDE relativas a las empresas multinacionales prohíben usar una posible deslocalización para amenazar a los representantes de los trabajadores durante cualquier tipo de negociación, pero no condenan la deslocalización en sí. Más aun, esas “directrices” no incluyen ninguna cláusula vinculante, sino que remiten la cuestión a un proceso de mediación conducido por un organismo nacional competente. El aumento de la carga laboral y de la masa de trabajadores precarios no son temas abordados en las convenciones de la OIT.

La legislación nacional tal vez ofrezca más ayuda. ¿Puede ser útil el derecho a la huelga en tales casos? Según la ley alemana, una huelga solo es legítima cuando la convoca un sindicato y tiene como fundamento la negociación colectiva. La cuestión fundamental es entonces determinar si la relocalización de una fábrica puede ser materia de negociación colectiva. ¿O será que se trata de una prerrogativa exclusiva de la dirección de la empresa? La Corte Federal del Trabajo alemana encontró una solución diplomática⁷, al decidir que sindicatos y empleadores pueden celebrar convenios colectivos que contemplen las consecuencias de la

⁴ Véase la publicación de la UE disponible en: <http://www.eu-info.de/deutsche-europapolitik/umfragen-statistiken-deutschland/reallohn/>. Alemania fue el único país europeo con pérdida del salario real entre 2000 y 2008.

⁵ www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/lohnunterschiede-in-deutschland-gehen-weiter-auseinander-13490563/reallohnentwicklung-in-13490600.html (Frankfurter Allgemeine Zeitung).

⁶ <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/realloehne-in-deutschland-liegen-hoher-als-im-jahr-2000-a-1019175.html> (Der Spiegel).

⁷ BAG (= Bundesarbeitsgericht = Federal Labour Court) 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 - NZA (= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 2007, 987.

deslocalización de una fábrica en la situación laboral de la plantilla. Más concretamente en ese caso, el sindicato había exigido que el aviso a los trabajadores se hiciera con un plazo de más de tres años y que la empresa fuera obligada a pagar, o bien los costes de una necesaria recualificación de los trabajadores, o bien una indemnización equivalente a dos meses de sueldo por cada año trabajado. Tales exigencias fueron consideradas legítimas, aunque su concretización significara que la relocalización ya no resultaba ventajosa económica. Al aumentar sus exigencias, el sindicato estaba negociando la propia relocalización de la fábrica.

Con respecto al aumento de la carga laboral, el Derecho del Trabajo no está muy preparado para dar respuestas. El articulado que define el horario de la jornada laboral solo incluye cuestiones relacionadas con servicios de guardia y de permanencia, y en los que se describe un cierto tipo de jornada “reducida”. No hay, sin embargo, ninguna mención a los casos en que se supera la norma estándar, ni a categorías como “trabajo ininterrumpido” o “trabajo pesado”. La única excepción la encontramos en los convenios colectivos, que determinan pagas extras en el caso de tareas consideradas de riesgo o insalubres. Este problema reaparecerá cuando hablemos de la digitalización y a él volveremos, por tanto.

La legislación de Hartz fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por no prestar suficiente atención a las situaciones reales de las personas afectadas. Los legisladores, por ejemplo, no habían tenido en cuenta los gastos para la educación, lo que era especialmente grave dado que los hijos menores representaban, según la edad que tuvieran, entre un 60% y un 80% de las sumas atribuidas a los adultos. Un niño con talento para la música o alguna disciplina deportiva no tendría así ninguna posibilidad de desarrollar sus capacidades. El Tribunal Constitucional declaró la ley *inconstitucional*⁸, una decisión que trajo alguna mejora pero que no modificó el impacto político que tuvo esa legislación en la clase obrera.

2.5. PROPIETARIOS EXTRANJEROS DE EMPRESAS ALEMANAS

En un mercado abierto, una empresa puede ser adquirida por inversionistas extranjeros. Cuando eso sucede, las leyes laborales ya no pueden aplicarse del mismo modo que en el caso de un empleador nacional. Si los verdaderos decisores se encuentran en EEUU o en Japón, ya no es posible el convenio colectivo en el sentido tradicional. Si quien se sienta a la mesa de las negociaciones no tiene mandato, esas negociaciones no son más que una formalidad. Y si no son aceptables las propuestas que llegan del otro lado del mundo, la única alternativa es la huelga. En muchos casos, esta segunda opción no puede llevarse a cabo por diversos motivos. En esas circunstancias, a los sindicatos solo les queda apelar a los directivos extranjeros para que mejoren las relaciones humanas en la com-

⁸ BVerfG 9. 2. 2010 – 1 BvL 1/09 – NJW (= Neue Juristische Wochenschrift) 2010, p. 505 et seq.

pañía. Las demandas hechas en tales condiciones a veces conducen a soluciones satisfactorias, pero en general no tienen ningún efecto.

Como demuestran las primeras experiencias, sólo los inversionistas chinos muestran una actitud diferente, y aceptan las reglas alemanas de negociación colectiva y de decisión conjunta. Los chinos se interesan por las cualificaciones especiales y la actitud laboral de la mano de obra alemana. Por eso consideran que los trabajadores constituyen el activo más valioso de la compañía, que también contribuye en gran medida al desarrollo de la empresa matriz⁹.

2.6. TTIP Y CETA

La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP en su sigla inglesa), actualmente negociado entre la UE y EEUU, y el Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA) entre UE y Canadá deberán crear una nueva dinámica en el mercado globalizado. Se intensificará aún más el comercio libre, añadiendo más competidores y creciente presión por el desempeño en el trabajador. Pero la ideología del Mercado Libre es tan poderosa que hasta los sindicatos y los partidos de la izquierda la aceptan a pies juntillas. Las críticas, cuando las hay, se centran en dos otros puntos importantes. El primer punto es que el mercado unificado pondrá en peligro las normas sociales y medioambientales, ya que Europa se verá obligada a seguir el ejemplo de los Estados Unidos para continuar siendo competitiva. El segundo es aún más embarazoso. Cada estado miembro será responsabilizado y deberá pagar indemnizaciones si no se cumplen las "legítimas expectativas" de los inversionistas. Puede encontrarse ya un ejemplo en el caso de la compañía sueca Vattenfall, que exige una compensación de 4 mil millones de euros porque Alemania ha decidido cerrar sus centrales nucleares en el futuro¹⁰. Si se cumplen o no esas "legítimas expectativas" será decidido por tribunales de arbitraje a través de procedimientos muy poco transparentes. En sus negociaciones con EEUU, la Comisión Europea ha propuesto la creación de tribunales internacionales, pero aun así los estados miembros continuarán perdiendo una buena parte de su capacidad legislativa. ¿No podría ser peligroso aumentar el sueldo mínimo en un 30% si los inversionistas no lo habían previsto? ¿Qué pasará cuando se trate de ampliar el campo de decisiones conjuntas ("Mitbestimmung") en que intervengan los trabajadores? ¿Seguirá siendo posible tener protección contra el despido? Si existiera siquiera un mínimo riesgo de que Alemania tuviera que pagar miles de millones de euros a los inversionistas extranjeros, los legisladores dejarían caer la legislación pretendida. La soberanía nacional en materias sociales y medioambientales será cada vez más débil.

9 Sobre este punto, véase Däubler/Müller, Chinesische Arbeitgeber in Deutschland, AiB (=Arbeitsrecht im Betrieb) 2015 (issue 2) p. 33.

10 <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-03/investitionsschutz-klauseln-beispiele/seite-2>: La base legal se encuentra en la llamada Carta de la Energía, con cláusulas comparables a las del CETA.

3. IGUALDAD: ¿UN VALOR PERDIDO?

La desigualdad es una consecuencia de la globalización, pero no puede explicarse únicamente por ese motivo. En Alemania se pueden encontrar desigualdades entre trabajadores, así como en toda la sociedad. ¿Cuál es el papel actual del Derecho Laboral a este respecto, y cuál será su función en el futuro?

3.1. DESIGUALDAD ENTRE TRABAJADORES

Las leyes laborales permiten la creación de puestos de trabajo precarios, que no garantizan condiciones económicas adecuadas para la subsistencia del trabajador y su familia.

Hasta hace unos años, los contratos de trabajo por tiempo determinado solían obedecer a motivos objetivos (en alemán: "ein sachlicher Grund"). Un caso típico era el contrato de interinidad para sustituir a un trabajador de baja (por maternidad o para continuación de estudios). Otro ejemplo era el contrato en prácticas. Desde 1985, la legislación admite la celebración de contratos temporales sin justificación objetiva: el propósito declarado era incentivar a que las empresas contrataran a más gente. Aunque ese efecto pretendido nunca se ha demostrado empíricamente, la legislación continúa en vigor. Actualmente, un contrato de trabajo temporal sin motivo objetivo puede hacerse por un período de dos años, divisibles en cuatro partes¹¹. La única condición es que no haya habido vínculo laboral previo con ese empleador, una regla que la Corte Federal del Trabajo ha limitado a la ausencia de vínculo laboral de por lo menos tres años previos¹². En 2012, cerca del 8,5% de los trabajadores tenían contratos temporales, mientras que hace veinte años ese número era mucho más bajo¹³. Dado que el trabajador suele querer conservar su puesto, se encuentra así a merced del patrón, quien puede hacerle o no un nuevo contrato. Por supuesto, no se permite ningún tipo de discriminación, pero un empleador inteligente sabe cómo evitar las acusaciones. Por su parte, el trabajador sabe que no le conviene entrar en conflicto con el patrón y que sindicalizarse o dirigirse al comité de empresa puede ser considerado un comportamiento peligroso. Con respecto a la paga y a las condiciones de trabajo, el trabajador por tiempo determinado goza de los mismos derechos que el trabajador con contrato indefinido, pero hay muy pocas pruebas de que esto realmente se cumpla.

Ya hemos hablado de las agencias de trabajo temporal. Los trabajadores con remuneraciones más bajas y peores condiciones provienen de estas agencias. De acuerdo con un informe del Gobierno Federal, la mitad de estos contratos se

11 Art. 14 § 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (ley del trabajo para contratos de tiempo parcial y a plazo fijo).

12 BAG 6. 4. 2011 – 7 AZR 716/09 – DB (= Der Betrieb) 2011, 1811.

13 <http://www.sueddeutsche.de/karriere/angaben-der-bundesregierung-zahl-der-befristeten-arbeitsvertrage-in-deutschland-gestiegen-1.1931132>.

extingue al cabo de tres meses¹⁴. Si bien la situación jurídica de estos trabajadores ha mejorado en los últimos años, hay una diferencia enorme entre el trabajador en nómina y el trabajador temporal.

Los trabajadores a tiempo parcial no constituyen un grupo homogéneo. Algunos trabajan 30 horas por semana y cobran un buen sueldo. Pero, en contrapartida, hay un numeroso grupo de personas con trabajo precario, que ganan no más de 450 euros por mes, bien por debajo del umbral de la pobreza. Generalmente, no cotizan a la seguridad social y no ganan lo suficiente para vivir¹⁵. Entre estos dos extremos, hay también trabajadores a tiempo parcial que cotizan a la seguridad social, pero que se mantienen gracias a la ayuda de la familia o con apoyos sociales.

El trabajador precario por excelencia pertenece a uno de estos tres grupos. Sin embargo, hay otros dos grupos que se encuentran en una situación comparable:

El primer grupo está compuesto por trabajadores con jornada completa y contratos indefinidos que trabajen en pequeñas fábricas con menos de once empleados. No cuentan con protección contra el despido, no tienen convenios colectivos ni comité de empresa¹⁶. Su situación jurídica es semejante a la que imperaba antes de la Primera Guerra Mundial. Las únicas excepciones son la baja por maternidad y los beneficios por minusvalías, así como algunas mejoras en la seguridad social. Si además ese trabajador cobra un sueldo próximo al salario mínimo nacional, puede decirse que también se encuentra en situación precaria.

En el segundo grupo se encuentran los trabajadores autónomos, que constituyen el 12% de la población activa¹⁷. Los autónomos sin trabajadores a su cargo llegan al 7%. Entre 2000 y 2010, el número de autónomos creció de 1,8 a 2,5 millones de personas¹⁸. En Alemania, estos trabajadores no suelen cotizar a la seguridad social, excepto en el caso de artistas y profesionales liberales como médicos, abogados, arquitectos, etc. Independientemente de su situación económica, no se encuentran bajo la protección de las leyes del trabajo. Si dependen exclusivamente de una empresa o de un organismo público, se los considera “equiparados a empleados” (en alemán: “*arbeitnehmerähnliche Personen*”). En este último caso, son aplicables algunas leyes laborales: entre las más importantes, cabe mencionar el derecho a cuatro semanas de vacaciones y a la protección por convenio colectivo. Sin embargo, no se aplican otras reglas igualmente importantes,

¹⁴ http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/ueg-bericht-12.pdf?__blob=publicationFile. (portal del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales).

¹⁵ Para más información, véase Däubler, *Das Arbeitsrecht*, 11. Aufl., Frankfurt/Main 2015, Rn. 1107 et seq.

¹⁶ En teoría, se puede constituir un comité de empresa cuando la empresa tiene por lo menos cinco empleados; con respecto al convenio colectivo, este puede aplicarse si el empleador es miembro de la respectiva asociación de empresarios. Pero en la práctica esto raramente se cumple.

¹⁷ DIW-Wochenbericht 7/2013 S. 5 (DIW = Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung - [Instituto Alemán de Investigación Económica]).

¹⁸ DIW-Wochenbericht 7/2013 S. 3

ya que no están protegidos contra el despido ni están integrados en el comité de empresa. En la práctica, los convenios colectivos solo se celebran en el caso de colaboradores de radio y televisión del sector público. Para los empleadores, un trabajador autónomo resulta un buen negocio, ya que no tiene que pagar contribuciones a la seguridad social.

3.2. LA DESIGUALDAD EN LA SOCIEDAD

La desigualdad entre trabajadores se refleja en toda la sociedad. Quien es apto para trabajar pero no gana lo suficiente solo tiene los beneficios mínimos mencionados antes¹⁹. En 2015, esta situación afectaba a 4.372.000 personas²⁰. Quien no esté en condiciones de trabajar recibe asistencia social, que en 2014 llegaba a 370.000 beneficiarios²¹.

El grupo de “los pobres con empleo”, es decir aquellos que no ganan lo suficiente para la subsistencia propia y de sus familias, incluye 1.317.000 personas. De estas, 218.000 son trabajadores a tiempo completo²², quienes reciben apoyos sociales hasta llegar a un nivel económico de subsistencia²³. Este sistema de remuneración combinada resulta un incentivo para que los empleadores paguen bajos salarios en áreas que requieren trabajos no cualificados.

Con el umbral de la pobreza definido en 917 euros mensuales²⁴, un 14,5% de la población está en riesgo de pobreza, según los datos del INE alemán. Sin embargo, una encuesta realizada por la UE coloca este porcentaje en el 16,1%. De cualquier modo, ambos informes coinciden en señalar que el número ha subido en los últimos diez años a pesar del crecimiento económico del país.

La distribución de la riqueza es aún mucho más desigual. Las 80 mil personas más ricas (0.1% de la población) poseen 16 veces más riqueza que toda la mitad más pobre (unos 40 millones de habitantes)²⁵.

La desigualdad no se limita a una cuestión de justicia entre las personas. Los extensos trabajos empíricos de Wilkinson y Pickett²⁶ arrojan resultados inequívocos: en los países desarrollados con niveles altos de desigualdad, aumentan

19 Apartado 2.3 de este artículo.

20 <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1396/umfrage/leistungsempfaenger-von-arbeitslosengeld-ii-jahresdurchschnittswerte/>

21 <http://www.welt.de/wirtschaft/article133730244/Zahl-der-Sozialhilfeempfaenger-steigt-auf-Rekord-hoch.html>

22 http://www.sozialpolitik-aktuell.de/tl_files/sozialpolitik-aktuell/_Politikfelder/Arbeitsmarkt/Dokumente/Beschaeftigte-Arbeitslosengeld-II-Bezieher-Vollzeit-Teilzeit.pdf

23 Llamados “Aufstocker” en Alemania.

24 <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/statistisches-bundesamt-mehr-deutsche-von-armut-bedroht-1.2623426>

25 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/vermoegen-sind-in-deutschland-sehr-ungleich-verteilt-a-1051286.html>

26 The Spirit Level. Why Quality is Better for Everyone, London (Penguin) 2010.

la delincuencia y el consumo de drogas, al tiempo que se resiente la salud física de la población y disminuye la esperanza de vida. Al contrario, en los países con niveles más bajos de desigualdad hay menos delincuencia, el estado de salud general mejora y el consumo de drogas es menor. Que no se trata aquí de idiosincrasias nacionales o de estilos de vida lo demuestran los resultados obtenidos en los propios Estados Unidos: los estados con mayores desigualdades, como Texas, tienen índices más altos de delincuencia y criminalidad violenta.

3.3. EFECTOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Actualmente, la “igualdad de trato” constituye un principio fundamental del Derecho Laboral²⁷, pero la “unidad” en la que se exige la observancia de este principio se restringe a la fábrica o la empresa. Algunos abogados laboralistas llegan a incluir grupos de empresas, pero no pasan de allí. Los problemas descritos hasta ahora no se encuentran en la esfera del principio de igualdad de trato en el trabajo. Ni siquiera están contemplados en las leyes contra la discriminación. Aquellos que se interesan por las decisiones del TJUE tal vez recuerden el caso Defrenne. En la sentencia Defrenne II²⁸, el Tribunal afirmaba

[...] que no se puede ignorarel objetivo (del) artículo 119, a través de la eliminación de todas las discriminaciones entre trabajadores femeninos y masculinos, directas o indirectas, en la perspectiva no sólo de las empresas individuales, *sino también de sectores completos de la industria e incluso de la economía en general ...*

Por tanto, ¿el artículo 119 (actual artículo 157 del Tratado en vigor) ordena igualdad de remuneración de hombres y mujeres en toda la Unión? Un buen principio que en los últimos cuarenta años se ha olvidado por completo: ¿quién lo invoca actualmente? Nadie, al contrario, la teoría del origen único requiere que un solo organismo sea responsable del acto discriminatorio²⁹. Cuando dos trabajadores del servicio público, uno hombre y el otro mujer, realizan las mismas tareas pero cobran sueldos diferentes, el principio de igualdad no se va a aplicar si uno es funcionario público y el otro empleado; Los sueldos del primero se establecen por ley, los sueldos del segundo por convenio colectivo.³⁰ La única forma de extender el campo de aplicación del principio de igualdad pasa por la celebración de convenios colectivos en un sector entero de actividad, pero en Alemania sería imposible encontrar convenios colectivos válidos para toda la economía y que reduzcan el foso entre los diferentes sectores. Hace

²⁷ Para una visión comparativa, consúltese Hepple, Equality at work, in: Hepple/Veneziani (ed.), The Transformation of Labour Law in Europe, Oxford and Portland, Oregon 2009, p. 129 et seq.

²⁸ Sentencia del 8 de abril de 1975 - Caso 43/75.

²⁹ TJUE 17 de septiembre de 2002 – C-320/00 – NZA 2002,1144.

³⁰ BAG 3. 4. 2003 – 6 AZR 633/01 – NZA 2003, 1286.

unos treinta años, se ensayó en Suecia una “política salarial solidaria”³¹, pero hoy ya no se aplica, dado que los sindicatos no tienen fuerza suficiente para imponerla.

4. EL TRABAJO EN UN MUNDO DIGITALIZADO

4.1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La digitalización del trabajo consiste en un proceso relacionado con el uso de dispositivos con acceso a Internet, como ordenadores portátiles, smartphones y tabletas. Si se toman en cuenta las actividades profesionales y personales en conjunto, solo una pequeña parte de la población de Alemania no usa Internet. En 2014, el 78,71% de los alemanes con más de 14 años eran usuarios de Internet, mientras que en 2007 ese porcentaje era de un 60,2% y en 2001 de un 37%³². Según el INE alemán, ese número disminuye en los lugares de trabajo: un 64% de los trabajadores usa ordenadores y un 55% tiene acceso a Internet³³. El uso de tecnologías móviles en general aumentó del 18% en 2011 al 60% en 2013³⁴.

En teoría, una persona con un smartphone o una tableta está accesible las 24 horas del día. Pero hay otro factor aún más importante, y es que esa persona puede comenzar a trabajar inmediatamente, independientemente de dónde se encuentre: un cuarto de hotel, un tren o un aeropuerto. Cuando se aprovechan esas posibilidades, las fronteras entre trabajo y tiempo libre comienzan a esfumarse. Internet elimina las barreras del espacio y del tiempo³⁵, con considerables consecuencias para el Derecho Laboral.

4.2. LA JORNADA DE TRABAJO

4.2.1. Hechos concretos

La jornada laboral está regulada por ley, que define y limita la duración y el horario de trabajo. En el caso de una persona empleada en una fábrica o en una oficina, resulta fácil determinar cuántas horas trabaja si la jornada va de las 8 de la mañana a las 5 de la tarde. La ley establece límites claros que se pueden verificar con facilidad. Pues bien, ¿cómo se puede calcular la cantidad de horas que una persona trabaja en el tren o en un cuarto de hotel? Técnicamente, sería posible registrar todas esas actividades en un ordenador con conexión a Internet. Pero

³¹ Véase Pfromm, Solidarische Lohnpolitik, Köln 1978; Schulten, Solidarische Lohnpolitik in Europa, WSI-Diskussionspapier Nr. 92, Düsseldorf 2001.

³² <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/36146/umfrage/anzahl-der-internetnutzer-in-deutschland-seit-1997/>

³³ Statistisches Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten. Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen, Wiesbaden 2013, S. 10, auch zum Folgenden.

³⁴ Statistisches Bundesamt, op. cit., p. 6.

³⁵ El término alemán es “Entgrenzung”, que literalmente significa “delimitación”. Véase Däubler, Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts? SR (= Soziales Recht) 2014, 45 et seq.

ello significaría la total supervisión del individuo, sin contar con que sería un cálculo incompleto, ya que no se incluiría el tiempo de trabajo tradicional. En la práctica, tal sistema no se utiliza. Cada vez más personas reciben una tarea con su respectivo plazo de conclusión, quedando a su criterio decidir cuándo y dónde lo van a llevar a cabo. En Alemania, este sistema recibe el nombre de *Vertrauensarbeitszeit*, es decir “tiempo de trabajo basado en la confianza”.

Por lo que se sabe, son muchos los casos en que se exceden los límites de la carga horaria semanal de trabajo. Según la directiva comunitaria correspondiente, el horario semanal de trabajo no debe superar las 48 horas, pero según la ley alemana esa media debe obtenerse al final de un periodo de seis meses. Una persona puede trabajar 60 horas en algunas semanas, siempre y cuando en otras reduzca el horario para compensarlas. Por tanto, la legislación permite gran flexibilidad siempre que se respeten algunos límites, pero bajo estas nuevas condiciones, esos límites han dejado de respetarse. No contamos con información conclusiva acerca de las verdaderas condiciones en que se realiza el trabajo a distancia, pero hay muchos indicadores que apuntan para jornadas de 80 e incluso 90 horas semanales. Ello puede deberse a que la tarea atribuida al trabajador es demasiado grande para que la consiga terminar en 40 o 48 horas. Otro factor podrá ser que el trabajador está tan motivado que considera su trabajo al ordenador mucho más importante que su vida privada. Y tampoco hay que olvidar que la gente no está habituada a organizar su propio horario. Desde el parvulario, pasando por la escuela y la oficina o la fábrica, una persona debe cumplir con el horario que otros le imponen. La autonomía debe ser adquirida: la gestión del tiempo no es un don innato. De tal modo, hay una alta probabilidad de que la duración del trabajo supere ampliamente los límites legales y de que las disposiciones de las leyes laborales en esta materia estén perdiendo su importancia práctica.

Sin embargo, se observa otro problema además del de la duración del trabajo. La ley determina un período obligatorio de descanso, que en Alemania es de once horas (excepto algunos casos especiales). Pero supongamos que a las 9 de la noche el jefe le pide a un empleado que prepare una presentación en Powerpoint para una reunión a las 8 y media de la mañana del día siguiente. Supongamos también que el empleado se queda haciendo la presentación hasta las 11 de la noche. Al día siguiente, ¿va a llegar a la oficina a las 10 de la mañana e invocar la disposición legal? Desde luego que no. Nadie se comportaría de ese modo: la realidad es más poderosa que la ley.

Algo parecido sucede los domingos y durante las vacaciones. Muchos van al buzón de correo electrónico los domingos, pese a que eso sea trabajar. Nadie los va a criticar si lo hacen por voluntad propia. Pero una buena parte consulta el correo porque el lunes (o al volver de las vacaciones) va a tener tanto trabajo que hacer que no tendrá tiempo para ver los emails. ¿No es mejor llegar a la oficina el lunes por la mañana sabiendo que una parte del trabajo ya está hecha? También

es posible que el jefe llame a un empleado en plenas vacaciones para obtener alguna información, o para pedirle que haga “una cosilla”. ¿Cuál es la consecuencia jurídica cuando esos telefonemas se repiten dos o tres veces por día?

4.2.2. Posibles soluciones

Los patrones alemanes se han dado cuenta de estos problemas y piden reformas de la ley del tiempo de trabajo. Un grupo de especialistas en recursos humanos quieren aumentar la flexibilidad, para que se permita una jornada de hasta doce horas diarias (en vez de diez) y sesenta por semana de media. En vez de aumentar, se reduciría el control, ya que se eliminarían las cláusulas que actualmente obligan al empleador a documentar los casos en que el empleado trabaja más de ocho horas diarias³⁶. Resultará difícil poner en práctica estas condiciones, ya que la jornada de ocho horas tiene un alto valor simbólico para la clase obrera. Otra exigencia es flexibilizar el período obligatorio de descanso: ocho horas en vez de once, con una media de once horas al final de un período de seis meses.

Yo creo que el problema principal no pasa por la ley del tiempo de trabajo o su articulado. ¿Para qué modificar reglas que cada vez se aplican menos? El problema principal es la cantidad y la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador. ¿Existe alguna regla que prohíba darle al trabajador una tarea que solo puede completar trabajando 80 horas por semana? No hay ningún artículo en la ley del tiempo de trabajo que se refiera a este punto. La única base se encuentra en el derecho laboral individual: el empleado debe trabajar de acuerdo con sus capacidades individuales y sin poner en peligro su salud³⁷. Salvo casos extremos, el trabajador nunca va a alegar un peligro para su salud si realiza la tarea que le han impuesto. Hacen falta límites definidos en los convenios colectivos, a través de la coparticipación y de inspecciones de trabajo. Si ya no se puede regular la duración del trabajo, debemos regular su cantidad.

En algunos sectores de la economía, los convenios colectivos establecen el número mínimo obligatorio de personas necesarias para realizar una tarea determinada. El ejemplo más importante lo encontramos en la industria de la imprenta, en el que ciertas máquinas deben ser operadas por al menos cinco o seis personas. Este es un modo de reducir el volumen de trabajo individual. Más recientemente, el sindicato de los funcionarios públicos ha puesto en marcha algo similar en un gran hospital de Berlín: en las unidades de cuidados intensivos deberá haber un enfermero por cada dos camas, mientras que en los cuidados corrientes cada enfermero atiende un máximo de cinco camas. Estas exigencias fueron objeto de una huelga, considerada legítima por el tribunal

³⁶ http://www.bbau.de/files/Daten/content/Dokumente/BVAU_Eckpunkte%20Arbeitszeit_August%202015.pdf

³⁷ Véase Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (ed.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Aufl., München 2016, § 611 BGB Rn. 641.

regional del trabajo³⁸. Se llegó a un compromiso con respecto a las unidades de cuidados intensivos, pero en las demás aún es necesario aumentar el número de enfermeros. Una posibilidad es aplicar esta solución en otras áreas en las que se pueda cuantificar el volumen de trabajo.

Hay otra experiencia que puede ser ilustrativa. La mayoría de las empresas alemanas guardan una cuenta (un “registro”) de la cantidad de horas trabajadas por cada empleado, que suelen mostrar si el empleado tiene créditos de horas por haber trabajado horas extraordinarias. En algunas fábricas, los acuerdos celebrados entre empresarios y comités de empresa contienen dos reglas:

- Si el tiempo contabilizado de un grupo de diez o veinte trabajadores arroja un crédito de horas y uno de ellos deja la empresa, tendrá que ser reemplazado. De este modo, el empleador no puede “distribuir” entre los demás el trabajo de la persona que se ha marchado.
- Si el tiempo contabilizado para un grupo supera, por ejemplo, las 150 horas en promedio, debe contratarse a una persona más³⁹.

Otra idea sería darle derecho de veto al comité de empresa: si el volumen de trabajo es demasiado grande, el comité puede intervenir y solicitar su alteración. En Suecia, el sindicato podría interrumpir la producción de un puesto de trabajo; en Alemania, se puede pensar en un procedimiento que pase por un consejo de conciliación o por un juzgado en lo laboral. Si “medir” la cantidad de trabajo fuera difícil, lo mejor sería recurrir a un procedimiento. Si en la empresa no hay comité de empresa, se podría contar con la Inspección de Trabajo.

Una comisión del Parlamento Alemán ha propuesto implementar el llamado “derecho a la inaccesibilidad”, es decir, el derecho a no poder ser contactado en determinados períodos de la semana⁴⁰. Según este derecho, estaría prohibido contactar con la plantilla, ya sea por teléfono o por vía electrónica, entre las 8 de la tarde y las 7 de la mañana y durante los fines de semana, por ejemplo. Los servidores de Volkswagen quedan inaccesibles, excepto para el personal directivo, de las 6h15 de la tarde a las 7 de la mañana y durante los fines de semana. De este modo, oficialmente nadie puede verificar el correo electrónico ni trabajar en línea. Hay otros grupos en los que no se aplica esta regla, quedando al criterio de cada equipo de trabajo decidir quién estará inaccesible durante el fin de semana o al final de cada día⁴¹.

38 LAG (=Landesarbeitsgericht) Berlin 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15 – AuR 2015, 339.

39 Para más detalles, véase Däubler, AiB 3/2016 p.27 et seq.

40 En alemán, “Recht auf Unerreichbarkeit”. Véase Enqête-Kommission “Internet und digitale Gesellschaft”, Bundestags-Drucksache 17/12505; también a favor de esta idea, Schwemmlle/Wedde, Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen, Bonn/Berlin 2012, S. 87, 95; Boewe/Schulten, Die Mitbestimmung Heft 4/2014.

41 Para más detalles, véase Giese, Abschalten gegen Dauerstress, AiB 2014 (issue 9) p. 64.

4.3. EL TRABAJO “COLABORATIVO” (CROWDWORKING)

4.3.1. Algunos datos

Una compañía eléctrica alemana enviaba unas tarjetas a sus clientes, solicitándoles que apuntaran la lectura del contador y las devolvieran. Como cada persona apuntaba los números de forma diferente, los ordenadores no lograban leerlos de manera fiable. Por ello, la compañía decidió darles las tarjetas a personas, más inteligentes que un ordenador. En un portal estadounidense, se anunciaba la tarea con la siguiente frase: “reciba 10.000 tarjetas e introduzca los números en el sistema”. Mucha gente de la “crowd” (es decir, el inmenso número de usuarios del Internet) respondió al anuncio. Algunos fueron contratados, especialmente los que ya eran conocidos de los administradores de la plataforma. Esas personas hicieron el trabajo mejor que el ordenador; lo que trabajaban duro y conseguían introducir muchos números en el sistema ganaban dos dólares por hora.

Esto es un ejemplo que recuerdo muy bien, porque yo soy cliente de la compañía. Pero hay muchos otros campos en los que se utiliza el crowdwork, incluyendo muchos tipos de trabajo no cualificado. Se pueden hacer traducciones automáticas, que después deben ser revisadas por hablantes nativos. Hay otras tareas que implican mayores requisitos, como escribir una entrada para un diccionario, o adaptar para un mercado local la descripción del producto de una empresa extranjera. Algunas empresas piden propuestas al público antes de adoptar un nuevo eslogan o logotipo. Normalmente, la plataforma o la empresa acepta una de las propuestas y se le paga algún dinero al responsable, mientras que todos los demás han trabajado en vano. En otras empresas, como IBM, se descompone una tarea compleja en partes más pequeñas que puedan ser realizadas por personas sin cualificaciones.

La plataforma alemana Twago tiene alrededor de 260.000 “colaboradores”. Otra plataforma, Clickworker, alega tener 700.000. Por supuesto, en los Estados Unidos hay plataformas aun mayores, como Amazon Mechanical Turk. La australiana Freelancer afirma contar con 14,5 millones de “asociados”. Según un cálculo reciente, existen en todo el mundo 112 millones de *crowdworkers*⁴². En los Estados Unidos, los *crowdworkers* iniciaron una demanda judicial, reclamando el derecho a cobrar el salario mínimo. Desgraciadamente, el proceso terminó con un acuerdo extrajudicial en el que los abogados ganaron más que los trabajadores⁴³.

El *crowdwork* permite atribuir tareas a trabajadores en países de bajos sueldos. Esto es mucho más barato que la relocalización. Aunque no es posible calcular

42 <http://www.tagesschau.de/inland/crowdworking-101.html> (5. 1. 2016).

43 Otey vs. CrowdFlower. Para una descripción del proceso judicial, véase Cherry, Regelungen zu gesetzlichen Mindestlohn im digitalen Zeitalter, in: Benner (ed.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2015, p. 231 et seq.

cuántos puestos de trabajo se perderían debido a esta tercerización. Sabemos que una disminución del 15% o del 20% representa ya una catástrofe para el mercado de trabajo. Algunas estimativas, sin embargo, apuntan cifras que llegan al 47%.

4.3.2. Repercusiones jurídicas

De acuerdo con la ley alemana, un *crowdworker* no es un empleado como los otros. Un *crowdworker* tiene que cumplir una tarea predefinida, en los períodos y con las herramientas que él mismo escoja. Sólo tiene un plazo y nada más. Durante el proceso no hay instrucciones: se trata de un trabajador autónomo⁴⁴. En Italia se discute si la descripción de la tarea incluida en el contrato de prestación de servicios puede considerarse equivalente a las instrucciones dadas a un empleado en nómina, y por ende constituir una relación de dependencia. En Alemania aún no se ha llegado tan lejos.

Algunos *crowdworkers* que dependen económicamente de una única plataforma son “equiparados a empleados”⁴⁵. Como veíamos en la sección sobre la igualdad, este grupo de trabajadores son amparados por solo una parte de las leyes del trabajo.

Cuando no es posible aplicar el Derecho Laboral, debemos remitirnos al Derecho Civil. El Código Civil da amplia protección contra las cláusulas injustas que esas plataformas incluyen en los contratos. Lo que el Código no garantiza es estabilidad, ni ningún tipo de protección contra la revocación unilateral del contrato. Con respecto a las estipulaciones de esos contratos, sobre todo las plataformas estadounidenses incluyen condiciones que claramente violan las reglas europeas, como las definidas en la Directiva 93/13/EEC⁴⁶. Veamos algunos ejemplos: la plataforma se reserva el derecho de rechazar el trabajo de un *crowdworker* y no pagarle sin tener que dar explicaciones; si hace falta hacer correcciones, se tienen que hacer en un plazo de dos o tres días; si el trabajador no cumple el plazo, pierde el derecho a cobrar dinero. Más aún: dado que el crowdwork es la principal fuente de ingresos de dos tercios de los trabajadores, no es razonable que solo se le pague al “ganador”, que es lo que ocurre en el caso de tareas más sofisticadas, como la creación de un logotipo. Ganar un sueldo como si fuera una rifa no constituye un método de retribución apropiado. Y por si esto fuera poco, los otros, aunque no ganen, tienen que cederle la propiedad intelectual a la plataforma. Un juzgado europeo nunca admitiría semejantes cláusulas en un contrato, ni siquiera cuando la legislación aplicable fuera la de los Estados Unidos⁴⁷.

⁴⁴ Esta es la jurisprudencia sentada en Alemania a partir de un caso dirimido en la Corte Federal del Trabajo: Hötte, Crowdsourcing. Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens, MMR (= Multimedia und Recht) 2014, 796; Klebe/Neugebauer, Crowdsourcing: Für eine Handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite? AuR 2014, 5; Däubler, Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts? in: Benner (op. cit.) p. 246.

⁴⁵ Véase supra, apartado 3.1.

⁴⁶ OJ 21.4.1993, L 95/29.

⁴⁷ Para más detalles acerca de cláusulas ilegales, véase Däubler (Cf. nota 43).

4.3.3 Perspectivas

Los *crowdworkers* están aislados, tal como hace un tiempo los trabajadores a domicilio. La experiencia enseña que resulta muy difícil alcanzar objetivos comunes en semejantes circunstancias. ¿Qué puede hacerse para mejorar la situación de los *crowdworkers*? Una mayor protección del trabajador puede volver esta alternativa menos atractiva para los patrones, lo cual beneficiaría también a quienes tienen empleos tradicionales.

El primer paso implica aumentar la comunicación entre los *crowdworkers*, para que se divulguen sus problemas individuales. En EEUU, un grupo de personas ha creado Turkopticon, un portal para *crowdworkers* con contratos con Amazon Mechanical Turk (AMT). Dado que diversas firmas reclutan trabajadores a través de AMT, habrá buenas ofertas de empresas que pagan razonable y puntualmente, bien como malas ofertas de empresas que pagan mal y tarde. Así puede evitarse trabajar para “los malos”. En el peor de los casos, puede organizarse un boicot para que nadie acepte trabajo de una empresa con mala reputación. Ello eliminaría el trabajo en condiciones tan miserables⁴⁸. En Alemania, el sindicato de los metalúrgicos (IG Metall) ha creado un foro similar en Internet: los *crowdworkers* pueden entrar en www.faircrowdwork.com, compartir sus experiencias y solicitar asesoramiento. El sindicato alemán de los servicios también ofrece un servicio así⁴⁹. Internet permite que los individuos salgan de su aislamiento.

¿Cuál es el paso siguiente? ¿Ampliar la noción de «empleado» para que incluya a los *crowdworkers* y se les apliquen las mismas leyes? En Alemania, esa tarea correspondería a los tribunales, dado que los legisladores probablemente se resistirían. Pero las decisiones de los tribunales deberían ser precedidas por debates que incluyan tanto a juristas como a los medios de comunicación: si las televisiones noticiaran que un *crowdworker* solo gana 2€ por hora, un tribunal sería más receptivo a propiciar un cambio. Y claro, el debate científico también tiene su peso. Además, sería necesario encontrar personas dispuestas a defender sus derechos ante un juez, lo que no resulta fácil cuando se trata de personas que temen perder sus contratos.

El Derecho Laboral ofrece posibilidades de mejorar la situación de los *crowdworkers*, pero no hay ninguna garantía de que así suceda. ¿Cómo pueden lograrse convenios colectivos? O ¿cómo pueden alcanzarse estándares mínimos si los tribunales no aplican la legislación laboral? La presión de la opinión pública puede ser muy importante, más aún que métodos tradicionales como la huelga, que además sería difícil de organizar. Es necesario encontrar ejemplos de otros grupos que, en situaciones comparables, hayan conseguido el respeto de condiciones mínimas obligatorias. Uno de esos ejemplos lo ofrece el caso de los 74.000

⁴⁸ El funcionamiento de Turkopticon se describe en Irani/Silberman, Ein Tool, um Arbeiter auf Mechanical Turk sichtbar zu machen, in: Benner (above note 43) p. 131 et seq.

⁴⁹ <http://www.ich-bin-mehr-wert.de/support/cloudworking>.

profesionales sanitarios a domicilio de California, quienes fueron capaces de crear su propio sindicato y de negociar mejores condiciones⁵⁰. Otro ejemplo lo encontramos en la Red Nacional de Jornaleros, una nueva forma de sindicato: en vez de organizar la típica acción colectiva, la organización suministra a sus miembros información acerca de los jornales practicados en el mercado, así como sobre los mejores y peores empleadores, lo que puede significar que los malos empleadores sean incapaces de obtener mano de obra⁵¹. El mismo principio ha utilizado el movimiento de los “trabajadores golondrina” (denominados “Gesellenbewegung” en alemán), que existía en Europa Central desde el siglo XIII. Los malos empleadores (en aquella época, artesanos) eran formalmente “desacreditados” y quien aceptara trabajar para ellos se ganaba el mismo descrédito⁵². En lugar de una huelga o de otras formas de acción colectiva, el boicot representa un riesgo que los patrones no quieren correr, prefiriendo ofrecer condiciones más justas. Evidentemente, para encontrar soluciones eficaces es necesario ampliar nuestra perspectiva.

Hoy día, la discusión sobre las formas de mejorar la situación de los *crowdworkers* se desarrolla en un marco bastante convencional. ¿Cómo se puede lograr un nivel de protección comparable al que tiene un empleado de oficina tradicional? Sin duda, el punto es importante. Pero, ¿no sería más útil pensar cómo se presentará el futuro en una sociedad digitalizada? ¿Qué consecuencias tendrá en nuestras vidas la omnipresencia de Internet? ¿Vamos a aceptar sin chistar o a copiar todo lo que viene de Silicon Valley? ¿O deberíamos buscar un modelo alternativo en la sociedad digitalizada, algo que se parezca a una utopía de izquierda? Encontrarlo no es la misión de un abogado laboralista, pero sin duda puede y debe ofrecer su aporte.

50 Para más detalles, véase Klare, The Horizons of Transformative Labour and Employment Law, in: Conaghan/Fischl/Klare (ed.), Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities, Oxford 2000, p. 20 et seq.

51 Véase <http://ndlön.org>. Más detalles en: Däubler, Representation of Workers' Interests outside Collective Bargaining, in: Gorelli Hernández (coord.), El Derecho a la Negociación Colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés, Sevilla 2014, p. 99 et seq.

52 Véase Däubler, in: Däubler (ed.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, § 1 Rn. 5 et seq. (incluyendo referencias adicionales).

A RECONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS E DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO QUADRO DA AUSTERIDADE NEOLIBERAL: O CASO PORTUGUÊS

Maria da Paz Campos Lima

Dinâmia'CET- Instituto Universitário de Lisboa

1. A austeridade neoliberal e a deriva europeia: o novo intervencionismo. 2. A austeridade, as reformas estruturais e o caso português: a grande regressão. 2.1. A flex(in)segurança. 2.2. A desvalorização do trabalho: a política salarial e a negociação coletiva. 3. Conclusões e desafios futuros.

Resumo: Explorando os constrangimentos supranacionais da ordem europeia, o texto aborda as transformações das relações laborais em Portugal no período de intervenção da Troika e do ciclo político de direita que implementou as suas exigências. Dois aspectos centrais são considerados: as mutações no sentido da flex(in)segurança, via redução da protecção no emprego e da protecção no desemprego; e as políticas salariais e com incidência nas mutações do quadro legal da negociação coletiva. Conclui-se que as medidas tomadas naquelas matérias se orientaram numa lógica neoliberal promovendo a desvalorização interna, a transferência de rendimentos do trabalho para o capital e o desequilíbrio profundo das relações de poder em desfavor do trabalho. E deixam-se algumas notas sobre os desafios a enfrentar no novo ciclo político à esquerda iniciado em Portugal.

Abstract: Having into account the supranational constraints at the European level, the article examines the changes of labour relations in Portugal during the period of Troika intervention, which coincided with the right wing political cycle of implementation of the required reforms. Two central issues are considered: the shift towards “flexi(nse)curity” by reducing employment protection and unemployment provisions; and the policies with impact on wages and collective bargaining legal framework. The article concludes that the measures taken regarding those issues reflected a neoliberal approach promoting internal devaluation and the transference of income from labour to capital, and generated a profound unbalance of power relations in detriment of labour. Eventually, the article highlights some of the challenges to address in the new left political cycle opened recently in Portugal.

Palavras chaves: Políticas de austeridade, Intervenção da Troika, protecção no emprego, políticas salariais e negociação coletiva.

Key words: Austerity policies, Troika intervention, employment protection, wage policies and collective bargaining.

1. A AUSTERIDADE NEOLIBERAL E A DERIVA EUROPEIA: O NOVO INTERVENCIONISMO

As políticas neoliberais que emergiram no Reino Unido, no início dos anos 80, ganharam a partir dos anos 90, na Europa, uma nova dinâmica no plano ideológico e das políticas concretas tanto no que se refere à liberalização económica e às privatizações, como no que se refere à transformação dos regimes de relações laborais no sentido da chamada “flexibilização do mercado de trabalho”. Esta foi sendo apresentada como imperativo para responder às pressões da globalização, as quais, no entendimento neoliberal, justificariam a crescente individualização do contrato de trabalho, o aumento e generalização do emprego precário, a facilitação dos despedimentos, o aumento das prerrogativas e poder patronal, a moderação salarial, a subversão dos princípios universalistas de protecção social e a redução dos benefícios sociais através da re-mercantilização das políticas sociais¹ e, também, *last but not least*, a pressão no sentido da erosão dos regimes de negociação coletiva².

Embora a agenda neoliberal nestes domínios tenha sido transversal às políticas dos diferentes países europeus, levando a mudanças nos regimes de emprego e relações laborais, a intensidade, ritmo e modos de implementação desta agenda foram variados. Em consequência, nas vésperas da crise internacional de 2008, as diferenças entre os regimes de relações laborais na Europa eram ainda muito significativas³. Nomeadamente, os países do Sul da Europa, Grécia, Espanha e Portugal ainda se distinguiam dos países do modelo liberal anglo-saxónico (Reino Unido e Irlanda) em dois aspectos fundamentais: nível bastante mais elevado de protecção no emprego, designadamente limitando os despedimentos; e nível bastante mais elevado de cobertura das convenções coletivas, por via da centralidade da negociação de âmbito setorial e por via da extensão das convenções coletivas de trabalho. Em matéria de protecção social no desemprego a situação dos países do Sul da Europa era mais desfavorável do que a dos países do regime liberal quanto à sua cobertura e mais favorável quanto ao seu montante, isto é, à relação entre o valor do subsídio de desemprego e o montante auferido no emprego anterior.

A resposta da União Europeia (UE) à crise financeira internacional e à recessão económica, designadamente a partir da chamada crise fiscal de 2010, consistiu

1 SCHÄFER, A. e STREECK, W., “Introduction” in SCHÄFER A. e STREECK W., (Ed.), *Politics in the age of austerity*, Polity Press, Cambridge, 2013: Polity Press, pp. 1-26.

2 SISSON, K., “Private Sector Employment Relations in Western Europe: Collective Bargaining Under Pressure?”, in ARROWMITH, J. e PULIGNANO, V. (Ed.), *The transformation of Employment Relations in Europe – Institutions and Outcomes in the Age of Globalization*, Routledge, Londres, 2013, pp. 13-33.

3 Cfr. GALLIE, D., “Economic crisis, the Quality of Work, and Social integration” in GALLIE, D. (ed.), *Economic crisis, Quality of Work, and Social Integration: the European experience*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp 1-25; e CAMPOS LIMA, M. P. “A reconfiguração do regime de emprego e de relações laborais em Portugal na ótica liberal”, *Cadernos do Observatório* 5#, Observatório sobre a Crise e as Alternativas, Lisboa, Junho 2015.

na combinação de uma política agressiva de crescente austeridade com políticas neoliberais mais ofensivas no domínio das privatizações, da desvalorização interna, da desregulação do mercado de trabalho, da fragmentação da negociação coletiva e da erosão do estado social. Ignorando o contributo crucial das políticas laborais neoliberais para a emergência da crise internacional aberta em 2008⁴, as instâncias da UE não só contribuiram para a “*strange non-death of neoliberalism*”⁵ como contribuiram também para a sua crescente intensificação.

Algumas das características fundamentais dos regimes de relações laborais, com incidência na proteção no emprego⁶ e com incidência direta e indireta na negociação coletiva e definição das práticas salariais⁷, foram profundamente alteradas em vários países da UE. Embora não se possa negligenciar o papel dos atores ao nível nacional nestas transformações, não há dúvidas sobre o papel crucial do *Novo Intervencionismo Europeu*⁸ em tais desenvolvimentos. Com efeito, nas versões mais extremas do intervencionismo europeu, as instâncias da UE-Comissão Europeia (CE) e Banco Central Europeu (BCE) interferiram diretamente sobre a definição das medidas naqueles domínios, no detalhe, ingerindo-se numa esfera de decisão que até aí competia aos estados nacionais. Referimo-nos às condições estipuladas nos acordos de financiamento/empréstimo ou nas recomendações emitidas pela Comissão Europeia (CE), pelo Banco Central Europeu (BCE) e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) – atuando isoladamente ou em conjunto como no caso da Troika.

Isto não significa que antes de 2010 as instâncias europeias não procuraram influenciar as políticas do mercado de trabalho e salariais. Quanto à desregulação da legislação laboral no respeitante à proteção no emprego, a viragem na política europeia iniciou-se em 2006 com a publicação do Livro Verde sobre a Modernização do Direito do Trabalho⁹, o qual contribuiu com a sua narrativa para alimentar as políticas nacionais de flexibilização dos despedimentos.

4 BECKER, J. e JÄGER, J., “Integration in Crisis: a Regulacionist perspective on the Interaction of European Varieties of Capitalism”, *Competition and Change*, Volume 16 (3), 2012, pp. 169-87; e WOLFF, R., “Capitalism in deep trouble” in FADDA, S. and TRIDICO P. (eds) *Financial Crisis, Labour Markets and Institutions*, Routledge, Londres, 2013, pp. 40-59.

5 CROUCH, C., *The Strange non-death of neoliberalism*, Polity Press, Cambridge, 2011.

6 SCHÖMANN, I., “Labour Law Reforms in Europe: adjusting employment protection legislation for the worse? *Working Paper 2014.02*”, ETUI (European Trade Union Institute), Bruxelas, 2014.

7 MARGINSON, P., “Coordinated bargaining in Europe: from incremental corrosion to frontal assault?”, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 21, no. 2, 2014, pp. 97-114; MARGINSON, P. e WELZ, C. “European Wage-setting mechanisms under pressure: negotiated and unilateral change and the EU’s economic governance regime”, *Transfer*, vol. 21, no. 4, 2015, pp. 429-450; and VISSER, J., HAYTER, S. e GAMMARANO, R., “Trends in collective bargaining coverage: stability, erosion or decline?”, in *Labour Relations and Collective Bargaining Policy Brief*, No. 1. ILO, Geneva, 2015.

8 SCHULTEN, T. e MÜLLER, T., “A new European interventionism? The impact of the new European economic governance on wages and collective bargaining” in NATALI, D. e VANHERCKE, B. (Ed.), *Social developments in the European Union 2012*, European Trade Union Institute (ETUI)/European Social Observatory (OSE), Bruxelas, 2013, pp. 181-201

9 GRAU, A. B., “Crisis del modelo social y liberalismo autoritario en Europa”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, nº1, 2016.

Quanto às políticas salariais no sentido da contenção e moderação salarial, estas fizeram parte das orientações da UE desde os anos 90, em ligação com os objetivos da constituição da União Económica e Monetária. Contudo, as instâncias da UE remeteram, até 2010, as decisões em matéria de legislação laboral e de políticas salariais para os países membros. Orientação em consonância com os Tratados Europeus que vedam a intervenção direta da UE naqueles domínios, considerando-os prerrogativa exclusiva dos estados membros¹⁰ e com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que consagra o direito de negociação coletiva (artigo n.º 28) como direito fundamental¹¹.

A rutura mais profunda com os princípios de não ingerência –à revelia dos Tratados e da Carta dos Direitos Fundamentais– operou-se, a partir de 2010, por duas vias: no âmbito da Troika (CE, BCE e FMI), através da imposição de medidas e reformas, fixadas nos Memorandos de Entendimento (MoUs) com os países sob resgate, isto é, a Grécia, a Irlanda, Portugal e o Chipre; e no âmbito dos chamados "Stand-by-Arrangements" (SBA) envolvendo imposições da CE e do FMI na Hungria, Letónia e Roménia. Se nestes casos a pressão direta europeia foi de altíssima intensidade, em particular na Grécia, em Portugal e na Roménia¹², também no caso dos países da zona euro passíveis de sanções por via de desequilíbrios macroeconómicos persistentes, como a Espanha, a Itália e a Eslovénia, a intensidade da pressão direta no âmbito do Semestre Europeu (e também indireta ou informal) foi de elevada intensidade. Por outro lado a pressão sobre a França e a Bélgica tem-se vindo a manifestar nas reformas laborais em curso. Digamos que a pressão só foi de facto moderada em relação aos países fora da zona euro, ou da zona euro sem desequilíbrios macroeconómicos críticos, e/ou regimes já desregulados de relações laborais e de negociação coletiva.

Finalmente, nos países em que as intervenções da Troika terminaram formalmente, como é o caso de Portugal, desde Maio de 2014, as ameaças de sanções por "incumprimento" das regras orçamentais da UE e de cortes de fundos estruturais têm vindo a combinar-se com a exigência de não se reverterem as "reformas estruturais" realizadas e de se promoverem ainda outras, implícita ou explicitamente formulada nas recomendações específicas do Semestre Europeu e noutras intervenções da UE.

10 Com efeito, o artigo 153 (5) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia exclui qualquer tipo de intervenção da UE com a intenção de harmonizar salários e negociação coletiva, princípio também constante do Tratado de Maastricht e do Tratado de Amesterdão. Cfr SCHULTEN, T. e MÜLLER, T., "A new European interventionism (...)?", cit.

11 RÖDL, F. e CALLSEN, R., *Collective social rights under the strain of monetary union - Can Article 28 of the EU Charter of Fundamental Rights offer protection?*, ETUI, Bruxelas, 2016.

12 KOUKIADAKI, A., TÁVORA, I. e MARTÍNEZ LUCIO, M., "Joint regulation and labour market policy in Europe during the crisis: a seven country comparison", in KOUKIADAKI, A., TÁVORA, I. e MARTÍNEZ LUCIO, M. (eds.) *Joint regulation and labour market policy in Europe during the crisis*, ETUI, Bruxelas, 2016. pp. 7-134; and CRUCES, J., ÁLVAREZ, I., TRILLO, F., e LEONARDI, S., "Impact of the euro crisis on wages and collective bargaining in southern Europe – a comparison of Italy, Portugal and Spain" in VAN GYES, G. and SCHULTEN, T., (eds.), *Wage bargaining under the new European Economic Governance – Alternative strategies for inclusive growth*, ETUI, Bruxelas, 2015, pp. 93-139.

No âmbito da lista de ‘reformas estruturais’ sugeridas em 2012, um dos anos mais críticos da austeridade neoliberal na Europa, no relatório da Direção-Geral dos Assuntos Económicos e Financeiros da UE (DG ECFIN), *Labour Market developments in Europe 2012*, como ‘amigas do emprego’¹³ – com a curiosa correção, a abrir o relatório, de que esta designação não tem implicações normativas – figuravam, entre outras, medidas com incidência nas relações laborais, tais como:

- Redução da generosidade dos subsídios de desemprego (taxa de substituição em relação ao salário, duração, cobertura);
- Redução da proteção no emprego, através do alargamento das condições/definição de despedimento e reduzindo a compensação por despedimento; e através da extensão do período de duração máxima acumulada dos contratos a termo e do período da sua renovação, além do alargamento dos casos em que podem ser usados.
- Redução dos constrangimentos à duração do tempo de trabalho, redução do montante por pagamento de horas extraordinárias, maior flexibilidade de horários mais flexíveis, introdução ou extensão de esquemas de banco de horas em substituição de horas extraordinárias e encorajamento do uso do trabalho a tempo parcial.
- E redefinição das políticas salariais e de negociação coletiva:
 - Redução do salário mínimo legal ou contratual;
 - Diminuir o limiar dos salários indicativos para negociações dos níveis salariais mais baixos ou remover/diminuir os ganhos não-salariais;
 - Intervenções governamentais para reduzir a cobertura das convenções coletivas (revendo as modalidades e condições da sua extensão);
 - Descentralizar o sistema de negociação coletiva, por exemplo introduzindo ou estendendo a possibilidade de derrogação de acordos de nível superior ou de negociação de acordos de empresa;
 - Aumentar a parte da componente variável (dependente da produtividade/desempenho dos trabalhadores) do salário dos trabalhadores ou da sua parte nos lucros e bónus da empresa.

É de salientar que o ‘menu’ de medidas expressas pela DG ECFIN incluía grande parte das medidas já incluídas no todo ou em parte nas condições da Troika expressas nos MoUs, em particular na Grécia (2010) e em Portugal (2011) e também nas condições de assistência financeira à Roménia. A sua orientação reflete a posição de poder estratégico de atores (os bancos centrais, os ministros da economia e das finanças e a DG ECFIN) que usaram a crise como uma janela

¹³ SCHULTEN, T. e MÜLLER, T., “A new European interventionism?...”, cit., pp 186-187; e Direção-Geral dos Assuntos Económicos e Financeiros (DG/ECFIN) - Comissão Europeia, *Labour Market Developments in Europe 2012*, Comissão Europeia, Bruxelas, pp. iii-v e 66,103-104.

de oportunidade para transformar o modelo social europeu na variável de ajustamento da União Económica e Monetária, sob a forma de desvalorização das economias nacionais, através da desvalorização salarial competitiva e da desregulação competitiva da legislação social¹⁴ .

2. A AUSTERIDADE, AS REFORMAS ESTRUTURAIS E O CASO PORTUGUÊS: A GRANDE REGRESSÃO

Os MoUs, firmados à revelia dos princípios democráticos de tomada de decisão, do veredicto dos parlamentos nacionais e do parlamento europeu, enquadraram-se numa política e método de decisão política de ‘excepção’¹⁵ . O conteúdo das suas disposições exprime uma estratégia clara de flex(in)segurança, isto é, uma política deliberada de redução salarial, de desagregação da negociação coletiva, de flexibilização dos despedimentos e simultaneamente de redução da proteção social.

Em Portugal, o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica de 17 de Maio de 2011 é firmado num contexto político particularmente crítico, visto ter sido assinado pelo governo de gestão do PS, que sucedeu à demissão do primeiro-ministro José Sócrates e à dissolução do parlamento na sequência do chumbo do chamado PEC IV, o quarto pacote de austeridade da governação socialista. Contudo, a assinatura do MoU obteve a clara concordância dos partidos do centro-direita PSD e CDS os quais tinham contribuído para o chumbo do PEC IV.

Durante os quatro anos da implementação do MoU, sob a governação de centro-direita PSD-CDS, não só o essencial das medidas previstas foram concretizadas como novas medidas ‘para além da Troika’ foram impostas e avalizadas pela Troika e ‘justificadas’ com o argumento de cumprir as metas do MoU. Globalmente, as medidas implementadas neste quadro consubstanciam a maior mudança no regime de emprego e de relações laborais em Portugal verificada desde o 25 de Abril de 1974, no sentido da desregulação laboral. As medidas tomadas representaram uma substancial transferência dos rendimentos do trabalho para o capital¹⁶ minaram a capacidade de crescimento económico, aumentaram a dívida e geraram níveis de desemprego sem precedentes.

14 POCHET, P. e DEGRYSE, C., “Monetary Union and the stakes for democracy and Social Policy”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, 19(1), 2013, pp. 103-116.

15 CLAUWAERT, S. e SCHÖMANN, I. “The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise”, *Working Paper 2012.04*, ETUI, Bruxelas, 2012; Ferreira, A. C. (2011). “A sociedade de austeridade: Poder, medo e direito do trabalho de exceção”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº95, 2011, 119-136; e FERREIRA, A.C. e PUREZA, J. M., “Estado de direito ou Estado de exceção: a justiça constitucional face ao questionamento do Estado Social” in *A Anatomia da Crise: Identificar os problemas e construir as alternativas*, Observatório sobre Crises e Alternativas, Lisboa, 2013, pp. 250-272.

16 LEITE, J., COSTA, H. A., SILVA, M. C. e ALMEIDA, J.R., “Austeridade, reformas laborais e desvalorização do trabalho”, in *Anatomia da Crise: identificar os problemas e construir alternativas*, Observatório das Crises e das Alternativas, Lisboa, 2013, pp. 108-161; e ROSA, E., “A transferência do rendimento do trabalho para o capital na administração pública”, 2014, disponível em: <http://www.eugeniorosa.com/Sites/eugeniorosa.com/Documentos/2014/29-2014-rendimentos.pdf>

2.1. A FLEX(IN)SEGURANÇA

A legislação sobre despedimentos e sobre a contratação a prazo e quanto às condições do subsídio de desemprego consubstanciaram uma estratégia de flex(in)segurança na medida em que reduziram substancialmente a proteção no emprego promovendo a facilitação dos despedimentos e da contratação a prazo em simultâneo com a redução da proteção no desemprego.

A redução da proteção no emprego

No que se refere à facilitação dos despedimentos, o alcance das mudanças operadas não tem paralelo nas alterações legislativas anteriores, designadamente desde 2003, que visaram uma maior liberalização. Neste campo há dois aspectos a considerar: a redução da compensação no caso de despedimento, a qual veio facilitar os despedimentos coletivos e individuais; e a facilitação dos despedimentos individuais por inadaptação e por extinção do posto de trabalho.

No que se refere às compensações por despedimento, as alterações ao Código do Trabalho 2009 (Lei n.º 53/2011, Lei nº. 23/2012 e Lei n.º 69/2013), alinhadas com o Memorando, eliminaram a compensação mínima antes em vigor, equivalente a três anos de antiguidade; introduziram limites máximos no montante da compensação, não podendo ser superior a 12 vezes a retribuição mensal e diuturnidades, nem superior a 240 salários mínimos; e reduziram sucessivamente as compensações de despedimento de 30 dias de remuneração por cada ano de trabalho/antiguidade para apenas 12 dias. Deste modo, por via da redução da compensação aos trabalhadores, reduziram-se substancialmente os custos das empresas com despedimentos coletivos e individuais.

Quanto à facilitação dos despedimentos individuais por *inadaptação* e por *extinção do posto de trabalho*, o Memorando da troika estipulava:

- Os despedimentos individuais por inadaptação do trabalhador deverão ser possíveis mesmo sem a introdução de novas tecnologias ou outras alterações no local do trabalho. Entre outras, pode ser acrescentada uma nova causa justificativa nos casos em que o trabalhador tenha acordado com o empregador atingir determinados objetivos e não os cumpra, por razões que sejam da exclusiva responsabilidade do trabalhador;
- Os despedimentos individuais associados à extinção do posto de trabalho não devem necessariamente seguir uma ordem pré-estabelecida de antiguidade, se mais do que um trabalhador estiver destinado a funções idênticas (art.º 368 do Código do Trabalho). A ordem pré-definida de antiguidade não é necessária desde que o empregador estabeleça um critério alternativo relevante e não discriminatório (semelhante ao já existente no caso dos despedimentos coletivos);

- Os despedimentos individuais, pelas razões acima indicadas, não devem estar sujeitos à obrigação da tentativa de transferência do trabalhador para outro posto de trabalho disponível ou uma função mais apropriada.

No essencial, as alterações legislativas introduzidas pela Lei nº. 23/2012 (mais conhecida como Código de Trabalho 2012, embora constituisse a terceira alteração ao código de trabalho de 2009) alinharam-se com estas exigências. Contudo, um ano depois da entrada em vigor do Código do Trabalho 2012, o Tribunal Constitucional (Acordão nº 602/2013) chumbou algumas das disposições neste incluídas relativas ao *despedimento por extinção do posto de trabalho*, por violarem o princípio de proibição dos despedimentos sem justa causa inscrito no artigo 53 da Constituição, uma vez que não eram especificados em concreto os critérios relevantes para a seleção dos postos de trabalho a extinguir, no caso do despedimento por extinção do posto de trabalho e uma vez que revogava a regra anterior que impunha ao empregador o dever de oferecer ao trabalhador um posto de trabalho alternativo.

Quanto ao despedimento por inadaptação, as alterações introduzidas pela Lei nº. 23/2012 não levantaram objecções ao Tribunal Constitucional. Porém, também neste caso se facilitaram substancialmente os despedimentos visto que se introduziu um novo tipo de inadaptação não apenas circunscrito, como anteriormente, à ocorrência de modificações no posto de trabalho subsquentes a alterações de processos de produção, organizacionais e tecnológicos. Este novo tipo de despedimento por inadaptação, independentemente de terem ocorrido alterações no posto de trabalho, passa então a ser possível quando se verifica uma modificação substancial da prestação do trabalhador, nomeadamente, uma redução continuada de produtividade ou de qualidade. No entanto, o TC considerou também ainda inconstitucional a eliminação da norma (anteriormente associada ao despedimento por inadaptação) que exigia, como requisito do despedimento, que não existisse na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador.

Na sequência do Acórdão do TC, o governo fez aprovar nova legislação (Lei nº. 27/2014) a qual resultou de decisão unilateral e que enfrentou a oposição de ambas as centrais sindicais. Com efeito, embora a nova legislação tenha acolhido as exigências do Acordão, a solução encontrada pelo governo quanto aos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir no caso do despedimento por extinção do posto de trabalho gerou controvérsia. Ao abrigo da nova lei, passaram a existir cinco critérios “objetivos”(!) para despedir trabalhadores no caso da extinção do posto de trabalho, segundo a ordem seguinte: pior avaliação de desempenho, menores habilitações académicas e profissionais, maior onerosidade na manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa, menor experiência na função e menor antiguidade na empresa.

Ao mesmo tempo, embora o argumento a favor destas reformas tenha sido o de combater a segmentação do mercado de trabalho reduzindo a chamada 'rigidez' da protecção do emprego relativamente aos despedimentos, o Governo facilitou também a difusão do trabalho temporário, introduzindo um regime especial que permitiu que os contratos de trabalho a termo fossem sujeitos a 2 renovações adicionais e a uma duração máxima adicional de 18 meses (Lei n.º 3/2012 e novamente pela Lei n.º 76/2013). Em consequência, a protecção do emprego em Portugal reduziu-se substancialmente, quer pelo lado da facilitação dos despedimentos, quer pelo lado da facilitação do contratos a termo, uma mudança que se traduziu no decréscimo do valor dos indicadores relativos à Protecção no Emprego (EPL)¹⁷.

Mas não foi apenas no setor privado, regulado pelo Código de Trabalho, que a flexibilização dos despedimentos ocorreu. No setor público a Lei nº. 80/2013 instituiu a possibilidade de despedimento de trabalhadores considerados excessivos no quadro do chamado 'regime de requalificação' e a Lei nº 35/2014 reduziu a compensação por despedimento no sector público alinhando-a pelo do setor privado. Quantos às novas regras de facilitação dos contratos a termo estas aplicaram-se igualmente no sector público.

A redução da proteção no desemprego

Em meados de 2010, após um curto período em que se promovem medidas excepcionais de proteção no desemprego, são introduzidas medidas restritivas em relação ao subsídio de desemprego com a publicação do Decreto-Lei n.º 72/2010 reduzindo o seu montante e reforçando a sua condicionalidade através da ampliação do tipo de funções e tarefas e redução do limiar mínimo de remuneração das ofertas de emprego que o beneficiário não poderia rejeitar. E também se introduzem mais restrições ao subsídio social de desemprego com a publicação do Decreto-Lei n.º 70/2010 incluindo a revisão das regras de prova da condição de recursos (Decreto-Lei n.º 70/2010)¹⁸.

Não obstante, com o Memorando da troika são apresentadas novas exigências: a redução do montante do subsídio de desemprego e introdução de um perfil decrescente de prestações; e a redução da sua duração para 18 meses. Estas medidas de redução da proteção social no desemprego não são suficientemente compensadas pelas medidas também propostas pelo Memorando de extensão da cobertura do subsídio de desemprego através da redução do período contributivo necessário para aceder ao subsídio de desemprego para 12 meses, nem

17 OCDE, *OECD Employment Outlook 2013*, OECD Publishing, Paris, 2013.

18 CAMPOS LIMA, M.P. e FERNANDES, L., "A austeridade, as políticas neoliberais e as mudanças do regime de emprego em Portugal", Comunicação apresentada na Conferência Internacional *40 anos depois do 25 de Abril. A crise dos sistemas demoliberais do ocidente*, 4as Jornadas de Ciência Política do ISCTE-IUL, Lisboa, 8-10 maio, 2014; e CAMPOS LIMA, M.P., "A reconfiguração do regime de emprego e de relações laborais em Portugal na ótica liberal", *Cadernos do Observatório* 5#, Observatório sobre as Crise e as Alternativas, Lisboa, 2015.

pelo seu alargamento ao trabalho independente (com características específicas), dada a persistência e aumento do desemprego e do desemprego de longa duração. O Decreto-Lei n.º 64/2012 alinhou as mudanças legislativas nestes domínios pelo Memorando. No período de intervenção da troika, as medidas do Decreto-Lei n.º 133/2012 e do Decreto-Lei n.º 13/2013, em particular a introdução da obrigatoriedade de renovação dos comprovativos relativos à condição de recursos após 180 dias do início da prestação social, vieram agravar as condições de manutenção da proteção social e intensificar a lógica *workfare* associada a estas políticas reforçando o ambiente de desconfiança sobre a generalidade dos beneficiários de proteção social, nomeadamente de rendimento social inserção, abono de família e o subsídio social de desemprego – afetando, assim, diretamente desempregados de longa duração¹⁹.

Em síntese, quando face à escalada do desemprego seria expectável que as medidas a adotar se centrassem na criação de emprego e não por uma diminuição da proteção social, a opção do Memorando e do governo PSD-CDS foi escolher esta última. A qual combinada com as políticas de facilitação dos despedimentos que referimos anteriormente consubstancia uma estratégia de flex(in)segurança na ótica da “desvalorização interna”.

2.2. A DESVALORIZAÇÃO DO TRABALHO: A POLÍTICA SALARIAL E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A redução dos salários e dos custos do trabalho

A partir de 1986, com os acordos de concertação social, a política prevalecente ao longo dos anos foi a moderação salarial com base na inflação esperada e ganhos de produtividade; e a norma seguida continuou a ser a definição dos aumentos salariais via negociação coletiva sectorial e de empresa, cuja extensão através da intervenção do Estado (portarias de extensão) assegurava a cobertura das convenções coletivas à generalidade dos assalariados, compensando assim o défice de densidade sindical. A partir de 2011, com a intervenção da troika, há uma clara ruptura com esta tradição por via das imposições de redução da despesa no sector público e de redução dos custos do trabalho/salários e aumento da flexibilidade salarial no sector privado, procurando fazer depender a evolução dos salários principalmente da produtividade ao nível da empresa. Simultaneamente, congela-se o salário mínimo nacional que se mantém ao nível de 2011, isto é 485 euros por mês, nos três anos subsequentes.

No sector público, a partir de 2011 opera-se o corte nos salários nominais dos trabalhadores, reduzindo-se entre 3,5% e 10% os salários acima de 1.500 euros. Em 2014 é aplicado um corte de 2,5% a 12% nos salários acima dos 675 euros, o qual virá a ser chumbado pelo TC seis meses após a sua entrada em vigor,

¹⁹ Idem cit.

embora tal chumbo não tenha tido efeitos retroativos. Em 2011, os subsídios de Natal são cortados em 50%; em 2012, segue-se o corte dos subsídios de férias e Natal, previsto também para 2013, mas inviabilizado pelo TC para esse ano; e em 2013 reduz-se o valor do salário/hora dos trabalhadores, por via do aumento do horário de trabalho de 35 para 40 horas, sem equivalente aumento salarial, isto é, introduz-se a norma do trabalho não pago. Nenhuma destas medidas estava explicitada no Memorando de Entendimento da troika mas todas foram “justificadas” com base na redução da despesa pública para cumprir as metas da troika quanto ao défice público.

Além das medidas dirigidas explicitamente aos salários, são tomadas outras medidas com incidência indirecta na formação das remunerações. No sector privado, a Lei n.º 23/2012 reduziu para metade o montante de pagamento devido a horas extraordinárias/trabalho suplementar; revogou a disposição que permitia aumentar as férias anuais dos trabalhadores de 22 para 25 dias (dependendo da assiduidade) e reduziu o pagamento do trabalho em dias feriados e também em regime de isenção de horário. Estas medidas aplicaram-se também no setor público, com a agravante de que neste foi também imposto, pela Lei nº68/2013, o aumento dos horário de trabalho semanal de 35 para 40 horas, sem qualquer compensação remuneratória.

O ataque à negociação coletiva

As medidas anteriores tiveram um impacto óbvio na erosão da negociação coletiva, não só no que diz respeito ao efeito do congelamento do salário mínimo, mas também no que diz respeito ao congelamento e cortes de salários e aumento do horário semanal no setor público.

No setor público, a Lei n.º 59/2008 que definiu o novo regime de contratos de trabalho incluiu, pela primeira vez, o direito de negociar convenções coletivas com o estatuto legal idêntico às convenções do setor privado, embora regulando um leque mais limitado de matérias. Enquanto se admitia que estas pudessem regular os horários de trabalho e a adaptabilidade, a matéria salarial foi excluída do seu âmbito de regulação. Isto é, em matéria de salários manteve-se o regime anterior, ou seja, o direito de negociação mas não o direito de celebrar convenções, cabendo ao governo a decisão estatutária nesse domínio.

O governo PSD/CDS ao impor unilateralmente o congelamento e corte dos salários nominais rompeu com a tradição de negociação dos salários no setor, opção fácil uma vez que a decisão última lhe competia. Já quanto ao aumento do horário de trabalho o problema era mais difícil. Na administração central o governo impôs unilateralmente o horário de 40 horas, mas na administração local foi confrontado com a reação de sindicatos e municípios que negociaram acordos repondo as 35 horas. Em resposta, o governo, insistindo numa interpretação da lei favorável à intervenção do Ministério das Finanças nas negociações locais,

bloqueou em 2014 e 2015 perto de 500 convenções coletivas assinadas na administração local repondo o horário semanal de 35 horas. Tal bloqueio viria a ser considerado inconstitucional em outubro de 2015 pelo TC (Acórdão n.º 494/2015) por violar o princípio de autonomia de decisão da administração local o que obrigou à revogação da norma controversa (artigo 364 nºs 3 e 6 da Lei nº. 35/2014).

No sector privado o Memorando de Entendimento exigiu modificações substanciais no sistema de negociação coletiva argumentando com a necessidade da “descentralização organizada” com vista à promoção da competitividade e “ajustamentos salariais de acordo com a produtividade ao nível das empresas”. As modificações exigidas abrangiam:

- A possibilidade das comissões de trabalhadores negociarem as condições de mobilidade funcional e geográfica e os regimes dos tempos de trabalho;
- A diminuição do limite da dimensão da empresa acima do qual as comissões de trabalhadores podem concluir acordos a nível de empresa para 250 trabalhadores;
- A inclusão nos contratos coletivos sectoriais de disposições ao abrigo das quais as comissões de trabalhadores podem celebrar acordos a nível da empresa sem mandato sindical;
- A definição de critérios a serem seguidos para a extensão das convenções coletivas incluindo a obrigatoriedade de considerar a representatividade das partes e as implicações da extensão das convenções para a posição competitiva das empresas não filiadas;
- A redução da sobrevigência dos contratos caducados, mas não substituídos por novos.

A legislação introduzida com a Lei n.º 23/2012 acolheu as três primeiras exigências, com algumas diferenças.

A introdução da possibilidade de negociação de convenções coletivas de empresa por comissões de trabalhadores, sem mandato sindical, não foi acolhida uma vez que Constituição da República portuguesa é peremptória na afirmação de que os sindicatos têm a prerrogativa exclusiva de celebrar convenções coletivas de trabalho, e também define as competências das comissões de trabalhadores que não incluem o direito de negociação coletiva. Manteve-se, por isso, a formulação do Código Trabalho 2009 (Lei nº 7/2009) isto é a possibilidade de estruturas representativas dos trabalhadores negociarem acordos de empresa (convenções coletivas de empresa), desde que com mandato sindical. Porém, reduziu-se ainda mais, do que o previsto no Memorando, o limite da dimensão da empresa acima do qual as estruturas representativas de trabalhadores podem concluir acordos para 150 trabalhadores. Note-se, que esta exigência quanto à dimensão da empresa só se aplica no caso da negociação ser conduzida e o acordo celebrado com estruturas representativas dos trabalhadores da empresa, uma

vez que quando os sindicatos negoceiam diretamente com a empresas acordos de empresa não há limitações desta natureza, o que é a prática prevalecente na negociação coletiva em Portugal. Por outro lado, foi introduzida a possibilidade dos contratos coletivos de âmbito superior (setorial) definirem que determinadas matérias, como sejam a mobilidade geográfica e funcional, a organização do tempo de trabalho e a retribuição, pudessem ser reguladas por convenção coletiva de âmbito diferente, isto é podendo remeter tais matérias para a negociação de empresa por exemplo.

O que é surpreendente, quer nas exigências da Troika, quer nas formulações jurídicas encontradas é que os mecanismos propostos visando a “descentralização” ignoraram a realidade portuguesa e a sua história no campo das relações laborais. As condições da “descentralização organizada” –isto é, presença de sindicatos fortes, ausência de competição sindical e forte influência sindical nas empresas- não existem em Portugal. As estimativas sobre densidade sindical em Portugal apontam para apenas 18.5% (Visser *et al.*, 2015) e as estimativas sobre a proporção de empresas (com mais de 10 trabalhadores), em que existem estruturas representativas dos trabalhadores, colocam Portugal em último lugar no ranking de países da UE, com apenas 8.5% (European Company Survey 2013/ Eurofound). Note-se que mesmo em Espanha onde a taxa de sindicalização é igualmente baixa (17%) a proporção de empresas com estruturas representativas dos trabalhadores atinge os 57%. Finalmente, as experiências de “descentralização organizada” presentes nos países nórdicos baseiam-se em níveis muito elevados de sindicalização e no princípio de que só os sindicatos têm a prerrogativa de negociação de convenções coletivas: o nível setorial define as regras mínimas imperativas no plano salarial e outro; e, o nível de empresa define as regras efetivas. É a prerrogativa sindical e a sua capacidade de coordenação e articulação e a sua força nas empresas que impedem a desorganização²⁰.

Quanto à extensão das convenções coletivas, o primeiro passo dado pelo governo de centro-direita, antes de rever as disposições legais nessa matéria, foi a suspensão da emissão de portarias de extensão. Num segundo momento, o regime de extensão foi unilateralmente alterado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2012, vindo a definir que as associações de empregadores outorgantes das convenções coletivas devem representar, pelo menos, 50% dos trabalhadores do sector para que a extensão possa operar, sem prejuízo de serem consideradas ainda as respetivas implicações para a competitividade das empresas do sector. Ao bloqueio da negociação coletiva, atendendo à crise económica, à política salarial e às modificações do regime de negociação coletiva, adicionou-se decli-

20 CAMPOS LIMA, M. P. e JØRGENSEN, C., “Trajectories of collective Bargaining in Denmark and Portugal - From national determined organised industrial relations to supranational determined disorganized industrial relations”, In LARSEN, T. P. e ILSØE, A. (ed.) *Den danske model set udefra*, DJØF, Copenhaga, 2016, pp. 223-247; e CAMPOS LIMA, M.P., “CAMPOS LIMA, M.P., “O desmantelamento do regime de negociação coletiva em Portugal, os desafios e as alternativas”, *Cadernos do Observatório* 8#, Observatório sobre as Crise e as Alternativas, Lisboa, 2016.

nio abrupto das portarias de extensão em 2012, 2013 e 2014 o que consubstanciou uma rutura, sem paralelo, com a tradição de extensão das convenções coletivas em Portugal. Os resultados foram dramáticos com uma queda vertiginosa do número de convenções sectoriais e do número de trabalhadores abrangidos por convenções coletivas, o que neste período aproximou claramente Portugal do regime de emprego liberal, como se demonstrará a seguir .

Quanto às medidas relativas à caducidade requeridas pela Troika, estas só viram a luz do dia nos finais de 2014. A Lei n.º 55/2014 reduziu o período de vigência das convenções coletivas de cinco para três anos e o período de sobrevida de 18 para 12 meses. Neste aspeto a legislação piorou substancialmente o quadro instituído a partir de Código de Trabalho de 2003 (Lei nº 99/2003) e agravado pelo Código de Trabalho de 2009 (Lei nº 7 de 2009). Numa análise publicada antes da nova lei aprovada ²¹ sobre o impacto quantitativo –em termos de eliminação de convenções– das normas definidas em 2009, recomendava-se prudência e aconselhava-se a não redução do período de vigência e sobrevida das convenções nos termos propostos pelo Memorando. Alertava-se, também, para os efeitos perversos da caducidade que permitiam às associações e entidades patronais fazer substituir convenções outorgadas por sindicatos com expressão, por outras, menos favoráveis aos trabalhadores, outorgadas por sindicatos minoritários. Esta recomendação foi ignorada pelo governo que implementou basicamente a medida do Memorando.

Porém, a legislação sobre a caducidade tem ainda outros efeitos, além da eliminação pura e simples das convenções coletivas. As implicações das alterações legislativas de 2003, 2009 e 2014 no domínio da caducidade são de dois tipos: a supressão de convenções cujas normas são encaradas pela parte patronal como limitativas das prerrogativas patronais e a pressão que o dispositivo legal nas suas diferentes versões introduziu no sentido da negociação de concessão por parte dos sindicatos visando impedir a sua caducidade. Com efeito, a caducidade das convenções coletivas requerida pelas organizações patronais significa, em geral, uma de duas coisas: ou força as negociações de novas convenções a partir do zero, uma ambição de longa data para alguns setores patronais, na perspetiva de definição de novas normas numa relação de forças que lhes seja mais favorável; ou permite, no quadro do paralelismo de convenções existente em Portugal²², substitui-las por outras mais favoráveis ao lado patronal, nalguns casos assinadas por sindicatos minoritários.

21 NAUMANN, R., “Collective bargaining in Portugal: Study on the survival of contracts that are expired but not renewed (sobrevida)”, ICF GHK, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Inclusion, 2014.

22 Como refere LEITE, J., “A Reforma laboral em Portugal” texto publicado na *Revista General de Derecho del Trabajo e de Seguridad Social*, n.º 34, 2013, p. 32 “Fala-se (...) de *paralelismo* de convenções nos casos em que duas ou mais convenções se aplicam a diferentes conjuntos de relações diferenciados em função da filiação sindical, mas todos pertencentes a um mesmo universo ou universo homogéneo. Se, v. g., num mesmo setor de atividade cada um dos 3 sindicatos subscrever uma diferente convenção com a mesma associação ou entidade patronal (o exemplo não é uma invenção), as três convenções aplicam-se ao mesmo universo de trabalhadores, mas, tendo em conta o princípio da filiação, a nenhum trabalhador será aplicável mais do que uma convenção.” E cf. CAMPOS LIMA, M.P.. “O desmantelamento da negociação coletiva (...)”, cit.

Mais ambicioso que a Troika, o governo PSD/CDS introduziu adicionalmente as seguintes medidas:

- Sobreposição temporária da lei às convenções coletivas - estabelecendo a nulidade das disposições das convenções coletivas que definiam montantes superiores à lei no caso da compensação por despedimento; e, suspendendo por dois anos as disposições das convenções coletivas que definiam montantes superiores aos da lei na remuneração do trabalho suplementar(Lei n.º 23/2012);
- Regime de banco de horas individual –em parte prevista no Memorando– mas indicando explicitamente a negociação individual do banco de horas entre trabalhador e entidade patronal (Lei n.º 23/2012);
- Possibilidade de suspensão das convenções coletivas nas empresas em situação de crise – definindo que as convenções coletivas, ou parte delas, podem ser suspensas temporariamente em situação de crise empresarial, por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afetado gravemente a atividade normal da empresa, desde que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho, por acordo escrito entre as associações de empregadores e as associações sindicais outorgantes sem prejuízo da possibilidade de delegação (Lei n.º 55/2014).

No segundo semestre de 2014, esgotado o período de intervenção da Troika, o governo PSD/CDS, ao mesmo tempo que impunha as novas regras sobre a caducidade e criava as condições para a suspensão temporária das convenções coletivas nas empresas em crise, tomou duas medidas no sentido de limitar o desgaste na sua popularidade: o descongelamento do salário mínimo e a alteração dos critérios de extensão das convenções coletivas. O governo aumentou o salário mínimo de 485 para 505 euros mensais mas ofereceu em contrapartida ao patronato a redução em 0.75% das suas contribuições para a segurança social. Quanto aos critérios de extensão das convenções coletivas é de notar que quer as confederações sindicais, quer as confederações patronais se opuseram e criticaram a limitação da extensão das convenções coletivas, pelo menos nos termos expressos na Resolução n.º 90/2012. A decisão do governo, instituída pela Resolução nº 43/2014, foi adicionar um novo critério, em alternativa, aos critérios expressos na resolução de 2012 (representatividade patronal igual ou acima de 50% do emprego do sector e implicações para a competitividade das empresas do sector) alternativo, isto é, permitir também a extensão quando que o número dos associados da associação patronal, diretamente ou através de estrutura representada, seja constituído, pelo menos, em 30% por micro, pequenas e médias empresas.

Os impactos na erosão da contratação coletiva: a desvalorização acelerada do trabalho

Seria expectável em Portugal, que sob o efeito de choque inicial da crise internacional, empresas e associações patronais se retraísem em sede de negociação coletiva em relação a matérias com impacto direto ou indireto nos custos do trabalho. E que, por isso, o ritmo de atualização das convenções coletivas nestes domínios abrandasse ou que as suas atualizações exprimissem moderação em matéria salarial (o que se vinha verificando desde 2008). Mas foram as medidas introduzidas sobretudo a partir de 2011, com incidência direta e indireta na negociação coletiva que criaram o quadro de desregulação e rutura das instituições que favoreceram a erosão acelerada da negociação coletiva em Portugal. À resistência de alguns sectores patronais em atualizar matérias com implicações salariais, juntaram-se outros setores patronais que não estavam dispostas a negociar aumentos salariais, quando sabiam que as convenções não seriam estendidas ao conjunto das empresas e, portanto, estava aberta a porta à concorrência desleal.

Com efeito, a tendência de forte declínio do número das convenções coletivas de âmbito setorial (CCT) atualizadas segue, em grande parte, a curva descendente da publicação de portarias de extensão, a partir de 2011. A redução do número de trabalhadores abrangidos pela atualização da negociação coletiva atinge níveis sem precedentes. Enquanto em 2008, cerca de 1 milhão e 895 mil trabalhadores eram abrangidos pela atualização da negociação coletiva, a partir de 2012 o número de trabalhadores abrangidos reduz-se a mínimos históricos, designadamente em 2013 e 2014, com apenas perto de 250 mil. A ligeira recuperação em 2015 (resultante dos efeitos combinados da alteração das regras de extensão e do pequeno aumento do salário mínimo no final de 2014), não atinge sequer o nível mínimo histórico anteriormente observado, em 2004 (600 mil), na sequência da entrada em vigor do Código do Trabalho de 2003 (Quadro 1 e Gráficos 1 e 2). Por outro lado, enquanto entre 2009 e 2015 o número de convenções multi-empresas (ACT) atualizadas se manteve mais ou menos estável, o número de Acordos de Empresa (AE) atualizados sofreu uma descida continuada desde 2009 atingindo o nível mais baixo em 2012, seguido de alguma recuperação em 2014 e nova queda em 2015. Assim, a fortíssima erosão da negociação setorial não foi compensada pelo aumento da negociação descentralizada.

Quadro 1: Convenções coletivas atualizadas segundo o tipo, número de trabalhadores abrangidos e taxa de cobertura (2008-2015)

Indicadores	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Nº de CCT	172	142	141	93	36	27	49	65
Nº de ACT	27	22	25	22	10	19	23	20
Nº de AE	97	87	64	55	39	48	80	53
Total	296	251	230	170	85	94	152	138

Nº de Portarias extensão	145	102	116	17	12	9	13	36
Nº de trabalhadores abrangidos (milhares)	1894,8	1397,2	1407,1	1242,2	404,8	241,5	246,6	568,9
Emprego total (TPCO) - Quadros Pessoal (milhares)	2894,5	2759,4	2599,5	2553,7	2387,4	2384,1	2458,2	
Taxa de cobertura convenções atualizadas (%)	65,5	50,6	54,1	48,6	17,0	10,1	10,0	

Fontes: CAMPOS LIMA, M.P., “O desmantelamento da negociação coletiva (...)", cit.; com base em DGERT/Relatórios sobre Regulamentação Coletiva (2009-2015); Quadros de Pessoal (2008-2015).

Gráfico 1- Nº de convenções coletivas atualizadas, segundo o tipo e nº de portarias de extensão (2008- 2015)

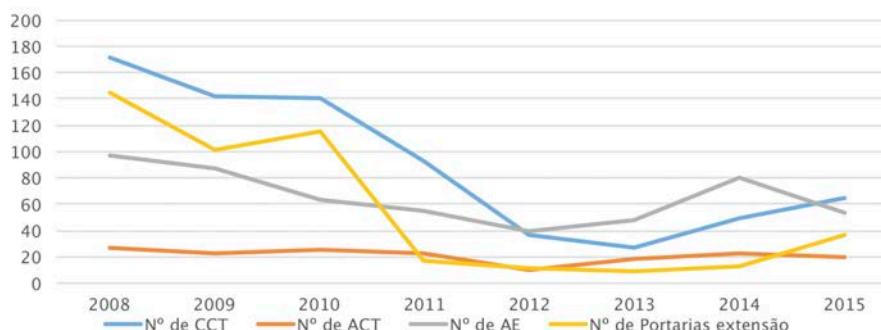
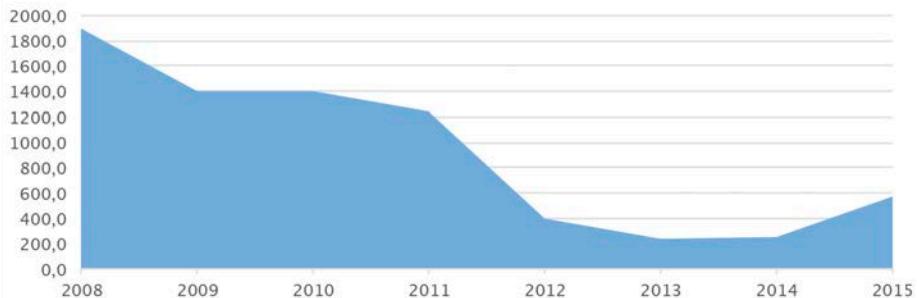
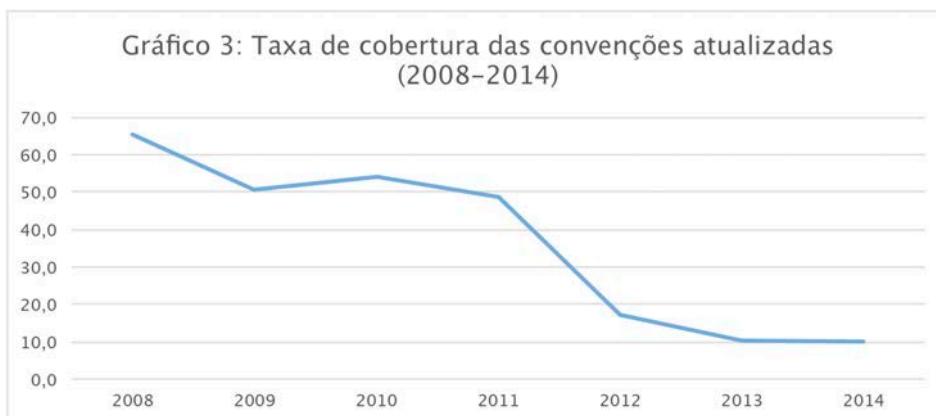


Gráfico 2 – Nº de trabalhadores abrangidos por convenções atualizadas (2008- 2015) (milhares)



Em consequência, a evolução das taxas de cobertura das convenções atualizadas anualmente foi dramática. Enquanto em 2008 representavam uma cobertura de cerca de 65% e entre 2009 e 2011, em média, 50% dos trabalhadores foram abrangidos por convenções atualizadas, em 2012 esta percentagem desce para 17% e continua a descer em 2013 e 2014 situando-se perto dos 10% (Quadro 1, Gráfico 3).



A implicação da não atualização de convenções em matéria salarial correspondeu a uma certa forma de “congelamento” dos salários convencionais, a qual teve efeitos negativos na estagnação ou até na redução dos ganhos efetivos, sobretudo em setores e em ocupações em que tradicionalmente os salários efetivos e convencionais estão muito próximos (setores intensivos em mão de obra e ocupações menos qualificadas), dependendo da evolução da inflação e do período de duração do boqueio salarial convencional. Os desenvolvimentos a partir de 2011 foram dramáticos, pela conjugação do congelamento do salário mínimo com a descida vertiginosa do número de convenções atualizadas e do número de trabalhadores abrangidos por atualizações salariais (Quadro 2). A percentagem de trabalhadores abrangidos anualmente por aumentos salariais convencionais, que constituía cerca de 68% em 2008, desce para à volta de 47% nos três primeiros anos da crise, e desce abruptamente para 13%, 8% e 9% respetivamente em 2012, 2013 e 2014. O aumento do período médio de eficácia das tabelas salariais, que variava entre 13 e 15 meses nos três primeiros anos da crise, atingiu os 30 meses em 2012 e continuou a aumentar alcançando o recorde de mais de três anos em 2014 (Gráfico 4). Finalmente, e para piorar o quadro, o aumento dos salários nominais convencionais dos trabalhadores abrangidos não compensou a inflação observada e levou à diminuição dos salários reais (Gráfico 5).

Quadro 2: Convenções coletivas atualizadas e dinâmica salarial (2008-2015)

Indicadores	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Nº de trabalhadores abrangidos por atualizações dos salários convencionais	1.704,1	1.303,4	1.294,57	1.202,9	306,2	186,6	213,7
Em % do total dos TPCO – Quadros Pessoal	58,9	47,2	49,8	47,1	12,8	7,8	8,7
Período médio de eficácia das tabelas salariais (meses)	18,7	13,7	15,9	15,9	19,9	30,7	37,1
Variação salarial nominal média inter-tabelas anualizada	3,1	2,9	2,4	1,5	1,4	1,0	1,0
Variação salarial média deflacionada	0,5	0,5	2,3	0,3	0,5	-1,6	-0,4

Fontes: DGERT/Relatórios sobre Regulamentação Coletiva (2009-2015); Quadros de Pessoal (2008-2015).

Gráfico 4 – % de TPCO abrangidos por alterações salariais e período médio de eficácia das tabelas salariais**Gráfico 5: Variação salarial nominal e variação salarial deflacionada (2008-2015)**

Pode dizer-se que a estratégia implementada visou contornar e reduzir substancialmente a eficácia de um princípio fundamental do sistema de fixação dos salários em Portugal no âmbito da negociação coletiva, isto é, a proibição da redução dos salários nominais. Esta estratégia correspondeu a uma visão que entende a flexibilidade descendente dos salários nominais como um mecanismo necessário para permitir o ajustamento das empresas através de redução dos custos salariais (Adisson, Portugal e Vilares, 2015). As medidas implementadas previstas e não previstas no Memorando traduziram-se numa redução significativa dos salários via cortes salariais na função pública, congelamento do salário mínimo e não atualização salarial no âmbito da negociação coletiva. O estudo da OCDE “Employment 2016” estimou que Portugal figura entre os 10 países onde os salários são mais baixos, por via da redução dos custos unitários do trabalho e dos salários nominais. Em 35 países analisados, a média salarial portuguesa (medida em paridades do poder de compra) é a nona mais baixa, rondando 21 755 euros. Em contrapartida, é um dos que têm maior carga horária (OCDE, 2016).

3. CONCLUSÕES E DESAFIOS FUTUROS

As medidas com incidência na legislação laboral quanto à proteção no emprego, na política social quanto a proteção no desemprego e com incidência na contratação coletiva promoveram as condições da desvalorização interna através da redução dos custos do trabalho. Mas o impacto da desvalorização interna não foi o prometido pelos arautos do neoliberalismo que anunciam o crescimento e emprego em seu resultado. Pelo contrário a desvalorização interna contribuiu para a espiral recessiva em que o país mergulhou. Cinco anos (2011-2015) de políticas de austeridade neoliberal desequilibraram profundamente as relações laborais em desfavor dos trabalhadores através do aumento sem paralelo do desemprego, da eliminação de direitos laborais e de negociação coletiva, da erosão das condições de trabalho em particular em matéria de salários, horários de trabalho e precariedade, e da transferência de rendimentos do trabalho para o capital, a qual resultou da estratégia de desvalorização interna, bem como da política fiscal que reduziu os impostos sobre o capital e aumentou os impostos sobre o trabalho.

Estamos hoje em Portugal perante um novo ciclo: o ciclo pós-troika e pós-governação de direita. Graças aos acordos parlamentares estabelecidos pelos partidos de esquerda (PS, PCP, BE e Verdes), que em conjunto detêm a maioria de mandatos no parlamento, o PS formou governo assumindo o compromisso de virar a página da austeridade. Este compromisso está patente no conjunto relevante de medidas tomadas nos primeiros oito meses de governação, em particular as que têm impacto na recuperação dos rendimentos dos trabalhadores e famílias (incluindo reposição de benefícios sociais) e efeito potencial no crescimento económico. Algumas dessas medidas poderão influir positivamente, de forma direta e indireta na negociação coletiva. É o caso das medidas com incidência no setor público com a reversão já observada e prevista dos cortes dos salários

nominais (Lei n.º 159-A/2015) e a reposição do limite máximo semanal de 35 horas (Lei n.º 18/2016) alterando a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. É o caso da reposição também dos quatro feriados eliminados em 2012, medida abrangendo os trabalhadores do setor público e do setor privado (Lei n.º 8/2016). A mensagem é clara: travar e inverter o processo de desvalorização interna e de ajustamento com base na desvalorização do trabalho e da destruição de direitos laborais e sociais.

A medida com mais impacto nos salários dos trabalhadores no setor privado e na negociação coletiva foi o aumento do salário mínimo para 530 euros, definido no Decreto-lei n.º 254-A/2015 que entrou em vigor em janeiro de 2016 (a atingir 600 euros em 2019), pela recuperação de algum poder de compra dos trabalhadores mais pobres e pelo estímulo que pode constituir para a atualização das grelhas salariais das convenções coletivas, sobretudo nos setores em que o salário convencional da categoria mais baixa corresponde ao salário mínimo.

Não obstante, em relação a vários domínios com incidência na capacidade de intervenção do estado nas políticas macro económica e industrial geradoras de investimento e emprego, com incidência nos salários, emprego e direitos de negociação coletiva no sector público (designadamente em matéria salarial), a ação do governo foi fortemente condicionada pelos constrangimentos resultantes das imposições europeias no quadro do Tratado orçamental e de um serviço da dívida incompatível e das dificuldades resultantes da trajetória crescentemente assimétrica da zona euro.

Aos obstáculos externos somam-se os obstáculos internos, entre eles a oposição de alguns sectores patronais face a quaisquer alterações das regras do jogo no plano laboral, de que foram os principais beneficiários. A política austeritária neoliberal europeia fornecem o quadro ‘justificativo’ para o entrincheiramento patronal recusando a modificação da legislação laboral e das medidas de política com impacto nas condições de trabalho, nas relações laborais e na negociação coletiva resultantes da conjunção das imposições da Troika e da intervenção do governo PSD/CDS.

As medidas já tomadas e previstas (discutidas em conjunção com a proposta do Orçamento de Estado para 2017) constituem importantes passos no sentido de inverter o desequilíbrio das relações laborais. Contudo, está adiado o desígnio incluído no programa do governo quanto a desbloquear a negociação coletiva no setor público em matéria salarial, por via das restrições orçamentais decorrentes das imposições da UE, o que designadamente para os trabalhadores com salários mais baixos constitui um problema. Por outro lado estão a ser dados passos positivos e de grande alcance no sentido de cumprir o objetivo enunciado no programa de governo no sentido de combater a precariedade: evitar o uso excessivo dos contratos a prazo, os falsos recibos verdes e outras formas atípicas de trabalho incluindo o trabalho temporário, reforçando a regulação e alterando as regras do

seu regime de Segurança Social. Acresce que se prevê também a revogação da norma que permite a contratação a prazo para postos de trabalho permanentes de jovens à procura do primeiro emprego e desempregados de longa duração.

Passado quase um ano, é de sublinhar que, não contando com as importantes medidas em discussão relativas à precariedade, o principal foco das medidas tomadas no campo laboral incidiu sobre a reversão das medidas de 'exceção', para além da Troika. Ora o profundo desequilíbrio das relações laborais impõe igualmente que sejam revertidas as medidas requeridas pela Troika e implementadas pelo governo PSD/CDS quer em matéria de despedimentos, quer em matéria de negociação coletiva.

O programa do governo PS aponta alguns objetivos gerais e específicos em matéria da mudança do quadro de negociação coletiva nomeadamente o objetivo de relançar a negociação setorial e a negociação de empresa; superar a situação de rutura da contratação coletiva por via de portarias de extensão, assumindo a sua publicação em prazos razoáveis; e combater a individualização dos horários de trabalho eliminando o banco de horas individual. Paralelamente, o compromisso relativo ao aumento do salário mínimo constitui um importante fator de atualização das convenções coletivas de trabalho.

Mas tal como em relação ao trabalho precário, o governo do PS apoiado nos acordos parlamentares à esquerda não se limitou a equacionar a revogação das medidas do governo PSD/CDS e equaciona ir mais longe fazendo o balanço incluindo do período anterior à Troika, também em matéria de negociação coletiva se impõe o desafio de ir mais longe repondo princípios que reequilibrem as relações laborais²³:

- O princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador;
- O princípio da extensão das convenções coletivas estritamente baseado no interesse público e na inclusividade;
- O princípio de que uma convenção só termina quando é substituída por outra, isto é, por acordo entre as partes signatárias.

No que se refere ao princípio do tratamento mais favorável, o primeiro aspeto fundamental é a sua reposição integral, não permitindo que qualquer norma da legislação de trabalho possa ser derrogada em sentido mais desfavorável ao trabalhador, quer por via da negociação setorial, quer por via da negociação de empresa. O segundo aspeto é introduzir igualmente o princípio do tratamento mais favorável na relação entre convenções coletivas de âmbito setorial ou equivalente e a negociação de empresa, impedindo que esta última possa ser utilizada para derrogar no sentido mais desfavorável normas definidas a um nível mais amplo.

23 CAMPOS LIMA, M.P., "O desmantelamento da negociação coletiva em Portugal (...)", cit.

No contexto do profundo desequilíbrio a que chegaram as relações laborais nas empresas, a solução mais moderada e estabilizadora é precisamente a reposição do princípio do tratamento mais favorável, limitando qualquer possibilidade da negociação coletiva afastar regras legais de proteção mínima. O papel da negociação coletiva não é esse: é o de tomado como ponto de partida o quadro legal introduzir por via da regulação conjunta patamares mais elevados de progresso social. Esta foi a tradição da negociação coletiva que foi crucial na construção do modelo social europeu. O papel de arbitragem do Estado complementa-se com o seu papel em assegurar as condições institucionais para o maior equilíbrio na relação entre as partes.

Por outro lado a extensão das convenções coletivas deve ser independente da representação/representatividade patronal visto que o seu propósito principal é justamente compensar o seu défice (assim como o sindical) e garantir a inclusividade. Se o direito à negociação coletiva é um direito fundamental, o direito de todos os trabalhadores do âmbito considerado beneficiarem dos seus resultados também o será.

Por último, as alterações introduzidas em 2003, em 2009 e em 2012 às normas de caducidade das convenções coletivas são tanto mais graves quanto, face ao regime de paralelismo de convenções existente, geraram comportamentos oportunistas penalizando os sindicatos mais estruturados e representativos e os trabalhadores em geral. A caducidade unilateral abre a porta ao conceito de “convenções coletivas a prazo” ao sabor das flutuações do mercado de trabalho, das conveniências e das relações de força. É necessário, pelo contrário, assegurar a estabilidade e a previsibilidade. A cessação de uma convenção só deve ter efeito quando se manifesta uma vontade coletiva comum incluindo a parte patronal e sindical dando lugar à sua substituição por uma nova convenção. São esses os fundamentos da regulação conjunta. O que implica uma atuação positiva da legislação e reforçar as instâncias de conciliação, mediação e arbitragem dotando-as de recursos humanos e condições de acompanhamento efetivo.

São certamente grandes desafios, mas há que lembrar que a assimetria de poder entre trabalho e capital se acentuou nos últimos anos, não apenas no plano da transferência de rendimentos do trabalho para o capital, mas também no plano transferência de poder, através da facilitação de despedimentos e do trabalho precário nas suas várias formas, num quadro de desemprego extremamente elevado – que ao mesmo tempo teve e tem consequências nas dificuldades de organização e representação dos trabalhadores, cujo principal recurso de poder é a organização. É neste quadro que estamos. É este quadro que o regime de proteção no emprego e o regime de negociação coletiva deve compensar, em vez de contribuir para acentuar a assimetria a favor do capital, como o fez no anterior ciclo político sob a vigilância da Troika.

LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA CRISIS: EL SACRIFICIO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Joaquín Aparicio Tovar

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UCLM.

1. Introducción: el sueño de Europa.
2. Los equilibrios inestables y el declive del proceso de integración.
3. La apuesta de Comisión y el Tribunal de Justicia por las libertades económicas frente a los derechos sociales.
4. La reacción frente al crack del 2008.
- 4.1. Reacción dentro de la arquitectura jurídica de la Unión.
- 4.2. Reacción intergubernamental con una legalidad paralela.
5. Conclusión.

Resumen: En la Unión Europea, desde su nacimiento, ha habido una tensión entre lo social y lo económico, lo nacional y lo supranacional. Durante muchos años los derechos sociales estaban en una situación de equilibrio inestable con las libertades económicas, pero, desde la caída del muro del Berlín, ese equilibrio se ha roto a favor de las libertades económicas que ha llevado a un declive en el proceso de integración europea. El sacrificio de los derechos sociales que se ha producido con ocasión de la crisis de 2008 ha sumido a la UE en otra crisis que pone en riesgo su supervivencia.

Abstract: In the European Union, since its birth, there has been a tension between social and economic, national and supranational. For many years social rights were in unstable equilibrium with economic freedoms, but since the fall of the Berlin Wall, the balance has been broken in favor of economic freedom and this has led to a decline in the process of European integration. The sacrifice of social rights that has occurred during the crisis of 2008 has plunged the EU into another crisis that puts its survival at risk.

Palabras clave: Unión Europea, derechos sociales, libertades económicas, crisis, desempleo.

Key words: European Union, social rights, economic freedoms, crisis, unemployment

1. INTRODUCCIÓN: EL SUEÑO DE EUROPA

“El sueño de la razón produce monstruos” es el muy conocido grabado nº 43 de la serie los *Caprichos* del genial Goya, en el que nos viene a decir que cuando la razón cede su dominio todos los males sociales, como la ignorancia, la xenofobia, el fanatismo, el autoritarismo o la injusticia se desatan para aherrojar, sobretodo

a los más débiles, en la pobreza, miseria y tribulaciones. La Unión Europea fue el resultado de una construcción racional de un sueño, entendido como ilusión, que quería ver un continente, desgarrado por dos espantosas guerras en el siglo XX, vivir en paz mediante la construcción de una convivencia entre los pueblos de Europa occidental basada en los valores democráticos a los que los derechos sociales daban una nueva dimensión constituyéndose como su baricentro. Unos derechos que habían sido ignorados en las décadas anteriores produciendo miseria y exclusión social de amplias capas de la población europea, en especial la constituida por los trabajadores, que reaccionaron rebelándose contra aquel orden tan injusto. La “unión más estrecha” entre los pueblos de los distintos Estados, en tanto no tome forma un pueblo europeo, un *demos*, tenía que irse consiguiendo, en la idea original de los padres fundadores, no solo mediante el desarrollo económico, sino también “a través de la igualdad de todos nuestros derechos fundamentales, sean los derechos de libertad o los sociales”¹. El goce de los mismos derechos permite avanzar en que los diversos pueblos de Europa se reconozcan como iguales en una común unidad política.

Lo que hoy conocemos como Unión Europea tiene su origen en los Tratados que crearon las Comunidades Europeas en los años 50 del pasado siglo que fueron resultado de una serie de circunstancias históricas excepcionales, “la guerra fría creó la Comunidad Europea con todos sus problemas; una forma de organización política sin ningún precedente [...] para integrar economías y, en cierta medida, los sistemas legales de una serie de estados-nación independientes”, pero “a finales del siglo XX corto, cuando el sistema empezó a tambalearse al igual que todos los productos de la guerra fría [...] se había comprometido en principio a alcanzar un mayor grado de integración tanto política como económica, que llevara a una unión política permanente, federal o confederal de “Europa””². Otras y diversas circunstancias muy favorables hicieron posible un extraordinario desarrollo económico de los países de las Comunidades Europeas, el milagro europeo, acompañado de una nueva forma de distribución de la riqueza. “Para bien o para mal, las circunstancias de la postguerra, que actuó como comadrona de la prosperidad europea occidental a mediados del siglo XX, fueron únicas”³. Los “treinta años gloriosos” que van desde el final de los años 40 a los primeros de los 70, fueron un periodo excepcional en el mundo capitalista desarrollado, que en realidad no dejó sentir sus beneficios a la gran mayoría de los trabajadores europeos hasta los años 60 cuando se consiguió el pleno empleo⁴. El éxito económico y la extensión de derechos sociales, aunque de la forma que más adelante se indicará, hicieron muy atrayente entre la pobla-

1 FERRAJOLI, L., “La Crisis de la Unión Europea. Políticas de austeridad y desmantelamiento del Estado Social”, *Revista de Derecho Público* (Uruguay), nº 48, 2012, p. 7.

2 HOBSBAWM, E., *Historia del siglo XX*, Crítica, Barcelona, 1995, p. 243.

3 JUDT, T., *¿Una gran ilusión?*. Un ensayo sobre Europa, Taurus, Madrid, 2012, p. 44.

4 HOBSBAWM, E., *Historia....*, cit., p. 261.

ción europea el proceso de integración, de tal manera que no había resistencias importantes, sino más bien al contrario, a la cesión de competencias soberanas a favor de las Instituciones supranacionales que implicaba una perdida de soberanía y autonomía de los Estados. Esa capacidad de atracción, de modo más o menos confuso, estaba también ligada a un ideal paneuropeista que se apoyaba en una identidad europea en la que se reconocen, con todas las enormes diferencias, los pobladores de este rincón del mundo tan lleno de una historia común de la que no se excluyen los conflictos bélicos. La creación de las Comunidades Europeas no estaba pensada como un espacio cerrado y limitado a los seis socios fundadores, sino que tenía vocación de extenderse a otros países si cumplían algunas condiciones, entre ellas y de modo primordial, el respeto y tutela de los derechos fundamentales, lo que excluía a los países con dictaduras como España, Portugal o Grecia.

Ciertamente la ampliación de las Comunidades fue lenta, pero ello no quita para que “Éste [sea] el mito fundacional de la Europa moderna [...] la autosuficiente, autosatisfecha e incluso egoísta “Europa” centrada en Bruselas se convirtió en un faro para el resto del continente y una fuente de respeto y credibilidad para si misma, debido a la promesa de que *esta* Europa no se limitaría a ser un *Zolverein*, una mera sociedad neomercantilista de ricos y famosos, ni una solución práctica y empírica a los dilemas económicos diarios”⁵. ¿Puede afirmarse esto hoy?, ¿sigue siendo la Unión Europea ese faro?. En las páginas siguientes se tratará de dar repuesta a tales preguntas y para ello habrá que analizar cual es el estado actual de aquel compromiso, al que antes se ha hecho referencia, de construir de modo permanente una Europa políticamente unida en una federación o confederación cuando la caída del muro de Berlín ha certificado el fin definitivo de la guerra fría, que fue un factor esencial en la nacimiento de la Unión. Por otro lado ha de indagarse cuales están siendo las respuestas de las Instituciones de la Unión al fin de los “años dorados” y, en especial, a la crisis de 2008 en su afectación con los derechos de contenido social. Hay serios motivos que dan fundamento a la sospecha de que el sueño europeo de construir un espacio de libertad e igualdad, que pudiera ser un modelo en un mundo globalizado, se está convirtiendo en una pesadilla.

2. LOS EQUILIBRIOS INESTABLES Y EL DECLIVE DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN

El nacimiento de las Comunidades Europeas coincidió con una profundización del principio democrático en cada uno de los Estados Miembros (y después en los que salieron de las dictaduras fascistas) que tomó cuerpo jurídicamente en la idea del Estado Social reconocido en las constituciones postbélicas (la española, por ser la última, puede ser considerada expresión de todas ellas y, así, se dice en su art. 1.1 que “España se constituye en un Estado social y democrático

⁵ JUDT, T., *¿Una gran ilusión?*..., cit, p. 52.

de derecho”, que implica el desarrollo del principio de igualdad y el reconocimiento de los derechos sociales, comprometiéndose el Estado a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos en que se integra sean reales y efectivas” y a remover los obstáculos que impiden su disfrute, según su art. 9.2). Si el Estado Constitucional Democrático legitima el poder mediante el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano que en el plano jurídico hacen a todas las personas libres e iguales, la eliminación de las condiciones sociales de desventaja que “impiden a los miembros de los grupos desfavorecidos hacer uso efectivo de los derechos formales reconocidos igualitariamente...[genera] una dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad de hecho...que impone al Estado Social el deber de proteger las condiciones de vida que hacen posible la igualdad de oportunidades en la utilización de los iguales derechos del ciudadano”⁶. Esto es, dentro del territorio en el que ejerce la soberanía, el Estado se responsabiliza de la redistribución de la riqueza y de la articulación de la solidaridad entre sus ciudadanos mediante la puesta en práctica de políticas de contenido social en materias como la educación, la vivienda, protección de los derechos de los trabajadores y el desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social.

Fue un importante paso adelante en la profundización del proceso democrático, que empezó a entenderse de un modo dinámico pues amplía la capacidad de la sociedad para autorregularse, esto es, permite a los ciudadanos que mediante la participación política modifiquen sus condiciones sociales de vida y legitima la toma de decisiones que compensen las desigualdades sociales ya que los individuos son cada vez más interdependientes y “han perdido crecientemente el control sobre la estructura y medios de su propia existencia”⁷, como dramáticamente los efectos de esta situación de crisis, ya crónica, ha puesto de manifiesto. La búsqueda de la igualdad sustancial, que está en el esencia del Estado Social, tiene un pilar fundamental en el reconocimiento del valor político del trabajo que conlleva la atribución de derechos a la persona que trabaja, especialmente frente al despido. El derecho del trabajo, inseparable del Estado Social, “desde sus comienzos ha ido a la búsqueda de otra idea de libertad”⁸ distinta de la del Estado liberal. Precisamente, la separación que con las políticas de *austeridad* se está llevando a cabo entre ciudadano y trabajador mediante el reforzamiento de los poderes empresariales en los lugares de trabajo y el abandono de la idea de igualdad en la relación de trabajo para reducir las aspiraciones igualitarias a la esfera de la distribución y a la prestación de servicios por el Estado, está produciendo un debilitamiento de la idea misma de igualdad sustancial⁹. Si una vez

⁶ HABERMAS, J., *La costellazione postnazional. Mercato globale, nazioni, democrazia*, Feltrinelli, Milan, 1999, p. 38.

⁷ GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 28.

⁸ ROMAGNOLI, U., “La libertad según la Carta de Niza”, *Revista de Derecho Social*, nº 45, 2009, p. 15.

⁹ BAYLOS, A., “La contracción del Estado Social”, *Revista de Derecho Social*, nº 63, 2013, p. 16.

los individuos abandonaron el espacio de la inseguridad vital gracias a que se les reconocieron derechos sociales que les permitieron “ocupar un puesto como miembros de pleno derecho de la sociedad, es decir, como ciudadanos”¹⁰, hoy están volviendo poco a poco a aquel espacio.

La profundización del principio democrático mediante el desarrollo de los derechos sociales y del principio de igualdad se circunscribía al interior de los ámbitos de soberanía de cada uno de los Estados nacionales europeos. Es decir, este proceso se situaba aparentemente al margen del de integración europea, que obedecía en los primeros años a objetivos primordialmente económicos que tenían, y tienen, su expresión en las cuatro libertades “fundamentales” de la Unión, cuales son la libertad de circulación de mercancías, la libertad de circulación de personas, lo que quiere decir de trabajadores, la libertad de circulación de capitales y la libre prestación de servicios y establecimiento. Había un desnivel entre lo económico y lo social que producía una tensión entre la esfera nacional, que era el ámbito primordial competencial de los derechos sociales y la supranacional, que era el ámbito primordial competencial de lo económico. La ausencia de la pretensión de construir desde arriba un derecho social europeo llevaba a disparidades entre los distintos derechos del trabajo y de la Seguridad Social anclados dentro de las fronteras de los Estados miembros, algunas especialmente llamativas como las relativas al derecho sindical, pero, a pesar de todo, podía predicarse una cierta homogeneidad en los niveles generales de protección social (inclusiva de las tutelas en la relación laboral), más clara entre los seis países fundadores.

Pero por otro lado había un compromiso ético, que venía de los padres fundadores de las Comunidades, de aceptar y no poder en cuestión el Estado social. Ese compromiso era resultado de las circunstancias históricas muy especiales a las que se ha aludido. Hubo una correlación de fuerzas entre las clases sociales que permitió alcanzar un gran pacto social por el que se asumía que la derrota del nazifascismo debía de traer reformas sociales en el camino de la igualdad sustancial. Ambos aspectos permitieron durante algunos años, más o menos hasta mitad de los 90, un cierto equilibrio entre esas tensiones, aunque no dejaba de ser un equilibrio inestable, y siempre con las excepciones británicas. El compromiso con el Estado social puede deducirse de la exclusión del *social dumping* de la política social de las Comunidades que se establecía en el art. 117 del antiguo Tratado de Roma, que ante la diversidad de ordenamientos sociales imponía que habría de conseguirse una equiparación por lo alto, es decir, con aquellos sistemas que tuviesen unos estándares de protección de los derechos de los trabajadores más elevados. El no reconocimiento expreso de los derechos fundamentales en los Tratados generó un grave problema porque los Tribunales Constitucionales alemán e italiano pusieron en cuestión la autonomía del entonces llamado derecho comunitario al atribuirse competencia para verificar la validez

10 MARSHALL, T.H., *Ciudadanía y Clase Social*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 20.

de las normas y actos de las Comunidades a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en sus constituciones, en tanto no estuviesen reconocidos esos derechos en los Tratados. El Tribunal de Justicia, en un más que notable activismo e inteligente capacidad creativa, reaccionó en la sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70, afirmando que los derechos fundamentales, aún no reconocidos en los Tratados, forman parte del derecho de las Comunidades como principios generales, de acuerdo con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros¹¹.

Antes de la caída del muro de Berlín, en noviembre de 1989, el efecto propulsivo de las Comunidades Europeas discurrió en dos direcciones, por una parte mediante la ampliación a nuevos países que con la incorporación el 1 de enero de 1986 de España y Portugal pasó a tener 12 miembros y, por otra, mediante la profundización del proceso de integración que se llevó a efecto por el Acta Única, de febrero de 1986, aunque no se acometieron reformas institucionales en profundidad que hubiesen sido muy necesarias. El Acta Única dio un impulso definitivo al mercado único, un mercado interior y sin fronteras, para lo que procedió a hacer nuevas cesiones de competencias desde los Estados a la Instituciones de las Comunidades. En materia social dio lugar al abandono de la propugnada, pero no llevada a la práctica, armonización por arriba, esto es, la introducción por medio de actos legislativos comunitarios de regulaciones con estándares elevados de protección de los trabajadores comunes a todos los Estados Miembros. Se optó, en cambio, por el establecimiento de mínimos mejorables a favor de los trabajadores por la normativa nacional. De ese modo se fijaba un suelo mínimo común que ha entrado a formar parte del acervo de la Unión, aunque las diferencias nacionales subsisten, lo que con posterioridad y tras nuevas ampliaciones, ha traído serios problemas, como más adelante habrá ocasión de tratar. El Acta Única dio lugar a un notable activismo en materia social en el ámbito supranacional que ha dado lugar a que una parte notable del derecho del trabajo de los Estados Miembros está “europeizada”, si bien en gran medida ese activismo vino exigido por la necesidad de regular una competencia leal entre los operadores económicos que actuaban ya en un mercado único y sin fronteras.

Tras la caída del muro de Berlín, con el Tratado de Maastricht, de 1992, nace la Unión Europea, que reconoce la ciudadanía de la Unión. La Comunidad Económica Europea pasa a denominarse Comunidad Europea, se potenciaron y ampliaron las políticas sectoriales (educación, formación profesional y juventud, redes transeuropeas...) y se produjo el lanzamiento de la Unión Económica y Monetaria que dio lugar posteriormente al nacimiento de la moneda única, el euro, bajo la autoridad supranacional del Banco Central Europeo, una necesidad para el capital financiero y los grandes operadores económicos que ya actuaban en el mercado único. Tanto el reconocimiento de la ciudadanía de

11 VALDÉS DE LA VEGA, B., “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Social*, nº 23, 2003, pp. 38 y ss.

la Unión, cuyos efectos prácticos son limitados, como el resto de las políticas sectoriales eran un forma de legitimación ante la opinión pública europea del despojo de una competencia estatal tan importante como la política monetaria y las duras exigencias que la introducción del euro conllevaba. Se pusieron las bases de la Unión Económica y Monetaria y se establecieron los “criterios de convergencia” para llegar a la moneda única, que incluían, entre otras cosas, que el déficit estructural de los Estados no superase el 3% del PIB ni la deuda pública el 60%¹² del PIB. En 1996 se alcanzó el Pacto de Estabilidad y Crecimiento que introdujo “la supervisión multilateral de las situaciones presupuestarias y el procedimiento de déficit excesivo, mediante el cual se otorgaba facultades al Consejo para poder sancionar a los Estados miembros que no cumplieran los criterios de convergencia”¹³. Estos criterios, que se mantienen hoy, han tenido consecuencias importantes y negativas para la los derechos sociales y para el mismo proceso de integración, como ya avisó el Comité de Sabios presidido por M.L. Pitansilgo, que elaboró el informe *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, en el que afirmaron que “el progreso económico sólo es un medio y [...] el objetivo de la Unión es permitir que cada ciudadano materialice su desarrollo potencial personal en relación con sus semejantes”. “El déficit social”, destaca, supone una grave amenaza pues “Europa será una Europa de todos, de todos sus ciudadanos, o no será nada”, y para conseguirlo recomendaba que los derechos cívicos y sociales entren propiamente dentro de sus objetivos, lo que exige “una verdadera refundación de la Unión Europea”¹⁴. Una sabia advertencia y una prudente recomendación que hasta el momento no han sido tenidas en cuenta.

El declive del proceso de integración se hizo patente con el Tratado de Niza, en gran medida condicionado por las prisas para integrar en la Unión a los países del Este de Europa recientemente salidos de la experiencia del socialismo burocrático de Estado. Con el Tratado de Niza no aumentaron las competencias en materia social de la Unión, se siguió manteniendo la unanimidad en materias muy importantes como Seguridad Social y se dio preferencia a las técnicas intergubernamentales (como la cooperación, intercambio de información, etc...) en asuntos tan sensibles como la política de empleo y se insistió en el principio de subsidiariedad. Hubo una clara tendencia a la renacionalización, un freno a la Europa Social. Es como si las élites europeas hubiesen dicho que ya se había ido demasiado lejos en el camino de la construcción de una federación europea y que “no cabe más proyecto político ni es importante ni es alcanzable”¹⁵. Ese fracaso generó la insatisfacción propia de las acciones inútiles.

12 Estas cifras son completamente arbitrarias y no tienen justificación seria. Vid. www.juantorreslopez.com/por-que-el-3-de-deficit-publico-y-no-el-2-o-el-7-mentiras-.

13 GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: La UE contra el constitucionalismo social*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 72.

14 AA.VV., *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, Comisión Europea, Luxemburgo, 1996, pp. 6 y 13.

15 MANGAS MARTÍN, A., *Estudio introductorio a vol. Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 37.

La entrada de nuevos Estados dirigidos por gobiernos con mayorías parlamentarias que no comparten aquel ideal ético de los años fundacionales y los cambios en la correlación de fuerzas en la mayoría del resto de Estados han dado lugar a que el llamado “modelo social europeo”, basado en “el Estado Social, la representación sindical del trabajo y la ciudadanía social como condición de la dignidad humana”, se haya puesto en cuestión porque se ha aprovechado que “los criterios de convergencia para lograr la moneda única se sujeten a unas condiciones muy rígidas en donde el elemento social no es tenido en cuenta”¹⁶. Es indudable que coincidente con el progresivo deterioro del modelo social europeo la Unión ha entrado en una fase de crisis de la que no es capaz de salir, a pesar de los intentos llevados a cabo mediante el fracasado proyecto de reforma de los Tratados con la llamada Constitución para Europa y, con posterioridad, con el Tratado de Lisboa y otros tratados que le han sucedido a los que más adelante se aludirá.

El abandono de los derechos sociales en el proyecto de integración europeo tiene mucho que ver con esta larga crisis de lo que es prueba que el rechazo en referéndums de Holanda y, sobretodo, Francia a la Constitución Europea de 2005 en gran medida fue debido a la percepción que tuvo una apreciable mayoría de los votantes de que los derechos sociales reconocidos en sus legislaciones nacionales estaban en peligro con el nuevo rumbo que estaba tomando la política de la Unión Europea, exemplificado en el proyecto de la directiva de servicios para el mercado interior impulsada por el Comisario Bolkestein que permitiría el *social dumping*. El Brexit es otra prueba de que el Tratado de Lisboa, a pesar de haber dado valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no ha servido para cerrar esa larga crisis que viene a coincidir con la del crack de 2008, ni ha servido para colmar el déficit de funcionamiento democrático que venía arrastrándose desde años.

3. LA APUESTA DE LA COMISIÓN Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA POR LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES

En los inicios del siglo XXI se ha hecho patente la ruptura del equilibrio entre lo social y lo económico al que se ha aludido con anterioridad. A modo de demostración de ese aserto basta tomar como ejemplo la apuesta por las libertades económicas que están haciendo la Comisión y el Tribunal de Justicia, dos instituciones claves, sin que el Consejo o el Parlamento, y mucho menos el Banco Central Europeo, hayan actuado de contrapeso, salvo con algunas excepciones hechas por el Parlamento.

Hay dos materias que merecen ser traídas a colación en la actuación de la Comisión. Por una parte la intervención que ha hecho en materia de Derecho del Trabajo y, por otra, en materia de Seguridad Social. En 2006 la Comisión presentó

16 BAYLOS GRAU, A., “Modelo social y políticas frente a la crisis”, *Revista de Derecho Social*, pp. 43 y 45.

para su discusión pública un Libro Verde titulado *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*¹⁷. La Comisión no tiene un papel neutro, sino que desde el comienzo ya declara que el Derecho laboral debería promover la “flexiguridad”. Frente a lo que la Comisión defendió en el pasado (eran otros tiempos y estaba formada por otras personas), esto es, que no hay evidencia científica que pruebe que las normas laborales son las responsables del aumento del desempleo o del empleo, ahora culpabiliza al derecho laboral de las evoluciones negativas del empleo que se están dando en la Unión, en vez de mirar a la fuente principal del desempleo como es la política económica de corte neoliberal que se está siguiendo en Europa desde finales del siglo XX. Propone un Derecho del Trabajo que pierda su naturaleza de instrumento compensador de la desigual situación de poder en la que empresario y trabajador se encuentran, para orientarlo hacia el empleo. Es decir, su “validez y eficacia” se valoraría por su capacidad para coadyuvar a la creación de empleo o mantenerlo¹⁸. Descolectiviza el Derecho del Trabajo para mantenerlo solo en la relación individual entre empresario y trabajador, “el sindicato y lo sindical no ocupan lugar en el esquema de la “modernización” del Derecho laboral que propone la Comisión europea”, al mismo tiempo reduce el papel de la negociación colectiva y propone una reducción de las garantías contra el despido y otros derechos de los trabajadores durante la relación de trabajo a cambio de que el Estado se haga cargo de los costes de las decisiones del empresario mediante la provisión de prestaciones por desempleo y organice “transiciones” con políticas activas de empleo. Una mayor flexibilidad, es decir, un aumento de los poderes de disposición de los empresarios y la reducción de las tutelas de los trabajadores, viene exigida por la necesidad de corregir una realidad formada de *insiders* y *outsiders*, o de trabajadores ultraprotegidos y otros excluidos. La corrección vendría por igualar a todos a la baja. Son estos los planteamiento ideológicos que informan la política laboral de la Comisión.

La técnica de los Libros Verdes sirve para que la Comisión abra a toda la sociedad europea una discusión sobre un tema determinado, pero en este caso, como se ha dicho, la Comisión no es neutra, ha tomado una posición militante por el oxímoro de la *flexiguridad* y la está llevando a la práctica de diversos modos, algunos de los cuales se indicarán más adelante.

En materia de Seguridad Social la Comisión ha presentado un Libro Verde, *En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*¹⁹, de 2010, y el Libro Blanco, *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*²⁰ de 2012. En el segundo se recoge la opinión de la Comisión tras el debate de la sociedad sobre el primero, pero no ha cambiado apenas de opinión. En el

17 COM (2006) 708 final.

18 Gran parte de estas ideas y las que siguen están tomadas de BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., *Nuestra opinión sobre el Libro Verde*, en baylos.blogspot.com/2007/02/nuestra-opinion-sobre-el-libro-verde.htm

19 COM(2010)365 final.

20 COM(2012) 55 final.

Libro Verde la Comisión se siente en la necesidad de afirmar que “los Estados miembros son los responsables de la prestación de pensiones: el presente Libro Verde no cuestiona sus prerrogativas en materia de pensiones ni el papel de los agentes sociales, y tampoco insinúa que exista un sistema de pensiones ideal con un diseño válido para todos”. Puede observarse que no habla de Sistemas de Seguridad Social, sino de pensiones. La justificación de ambos libros, que se enmarca en la Estrategia 2020, está en que la coordinación de la política económica en Europa exige que se afronten de manera coordinada los problemas que presentan las pensiones de los jubilados aquejadas por la presión demográfica y los efectos de la crisis. Viene a lanzarse la idea de que en las actuales circunstancias estos “sistemas” no son *sostenibles* y aquí rezuma la idea de sostenibilidad que se usa en la Estrategia 2020, esto es, la inevitabilidad del colapso en un futuro (2050 o 2060) como si fuera una designio de la naturaleza.

La alternativa que se propone a los Estados Miembros es una modificación de sus Sistemas de Seguridad Social para adaptarlos a uno basado en tres pilares, el primero universal, público, obligatorio y de reparto que garantice prestaciones mínimas, que podrían decirse de supervivencia. Un segundo pilar obligatorio, de capitalización y de gestión privada ligado a la negociación colectiva, que sería lo que en España se entiende como un fondo de pensiones en la modalidad de empleo. El tercero sería de capitalización, individual y voluntario también, naturalmente, gestionado por privados. Es lo mismo que en 1994 preconizaba el Banco Mundial en un informe titulado *Averting the old age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth*. En el 2004 este organismo hizo una autocrítica con la publicación de otro informe *Keeping the promise of old age income security in Latin America* en el reconocía como principales fracasos de su anterior propuesta la exclusión de amplias capas de la población trabajadora que se había producido en aquellos países que las habían seguido y la insuficiente cobertura a los incluidos, el bloqueo y no desarrollo del pilar básico para luchar contra la pobreza, los enormes gastos de gestión de los fondos de pensiones y la volatilidad de “mercados financieros” que les había lastrado la rentabilidad. El Banco Mundial se ha hecho más escéptico con las propuestas de sistemas multipilar.

Este escepticismo no ha hecho mella en los redactores de ambos libros. El Libro Blanco lapidariamente sentencia en su primera frase: “El envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones en todos los Estados miembros. A menos que las mujeres y los hombres, ya que viven más tiempo, también prolonguen su vida laboral y ahorren más con vistas a la jubilación, no es posible garantizar unas pensiones adecuadas, ya que el necesario incremento del gasto sería insostenible”. La inevitabilidad, sin embargo, es resultado de la trampa de mirar solo para un lado: el de los gastos, no de los ingresos que podrían mejorarse por diversos medios. En consecuencia, para la Comisión la solución ya es clara, hay que trabajar más tiempo (atrasar la edad pensionable) y ahorrar, es decir, ir a los fondos de pensiones porque las

recomendaciones de actuar sobre otros parámetros distintos de la edad, como los métodos de cálculo de la cuantía de la pensión, entre ellos los que vinculan la cuantía de la pensión con la esperanza de vida llevan a una reducción de la misma (reducción de la tasa de reemplazo) que debería compensarse con el estímulo a los planes de pensiones. El Libro Blanco reconoce que se han hecho reformas en muchos países en esa línea, pero nada es bastante, hay que hacer más, se “deberán realizar nuevos ajustes del gasto” en “una estrategia fiscal fiable que ha de aplicarse con rigor, en consonancia con el marco fiscal del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, teniendo en cuenta debidamente el coste neto de la implementación de una reforma de las pensiones”. Es clara la voluntad política de la Comisión de favorecer al capital financiero a pesar de ser el responsable de los destrozos sociales acaecidos desde 2008. Insiste en que los fondos de pensiones, aún reconociendo que desde 2008 han tenido importantes pérdidas, han de tener un papel relevante en la economía de la UE y ser “importantes jugadores en el mercado financiero”. Tampoco tiene en cuenta algo evidente cual es que, aplicada la devaluación salarial en casi todos los países de Europa por las políticas “de austeridad”, especialmente en los países del sur, la capacidad de ahorro de la mayoría de la población es muy pequeña por no decir nula, por lo que los fondos de pensiones quedan restringidos a una minoría con rentas más altas. Cuando existe pobreza laboral es un sarcasmo presentar como alternativa los fondos de capitalización. El *Libro Blanco*, en fin, apenas dedica atención a los “efectos negativos que puede generar en términos de pobreza y, sobre todo, la nula atención que merece el agravamiento de la desigualdad”²¹.

La Unión Europea tiene competencias limitadas para legislar en materia de Seguridad Social y más amplias en derecho del trabajo, aunque están excluidas de sus competencias las remuneraciones, el derecho de sindicación, el de huelga o cierre patronal, pero al margen del uso de sus competencias, la Comisión está actuando de una forma muy potente a través de los mecanismos de coordinación, a través del llamado Método Abierto de Coordinación, que es un instrumento central de lo que ahora se llama “gobernanza”. El MAC, en teoría, supone una poliarquía reflexivo-deliberativa como marco normativo²², que para que funcione es necesario que los distintos actores “redefinan sus intereses a través de un proceso de aprendizaje colectivo, por medio del cual llegarán a una nueva percepción del problema que ellos buscan resolver”²³. Pero no es muy preciso, pues, como lo expuso la presidencia portuguesa en la Cumbre de Lisboa consiste en fijar directrices por la Unión en las que se marquen calendarios de realización, en establecer indicadores claros, intercambio de información y buenas

21 SUÁREZ CORUJO, B., *Sistema Público de pensiones: Crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex Nova, 2014, p. 221.

22 SMISMANS, S., “Reflexive Law in support of directly deliberative polyarchy: Reflexive-deliberative polity as a normative frame for the OMC”, en vol. DE SCHUTTER y DEAKIN, (eds.) *Social Rights and Market Forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, Bruxelles, Bruselas, 2005, p. 99.

23 DE SCHUTTER y DEAKIN, *Social Rights and Market...*cit., p. 3.

prácticas entre los Estados, en trasladar a los Estados y regiones las directrices de la Unión marcando objetivos concretos teniendo en cuenta las diferencias nacionales y regionales y, por último, establecer mecanismos de supervisión. Lo que si parece que trae consigo es un cambio en las fuentes del derecho de la Unión, ahora bien, no puede dejarse de pasar por alto que el concepto de fuente del derecho también se refiere a las fuentes en sentido originario, a los poderes sociales que tienen capacidad de imponer regulaciones, y aquí es donde a través de los divertículos del proceso del MAC esos poderes, que actúan a través de los *lobbys* de Bruselas, se acaban haciendo opacos, con lo que se llega a un resultado contrario al deseado en el ideal proceso reflexivo-deliberativo donde los distintos sujetos implicados alcanzasen de modo abierto un resultado equilibrado en la satisfacción de sus intereses, que es lo que está pasando con las pensiones. Las reglas del *soft law* en materia social se combinan con otras del *hard law* en materia monetaria y económica y acaban teniendo una enorme potencia.

A partir de la entrada de nuevos socios, la composición del Tribunal de Justicia se ha modificado y eso se ha dejado notar en su jurisprudencia emanada a partir de 2006. Las tensiones a que se ha hecho anteriormente referencia entre libertades económicas y derechos sociales dan lugar a que en determinados casos surjan dudas sobre si determinadas reglas protectoras del trabajo se oponen a las normas de la Unión sobre las libertades económicas fundamentales, siendo algunos de los casos más llamativos los relativos a la libre prestación de servicios porque el concepto de servicio en el derecho de la Unión (art. 57 TFUE) y en el internacional, como el Acuerdo General del Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio, es extraordinariamente amplio y, además, porque cada vez más la descentralización productiva permite a las empresas externalizar fases de sus procesos recurriendo a prestaciones de servicios ofrecidos por otras empresas, que para ello precisan desplazar trabajadores sobre los que planea la polémica de hasta qué punto y en qué amplitud les son aplicables las reglas del país de origen o las del lugar de prestación del servicios y, por otro lado hasta qué punto, de aplicarse las reglas de estos últimos países, podrían ser consideradas como obstáculos a la libre prestación de servicios incompatibles con el Tratado de Funcionamiento de la UE. La jurisprudencia anterior a 2006 daba importante relevancia a la protección de los trabajadores, entendida como una razón imperiosa de interés general, en tanto excepción que justificaba una limitación de la libre prestación de servicios, según puede deducirse, entre otras, de la STJUE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*. Asuntos C-369/96 y C-376/96, en la que también se aprecia una homogeneidad entre las tutelas que tenían unos trabajadores desplazados desde Francia a Bélgica.

Esa jurisprudencia no se ha mantenido y, además, con la entrada de los países del este de Europa la homogeneidad en la protección de los trabajadores, aún relativa, ha saltado por los aires. Las conocidas SSTJUE de 11 de diciembre de

2007, *Viking*, C-438/05; de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05; de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06, entre otras, vienen a admitir un *social dumping* al considerar que aquellos países con condiciones salariales más bajas pueden aprovechar estas “ventajas competitivas” para ofrecer prestaciones de servicios transnacionales, para cuya justificación el Tribunal “establece una jerarquización entre las libertades económicas y derechos fundamentales. Aquellas son la regla y éstos la excepción, que solo puede afirmarse mediante la aplicación de un principio de proporcionalidad en la medida y con los límites que éste imponega a su ejercicio”²⁴. El activismo y la inteligente tarea de construcción pretoriana que emprendió el Tribunal en el pasado a favor de los derechos fundamentales parece tener poca continuidad en su presente hacer.

4. LA REACCIÓN FRENTE AL CRACK DE 2008

La caída de la banca Lehman Brothers en septiembre de 2008 fue una manifestación muy espectacular de la profunda crisis que atravesaba el sector financiero tanto de Estados Unidos como de Europa de la que en gran medida aún no se ha recuperado. La desregulación de las actividades financieras que permitió todo tipo de operaciones especulativas y aceleró la financiarización de la entera economía global permitía, y permite, que determinados agentes ganen en poco tiempo, a veces en horas, cantidades enormes de dinero que antes solo era posible acumular a ciertos potentados en dos o tres generaciones. Es llamativo lo pronto que las élites dominantes impusieron que dejase de hablarse de las causas de esta crisis, muy probablemente porque eso llevaría a identificar a los responsables, hoy camuflados en “los mercados”, y a exigir un cambio profundo en las políticas económicas que desde los 70 del pasado siglo se han venido aplicando. Las explicaciones más plausibles sobre las causas de la crisis apuntan a “problemas en la misma economía real, ya que se puede observar una larga caída desde 1973 del crecimiento de las economías avanzadas, de tal manera que la sobrecapacidad de la industria manufacturera ha traído una reducción de los beneficios que no han podido restaurarse con la globalización porque las nuevas industrias (sobretodo asiáticas) no han sido complementarias en la división social del trabajo, sino redundantes. La respuesta neoliberal ha sido entrar al asalto sobre los salarios, el alargamiento de las jornadas de trabajo (con los ejemplos semifallidos de las 35 horas semanales), el freno en los beneficios del Estado Social y la instalación de los trabajadores en la precariedad laboral y, de ese modo, tratar de compensar la pérdida de beneficios. La progresiva reducción de la participación de los asalariados en el PIB producida en desde los años 70 en los países de economías más desarrolladas es una muestra clara de todo esto”²⁵. Para mantener el consumo y los beneficios en un panorama de depreciación

24 BAYLOS GRAU, A., “La contracción del estado Social, cit., p. 21.

25 “Los derechos sociales en la crisis”, Editorial *Revista de Derecho Social* nº 44, 2008, p. 7.

salarios se encontró la solución en el crédito, que con la desregulación dio lugar a enormes burbujas financieras. En el fondo, la desigualdad.

El estallido de la crisis, como se ha visto, coincide con un periodo histórico en el que la Unión Europea estaba reculando en el proceso de integración y sumida en un declive de protección de los derechos sociales. Cuando hubiese sido más necesaria una voz y una acción única, la primera respuesta de las Instituciones de la Unión fue un clamoroso silencio, que dio lugar de modo inmediato a soluciones nacionales descoordinadas y de urgencia para salvar algunas industrias y sobretodo bancos²⁶. En pleno desconcierto de las oligarquías se llegó a hablar de la necesidad de refundar el capitalismo, pero las soluciones que después se han aplicado por la Unión Europea no van en ese sentido, sino más bien al contrario, son las llamadas “políticas de austeridad”.

4.1. REACCIÓN DENTRO DE LA ARQUITECTURA JURÍDICA DE LA UNIÓN

El fracaso de las reformas de los Tratados que se pretendieron hacer con la llamada Constitución para Europa colocó a la Unión en un atolladero, pues como se ha indicado, las reformas hechas por el Tratado de Niza eran claramente frustrantes. De ese atolladero se salió con el Tratado de Lisboa, no si dificultades por las resistencias de algunos países del este europeo, como Polonia, a avanzar, aunque fuera timidamente, en una mayor integración en aspectos, incluso simbólicos, como el himno y la bandera. Los temores a los referéndums hicieron que los dirigentes europeos optasen por las ratificaciones parlamentarias, excepto en caso de Irlanda donde no era posible y se saldó con un referéndum negativo, lo que impedía que los nuevos Tratados entrasen en vigor. Pero ese primer referéndum se anuló y volvió a convocar, teniendo en la segunda oportunidad un resultado positivo. Esto hizo que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se retrasase hasta el 1 de diciembre de 2009, cuando había sido adoptado el 13 de diciembre de 2007. Este Tratado reforma el Tratado de la Comunidad Europea y el de la Unión Europea. Ahora han quedado dos, el de Funcionamiento de la Unión Europea y el de la Unión Europea.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea viene a reproducir las normas que se contenían en la rechazada Constitución para Europa sobre el gobierno económico y monetario de la Unión, en especial sobre el control del déficit y la deuda en un remozamiento del *Pacto de Estabilidad y Crecimiento* de 1996. En esa línea añade el *Protocolo nº 12 sobre procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo*, en donde se establece que las cifras de referencia serán el ya conocido 3% en caso de déficit y 60% en el caso de deuda. Entre la adopción del Tratado de Lisboa en 2007 y su entrada en vigor en 2009 se produjo el estallido

26 Como las medidas que el Gobierno conservador de Cameron tomó en el Reino Unido en octubre de 2008 de hacerse cargo de una gran parte de los mayores bancos del país, como el 70% del Halifax Bank of Scotland, el principal banco hipotecario. Una operación en la práctica de nacionalización.

de la crisis de 2008, un suceso que puso en evidencia las incertidumbres en que se sumieron las más decisivas instituciones de la Unión, que llevaron en un primer momento a la paralización así como quedaron al descubierto las insuficiencias que ofrecían los recién estrenados Tratados. La agobiantes necesidades de financiación que tenían algunos Estados miembros no podían ser satisfechas con los mecanismos hasta entonces arbitrados con la participación del FMI, por lo que dos años después la UE respondió mediante la creación por el *Reglamento (UE) del Consejo 407/2010, de 11 de mayo 2010, del Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera*, con dudosa base jurídica en el art. 122.2 del TFUE. Sus fondos “se completaron con una aportación del FMI y con el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, creado mediante un acuerdo ejecutivo suscrito por los estados de la zona euro, que de esta forma asumían el coste principal de los rescates, prescindiendo de la ratificación parlamentaria que suele ser habitual en otros tratados internacionales”²⁷, pero este mecanismo ha resultado ser provisional.

También en 2010 el Consejo tomó importantes medias, como la creación del semestre europeo, y en noviembre de 2011, un paquete legislativo (*el six pack*) de cinco reglamentos y una directiva con una discutible e “insuficiente base jurídica”²⁸ en el art. 136 del TFUE, “leído en relación con el 121 apartado 6”. El semestre europeo es el periodo de los seis primeros meses del año en el que los Estados deben de coordinar sus políticas económicas y reciben orientaciones de la UE, presentan con posterioridad sus líneas de actuación incluidas en el Programa Nacional de Reformas y el Programa de estabilidad o convergencia (debe estar presentado antes del 30 de abril), que son evaluadas por la UE y, en función de tal evaluación, cada Estado recibe recomendaciones específicas que deben ser incorporadas a los Presupuestos que para el año siguiente han de aprobar los respectivos Parlamentos. Antes del 15 de octubre ha de publicarse el proyecto de Presupuestos que la Comisión estudiará para posteriormente emitir dictamen antes del 30 de noviembre a la luz del *Pacto de Estabilidad y Crecimiento*.

Por medio de los instrumentos contenidos en el *Six Pack* la UE se dota de mecanismos para vigilar y controlar el cumplimiento del *Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, pudiendo llegar a imponer sanciones a los Estados incumplidores de hasta el 0.5 % de su PIB. Estas medidas fueron completadas en 2013 con el *Two Pack*, dos reglamentos que permiten una supervisión a fondo de las políticas de los Estados miembros, en especial de aquellos que han recibido algún tipo de ayudas. Como puede observarse, en el semestre europeo la UE actúa a través del MAC, o *soft law*, pero en estrecha relación con las duras medidas legislativas de *hard law* contenidas en el *Six* y *Two Pack*. Es de destacar que en la imposición de sanciones y las exigencias en los plazos para corregir los déficits, si es que los hay, hay

27 MARTÍNEZ YAÑEZ, N., “Crisis de deuda, rescates y protección de los derechos fundamentales”, Revista de Derecho Social, nº 69, 2015, p. 226.

28 MANGAS MARTÍN, A., “Post-Lisboa y la larga crisis”, Estudio introductorio al vol. *Tratado de la Unión Europea. Tratado de Funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 18.

de un importante margen de discrecionalidad política, rayana a la arbitrariedad, en manos de las autoridades de la Comisión. Es claro que de ese modo se “introducen medidas preventivas de alerta temprana, de monitoreo permanente de la UE sobre las decisiones económicas de los Estados miembros y de corrección y sanción más firmes para garantizar la reducción de los desequilibrios macroeconómicos y la sostenibilidad fiscal” que constituyen condiciones “necesarias para garantizar la reproducción ampliada del Capital financiero transnacional”²⁹.

Sin que hubiesen pasado dos años desde su entrada en vigor, el TFUE sufrió una modificación de su art. 136 mediante una *Decisión del Consejo de 25 de marzo de 2011*, que entró en vigor el 1 de enero de 2013, llevada a cabo por el procedimiento de revisión simplificado instaurado en el art. 48.6 del TUE. La reforma consistió en la adición de un nuevo nº 3 que permite a los “Estados miembros cuya moneda es el euro establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto”. Ese mecanismo ha de entenderse que se activa dando ayudas financieras a los países que lo necesiten pero están supeditadas “a condiciones estrictas”, según se establece en el citado art. 136.3 TFUE. “Se sobreentiende que es el Eurogrupo mismo (los Estados que comparten el euro como moneda) quien acuerda las condiciones para acceder a la ayuda financiera”³⁰, pero hay que recordar que el Eurogrupo no es una institución de la UE, sino un ente informal que delibera y decide en el más absoluto de los secretos y cuyas decisiones no pueden ser controladas por el Tribunal de Justicia, ni por el Parlamento europeo. En teoría los Parlamentos nacionales podrían exigir responsabilidad política a sus respectivos ministros de economía, pero esa posibilidad es harto difícil porque las decisiones se toman de forma colegiada y en secreto.

4.2. REACCIÓN INTERGUBERNAMENTAL CON UNA LEGALIDAD PARALELA

Estas medidas adoptadas de acuerdo con la legalidad de la Unión han sido desbordadas por otras producto de relaciones intergubernamentales extramuros de los Tratados, lo que es prueba de las insuficiencias de los mismos, de la improvisación o los desacuerdos entre los dirigentes. El 2 de febrero de 2012 se adoptó el *Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad* (MEDE), que si bien crea un instrumento para llevar a efecto lo previsto en el art. 136.3 TFUE, es un Tratado fuera de la arquitectura jurídica de la UE, intergubernamental, signado por solo los Estados que forman parte del euro. Por medio de este Tratado se ha creado el MEDE que es una institución financiera internacional (art. 1.1) creada por las Partes Contratantes que han de hacer una aportación de capital y en contrapartida recibirán las acciones correspondientes. La ratificación de este Tratado no precisa de la unanimidad, pues como se ha dicho está fuera del sis-

29 GUAMAN HERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales...*, cit. p. 92 y 93.

30 MANGAS MARTÍN, A., “Post-Lisboa...cit., p. 19.

tema jurídico-institucional de la UE, basta que lo hayan hecho los depositantes del 90% de ese capital. Asume las tareas de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera. Todos los Estados miembros del euro han de formar parte del MEDE, que tendrá una estrecha relación con el FMI.

Pero las conexiones con el derecho de la UE son evidentes, pues no solo, como se ha dicho, instaura un mecanismo que permite poner en práctica las previsiones del 136.3 TFUE³¹, sino que atribuye al Tribunal de Justicia competencia para conocer controversias entre las partes firmantes y de estas con el MEDE, y encarga al Consejo y a la Comisión la vigilancia en su aplicación en el marco de los arts. 121 a 136 del TFUE, que son los relativos a la política económica y monetaria. La finalidad del MEDE es “movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros” (art. 3).

El MEDE está estrechamente relacionado con el *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria*, adoptado el 2 de marzo de 2012 por 25 Estados miembros porque se excluyeron el Reino Unido y la República Checa. Esas autoexclusiones determinaron, entre otras posibles razones, que este Tratado también permanezca fuera del sistema jurídico-institucional de la UE, pero su contenido es reforzar la coordinación de las políticas económicas y presupuestarias y dotar a la UE de nuevos y adicionales instrumentos para reforzar la aplicación del *Pacto de Estabilidad*. Por mucho que diga que “no afectará a las competencias de la Unión para actuar en el ámbito de la unión económica” (art. 2.2), no cabe duda que por medio de este Tratado se han ampliado las atribuciones de competencias a las Instituciones de la UE, especialmente a la Comisión, en aquellas materias, aunque sea un Tratado externo y suscrito no por todos los Estados miembros. Su objetivo declarado es “reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria” (art. 1.1) y debe aplicarse de conformidad con el derecho de la Unión, que incluye la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. La Comisión, en cuanto guardiana de los Tratados, debería ser celosa en la defensa de los derechos fundamentales, incluidos los sociales, en el uso de este instrumento, pero no parece que hasta ahora haya mostrado especial diligencia y, además surge el problema de la incompetencia del Tribunal de Justicia, a la que más adelante se aludirá.

El TECG impone que la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada país ha de ser de superávit o de equilibrio, consintiendo una

³¹ Llama la atención que la reforma del 136 TFUE entrase en vigor el 1 de enero de 2013 mientras que el MEDE se adoptase el 2 de febrero 2012.

desviación del 0,5% del PIB. Las Partes se comprometen a alcanzar una convergencia en esa cifra los más rápidamente posible, correspondiendo a la Comisión la fijación del calendario para alcanzarla. Al mismo tiempo, en una falta de confianza en la eficacia del propio Tratado, establece que esa disciplina presupuestaria ha de incorporarse “al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional” (art. 3.2). Las modificaciones constitucionales se hicieron adelantadamente en España en 2011, así como en otros países. Las Partes contratantes que sean objeto de un procedimiento de déficit excesivo habrán de presentar “un programa que incluya una descripción pormenorizada de las reformas estructurales que se deberán adoptar”, reformas que acaban afectando a la regulación de la prestación de trabajo. Para poder acceder a prestamos del MEDE hay que haber antes integrado en la legislación nacional las normas de estabilidad presupuestaria. De no hacerlo antes del 1 de marzo de 2014, el TJUE a instancias de la Comisión o de cualquier Estado parte, podrá valorar el incumplimiento que, de persistir, puede acabar con una sanción económica al Estado incumplidor del 0,1% de su PIB.

La reforma del art. 136 TFUE y la adopción del Tratado MEDE suscitó serias dudas sobre su adecuación al derecho de la UE, como las que planteó el Tribunal Supremo de Irlanda en una cuestión prejudicial. El TJUE, en su sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C-370/12, declaró que no había infracción del derecho de la UE ni en la reforma del 136 TFUE ni en la adopción del MEDE y sus contenidos. En el primer caso entendió que el procedimiento simplificado era correcto y en el segundo el Tribunal, teniendo que resolver sobre si el MEDE ha procedido a un aumento de competencias contrario a los Tratados de la UE, hace afirmaciones un tanto peculiares cuando dice que “las actividades del MEDE no forman parte de la política monetaria”³². Hay que convenir que “al permanecer fuera del ámbito de aplicación de los Tratados, así como de cualquier control parlamentario, europeo o nacional, los mecanismos de soporte financiero adolecen de falta de transparencia, así como de garantías políticas y jurídicas habituales en los sistemas jurídicos de la Unión Europea”³³.

La “estricta condicionalidad”, tan repetida tanto en las normas de la UE, como en las de la legalidad paralela, implican, no solo la disciplina presupuestaria que conlleva el recorte de servicios públicos y la pérdida de garantías de derechos sociales que precisan soporte institucional prestacional, sino “reformas estructurales” que como se ha dicho se refieren normalmente a las relaciones laborales. No hay relación directa entre el equilibrio financiero y las normas

³² Para una crítica a esta sentencia vid. GUAMAN HERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales...*, cit., pp. 107 y ss.

³³ MARTÍNEZ YAÑEZ, N. “Crisis de deuda, rescates y protección de los derechos fundamentales”, cit. p. 228.

laborales, como puede haberlas en materia de Seguridad Social, pero de lo que se trata es de aplicar una política de “austeridad” que degrada el valor del trabajo en aras de una competitividad que, según los ideólogos de las mismas, se conseguiría mediante una “devaluación interna”, dado que los Estados que forman parte del euro están privados de competencias que les impiden devaluar su moneda. Las posibles violaciones de derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE que se cometan a través de los instrumentos que imponen la “estricta condicionalidad”, tales como los Memorandos de entendimiento que han de hacerse para dar la ayuda financiera, no son objeto de control ante el Tribunal de Justicia por ser actos considerados fuera del derecho de la Unión. Las de políticas de austeridad que se están imponiendo en Europa en la combinación del *soft law* con medidas coercitivas del *hard law* están permitiendo a la Unión Europea “intervenir incluso en espacios en los que no tiene competencias legislativas, como por ejemplo, la política salarial, poniendo en peligro la negociación colectiva”³⁴ y con ello violando las constituciones nacionales que reconocen la libertad sindical como derecho fundamental de la cual la negociación colectiva forma parte de su contenido esencial. Los Tribunales Constitucionales, a la vista de la incompetencia del Tribunal de la UE, podrían entrar a enjuiciar esas medidas, no a la luz de las normas competenciales de los Tratados de la UE, sino porque la cesión de competencias soberanas tienen límites “inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieran sustantividad propia (art. 10.1 CE)” (*Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*). Pero el Tribunal Constitucional de España, con su actual composición y rompiendo la doctrina anterior, con una pobre argumentación, ha declarado compatibles con la Constitución normas de excepcionalidad económica que suponen un sacrificio de los derechos fundamentales para encarar la crisis económica y de empleo, como si “los derechos laborales fueran prescindibles en tiempos de crisis económica”³⁵. De esa forma el TC está perdiendo legitimación y la está haciendo perder al entramado constitucional.

³⁴ MARTÍNEZ YAÑEZ, N., “Crisis de deuda, rescates y protección de los derechos fundamentales”, p. 241.

³⁵ BAYLOS GRAU, A., “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: Auge y declive de la función de tutela”, *Revista de Derecho Social*, nº 69, p. 29.

5. CONCLUSIÓN

No cabe duda que la combinación de medidas de *hard law* y *soft law* está homogeneizando las reformas laborales hacia abajo en los distintos países europeos, sobretodo los del sur. Las reformas de España, Italia y Francia, por ejemplo, son muy similares, lo que permite afirmar que no solo hay una responsabilidad política de la UE, sino de los propios Gobiernos nacionales que, no hay que olvidarlo, están presentes tanto en el Consejo, como en el Consejo Europeo y el Eurogrupo.

La política de austeridad que tan férreamente se está aplicando en Europa está haciendo pagar las consecuencias de la crisis a aquellos que no la provocaron, esto es, los trabajadores, en una fase de la lucha de clases en la que ahora las clases dirigentes se han lanzado con gran agresividad sobre las clases trabajadoras rompiendo el pacto social de la segunda postguerra mundial. Se está ante un problema político porque la austeridad no funciona en la práctica para generar crecimiento y bienestar, “sino que su fundamento descansa en la pretensión de que los pobres acaben pagando los errores de los ricos, que necesita como condición la ausencia del largo brazo de la falacia de la composición”³⁶. Las consecuencias de las políticas que la Unión Europea está propiciando no han dado los resultados apetecidos. El desempleo en el conjunto de la Unión, según Eurostat, es de 9.8% en septiembre de 2016, siendo el 19.2 % en España y el 23% en Grecia, y lo que es peor, el trabajo se ha precarizado y hay que convivir con el problema de la pobreza laboral, del que ya no se tenía memoria, y el crecimiento económico sigue siendo raquítico. El énfasis en el control del déficit contrasta con la relajación en el de la deuda pública, que no debería sobrepasar el 60% del PIB pero que en muchos países no ha hecho sino aumentar, como en España que de un 35,5% del PIB en 2007³⁷ se ha pasado al 101% en el tercer trimestre de 2016, el más alto de la historia, pero la deuda es un negocio para el capital financiero.

De lo expuesto se puede deducir que la Unión Europea está en una profunda crisis que “aunque [...] se presenta como una crisis económica y financiera, en su dimensión fundamental se trata de una crisis *ideológico-política*”³⁸, que es también social y ética, como el problema de los refugiados dramáticamente pone con toda su crudeza al descubierto. En estas circunstancias es claro que la UE ha dejado de ser aquel faro del que hablábamos en las páginas iniciales. Está apagado y ha perdido su capacidad de atracción. La falta de luz hace que mucha gente de las poblaciones europeas se pierda en caminos como los del *Brexit* o los movimientos nacionalistas xenófobos neonazis. La luz de Europa han sido y han de ser los derechos sociales. Tal vez acusando la falta de legitimación de las actuales políticas de la UE, el presidente Juncker ha lanzado el 8 de marzo

36 BLYTH, M., *Austeridad. Historia de una idea peligrosa*, Crítica, Barcelona, 2014, p. 45.

37 Una de las cifras más bajas de Europa, que junto con un ligero superávit de las cuentas públicas demuestra que el Estado español no despilfarraba, ni el gasto público fue responsable de la crisis.

38 ZIZEK, S., *La nueva lucha de clases. Los refugiados y el terror*. Anagrama, Barcelona, 2016, p. 81.

de 2016 el llamado *Pilar europeo de derechos sociales* que se abre a una consulta con la sociedad civil europea que acabará el 31 de diciembre de 2016. En 2017 se deberá elaborar un no muy definido plan en pos de un “mercado laboral justo”, lo que viene a ser un reconocimiento de que el actual no lo es. La profunda crisis de la UE solo puede ser superada si se lleva a cabo una refundación conducida por nuevos sujetos políticos que tengan por meta la lucha por la igualdad, la libertad y la redistribución de la riqueza.

JUSTICIA LABORAL MEXICANA ¿UNA REFORMA VIABLE?

Enrique Larios

Doctor en Derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Catedrático de Derecho del Trabajo (UNAM).

1. Preámbulo. 2. Estructura jurídico-laboral mexicana. 2.1. Artículo 5º constitucional. 2.2. Artículo 123 de la Constitución. 2.3. Ley Federal del Trabajo de 1970. 3. Protagonistas de la política laboral. 4. Organización Internacional del Trabajo. 4.1. El Estado mexicano en la Organización Internacional del Trabajo. 4.2. La 104 Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo. 5. Programa de justicia cotidiana. 5.1. Cabildeo de la reforma constitucional. 6. La 105 Conferencia Internacional del Trabajo. 7. Proyecto de decreto de reforma constitucional en materia de justicia laboral. 8. Colofón.

Resumen: El presente ensayo propone un análisis del contenido y alcances sustantivos de la iniciativa de reforma constitucional, impulsada por el presidente mexicano, en materia de justicia laboral; para entender su procesamiento, fue necesario exponer la estructura y funcionamiento del sistema jurídico laboral de México, comenzando por su parámetro constitucional y fundamentos de los derechos mínimos de los trabajadores, para dar paso a la norma reglamentaria que es la Ley Federal del Trabajo; así mismo se describe la extraña participación de México desde 1931 en la Organización Internacional del Trabajo, principalmente, en las últimas dos Conferencias de ese organismo, cuyo debate inició con la denuncia de los “contratos colectivos de trabajo para la protección patronal”. Su resultado en el país consiste en dejar intacto el sistema de corrupción que destruye la libertad sindical de los trabajadores, para que a través de una simulación centralizadora, se instrumente una reforma que destruye de un solo golpe, la experiencia de un siglo de las Juntas de Conciliación y Arbitraje para trasladar los conflictos que ventila a los poderes judiciales –federal y locales–, ignorando que el Poder Judicial Federal es la última instancia, hasta el momento, que pone fin a las controversias en materia de trabajo. Por último, se enfatiza sobre la viabilidad de dichas modificaciones, en virtud de los acontecimientos económicos que vertiginosamente se producen en México y que no fueron tomados en cuenta para su instrumentación.

Abstract: The present article proposes an analysis of the content and essential scopes of the constitutional reform initiative, promoted by the Mexican president, regarding labor justice; for understanding of the reform process, it was necessary to expose the structure and functioning of the juridical labor system of Mexico, beginning for his constitutional standards and basis of the minimal

rights of the workers, to give step for the law regulating that is the Federal Law of the Work; also it is described the strange participation of Mexico since 1931 in the International Labour Organization, mainly, the last two Conferences of this organism, which debate started with the complaint of the “Collectives Contracts of Labour for the Employer Protection”. His effects in the country consist in to preserve intact the system of corruption that destroys the freedom of association of workers, in order that through a simulation with a view to centralization, it is orchestrated a reform that destroys in one stroke, one century of experience of the Conciliation and Arbitration Boards to move the conflicts that they ventilate to the federal and local judiciary, ignoring Federal Judiciary is last instance, until now, finish controversies in labor matter. By last, it is emphasized about viability of such changes, in virtue of economic events that quickly are produced in Mexico and which were not taken into account for apply.

Palabras clave: Artículo 123 constitucional, Ley Federal del Trabajo, Juntas de Conciliación y Arbitraje, Contratos Colectivos de Trabajo para la Protección Patronal, Reforma constitucional, Sindicalismo independiente, Sindicalismo corporativo.

Key words: Constitutional article 123, Federal Law of the Work, Conciliation and Arbitration Boards, Collectives Contracts of Labour for the Employer Protection, Constitutional Reform, Independent unionism, Corporate unionism.

1. PREÁMBULO

En México, después de una revolución violenta de más de siete años, el Derecho del Trabajo tomó carta de naturalización en la Constitución de 1917 a través del diseño de su famoso artículo 123, que según algunos tratadistas como el venezolano Humberto Villasmil, fue modelo, dos años después, para la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919.

Del mandato constitucional supradicho, proliferó un buen número de leyes laborales locales, es decir, exclusivas de los estados de la Federación y en 1931 fueron concentradas en la modalidad de código único¹, conteniendo los derechos sustantivos de carácter individual y colectivo, así como los aspectos procesales y administrativos de la materia.

En 1970, antes de finalizar un gobierno despótico, señalado por la represión brutal a las protestas estudiantiles de 1966 y 1968, fue promulgada una nueva

¹ Las disciplinas jurídicas dedicadas a los temas civiles y penales, se encuentran inmersas en un gran número de leyes, empezando por una división entre los derechos sustantivos para lo cual tienen una legislación y otra dedicada a los procesales, sistema que hace sumamente difícil el ejercicio profesional y la impartición de justicia; esto ha motivado que muchos de sus tratadistas suspiren por el sistema de código único. Al respecto, se ha experimentado una reforma que llevó 10 años para alcanzar vigencia en todo el territorio del país al Código Nacional de Procedimientos Penales, pero subsisten en la multiplicidad de leyes los temas sustantivos.

Ley Federal del Trabajo (LFT), proyectada bajo la influencia del célebre Mario de la Cueva, quien se hizo acompañar de insignes juristas con formación teórica y práctica en los ámbitos laborales como Salomón González Blanco, Cristina Salmorán de Tamayo, Ramiro Lozano y Alfonso López Aparicio; en ella hubo para los trabajadores importantes beneficios que no fueron obstáculo para el crecimiento económico y es justo afirmar que presentó avances sociales en derechos individuales, colectivos y procesales, esto es, se observa la lógica del principio de progresividad para el mejoramiento de los asalariados, que constituyen un grupo vulnerable de la nación, entonces, prevaleció la función tutelar de la norma sobre la voluntad del sujeto, en este sentido, los derechos de los operarios se cimentaron con el carácter de irrenunciables, se deslindaron los conceptos de trabajador, patrón, empresa, intermediario y trabajador de confianza entre otros, luego, el Derecho Mexicano del Trabajo alcanzó su autonomía del Derecho Común, abandonó la formalidad de los papeles optando por el principio de primacía de la realidad, se apoyó en los hechos fundantes de la relación laboral para reducir las trampas del contrato individual de trabajo, estableció la prohibición de fijar jornadas de trabajo por arriba de las ocho horas y el pago extraordinario del tiempo laborado en exceso o en jornada especial, se activó la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, el goce del aguinaldo, prima vacacional y en su caso dominical, protección de la salud y la vida de todos los empleados, con énfasis en las trabajadoras embarazadas y de aquellos menores que se vieran obligados a prestar su fuerza laboral, etcétera.

Para 1980 la reforma laboral se produjo bajo el modelo de canje, esto es, que los sindicatos en su papel de representantes de los trabajadores aceptaron, desde diversas posiciones políticas, modificar la LFT, para reglamentar excesivamente la institución de la huelga², permitiendo que se pudieran desechar los emplazamientos en tres supuestos: a) de no cumplir requisitos formales; b) que sea presentado el emplazamiento a huelga con pliego petitorio por un sindicato no titular del contrato colectivo de trabajo; y c) cuando se pretenda exigir la firma de un contrato colectivo de trabajo, preexistiendo uno que esté vigente. La sistemática de la norma está dirigida a proteger a los patrones, pues en las tres hipótesis podrían contestar cualquier emplazamiento defendiéndose, sin embargo, la carga de verificación previa se dejó a los presidentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje (JCA) y de paso se colocó a dichos funcionarios al servicio de la clase patronal. Lo expuesto, fue acordado a cambio de algunas precisiones en los juicios individuales que favorecían a los trabajadores; el trueque fue la vieja receta del veneno social, consistente en renunciar a los derechos colectivos mediante la adquisición de beneficios individualizados.

² En la actualidad, los gobiernos federal y locales, presumen en sus informes el logro de cero huelgas, no porque hayan resuelto la problemática social que acompaña a cada emplazamiento, sino porque el sistema jurídico o las desecha o las concluye forzadamente antes de permitir su estallamiento.

Después de más de 20 años y de varios intentos de reforma laboral, en 2012 el Gobierno Federal y los patrones lograron imponerla con el propósito de reemplazar los derechos sustantivos de los trabajadores y algunos del orden procesal, a través de utilizar por primera ocasión la figura de iniciativa preferente contenida en el artículo 71 de la norma suprema, que privilegia al presidente de la República para que al iniciar cada periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión, envíe hasta dos iniciativas de ley que obligatoriamente deben desahogar los legisladores en el transcurso de dos meses, es decir, el primer mes se debe discutir y aprobar en la cámara de origen y en el transcurso de otro en la cámara revisora.

Mediante esta reforma laboral se legalizó aquello que los patrones ya practicaban violentando la LFT con la complicidad o el consentimiento atónito de las autoridades laborales, consecuentemente, se matizaron con algunos aspectos incontrovertibles como el tema de trabajo digno, la no discriminación, así como el hostigamiento y el acoso sexuales, pero reconoció la figura del régimen de subcontratación (alquiler de trabajadores por un patrón fantasmal a un patrón caprichoso que no está dispuesto a cumplir las normas laborales), la capacitación inicial y el trabajo a prueba, dejando la calificación del trabajador al juicio absoluto del patrón, el reclutamiento de trabajadores para llevarlos al extranjero y repatriarlos forzosamente, reglamentó el trabajo por temporada y el salario por hora, flexibilizó la rescisión de los empleados con más causales y otorgó al patrón la posibilidad de despedirlos personalmente u optar por encargarle esta faena a la JCA, se limitó la cuantificación de la indemnización de salarios caídos a 12 meses sin importar el tiempo que dure el juicio y otros derechos también sufrieron decrementos, concluyendo que los trabajadores fueron los tristes perdedores frente al empoderamiento patronal y el retiro escandaloso del gobierno de sus funciones tutelares.

Por lo anterior, hablar de reforma laboral puede conducirnos a direcciones de interpretación asimétricas, en gran parte del siglo pasado fue guiada por la teoría de la justicia social, cuya pretensión básica consiste en equilibrar los intereses de los trabajadores con los de la clase patronal, es decir, intentar la construcción de un plano de igualdad a partir de la norma jurídica frente a la desigualdad económica que campea en la vida real, significa que todo ser humano por el simple hecho de pertenecer a nuestra especie, por lo menos, pueda disfrutar de un mínimo de bienestar y de esta forma garantizar la paz social. Ahora, desde la escalada de la doctrina del neoliberalismo, en México a partir de 1982, reforma laboral significa un retroceso social, la legalización de las conductas patronales para la utilización desprotegida de la mano de obra y su desechamiento, sin importar las grandes brechas que se dibujan entre los que poseen riquezas insulstantes, los que viven de servirles y aquellos que, en uno de los excesos legales del sistema, se quedan sin nada para vivir y son desechados de las empresas como si se tratara de cosas.

2. ESTRUCTURA JURÍDICO-LABORAL MEXICANA

Los ámbitos del Derecho del Trabajo regularmente se ven o se plantean como asuntos domésticos y sólo algunos temas de naturaleza colectiva, por excepción, alcanzan un interés regional o internacional, por lo tanto, en México la estructura jurídico-laboral, tiene a partir de 1917, dos fundamentos constitucionales, uno es el artículo 5º y el otro es el 123.

2.1. ARTÍCULO 5º CONSTITUCIONAL

Este numeral presenta una visión universal de la libertad de trabajo, corresponde a la interpretación del liberalismo clásico, en el sentido hipotético de que todos somos iguales y libres, es decir, tiene un alcance interpretativo para todo tipo de trabajadores como para cualquier persona que se desempeñe en calidad de patrón³.

Empieza por afirmar que a nadie se le puede impedir dedicarse a: a) una “profesión”, esto es ejercer un campo de las ciencias de forma autónoma o con las características de patrón, o bien, de trabajador, si se encuentra subordinado a un empleador; b) ocuparse de una “industria”, se refiere fundamentalmente a la parte patronal, sin negar la posibilidad de aquellos obreros sometidos a la dirección de un patrón aplicados en una rama industrial; c) establecer un “comercio”, igualmente se entiende que puede tener el carácter de independiente o de patrón, o bien, de trabajador si se infiere la característica de subalterno; d) aplicarse a un “trabajo”, en este caso señala exclusivamente a aquellas personas físicas que prestan sus servicios de manera personal y subordinada a un patrón, persona física o moral.

Pero a ambos les impone una limitante, que esa actividad sea lícita, en otras palabras, que no esté prohibida por una ley. Luego, establece las excepciones, en el sentido de que una de estas actividades podría vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad y añade, que nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

En síntesis las hipótesis de la profesión, la industria, el comercio, alcanzan a empleados y patrones, mientras que la figura de trabajador, indica a la persona física que presta su fuerza de trabajo a otra persona física o moral a cambio de un salario.

El concepto de libertad de trabajo alcanza su dimensión más trascendente, cuando postula que “nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento”, o sea, desarrolla la prohibición de

³ Este precepto tiene su antecedente en la Constitución mexicana de 1857.

trabajo forzoso, sólo que genera una excepción, consistente en el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, es decir, que debe estar tipificado uno o varios comportamientos específicos y que una vez que el sujeto ajusta su conducta a la prohibición o incumple lo ordenado por la ley, será un juzgador el que le imponga la sanción, misma que, ajustándose a los requisitos del artículo 123, específicamente en cuanto a sus fracciones I y II que establecen la jornada máxima de trabajo de ocho horas, tomando en cuenta las condiciones del empleo nocturno, las labores insalubres o peligrosas y el pago de salario, que por lo menos debe corresponder al mínimo general o al mínimo profesional dependiendo del oficio⁴.

Para concluir la exposición de este dispositivo constitucional, son relevantes los límites que establece al contrato de trabajo, en el sentido de que, únicamente obligará al operario a prestar el servicio por el tiempo máximo de un año, que no será válido establecer, en ningún caso, la renuncia, pérdida o menoscabo de los derechos políticos o civiles y que el incumplimiento de dicho contrato sólo obligará a la correspondiente responsabilidad en el campo del Derecho Civil pero sin que pueda hacerse coacción sobre su persona.

2.2. ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL

Como ya se expuso, el tema obrero se apoderó de los constituyentes de 1917, por lo que se introdujeron en el debate diversas ideas, entre las que destacan: a) el Estado tiene el derecho de intervenir como fuerza reguladora en la relación obrero-patronal, para asegurar al trabajador un mínimo de condiciones que le permitan llevar una vida digna; b) borrar las odiosas desigualdades sociales; c) considerar al trabajador en su exacta dimensión humana y no como una cosa; d) apartar los juicios laborales de la justicia civil para lo cual era preciso fundar las JCA; e) reconocer el derecho de huelga como un arma de los trabajadores para mejorar sus condiciones de vida; f) declarar extinguidas las deudas en razón del empleo desempeñado y que por ningún motivo fuesen heredadas a los hijos u otros familiares del trabajador⁵.

El asunto del trabajo ocasionó los más intensos, acalorados e importantes debates de ese Congreso Constituyente, produciendo las siete instituciones laborales siguientes:

Primera, “jornada de trabajo”, al establecer el límite de las ocho horas y modalidades al empleo nocturno; el descanso semanal y las vacaciones, ambos conceptos pagados; licencia por maternidad y tiempos para lactar a los hijos de las madres trabajadoras, sin perder derechos y con goce de salario íntegro; protección de los trabajadores menores de edad...

4 Por lo que hace a los servicios públicos contemplados en el artículo 5º, no se abordan en este estudio, en virtud de que el artículo 123 los trata en su apartado B, que constituye un régimen de excepción.

5 CARPIZO, J., La Constitución de 1917. Universidad Nacional Autónoma de México. 4ta. Edición. México, 1980. p. 100.

Segunda, “salario”, estableciendo que la cantidad menor que pudiera devengar un trabajador fuera en salario mínimo establecido y que éste alcanzara para satisfacer sus necesidades y las de su familia; la fórmula de que el salario se puede incrementar hasta donde alcance la capacidad económica del patrón, pero éste tiene prohibido pagar por abajo del mínimo, en virtud de que se trata de una cantidad de subsistencia; aplicación del principio de a trabajo igual-salario igual; garantía de disposición del salario en moneda del curso legal por parte de los obreros; pago de tiempo extraordinario y en jornadas especiales; participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas...

Tercera, “salud en el trabajo”, esto es, las obligaciones preventivas de los empresarios, destinadas a conservar la salud y la vida de los trabajadores en los centros laborales; responsabilidad de los patrones, semejante a la teoría del riesgo creado, respecto de las enfermedades y accidentes de trabajo sufridos por los operarios con motivo o en ejercicio del empleo; de fracasar la prevención, sobreviene el pago de indemnizaciones por padecimientos originados en el ambiente de trabajo, así mismo la Medicina del Trabajo se hace presente para que los empleados afectados logren su recuperación mediante servicios farmacéuticos, hospitalarios, quirúrgicos, prótesis y rehabilitación...

Cuarta, “estabilidad en el empleo”, postulado que afirma el derecho de todo trabajador para permanecer en el empleo, siempre que no de motivo suficiente para su despido; presentada la hipótesis de rescisión o de terminación de la relación laboral, a instancia del operario, corresponderá ventilar esos conflictos a una JCA integrada de manera tripartita; nulidad de cláusulas pactadas entre el obrero y el patrón, en las que se contenga renuncia de derechos; potestad del operario para elegir entre las pretensiones de reinstalación en el empleo o demandar el pago indemnizatorio...

Quinta, “libertad sindical”, con su reconocimiento en la norma suprema se dimensionó para los trabajadores el derecho de asociación, que hasta ese momento, se había permitido ejercerlo exclusivamente a los patrones...

Sexta, “contratación colectiva”, consecuencia de la interacción entre el sindicato y el patrón, el objetivo de cualquier organización obrera, tiene su quid en lograr mejores condiciones a las contenidas en la constitución o en la ley reglamentaria y eso se logra a través de este instrumento jurídico-laboral... y

Séptima, “derecho de huelga”, como medio para conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y/o de los servicios, y de la discusión razonada entre ambos, está la expectativa de armonizar los derechos de los trabajadores con los del capital⁶.

6 TRUEBA URBINA, A., La Primera Constitución Político-Social del Mundo. Porrúa. México, 1971. pp. 203-219.

2.3. LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1970

En su origen el artículo 123 constitucional, era una unidad que se componía de 30 fracciones y al iniciar los años 60s sufrió una profunda transformación para incluir a los trabajadores que prestaban sus servicios a los poderes de la Unión, deslindando dos apartados, uno para los trabajadores en general y el otro, con las características de un régimen de excepción, destinado a la burocracia federal⁷. Consecuentemente, cada uno tiene leyes reglamentarias de sus aspectos laborales. La LFT de 1931 y posteriormente la de 1970 pasó a ser la correspondiente del apartado A del artículo 123 constitucional; las leyes federales de Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE) y la de Trabajadores de la Banca Gubernamental de 1983 se encuadran en el apartado B.

La LFT erige una reglamentación completa de las relaciones laborales en sus espacios de derechos individuales, colectivos y procesales, a mayor abundamiento, desarrolla las siete instituciones supradichas.

De su articulado, se desprende la función tutelar que deben llevar a cabo, fundamentalmente los funcionarios y personal jurídico encargados de procurar y administrar la justicia laboral. La propia norma fue perfeccionada con el ánimo de imponerse a la voluntad del trabajador, pues el legislador de esa época con sensibilidad inusitada, entendió que cualquier ser humano, que tiene como único patrimonio su energía laboral, por hambre, necesidades o presiones, con facilidad puede pactar condiciones inferiores incluso a las legales, sometiéndose en tal situación de desigualdad a la voluntad discrecional y superioridad económica del empleador, por ello se establecieron derechos individuales irrenunciables, que en situaciones de hecho o mediante el contrato estampado en el papel, anulen jurídicamente: a) la sujeción de algún menor de edad a una fuente de trabajo; b) cualquier pacto sobre jornadas superiores a las establecidas en la Constitución y en la misma ley; c) las jornadas inhumanas; d) cualquier obligación de trabajar en tiempo extraordinario tratándose de empleados menores de 15 años; d) la resignación del empleado a recibir un salario inferior al mínimo; e) el establecimiento de plazos mayores de una semana para el pago de los salarios a los obreros específicamente; f) el pago de los salarios en lugares distintos al centro de trabajo; g) la exigencia directa o indirecta al trabajador o su familia para obtener artículos de consumo en tiendas o establecimientos determinados por el patrón; h) las multas a los trabajadores; i) la aceptación de percibir un salario menor al que se pague a otro trabajador en la misma empresa por trabajo de igual eficiencia, en la misma clase de empleo o igual jornada, debido a consideraciones de edad, sexo o nacionalidad; j) el trabajo nocturno industrial o trabajo después de las diez de la noche para menores de 15 años; k) la renuncia

⁷ La burocracia de cada uno de los Estados de la República, alcanzó el reconocimiento de la calidad de trabajadores hasta 1982, a través de dos reformas constitucionales en los artículos 115 y 116. Posteriormente se formularon leyes de trabajo burocrático en todos los Estados y se establecieron tribunales locales de conciliación y arbitraje.

a cobrar los salarios devengados, indemnizaciones y/o prestaciones, cualquiera que sea la forma o denominación que se le dé; y l) de manera general, cualquier sacrificio por parte del trabajador a sus derechos o prerrogativas consignadas en las normas de trabajo.

En el ámbito de los derechos colectivos del trabajo, sus preceptos reconocieron la libertad de coalición de una forma extraordinariamente sencilla, así mismo, reglamentó la institución universal del sindicato, dejando claro que su ejercicio constituye una libertad amplia de los trabajadores para formar asociaciones y de ser el caso, agruparlas en federaciones y/o confederaciones, compuestas estas últimas por federaciones y sindicatos, pero el legislador ignoró a las organizaciones sindicales de naturaleza internacional, en sus modalidades regional, continental o mundial y con el silencio, afortunadamente, no entró en el terreno pantanoso de las prohibiciones inoperantes.

En el mismo ámbito, al establecer la figura jurídica del contrato colectivo de trabajo⁸ acompañada de la obligación patronal de celebrarlo con el sindicato cuando éste lo solicite, tácitamente adoptó el medio de fraguarlo, que consiste en la negociación colectiva, pues a través de ella, se concreta cada una de sus cláusulas y representa la oportunidad para generar nuevos y mejores derechos destinados a los trabajadores.

También contiene otras formas jurídicas, que interesan específicamente a la parte patronal, como la del reglamento interior de trabajo que proyecta, en el fondo, un régimen disciplinario dentro de la fuente laboral, y por otra parte, se encuentran los estándares jurídicos para la modificación de las relaciones colectivas de trabajo, la suspensión y la terminación de éstas.

Y como pieza fundamental para los intereses de los trabajadores y que tiene un lugar significativo y operante, está la afirmación del derecho de huelga, cuya titularidad pertenece a los propios trabajadores, a efecto de que sea conducida mediante el cumplimiento de los sindicatos de requisitos de fondo, forma y mayoría.

En síntesis, la LFT en su parte colectiva y original, partió del concepto de la trilogía indisociable⁹, cuyo basamento es el derecho de sindicalización de manera autónoma frente al patrón y al gobierno, pero con democracia hacia el interior de la asociación; de él surge su objeto político, jurídico, económico y social de alcanzar mediante el ejercicio de la negociación colectiva, una normatividad justa para la prestación de los servicios que garantice la salud y la vida de todos

⁸ También existe la figura del contrato ley, cuya hipótesis se actualiza cuando uno o varios sindicatos agrupan entre sus militantes, por lo menos, al 67 por ciento de los trabajadores de una rama industrial, sin embargo, su régimen es farragoso debido a la excesiva intervención gubernamental, pues se deja subjetivamente en el criterio de un funcionario –federal o local– la calificación de que esta forma de contratación sea “benéfica y oportuna” y en caso de proceder el contrato ley, pasaría por otros filtros hasta que sea autorizada su entrada en vigor mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación o en el periódico estatal, según la materia.

⁹ DE LA CUEVA, M., El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Porrúa. México, 1991. pp. 214 a 217.

los operarios y mejorar las condiciones económicas de éstos y sus familias, teniendo como fuerza motriz, la presencia y/o utilización del derecho de huelga. Faltando o haciendo mengua en alguna de estas tres instituciones, los derechos colectivos naufragan.

En tratándose de los aspectos procesales, la LFT dedica una parte importante al tratamiento del juicio ordinario llevado ante JCA¹⁰; hasta el año 2012 concentraba en una sola audiencia tres etapas: la de conciliación y en el supuesto de fracasar ésta, pasar al arbitraje del conflicto a través de la fijación de la demanda del trabajador y su contestación por la patronal mediante defensas y excepciones, entrando de inmediato al ofrecimiento y admisión de pruebas. Ahora, se celebran dos audiencias: una de conciliación, demanda y excepciones y otra exclusiva para el ofrecimiento de pruebas, luego se diligencia cada uno de los medios probatorios y una vez que se concluye su desahogo, se dicta el laudo que pone fin al juicio.

Es interesante la figura de la suplencia de la deficiencia de la demanda del trabajador, consistente en observaciones obligatorias que debe formular la JCA, en el sentido de señalarle a la parte obrera los defectos que presenta su demanda o completar prestaciones, a efecto de que sea ésta quien corrija el escrito inicial, o bien, para evitar que se decrete la caducidad por omitir alguna promoción indispensable para el desarrollo del juicio.

Cabe señalar que su articulado, activa los principios procesales, que son criterios orientadores para el juzgador y las partes en la conducción de los conflictos laborales, entre ellos encontramos: a) el de publicidad, b) gratuidad, c) inmediatez, d) predominancia de la oralidad, e) impulso a instancia de parte, f) sencillez y concentración.

Importante es la práctica del principio de informalidad, resguardado en el numeral 687, esto es, que en las promociones, comparecencias o alegatos no se exige un formato predeterminado pero la lógica jurídica requiere que sea por escrito dirigido a la JCA, referente a un conflicto de materia laboral precisando los puntos petitorios y con firma autógrafa o huella digital del promovente.

Con lo expresado, podemos concluir que la LFT cuenta con muchas virtudes, sin embargo, diversas políticas impuestas por los gobiernos –federal y locales–, tienen precarizada a la justicia laboral desde los años 80s, empezando por los pobres presupuestos asignados a las JCA, así como despidos frecuentes y jubi-

¹⁰ Existen otros procesos como el especial, por el cual se pretende, en algunas hipótesis contenidas en el artículo 892 de la LFT, que el juicio sea brevísimo, sin embargo, en la práctica sus beneficios son magros, además con la reforma de 2012 se inventaron los juicios individuales de seguridad social, en los que se rompe el principio de informalidad para exigir a los trabajadores o derechohabientes una serie de requisitos previos difíciles de reunir, con lo que se beneficia a los institutos que administran los seguros sociales. No se omite señalar que existen otros en materia colectiva como los conflictos colectivos de naturaleza económica, utilizados por los patrones, no obstante, ellos mismos prefieren pactar con el sindicato que esperar alguna resolución de la JCA.

laciones del personal jurídico, cuyas plazas no se cubren por nuevos servidores públicos, saturando de expedientes en trámite a aquellos que permanecen en las funciones, de igual manera, la designación de funcionarios del más alto nivel pero ignorantes de la disciplina, propicia verdaderas pifias en el desempeño de cargos ejecutivos o jurisdiccionales y esta falta de talento y destreza aunada a la impunidad, refleja el rostro de la corrupción oficializada. La reforma laboral de 2012 que modifica, suprime y adiciona el articulado de la LFT en más de 400 numerales, deformó en diversa medida sus instituciones y la jurisprudencia de los más altos tribunales, sin razonamientos convincentes la han consumado, pero justo es señalar que no pudo destruir su espíritu.

3. POLÍTICA LABORAL MEXICANA

México es un país con dos raíces muy profundas: la indígena que se remonta al tiempo del imperio Azteca, en la que el *tlatoani* era el supremo gobernante, es decir, detentaba la autoridad política, económica, legislativa, era el juzgador máximo, además de encarnar las supremacías espiritual, militar y social; su voluntarismo estaba por encima de los pueblos y era el factor de la centralización de todos los poderes en la Gran Tenochtitlán –hoy la Ciudad de México–. La otra es la española, heredada de una conquista castrense que a base de pólvora y espadas concretó la ocupación física, misma que contó con la complicidad religiosa amparada en el signo de la cruz, que desplegó una invasión más sutil y profunda, la psicológica, disponiendo para ello del poder absoluto de reyes extremadamente soberbios, católicos obstinados y crueles, con una ausencia total del concepto de la democracia y que concentraban todas las líneas de poder, no obstante hallarse cerca de los grandes avances científicos y sociales del continente europeo.

Estas dos venas están presentes y amalgamadas en la actualidad surtiendo sus efectos en el presidencialismo mexicano, mediante una marcada influencia en nuestra carta constitucional, afirmación que se corrobora con la simple lectura del texto correspondiente al artículo 89, que contiene las facultades del jefe del Poder Ejecutivo Federal pero se pueden encontrar en diversos numerales, muchos más atributos, distinciones y privilegios para el personaje que detente dicho cargo.

El artículo de antelación, le reserva la libertad de nombramiento y remoción de los titulares de las secretarías de Estado, que constituyen órganos investidos de facultades y competencias para el ejercicio del poder en áreas específicas y a través de una ley orgánica, determina cuales son las de mayor envergadura, debido a su encuadramiento en el espacio centralizado de la Administración Pública Federal.

Del ejercicio público de esas autoridades, interesa enfocar la que corresponde a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), siendo el numeral 40 el que

faculta al titular en funciones, entre otras: a) vigilar el cumplimiento de las disposiciones del artículo 123 constitucional y de la LFT; b) procurar el equilibrio entre los factores de la producción y de los servicios; c) impulsar la productividad; d) coordinar la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje; e) llevar el registro de asociaciones sindicales –obreras y patronales–; f) cuando lo soliciten asesorar y/o patrocinar gratuitamente la defensa de sindicatos y trabajadores, para lo cual cuenta con una procuraduría; g) reportar las estadísticas del desempleo; h) participar en congresos y reuniones sobre temas del trabajo en el país o en el ámbito internacional...¹¹.

Se puede aseverar, que la autoridad máxima en materia laboral, conforme al sistema jurídico mexicano le corresponde al presidente de la República, a través del secretario del Trabajo que tenga a bien nombrar, convirtiendo a estos dos personajes en el eje de los asuntos laborales a nivel nacional y un esquema semejante se vislumbra en cada una de las entidades que conforman el país, o sea, el gobernador y el funcionario que designe para estos asuntos, son autoridades supremas del trabajo en 32 circunscripciones.

Por otra parte, se encuentran cargos de relevancia, como el de presidente titular de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, funcionario designado por el jefe del Ejecutivo Federal, conforme el artículo 612 de la LFT y en la práctica se dice, que el nombramiento se produce a propuesta del secretario del Trabajo; situación semejante se presenta en los estados, pues con fundamento en el numeral 623 de la LFT, cada gobernador nombra libremente a su presidente de JCA local. Ahora bien, debido a la discrecionalidad política en estas designaciones, es fácilmente entendible la crítica, en el sentido de que las JCA carecen de autonomía e independencia, presupuestos indispensables en todos los tribunales, pero además dichas instituciones han sido delimitadas como organismos públicos desconcentrados, es decir, carecen de personalidad jurídica y patrimonio propio, lo que les coloca en situación de subordinación de las secretarías de Estado –federal o locales–.

Cabe enfatizar que la única JCA que se diferencia de las demás es la correspondiente a la Ciudad de México, no únicamente por ser la de mayor importancia en el país, sino al haber sido reconocida como órgano autónomo e independiente con personalidad jurídica plena, durante la administración del jefe de Gobierno Andrés Manuel López Obrador, disposición, ahora contenida en el artículo 2 del Reglamento Interior de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal –hoy Ciudad de México–, en el artículo 2, fracción XLII de la Ley de Presupuesto y Gasto Eficiente del Distrito Federal –hoy Ciudad de México–, así como en el Decreto de Presupuesto de Egresos del Distrito federal para el Ejercicio Fiscal 2016 –hoy Ciudad de México–, artículo 2, fracción XXVIII y 10; no obstante, el nombramiento de su titular, atendiendo al numeral 623 de la LFT,

11 Nótese que cuenta con facultades y competencias ejecutivas y jurisdiccionales.

sigue siendo potestad del presidente de la República, sólo que, políticamente se entiende que para la cohabitación de poderes de partidos diferentes dentro de una misma circunscripción, y sin existir regla escrita, el jefe de Gobierno hace su propuesta al jefe del Ejecutivo Federal y éste la obsequia.

Ya se dijo que las JCA son tribunales de trabajo con una organización tripartita¹², donde el presidente titular cuenta con funcionarios denominados presidentes de juntas especiales; en el ámbito federal existen 66 distribuidas en el territorio nacional y de ellas 21 están radicadas en la capital, además, la JCA local cuenta con 20 juntas especiales que atienden los conflictos laborales de los factores de la producción y de los servicios de la Ciudad de México, no se puede dejar de mencionar que cada Estado tiene un sistema similar de JCA. Las actuaciones de todos estos órganos de justicia laboral se asemejan a las que realizan los juzgados, pero con la característica de ser uniinstanciales, es decir, que sus resoluciones no pueden ser revocadas dentro del mismo tribunal.

La compleja estructura descrita, permite entender que el presidente de la República y el secretario del Trabajo, asociados con los gobernadores de los estados y los funcionarios laborales equivalentes, son los protagonistas de la política laboral del país, no obstante, cabe señalar que por disposición de varias leyes administrativa los presidentes titulares de las JCA –federal y locales– actúan subordinados a dichos mandos administrativos y frecuentemente se desempeñan como actores políticos, motivando que la justicia laboral se contamine de los intereses de gobierno, consecuentemente, el secretario del Trabajo y sus equivalentes en los gobiernos estatales, actúan en calidad de mando superior de los multicitados presidentes titulares de las JCA, violentando con ello el artículo 49 de la norma suprema, la cual establece la división de poderes y fácilmente se deduce que desempeñan por una parte funciones ejecutivas, es decir, de autoridad administrativa, mientras que por otra, ventilan juicios individuales y procesos colectivos laborales, siendo éstos del ámbito jurisdiccional, reuniendo funciones de dos poderes en un solo funcionario.

Se ha señalado que las actuaciones jurisdiccionales de las JCA, una vez resueltas no admiten recurso alguno para su modificación o confirmación, para lo cual el Poder Judicial Federal y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pueden tener intervención, cuando alguna de las partes en litigio considera que ha sufrido agravios con lo acordado por la JCA, entonces, el remedio jurídico consiste en acudir en la vía del juicio de amparo. Para desahogar esta vía frecuentemente utilizada, se tiene instalados 17 Juzgados de Distrito en materia de Trabajo, 30 Tribunales Colegiados de Circuito especializados en la misma disciplina, ocho

¹² En cada JCA, una vez que el gobernante designa al presidente titular, los sindicatos mayoritarios y las cámaras de industria, comercio y otros servicios, eligen a sus representantes de trabajadores y de patrones, para que integren el tribunal, pero en la práctica, éstos carecen de funciones y mando y sólo acuden a firmar los laudos que redactan los presidentes de juntas especiales o para auxiliar en la conciliación de los conflictos colectivos y de huelga.

Plenos de Circuito de Tribunales Colegiados en materia de Trabajo, cuyas resoluciones pueden ser revisadas por la Segunda Sala Administrativa-Laboral y/o el Pleno, ambos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), desafortunadamente entre los ministros no hay especialistas en derecho laboral. Se puede concluir que también son protagonistas de la política laboral, un importante número de funcionarios que ejercen facultades estrictamente jurisdiccionales.

4. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Un modelo singular de “constitución convencional” fue la que dio origen a la OIT casi al concluir la segunda década del siglo XX, a través de ella, se ha pretendido instituir un orden laboral mundial, dedicado a garantizar el ejercicio de los derechos humanos, libertades y dignidad de aquellos que trabajan de manera personal y subordinada para un patrón; sus normas, principios e instituciones, que cobran vigencia mediante de la ratificación de convenios internacionales con sus recomendaciones respectivas, buscan sistematizar los cambios económicos, sociales y políticos que afectan globalmente a los seres humanos. Así lo determinaron las naciones fundantes y lo han confirmado las adherentes, toda vez que, sus representaciones tripartitas se comprometieron dentro de las pautas del Derecho Internacional, a cumplir dicho instrumental jurídico-laboral-global, mismo que cuenta con fuerza vinculante para los Estados-miembros.

En virtud de lo anterior, la OIT apremia a los Estados-miembros a mejorar sus leyes internas que reglamentan: a) horas de trabajo y duración máxima de la jornada semanal de trabajo; b) la contratación formal de la mano de obra; c) luchar contra el desempleo; d) garantizar un salario vital adecuado; e) proteger a los trabajadores contra las enfermedades profesionales o aquellos padecimientos sin nexo laboral y, enfáticamente, contra los accidentes de trabajo; f) defender a los niños, a los adolescentes y a las mujeres que trabajan; g) establecer pensiones de vejez y de invalidez; h) resguardar los intereses de los trabajadores ocupados en un país extranjero; i) reconocer el principio de salario igual por un trabajo de igual valor; j) esencialmente patrocina el principio de libertad sindical...

No está de más recordar que en 1944 durante la segunda guerra mundial, Filadelfia fue sede de la Conferencia General de la OIT, y que en ella, se reafirmaron los principios fundamentales que deben inspirar las políticas públicas de los Estados-miembros y que son: a) el trabajo no es una mercancía; b) las libertades de expresión y de asociación son esenciales para el progreso constante; c) la pobreza en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante el esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual, los representantes de los trabajadores, de los empleadores y los del gobierno, decidan de forma democrática la promoción del bien común.

4.1. EL ESTADO MEXICANO EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Desde 1931 México forma parte de la OIT¹³ y a partir de ese año, el gobierno así como las representaciones de trabajadores y patrones aceptaron formalmente las obligaciones contenidas en la carta fundacional y de las seis reformas de que ha sido objeto.

A partir de su adhesión a la OIT el Estado mexicano pasó inadvertido a cualquier observación de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR); entonces, cabe la preguntar: ¿hubo en el país conflictos laborales violatorios del Convenio 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación? La respuesta es afirmativa, no obstante, haberse ratificado el convenio referido en 1950¹⁴, los espacios de la política laboral internacional correspondientes a nuestro país han sido rígidamente controlados por el Gobierno Federal, debido, entre otras cosas, al otorgamiento de canonjías políticas y económicas a los dirigentes de las agrupaciones de sindicatos y federaciones más grandes de la República, o sea, la Central de Trabajadores de México (CTM) y la Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos (CROC), quienes gozan de la facultad de designar al representante, adjuntos y asesores técnicos de los trabajadores mexicanos ante la OIT, por lo que aquellos objetivos destinados al mejoramiento de los obreros y sus familias, han sido desviados tradicionalmente para adoptar una posición servil a diversos intereses gubernamentales y/o patronales –nacionales y extranjeros.

Resulta que en más de 70 años no se produjo ninguna queja de los sindicatos agrupados en dichas centrales y las que se pretendieron interponer por el sindicalismo fuera de su radio de control, quedaron asfixiadas al no encontrar eco en la representación de los trabajadores mexicanos en la OIT.

Se pueden apreciar la preexistencia de contubernios fincados entre la representación de los patrones y la parte gubernamental, a través del secretario del Trabajo, formando un conjunto mafioso, que a *sotto voce* opera la inutilidad de la representación obrera mexicana en el citado organismo internacional, sin embargo, llegaron a la OIT varias quejas relacionadas con un conflicto deshonesto que persiste desde hace años en el país, debido a la proliferación de los denominados “contratos colectivos de trabajo para la protección patronal” (CCTPPP); tales convenios colectivos, constituyen una muestra que confirma la corrupción que impulsan muchos de los patrones, incluso grandes transnacionales, a efecto de invalidar los derechos de sindicalización y de contratación colectiva de los trabajadores, pues esos empresarios se coligan con dirigentes venales de sindicatos, para firmar contratos colectivos de trabajo a espaldas de los auténticos empleados, pactando maliciosamente las condiciones mínimas de la LFT, es

13 BARROSO FIGUEROA, J., Derecho Internacional del Trabajo. Porrúa. México, 1987, pp. 389 a 402.

14 De los convenios 87 de 1948 y 98 de 1949 respectivamente, fue ratificado el primero y el otro, se encuentra en la congeladora del Senado de la República.

decir, no mejoran las prestaciones laborales en nada, luego, cuando los operarios se dan cuenta del engaño y forman un sindicato auténtico, la autoridad laboral les comunica que carecen del derecho de emplazar a huelga al patrón, debido a que formalmente ya existe un sindicato titular de las relaciones colectivas de trabajo y que éste ha depositado ante la autoridad laboral correspondiente, un contrato colectivo de trabajo que se encuentra vigente, en consecuencia y bajo las causales del artículo 923 de la LFT, el presidente de la JCA no está facultado para correr el emplazamiento a huelga con pliego petitorio al patrón, mecanismo legaloide supra comentado.

4.2. LA 104 CONFERENCIA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En el año 2009, la Federación Internacional de Trabajadores de la Industria Minera (FITIM), interpuso ante la OIT una queja contra la política laboral del Estado mexicano, principalmente por privilegiar y avalar los CCTPPP, no obstante que esto implica un contrasentido jurídico, el secretario del Trabajo en turno, con el cinismo exacerbado que le caracterizaba en todas sus intervenciones, aseveró en el informe rendido en 2010 a la OIT, que en México los contratos de marras eran inexistentes por no estar previstos en disposición legal alguna y que por lo tanto, era improcedente la queja y el gobierno de México negaba cualquier violación a los derechos de los trabajadores.

En 2013 los sindicatos independientes organizados en la Unión Nacional de Trabajadores (UNT) pudieron incorporar a un asesor técnico en la representación tripartita del Estado mexicano ante la OIT.

Por otra parte, la CEACR de la OIT, solicitó al gobierno mexicano rendir sus comentarios respecto a situaciones de violación a los derechos sindicales contenidos en el Convenio 87, entre los que destacan: a) el homicidio en noviembre de 2013 de dos campesinos; b) falta de respuesta sobre las observaciones de la Conferencia Sindical Internacional de 2010; c) incumplimiento en la publicación de registros sindicales, situación que favorece la persistencia de los denominados coloquialmente, sindicatos de protección; d) necesaria modificación a diversos artículos de la LFTSE contrarios al Convenio 87 y a la jurisprudencia de la SCJN, como los que prohíben la coexistencia de dos o más sindicatos en una dependencia gubernamental, así como el numeral 69 que impide a los empleados públicos dejar de formar parte del sindicato al que se hayan afiliado, y otros dispositivos legales que guardan exclusividad para una federación de sindicatos de burócratas y les obstaculizan afiliarse a otras federaciones o confederaciones obreras o campesinas¹⁵; e) reforma a la LFT en lo relativo a la prohibición de los extranjeros para formar parte de la directiva de los sindicatos, así como a la

15 Ahora hay dos federaciones de trabajadores al servicio del Estado.

LFTSE por lo que hace a las limitaciones impuestas al derecho de huelga; y f).- modificación a la legislación burocrática, sobre la movilización forzosa de personal en huelga, hipótesis que sólo podría justificarse para el funcionamiento de servicios esenciales en sentido estricto¹⁶.

Durante la 104° conferencia de la OIT, celebrada a mediados de 2015, por primera vez el gobierno mexicano se vió obligado a rendir públicamente respuesta a las observaciones expresadas en el párrafo anterior, y lo hizo de la forma siguiente: a) que no existente nexo causal entre el homicidio de los campesinos que se citan, con hechos relacionados a la libertad sindical, pues sus reclamos no se referían a una relación laboral ni actuaban en el marco de una organización sindical¹⁷; b) que la publicación de los registros de las organizaciones sindicales están cumplidas en dos entidades federativas y que las demás todavía se encontraban en tiempo de instrumentación de acuerdo con el plazo establecido en los transitorios de la reforma de 2012 a la LFT; c) respecto a los numerales de la LFTSE contrarios al Convenio 87 y a la jurisprudencia, señaló que los tratados internacionales prevalecen sobre la legislación nacional y que son de aplicación directa, invocando la vigencia del principio jurídico-laboral de dar el trato más favorable al trabajador; d) en lo referente a las normas lesivas a la libertad sindical contenidas en la LFTSE, argumentó que no tienen aplicación desde hace más de medio siglo y que la jurisprudencia se ha encargado de dejarlas en desuso; e) sobre la prohibición a los extranjeros de integrarse a las directivas sindicales, dijo que las autoridades laborales que emiten la “toma de nota” –que significa el reconocimiento oficial de las directivas sindicales–, no exigen el acreditamiento de la nacionalidad¹⁸.

Un miembro trabajador adjunto de la representación mexicana, se atrevió a exponer detalladamente: a) las limitantes a la libertad sindical que se practican en el país, tales como la proliferación descarada de los CCTPPP y la complacencia de los funcionarios de las JCA, que ejecutan su registro con pleno conocimiento de causa, sin importarles que dichas instituciones de justicia laboral hayan recibido severas críticas debido a su falta de eficacia, corrupción y parcialidad política de las autoridades laborales mencionadas, ya que se encuentran bajo el control del Ejecutivo Federal a través del secretario del Trabajo o de los funcionarios equivalentes, subordinados a los gobernadores de los estados; b) hizo notar que la reforma a la LFT de diciembre de 2012, no incluyó, en ninguna de sus más de 400 innovaciones, alguna limitación a los CCTPPP, sino que se centró en la flexibilización de las relaciones de trabajo con la que se pierde el equilibrio

16 Observaciones de la CEARC 2014 a México. Disponible en: http://ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:1310:0:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3190235

17 El secretario del Trabajo y Previsión Social del actual gobierno, es un abogado penalista formado en diversas instituciones relacionadas con la persecución de delitos, subordinadas al Presidente o a algún gobernador.

18 Se puede consultar en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---elconf/documents/meetingdocument/wcms_375762.pdf

social, pues se empodera a los patrones y se quitan derechos a los trabajadores; c) señaló la práctica de otras acciones restrictivas, como la exclusión por motivos políticos de personas elegidas para dirigir un sindicato, a través de la facultad ilegal e indebida de las autoridades laborales, dedicada a calificar dichas elecciones, negando u otorgando discrecionalmente la toma de nota; d) reclamó el impedimento para los sindicatos de representar a industrias que abarcan más de un radio de acción; e) exhibió la declaración sistemática de ilegalidad de las huelgas por las JCA, así como las constantes amenaza, intimidaciones y homicidios de trabajadores, líderes sindicales y defensores de los derechos humanos; f) demandó la falta de transparencia de las JCA, especialmente, de los registros de los sindicatos y de los contratos colectivos de trabajo, lo que favorece la opacidad y la multiplicación incontrolable de los CCTPPP.

Por su parte, el representante de los empleadores mexicanos, con una actitud oficialista de complicidad, objetó de manera general a la CEACR acusándola vagamente de errar los datos de sus observaciones y pidió que se centrara en los avances impulsados por el gobierno de México.

El miembro trabajador de USA, expresó: a) que a pesar del beneficio económico exponencial que reciben los empleadores que operan en México, por virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, los trabajadores mexicanos se han encontrado con la denegación de sus derechos laborales, quienes viven en condiciones precarias y están expuestos a sustancias químicas tóxicas, que sus salarios son retenidos de manera injustificada, afirmó que pocos son dados de altas en el seguro social y cuando esto sucede las cotizaciones se realizan por un monto ínfimo; b) también hizo referencia a los CCTPPP que merman el interés legítimo de los trabajadores y aseguró que hasta que no se mitiguen y exista transparencia en los registros y contratos colectivos de las organizaciones sindicales no se puede hablar de cumplimiento del Convenio 87 y por lo tanto, tampoco de los acuerdos comerciales como la alianza transpacífica en cuyas negociaciones participa el gobierno de México.

Una observadora, representante de IndustriALL Global Union, advirtió: a) sobre los impedimentos impuestos a los trabajadores para formar un sindicato y como se ejecutan las obstrucciones a este derecho por personal de las JCA¹⁹; b) que el sistema de CCTPPP encuentra oposición por parte de los trabajadores y que el engaño y el despojo descarado de derechos laborales ha generado violencia física, despidos, persecución penal y amenazas; c) señaló el difícil acceso a la información sobre los contratos colectivos de trabajo, la falta de transparencia y la inutilidad de la inspección del trabajo a pesar de la reforma de la LFT; d) puntualizó que los gobiernos Federal y estatales, siguen vulnerando de manera persistente el Convenio 87.

19 El Gobierno Federal durante la imposición y desarrollo del modelo neoliberal, tiene entre los resultados que presume, la política pública de “cero huelgas”.

En su intervención, el miembro gubernamental de USA, criticó la insuficiencia de las reformas de 2012 a la LFT para garantizar su total apego con las normas internacionales, así como la carencia de estructuras apropiadas en el país para hacerlas cumplir de forma efectiva, un claro ejemplo es la subsistencia de sindicatos simulados, los cuales constituyen un gran desafío y una limitación grave al derecho de libertad sindical, cuya creación y perpetuación ha sido alimentada por las JCA, quienes entorpecen la representación incluyente de los trabajadores y a menudo reflejan un sesgo contra los sindicatos independientes, de tal manera que *instó al gobierno mexicano sobre las inaplazables reformas administrativas y jurisdiccionales que transfieran la impartición de justicia laboral a órganos independientes o al Poder Judicial*, con el ánimo de que se garantice el cumplimiento eficaz de la legislación laboral, en el texto y en los hechos.

La miembro trabajadora de Finlandia, apremió al gobierno de México para que cumpla con sus obligaciones y trabaje en la supervisión de las empresas transnacionales que realizan actividades económicas en el país, incluidas las finlandesas, para que respeten la libertad sindical de conformidad con el Convenio 87; tal observación surgió, después de explicar el funcionamiento de una compañía finlandesa radicada en México, que celebró un CCTPPP mediante el cual se impidió a los auténticos trabajadores la conformación de su propio sindicato y la firma de un contrato colectivo de trabajo genuino. Éstos solicitaron a la JCA de competencia Federal, el recuento para demostrar que contaban con la mayoría de empleados, pero dicha autoridad laboral lo pospuso por más de un año, permitiendo que la empresa y el sindicato de protección, tuvieran tiempo suficiente para intimidar a los trabajadores, incluso con la amenaza de cerrar la planta, en consecuencia, el sindicato auténtico perdió el recuento por un margen reducido; después de la cerrada votación fueron despedidos más de 100 trabajadores, incluidos los integrantes del comité ejecutivo independiente, quienes fueron alentados por funcionarios de la JCA mencionada para firmar su carta de renuncia, sólo 10 trabajadores no aceptaron y a la fecha, únicamente dos habían logrado la reinstalación.

Un observador representante de la Confederación de los Trabajadores y Trabajadoras de las Universidades de las Américas (CONTUA), manifestó su solidaridad con los planteamientos de la UNT y refirió que es necesario el análisis de fondo sobre la falta de institucionalidad democrática en México, que conlleva la manipulación de las herramientas jurídicas y técnicas para vulnerar las normas consagradas en la legislación laboral en perjuicio de los trabajadores y violentando el derecho a la libertad sindical, que se ve reflejado en la complicidad del gobierno -Federal y estatales- con importantes empresarios y falsos sindicalistas, a través de los CCTPPP, vigentes a pesar de las denuncias nacionales e internacionales, y además, beneficiados por la falta de publicación de los registros de las organizaciones sindicales, asunto que restringe y deja en estado de indefensión a los sindicatos democráticos. Otro ejemplo es la restricción al derecho humano

de huelga, que sufren los trabajadores al servicio del Estado, debido una normatividad constitucional que la hace nugatoria.

El miembro trabajador de Colombia, manifestó su preocupación por la exportación a otros países de la figura del CCTPPP que, recalcó, surgió en México y mantiene vigencia por tres situaciones: a) la existencia de empresas y seudosindicatos dispuestos a violar la ley; b) la viabilidad normativa; y c) la complicidad o pasividad de las autoridades laborales.

También dijo, en vista de que los sindicatos no están obligados a acreditar la afiliación de los trabajadores de la empresa con la que celebran un contrato colectivo de trabajo, se debe facultar a las JCA para que al momento de depositarlos, exijan el acreditamiento de la existencia de la empresa y de sus trabajadores, así como la representación de quienes lo suscriben, luego sugirió prohibir la cláusula de exclusión por separación y la cláusula de exclusión por ingreso, así como que se instrumenten las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones de hacer pública y accesible la información de los registros, estatutos sindicales y transparentar la democracia interna de las organizaciones de trabajadores y patrones.

El miembro gubernamental mexicano, hizo notar que algunos datos estadísticos que se imputan a su representada por violaciones a la libertad sindical, son anteriores a la reforma del año 2012, y que: a) ésta generó un cambio importante en la evolución de las empresas (tienen más poder los patrones debido a la reforma laboral); b) respecto a los comentarios referentes a la “toma de nota”, replicó que dicho trámite no lesiona el funcionamiento de una organización sindical, toda vez que los dirigentes pueden acreditar personalidad con documentos indistintos; c) sobre el retraso en la publicación de los estatutos y registros sindicales, explicó que ha sido presentado como un asunto de opacidad sindical y aclaró que la obligación surgió con la entrada en vigor de la reforma a la LFT de 2012 y que las autoridades laborales –Federal y locales– se encontraban en proceso de cumplimiento; d) refiriéndose a la UNT, aseveró que la actual administración mantiene con ese agrupamiento sindical una comunicación fluida, respecto a los temas de negociación colectiva y libertad sindical; e) para dar respuesta a diversos tópicos presentados, informó que la cláusula de exclusión fue eliminada con la multicitada reforma y que además, se incluyeron sanciones para los funcionarios de las JCA, que indebidamente tengan injerencias o retrasen procedimientos; f) por último, puntualizó que los artículos transitorios de la reforma laboral supradicha, concedieron un plazo de tres años para realizar las adecuaciones necesarias por la complejidad de las transformaciones, razón por la que refutó la falta de disponibilidad de los registros sindicales, insistiendo en que el Estado de San Luis Potosí y el Distrito Federal –hoy Ciudad de México–, han sido los lugares en donde ya se cumplía con la obligación.

Los miembros empleadores de México, consideraron en maridaje, verídicos los planteamientos del miembro gubernamental mexicano y exaltaron la aplicación del principio de tratamiento más favorable al trabajador, la coexistencia de sindicatos, que nadie ha perdido su empleo por integrarse a un sindicato, que la LFT no eliminó la prohibición a los extranjeros de participar en las directivas sindicales, pero que en los hechos no es operable y la inaplicabilidad de las normas contrarias al Convenio 87 de la OIT y concluyeron con un reconocimiento al diálogo sostenido entre el gobierno mexicano con diversas organizaciones de trabajadores nacionales e internacionales, como la Confederación Sindical de las Américas, la IndustriaALL Global Union y la United Steelworkers, así como con la UNT y la CROC²⁰.

Los miembros trabajadores de México, indicaron que a pesar del reconocimiento de las dificultades que atraviesa la libertad sindical en el país, la STPS no ha tomado las medidas necesarias para remediarlas y que desaprovecharon la oportunidad en 2012; otra situación que destacaron fue la falta de independencia de la JCA, por lo que exhortaron al gobierno para que en breve se publiquen los registros sindicales en todas las entidades de la República y se realicen consultas con los interlocutores sociales para determinar las reformas complementarias que urgen, a efecto de dar cabal cumplimiento al Convenio 87 de la OIT, de manera especial la anulación de los CCTPPP e instaron al gobierno mexicano para la firma y ratificación del Convenio 98²¹, que es uno de los ocho convenios fundamentales de la OIT.

Al culminar el debate, la Comisión de Aplicación de Normas, instó al representante gubernamental a que no se retrase más el cumplimiento a la obligación de publicar los registros y estatutos sindicales en todas las entidades federativas, dentro del periodo para ello establecido, a identificar, en consulta con interlocutores sociales, las reformas adicionales que requiere la LFT para dar cumplimiento al convenio 87, sobre todo las tendientes a impedir que se registren sindicatos que no demuestren tener el apoyo de la mayoría de los trabajadores que pretenden representar, además, solicitó la remisión de una memoria con los avances del cumplimiento a las recomendaciones antes de la siguiente reunión de la CEACR.

5. PROGRAMA DE JUSTICIA COTIDIANA

A raíz de la impune desaparición forzada de 43 estudiantes de Ayotzinapa, todos ellos alumnos de la Escuela Normal Rural Raúl Isidro Burgos, acontecida en el

20 Omitieron a la CTM, que es la organización sindical más plegada a los intereses gubernamentales o patronales.

21 Respecto al Convenio 98 de la OIT, el gobierno se ha rehusado a incorporarlo al sistema jurídico nacional, ahora bien, debido a las deficiencias de la política laboral mexicana en el ámbito internacional, el jefe del Ejecutivo Federal lo envió, conforme al artículo 133 constitucional, al Senado de la República, donde se encuentra sin trámite desde hace más de un año.

Municipio de Iguala, Guerrero, el 26 de septiembre de 2014 y por el derrotero de los múltiples y añejos casos denunciados sobre violaciones a las libertades de los trabajadores y/o de sus organizaciones, ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, debido a las observaciones recibidas de éste, la CEACR y de la Comisión de Aplicación de Normas, y toda vez, que era la primera ocasión en que el gobierno mexicano debía rendir cuentas en dicho organismo internacional, el titular del Ejecutivo Federal encomendó al Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) –una institución privada, carente de expertos laboralistas– y al Centro Público de Investigación del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología –con las mismas carencias–, la organización de un proceso de consulta denominado “Diálogos por la Justicia Cotidiana”, que se llevó a cabo en enero y febrero del año 2015.

El programa se justificó en la declaración oficial de buscar y conocer la percepción social de las necesidades del sistema de justicia del país, en aras de elaborar un conjunto de propuestas y recomendaciones en la materia, mismo que se desahogó simuladamente a través del desarrollo de foros discretos y secretos, sin acceso de la prensa, para gente exclusiva, entre juristas, académicos y líderes sociales *ad hoc*.

En total se llevaron a cabo 15 reuniones y de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana del CIDE, destaca para nuestro análisis: a) la que propone generar medidas de protección para los derechos de las trabajadoras domésticas y de los migrantes, temas que desde hace tiempo viene impulsando la OIT; b) ampliar el uso de los medios alternativos de solución de controversias, asunto que está de moda en USA; c) finalmente una de las propuestas que se despliegan con carácter prioritario, es la relacionada con los trabajadores y prevé la necesidad de revisar la operación de las JCA, de las cuales se dijo: que hay un consenso relativamente amplio respecto a la falta de idoneidad en su desempeño actual, así como sus graves problemas en el ejercicio de sus funciones, por lo que requiere una revisión seria y documentada, soluciones de fondo y medidas urgentes relativas a su profesionalización para evitar focos de corrupción y concluye que una de las primeras medidas a considerar por el Ejecutivo Federal, debe ser la terminación de la actual integración tripartita de las JCA y su posible incorporación al Poder Judicial, deducción totalmente coincidente con lo exigido por el representante del gobierno de USA en la 104 conferencia internacional de la OIT.

5.1. CABILDEO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Como consecuencia de las recomendaciones del CIDE ya mencionadas, el titular del Ejecutivo Federal formuló un paquete de iniciativas de reforma constitucional y legal sobre las distintas áreas que atañen a lo que denominan justicia cotidiana.

Respecto al tema laboral, en diciembre de 2015, durante la celebración de la XIX Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo (CIMT)²² celebrada en Cancún, Quintana Roo, el presidente mexicano anunció la presentación de una iniciativa de reforma constitucional en la materia, pues señaló, sin precisar, que a pesar de los alcances y el progreso que ha generado la reforma laboral de 2012, se requiere avanzar hacia una justicia laboral del siglo XXI, es decir, moderna, ágil y efectiva, señalando que la actual es lenta, costosa y de difícil acceso, lo cual implica una revisión de fondo, incluyendo la transformación y modernización de las JCA –en los ámbitos Federal y estatales– para que garanticen su funcionamiento conforme a los principios de legalidad, transparencia, rendición de cuentas, imparcialidad, equidad y eficiencia. Conseguir esta meta, dijo, requiere que el gobierno mexicano se halle abierto a la discusión y revisión de tales reformas y que para ello se habían instaurado los Diálogos para la Justicia Cotidiana. Cabe señalar que seguramente se refería a un monólogo, a una consulta simulada, en el que estuvo ausente la discusión seria de los abogados de los sectores representativos de la producción, de los servicios, incluso de los sindicatos corporativos y menos con los independientes, tampoco lo hubo con auténticos académicos y tratadistas conocedores de la teoría y la práctica laborales, específicamente, en el desarrollo de los juicios en materia de trabajo.

No obstante, la iniciativa de reforma constitucional fue presentada el día 28 de abril de 2016 ante la Cámara de Senadores; su contenido está encaminado hacia la eliminación de las JCA, es decir, priva la lógica equivocada de que si hay un enfermo la solución es matarlo, arguyendo que la impartición de la justicia laboral sea administrada por juzgados, unos de competencia federal y otros locales, pero que antes, para admitir que toquen a la puerta de la justicia los trabajadores, éstos tienen la obligación de agotar una audiencia de conciliación sin límite de tiempo, frente a un organismo público descentralizado, que puede ser Federal o local conforme a los ámbitos competenciales, mismos que además tienen que llevar los registros de las organizaciones sindicales, con el objetivo de garantizar la representatividad de los trabajadores y la certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo, pero el documento es omiso respecto a quién y cómo se van a desahogar los conflictos colectivos.

A principios del mes de mayo, el gobierno mexicano obtuvo un beneplácito internacional durante la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que se llevó a cabo en Cartagena de Indias, Colombia, cuando el secretario del Trabajo actual, expuso los términos de la reforma a la Constitución sobre la justicia laboral mexicana, recibiendo espontáneamente y sin un análisis de fondo, el reconocimiento del director de la OIT,

²² Es la conferencia sectorial más antigua de la Organización de los Estados Americanos, en ella, desde 1963 los ministros de Trabajo del continente, se reúnen periódicamente para discutir y decidir las políticas que atiendan las prioridades a seguir en materia laboral a nivel hemisférico, contando con la participación de trabajadores y empleadores, a través de dos órganos asesores en la especialidad laboral que son el Consejo Sindical de Asesoramiento Técnico y la Comisión Empresarial de Asesoramiento Técnico.

quien expresara que además de históricas (parece que no sabe que se trata de un retroceso histórico), las reformas promueven el mejoramiento de la productividad económica y la calidad de vida de los mexicanos. ¿Quién le habrá redactado tales conclusiones?

6. LA 105 CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Durante su celebración, que se llevó a cabo del 30 de mayo al 10 de junio de 2016, el diálogo sostenido en la Comisión de Aplicación de Normas referentes al Convenio 87, lo centró el representante gubernamental del Estado mexicano, sobre las iniciativas de reforma en materia laboral.

Explicó, respecto a la preocupación de la Comisión en la anterior Conferencia, sobre la libre negociación colectiva y la garantía de representatividad, que el Ejecutivo Federal sometió a los órganos legislativos una propuesta de reforma a la LFT²³, con el objeto de que: a) antes de registrarse un contrato colectivo de trabajo, las autoridades obligatoriamente confirmen la existencia del centro de trabajos²⁴; b) que los operarios se encuentren protegidos en el contrato colectivo de trabajo que alcance su registro y que hayan recibido copia y pleno conocimiento del contrato y de los estatutos de la organización sindical que lo presentó; c) en las diligencias de recuentos, se garantice que las votaciones sobre la titularidad de los contratos colectivos de trabajo sean libres y democráticas; d) por otra parte, el Gobierno Federal implementó un nuevo protocolo de inspección en el trabajo, que permite acceder a los inspectores a los centros laborales, tener entrevistas con los trabajadores y verificar que conocen el contrato colectivo de trabajo y al sindicato que los representa.

Otra de las observaciones hechas al gobierno mexicano en la reunión anterior, versó en la necesidad de independencia y autonomía de las JCA para liberarlas de posibles conflictos de intereses, a esto, el miembro gubernamental manifestó que el presidente de la República, había sometido al Congreso de la Unión una importante reforma constitucional que busca que la jurisdicción laboral recaiga en el Poder Judicial²⁵ eliminando el tripartismo y la dependencia del Poder Ejecutivo²⁶, además anunció, la conformación de un organismo autónomo que

23 El 28 de abril de 2016 se presentó “una iniciativa en paquete”, para reformar la Constitución respecto de la justicia laboral, acompañada de modificaciones a varios artículos de la LFT; del desasero anterior se desprende que, el Ejecutivo Federal prejuzga que el Constituyente Permanente no hará modificación alguna a su proyecto y que el Poder Legislativo aprobará indefectiblemente sus adecuaciones a la LFT, sin discusión parlamentaria como sucedió con la multicitada reforma laboral de 2012.

24 El proyecto de reforma a la LFT, modifica tres artículos y adiciona cuatro, haciendo una excesiva reglamentación, lo que hace recordar a la sabiduría de la doctrina anarquista, que expresa: “derecho reglamentado es derecho perdido”.

25 Coincide plenamente con la indicación del representante de USA, hecho en la 104 Conferencia, pudiéndose confrontar con lo expresado anteriormente.

26 Lo lógico y viable consiste en dotar de autonomía e independencia a las JCA, eliminar la participación de los representantes de los trabajadores y de los patrones en cada una de las juntas especiales, toda vez que

se encargue a nivel nacional del registro de contratos colectivos y sindicatos. *Ambos proyectos de reforma, aseguró, fueron producto de un amplio proceso de participación y diálogo social.*

Por su parte los miembros empleadores mexicanos, se refirieron a: a) la falta de cumplimiento total de la publicación de registros sindicales, logrado solo en 20 entidades y solicitaron al gobierno aclarara el alcance en la materia de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información; b) agradecieron la reforma referente a la inspección del trabajo; y c) *sobre el traslado de la justicia laboral a los poderes judiciales, externaron que no habían sido invitados a participar en las deliberaciones del proceso de reforma y por tanto desconocían su implicación en ese asunto.* Lo dicho por la patronal, confirma la aseveración anterior de que fue un grupo exclusivo y exquisito el que participo en la supuesta consulta.

Al tomar la palabra los miembros trabajadores mexicanos, volvieron sobre el tema de los sindicatos de protección y la forma en la que las JCA mantienen un sesgo contra los derechos de los sindicatos democráticos, recordaron que en el año 2015 ocho marcas de ropa internacionales enviaron una carta al gobierno mexicano instándolo a acabar con ese sistema, explicaron que la propuesta de reforma impulsada por el presidente persigue: a) la eliminación de las JCA para trasladar sus funciones de arbitraje al Poder Judicial y sobre la conciliación prevé una audiencia obligatoria; b) llevar las funciones administrativas de las JCA a una entidad federal descentralizada; c) requerir antes de que un convenio de negociación colectiva pueda tener efecto, las autoridades laborales verifiquen que la empresa es operativa, tiene trabajadores y estos recibieron copias del convenio y lo apoyaron, y d) establecer plazos ajustados en el proceso de elección, para determinar qué sindicato controla el convenio de negociación colectiva. Solicitaron al gobierno se adopten las medidas necesarias a fin de que dichas reformas sean aprobadas.

Dos miembros de México, uno trabajador y otro empleador, recibieron con satisfacción las propuestas de reforma, sin embargo hicieron notar que no se tomó en cuenta la opinión de ambos sectores y que esperan ser llamados a efecto de hacer efectivo el diálogo social y la discusión sobre las nuevas disposiciones que deberán regular los aspectos procedimentales y las cuestiones que se generen con motivo de la reforma constitucional. Esto refrenda la afirmación de que los Diálogos por la Justicia Cotidiana, fueron una falsedad a la que se prestaron algunos personajes.

En general, los participantes manifestaron su oposición al sistema de sindicatos simulados y de CCTPPP, recibiendo con beneplácito los comentarios del miem-

no cumplen su cometido, mantener el tripartismo para los conflictos colectivos y de huelga, así como para el funcionamiento del pleno de cada JCA, conservando el sistema de que sus resoluciones puedan ser confirmadas o modificadas por Juzgados de Distrito, Tribunales Colegiados de Circuito en materia de Trabajo, Plenos de los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial Federal, la Segunda Sala y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

bro gubernamental sobre las propuestas de reformas que ayudarán a garantizar un sistema de justicia laboral justo, transparente, objetivo y eficiente, y pidieron celeridad para que dichas reformas puedan llegar a buen término, sin omitir la necesidad del diálogo abierto con los interlocutores sociales.

Al término, la Comisión tomó nota de las reformas mencionadas a la Constitución y a la LFT y requirió al gobierno mexicano a: a) continuar con el cumplimiento de su obligación actual de publicar los registros sindicales en todas las entidades federativas; b) entable el diálogo social con miras a promulgar cuanto antes las reformas propuestas por el presidente y refuerce el diálogo con las organizaciones de trabajadores y empleadores, incluso a través de una legislación adicional; c) asegure a los sindicatos la práctica de su derecho a la libertad sindical; y d) presente una memoria sobre el cumplimiento del Convenio 87 tanto en la legislación como en la práctica.

7. PROYECTO DE DECRETO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA LABORAL

Como parte del programa de Justicia Cotidiana el presidente de la República promovió ante la Cámara de Senadores, la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones en materia de justicia laboral dentro de la Constitución Política, con el objeto de ubicarla como parte de la responsabilidad de los poderes judiciales independientes, uno Federal y 32 estatales.

Prácticamente, la Cámara de Diputados hizo suyo el proyecto de dictamen que formularon los senadores en calidad de cámara de origen, cumpliéndose con lo establecido en el artículo 72 constitucional, que prevé su discusión y en su caso aprobación por, la cámara revisora; cumplidas estas dos etapas, debe turnarse a las legislaturas estatales y en el supuesto de que sea sancionado positivamente por el 50 por ciento más uno de los congresos locales, entonces, formalmente la Constitución queda reformada. Al momento de este análisis, el proyecto de decreto fue despachado a los cuerpos legislativos supradichos pero no se tiene noticia de cuales se hayan manifestado.

El proyecto de decreto citado con antelación, modifica los artículos siguientes:

El artículo 107 constitucional, en la fracción V inciso d, se desecha “laudos dictados por las JCA” para quedar como sigue: “resoluciones o sentencias definitivas que pongan fin al juicio dictadas por los tribunales laborales locales o federales o laudos del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado”.

Respecto al artículo 123 constitucional, presenta las modificaciones que a continuación se expresan: a) en su fracción XVIII se sustituye el término JCA por el de “tribunales laborales”, además, agrega un párrafo que dice: “Cuando se trate

de obtener la celebración de un contrato colectivo de trabajo se deberá acreditar que se cuenta con la representación de los trabajadores”; b) la fracción XIX, sustituye el término JCA por el de “tribunales laborales”; c) se adicionan ocho párrafos a la fracción XX, lo que actualmente es un párrafo que reglamenta la competencia de las JCA y su integración tripartita, mediante una sobrerregulación encuadra la competencia de los que serían nuevos tribunales laborales pertenecientes al Poder Judicial de la Federación y a los poderes judiciales de cada entidad federativa, así mismo, establece como obligación de los trabajadores y patrones, la de agotar una primera instancia conciliatoria, consistente en el desahogo de una sola audiencia antes de poder acceder a los tribunales de trabajo, pero la ley establecerá las reglas para que los convenios que deriven de la conciliación adquieran condición de cosa juzgada y puedan ser ejecutados.

Esta etapa, actualmente se ventila en la misma JCA, pero la reforma la sitúa en un organismo descentralizado –federal y/o local– cuya integración y funcionamiento será determinado por las leyes locales, o por la LFT, sin embargo, tratándose de la instancia conciliatoria federal, participarán el Ejecutivo Federal y la Cámara de Senadores en la designación de su titular, quien durará en su encargo seis años, podrá ser reelecto por una sola ocasión y removido únicamente por falta grave; otra tarea encomendada a la instancia conciliatoria federal será el registro de todas las organizaciones sindicales, así como de los estatutos de éstas y los contratos colectivos de trabajo.

La fracción XXI, cambia la expresión “aceptar el laudo pronunciado por la JCA” por el de “cumplir con la resolución”.

Se adiciona la fracción XXII bis, que expresa los principios jurídicos que aseguren los intereses legítimos de trabajadores y patrones, así como la libre negociación colectiva, y establece como tales, la representatividad, la certeza en la firma, registro y depósito del contrato, así como el voto personal, libre y secreto de los trabajadores en la elección de sus dirigentes, para la resolución de conflictos entre sindicatos y la solicitud de celebración de un contrato colectivo de trabajo, específicamente apunta que, para el caso de la elección de dirigentes los estatutos sindicales podrán fijar los procedimientos aplicables de conformidad con lo que disponga la ley reglamentaria.

La fracción XXVII, inciso b), sustituye el término JCA por el de tribunales laborales.

La fracción XXXI último párrafo, relativa a la competencia material exclusiva de la autoridad federal laboral, por una parte se incrementa, al concentrar el registro de las organizaciones sindicales, de los estatutos, las tomas de nota, así como de los contratos colectivos de trabajo, y por otra parte, desaparece la competencia local en dichos asuntos, además, de todos los procedimientos administrativos relacionados.

Esta es la modificación más trascendente, en virtud de que los asuntos colectivos se concentraran en un organismo federal descentralizado, del cual el gobierno federal deberá proporcionar el presupuesto, lo encuadrará en el sector laboral y seguirá teniendo injerencia el secretario del Trabajo.

Es necesario señalar que el decreto de reforma contiene seis artículos transitorios, mediante los cuales se establece: a) que la entrada en vigor será al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación; b) otorga el plazo de un año, a partir de su vigencia para que el Congreso de la Unión y las legislaturas locales realicen las adecuaciones legislativas correspondientes; c) establece que las JCA y en su caso la STPS, continuarán atendiendo los conflictos laborales y el registro de contratos colectivos de trabajo y de las organizaciones sindicales, en tanto se instituyen e inician operaciones los tribunales laborales y los organismos descentralizados encargados de la conciliación y los registros sindicales, asimismo aclara que los tribunales colegiados de circuito en materia de trabajo continuarán conociendo de los amparos interpuestos contra laudos emitidos por las JCA, y los juicios que se encuentren en trámite al entrar en funciones los tribunales laborales y los organismos descentralizados deben resolverse con la ley aplicable al momento de su inicio; d) también en el plazo de un año, deberá proponer el Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores, la terna de elegidos para que uno de ellos ocupe la titularidad del organismo público descentralizado de la administración federal, encargado de la conciliación y registro de todos los contratos colectivos de trabajo; e) respecto de los derechos de los trabajadores de las JCA, señala vagamente que se respetarán conforme a la ley, f) establece la obligación de la JCA de transferir los procedimientos, expedientes y documentación en trámite a los tribunales laborales y al organismo público descentralizado federal y a los centros de conciliación estatales.

Se puede observar que la adecuación representa una gran cantidad de presupuesto, pues el Poder Judicial Federal, requerirá de un aumento sustancioso de recursos para las nuevas instancias laborales y las administraciones estatales, deberán de aumentar sus respectivos presupuestos al poder judicial local, en un panorama de recortes presupuestales.

8. COLOFÓN

Primera.- Es fácil apreciar que la reforma que analizamos obedece con exactitud a las exigencias manifestadas por USA en la 104 Conferencia de la OIT; se puede confrontar el énfasis puesto por su representante gubernamental, en el sentido de que los asuntos que ventilan las JCA sean trasladados a los poderes judiciales.

Segunda.- La reforma sólo judicializa los conflictos individuales, mientras que el Gobierno Federal mantiene el control sobre los asuntos colectivos y los concentra, aumentando su poder en esta materia al atraer a los sindicatos y federaciones estatales, con esta fórmula, puede continuar protegiendo los intereses

empresariales y de los sindicatos corporativos (organizaciones sindicales favorecidas política y económicamente por el gobierno a cambio de su incondicionalidad), pero no resuelve el problema de la existencia de los CCTPPP; los que generaron el escándalo quedan intocables y la reforma sólo previene para el futuro.

Tercera.- Por lo que respecta al registro de asociaciones sindicales, tomas de nota que reconocen a las directivas de dichas organizaciones, depósito de estatutos y sus modificaciones, así como la negociación entre sindicatos de trabajadores y patrones, además del correspondiente depósito de los contratos colectivos de trabajo, quedarán federalizados, como ya se dijo, pero al salir de la competencia de las entidades de la República para concentrar todas esas actividades en un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, que seguramente será encuadrado en el sector que encabeza de la STPS, algunos gobiernos locales alegarán que se quedan sin relación con el medio sindical y que al perder los equilibrios políticos entre ellos y las dirigencias sindicales afectarán sus cotos de poder.

Cuarta.- También es conveniente señalar que en USA, existen instituciones jurídicas que intentan resolver los conflictos a través de medios exigibles previos a juicio, por lo que imitando dicho modelo, la conciliación practicada en las JCA pasaría a órganos administrativos, máxime que se encuentra vigente en nuestro país la Ley de Medios Alternativos de Solución de Controversias.

Quinta.- Las reformas a los poderes judiciales –federal y locales–, resultarán altamente costosas y el presupuesto de egresos de la Federación para 2017, contempla recortes en diversas partidas que limitan gravemente el ejercicio y cumplimiento de los servicios públicos, además, las deudas externas de los estados son preocupantes y sus gobernadores pedirán al Ejecutivo Federal el financiamiento de la reforma.

Sexta.- En si la reforma parece atractiva, sin embargo, no constituye un verdadero instrumento para garantizar la libertad y democracia sindicales en nuestro país, su tratamiento es político y coincide con los tiempos en que el Gobierno Federal se encuentra en la cresta de debilitamiento, aunado a esto, el artículo transitorio que promete respetar los derechos laborales de los servidores públicos que actualmente laboran en las JCA es vago y en el caso del Poder Judicial Federal, existen normas para ocupar plazas de nueva creación que corresponderían a quienes ya han acreditado los concursos de oposición y se encuentran a la espera de una oportunidad para ingresar o ascender, entonces la fundación de un tribunal laboral genera derechos para ellos y no para quienes conocen los innumerables procesos que actualmente se encuentran en trámite y que, dichos empleados y funcionarios quedarían despedidos y en el mejor de los casos indemnizados. Este conflicto, visible en la práctica litigiosa, podría colapsar la justicia laboral en la Federación como en los estados, durante el año de elecciones presidenciales.

Séptima.- La reforma a la justicia laboral mexicana, aunque parece que progresó en el campo constitucional, todavía le faltarían modificaciones a leyes muy importantes como la LFT, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y por lo menos el mismo esquema se deberá repetir por los 32 estados de la República mexicana.

Octava.- El actual gobierno de México ante USA y la OIT demuestra con el proyecto de decreto que reforma los artículos 107 y 123 constitucionales voluntad de cambio, pero en el fondo sabe que no es el remedio viable y deja el desenlace legal al Congreso de la Unión y a las legislaturas locales, quienes resultarían ajenos a la implementación formal y real de la reforma a la justicia laboral, asunto que quedaría pendiente y a cargo en lo político, económico y social, de un nuevo jefe del Ejecutivo Federal mexicano.

REFORMA DA PREVIDÊNCIA: APORTES DE DIREITOS HUMANOS PARA REGIMES DE EXCEÇÃO E CORTES ORÇAMENTÁRIOS¹

Daniela Muradas

Mestre em Filosofia do Direito (2002) e Doutora em Direito (2007) pela UFMG, Pós-doutora pela UNICAMP (2016). Professora Associada de Direito do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito da UFMG.

1. Regime de exceção e de cortes orçamentários: entre a retórica da crise e o necessário diálogo social.
2. A excepcionalidade previdenciária: os limites orçamentários como reserva do possível.
3. Os direitos econômicos culturais e sociais: o não regresso como exigência ética e como compromisso internacional.

Conclusão.

Resumo: O presente texto aborda as medidas de restrição ao acesso de direitos previdenciários, situadas no âmbito das reformas previdenciárias típicas de programas neoliberais, mais precisamente aquelas veiculadas no anúncio de nova reforma previdenciária pelo Governo Temer. Propõe que, no enlace entre a Política, a Economia e o Direito, as decisões jurídico-políticas se pautem não pela preponderância da racionalidade instrumental da economia, mas pelo desafio de concretização do sentido mais humanizado do Direito, a considerar o diálogo social e a vedação do retrocesso como vetores de balizamento.

Abstract: This text deals with the restrictive measures to the access of the assistance rights, caused in the area of the social reforms, characteristic of the neo-liberal programs, more specifically of the proposals of the president Michel Temmer about the new assistance reforms. We propose that in the link of the Politics, the Economy and the Law, the legal-political decisions are planned by the challenge with a humanized sense and not by the prevalence of the rationality of the economy, being necessary to take into account the social dialogue and the prohibition of the regression of the social rights.

Key words: Social dialogue. Prohibition of the regression of the social rights. Emergency regime. Budgetary restrictions.

Palavras chave: Diálogo social. Reserva do Possível. Vedação do retrocesso. Regime de exceção. Cortes orçamentários.

¹ Ensaio em homenagem aos homens que, no plano das ideias ou das práticas, se dedicam à progressividade e não retrocesso social, em particular à A.A. CANÇADO TRINDADE, J.J. GOMES CANOTILHO, INGO W. SARLET, ROLANDO E. GIALDINO e CHRISTIAN COURTIS. Para JORGE LEITE com a expressão máxima de respeito, admiração e amizade.

1. REGIME DE EXCEÇÃO E DE CORTES ORÇAMENTÁRIOS: ENTRE A RETÓRICA DA CRISE E O NECESSÁRIO DIÁLOGO SOCIAL

O anúncio de nova reforma previdenciária, ainda que não se tenha, no presente momento, minudências da proposta do Governo Temer, permite antever que medidas de restrição ao acesso de direitos previdenciários serão impostas mais uma vez aos cidadãos brasileiros, ao fundamento da sustentabilidade futura do sistema previdenciário oficial e do equilíbrio orçamentário público presente.

Os setores produtivos e atores financeiros são pregoeiros da reforma previdenciária. Para os agentes econômicos, a anunciada reforma e outras medidas de austeridade fiscal são indicativos macroeconômicos considerados em comportamentos e práticas de mercado, diretamente se relacionando à disposição para novos investimentos e outras exigências necessárias à retomada econômica.

A pretensão de desmantelamento do quadro de garantias estatais de natureza previdenciária por meio de políticas de austeridade fiscal não é propriamente uma singularidade Brasileira², nem se inaugura com a grave crise institucional que atravessa o Brasil nessa quadra histórica.

A narrativa da reforma que se anuncia³ revolve os elementos do tradicional pensamento de modernização conservadora⁴. Aportado no argumento da “inexora-

2 Cf.: “It is an open secret that the welfare state has become a basket case and must therefore be reformed or at least reconstructed and modernized. Globalization and European integration, demographic change and individualization processes in society have, slowly but surely, eroded the welfare state foundations of EU member states. If the renovation work does not start soon, according to the conventional wisdom, the welfare state will collapse under the weight of its costs and the burden of redistribution. What has been the mainstream perspective on social policy in economics as well as in politics over the past two decades, may become another TINA (there is no alternative) imperative in the aftermath of the recent world financial crisis and the ensuing ‘absurd austerity policies’ almost everywhere in Europe”. (ARNE HEISE, H. L., The effects of european austerity programmes on social security systems. *Modern Economy*, 2011, 2, 498-513). Sobre o tema, confira ainda: STREECK, W. (1999), Competitive Solidarity: Rethinking the “European Social Model”. MPIfG Working Paper, (99/8). DAVAKI, K.; MOSSIALOS, F. Financing and delivering health care. *Social Policy Developments in Greece*, Ashgate Publisher, Aldersot, 2006, pp. 55-72. EUROPEAN COMMISSION. The distributional effects of austerity measures: a comparison of six eu countries. *Social Situation Observatory – Income Distribution and Living Conditions*, 2011. FERREIRA, A. C., A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 95 | 2011. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/4417>>. Acesso em: 28 jul. 2016. BUSCH, K.; HERMANN, C.; HINRICH, K.; SCHULTEN, T., Euro crisis, austerity policy and the european social model: how crisis policies in southern europe threaten the EU’s social dimension. *Friedrich-Ebert-Stiftung, International Policy Analysis*. Hiroshimastraße 28 | 10785 Berlin | Germany. February, 2013. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf_files/id/ipa/09656.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016. TEPE, M. S.; VANHUYSE, P., Elderly bias, new social risks, and social spending: change and timing in eight programs across four worlds of welfare, 1980–2003. *Journal of European Social Policy*, 2009, p. 217-234. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1370004>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

3 Já se anuncia, por exemplo, com ênfase, na atualidade, a desvinculação de benefícios sociais e previdenciários do salário mínimo, conforme consta do Programa *Uma Ponte para o Futuro*, lançado em Brasília, em 29/10/2015, pela Fundação Ulysses Guimarães e PMDB.

4 Para uma compreensão do termo “modernização conservadora” –ou “revolução passiva”, no sentido gramsciano–, e como este foi utilizado na tradição brasileira, sugerimos: FERNANDES, F., A revolução bur-

bilidade” das razões econômicas, apresenta-se a justificativa para um quadro de adequação orçamentária por medidas ainda não explicitadas em face de quadro deficitário, agravado por redimensionamento de dívidas públicas por fórmulas pouco claras⁵ e que chegam mesmo a desafiar o princípio da transparência, a gizar a alocação de recursos públicos na República Federativa do Brasil.

Não deve escapar à memória que as políticas de austeridade previdenciária remontam ao alvorecer do pensamento neoliberal do fim da década de setenta e, no Brasil, embalaram sucessivas alterações promovidas no quadro de garantias originárias estabelecidas pela Constituição de 1988. Desde a promulgação da Carta, seis emendas (emendas constitucionais 3/93⁶, 20/98⁷, 41/03⁸, 47/05⁹, 70/12¹⁰ e 88/15¹¹) provocaram mudanças em garantias afetas à Previdência Social nos regimes geral, próprio e complementar.

Os argumentos são repetidos como mantras sagrados e compõem, na visão de Sidnei Machado, uma “genérica narrativa sobre as motivações da reforma”, em

guesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981; VIANNA, L. W., Liberalismo e sindicato no Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976; SOUZA, J., A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

5 De se notar algumas contradições das propostas e medidas em face da aprovação da elevação da desafetação de receitas no interesse do orçamento público, o que impacta as receitas do Instituto Nacional do Seguro Social. Tradicionalmente, a desvinculação das receitas da União, incluída pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, em 1994, tinha como objetivo rearranjar as contas da Fazenda, mantendo a estabilidade econômica. A previsão do art. 71 do ADCT foi complementada pelo que hoje se conhece como DRU, via Emenda Constitucional nº 27/01, mantida pela EC 42/03. A parcela que se desvincula do orçamento que constitucionalmente deveria ser direcionado à Previdência é massiva (20%), agredindo a concretização dos direitos sociais, o que referido “redimensionamento” não leva em consideração.

6 BRASIL. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, 18 mar. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

7 BRASIL. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Diário Oficial da União, 16 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

8 BRASIL. Emenda Constitucional nº 41 de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 31 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

9 BRASIL. Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 6 jul. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

10 BRASIL. Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012. Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional. Diário Oficial da União, 30 mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc70.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

11 BRASIL. Emenda Constitucional nº 80, de 7 de maio de 2015. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diário Oficial da União, 8 maio 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

que “ora se realça a questão demográfica brasileira, justificada pelo aumento da expectativa de vida, para sustentar a preocupação com a sustentabilidade futura do sistema previdenciário; ora se faz referência às exigências de uma reforma de urgência para contribuir com a crise gerada com o desequilíbrio fiscal”¹².

A retórica da crise previdenciária expressa de maneira singular a “culpabilização da pobreza”¹³. Não bastasse a ameaça de lesão aos direitos e/ou interesses dos cidadãos, os sucessivos vilipêndios aos direitos existenciais das gerações presentes e futuras, se lhes impõe ainda a infâmia de ser causa. A gramática de culpabilização das vítimas é ainda *um* algo além da retórica da motivação¹⁴. Atua diretamente no desempoderamento dos atores sociais, em um franco quadro de aprofundamento das assimetrias econômicas e sociais, em quebra do equilíbrio necessário ao pacto social amplo que se propõe.

Como motriz da retomada do crescimento, o argumento econômico, com a inexorabilidade que lhe é jaez, imprime *urgência*; o que pode traduzir, para além do caráter regimental peculiar nos processos legislativos em curso¹⁵, o propósito imediatista de solução de um impasse de grande magnitude social sem o necessário e adequado diálogo social.

Diálogo social, aliás, a que se obrigou a República Federativa do Brasil por compromissos internacionais múltiplos, e em particular pela Convenção número 144 da Organização Internacional do Trabalho, pela qual decisões que venham impor efeitos na vigência de norma internacional do trabalho, dentre as quais decorrentes dos compromissos constitucionais com a entidade (art. 19 §8º)¹⁶ e que estabelecem compromissos internacionais mínimos em matéria de proteção de social, devem ser dialogadas não apenas formalmente com entidades

12 MACHADO, S., As ambiguidades da Reforma Previdenciária. *Gazeta do Povo Website*, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/as-ambiguidades-da-reforma-previdenciaria-ek3706mgelm5z2lg4dwexul2f>. Acesso em: 28 jul. 2016.

13 Sobre o tema Cf.: SIQUEIRA, L., A pobreza como “disfunção” social: a culpabilização e a criminalização do indivíduo. *Argumentum*, Vitória (ES), v. 6, n. 1, p. 240-252, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/6032>. Acesso em: 28 jul. 2016.

14 Daí exsurge o posicionamento crítico de Noam Chomsky, em Carta Aberta às Nações Unidas, na qual, em conjunto com outros pensadores, questiona o posicionamento da organização em relação aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que, em sua visão, não representam os interesses da maioria da população, os explorados e oprimidos pela ordem política e econômica atual. (CHOMSKY, N. *et al.* Open letter to the United Nations. Disponível em: <<http://therules.org/petition/sdg-open-letter/>. Acesso em: 28 jul. 2016).

15 As proposições legislativas podem se submeter a quatro regimes distintos (urgência, prioridade, ordinário e especial). O Congresso vem utilizando, com frequência abnormal, o regime de urgência, no qual dispensa-se qualquer exigência, interstício ou formalidade, incluindo-se o mais rápido possível a proposição na ordem do dia, sendo indispensáveis apenas a distribuição de textos, os pareceres de comissão e o quórum de deliberação. Há três tipos de urgência, relativos à natureza da matéria, por requerimento de parlamentares ou por solicitação do Presidente da República. Sobre o assunto, cf.: QUEIROZ, A. A. de, Poder Legislativo: como é organizado, o que faz e como funciona. Brasília, DF: DIAP, 2014. Disponível em: <http://www.sindsaudejau.com.br/cartilhas/poder_legislativo.pdf. Acesso em: 21 jan. 2016. p. 38-39.

16 OIT. Convenção nº 144, de 1976. Consultas tripartites sobre as normas internacionais do trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/497>. Acesso em: 28 jul. 2016.

sindicais com representatividade¹⁷ nos respectivos setores sociais a serem atingidos¹⁸.

Diálogo social que exige um olhar não redutor da posição de aderente em um projeto político de equilíbrio econômico em prejuízo do equilíbrio social.

Diálogo social que se impõe em face do *devido processo negocial coletivo* e que guarda caráter dialogal sistêmico com as normas processuais civis, aplicáveis como norma geral de solução e aplicação de conflitos sociais (art. 2º, §2º, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁹).

Nesse sentido, de se destacar ser a expressão da dialogicidade do processo comum o instituto do *amicus curiae*, que provocou drástico alargamento no círculo tradicional de intérpretes e aplicadores das normas jurídicas em nosso sistema²⁰.

17 A Organização do Trabalho, por meio da Recomendação 152, atribui a expressão organizações representativas o sentido de efetiva representatividade social, à medida que, em claro papel de interpretação autêntica, exige a participação de entidades de trabalhadores e de empregadores que contem com maior representatividade local nas consultas reguladas pela Convenção 144. De se recordar que, no âmbito da legislação brasileira, que a Lei 11.648, de 31 de março de 2008, confiou às Centrais Sindicais a coordenação da representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas e contam com a prerrogativa de participação em negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores. Além disso, a Recomendação 152 da Organização Internacional do Trabalho reitera como condição de validade da consulta social, o pleno gozo das prerrogativas insitas à liberdade sindical pelas entidades consultadas, o que evidencia a permanente preocupação da Organização Internacional do Trabalho com as condições do exercício do direito de liberdade sindical na particular dinâmica de consultas afetas às normas e obrigações internacionais do trabalho. Desse modo, as entidades consultadas, tanto no plano de sua constituição, administração e principalmente no exercício de ações concretas devem gozar de plena liberdade, o que inclui a liberdade de manifestação acerca de propostas que afetem os compromissos internacionais em direitos sociais, o direito de negociar as decisões que venham afetar a classe dos trabalhadores e os setores representados, bem como a adoção de ações coletivas de pressão voltadas ao atendimento de seus interesses.

18 O artigo 2.1 da Convenção 144 da Organização Internacional do Trabalho impõe para seus signatários o compromisso de pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas a entidades de maior representatividade local de empregadores e dos trabalhadores, eleitos para essa finalidade, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho. Figuram dentre as obrigações de mecanismos de diálogo social as consultas referentes as informações prestadas para fins de debates técnicos, considerando inclusive, “as respostas dos Governos aos questionários relativos aos pontos incluídos na ordem do dia da Conferência Internacional do Trabalho e os comentários dos Governos sobre os projetos de texto a serem discutidos na Conferência;” Também são consideradas temáticas de consulta efetiva “as propostas que devam ser apresentadas à autoridade ou autoridades competentes relativas à obediência às convenções e recomendações, em conformidade com o artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho”; bem como o reexame, dentro de intervalos apropriados, de Convenções não ratificadas e de recomendações que ainda não tenham efeito, para estudar que medidas poderiam tomar-se para colocá-los em prática e promover sua retificação eventual e as propostas de denúncias de convenções ratificadas. A Recomendação 152 alargou ainda a obrigação de consulta tripartite para as questões que possam afetar as memórias, ou seja, as informações comunicadas à Secretaria Internacional do Trabalho em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

19 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/DecretoLei4657.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

20 O Novo Código de Processo Civil enuncia que “o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação”. (BRASIL. Lei

No terreno hermenêutico constitucional, a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição encontra-se plenamente contemplada no ordenamento brasileiro, tanto no controle concentrado de constitucionalidade [Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, ADPF] como no controle difuso de constitucionalidade. O que exige, por idênticos fundamentos, concluir pelo necessário caráter dialógico a permear o mapeamento do estado da excepcionalidade.

Diálogo social necessário e não enganoso que supõe considerar *possibilidades, desenhos institucionais variados na multiplicidade de saberes e olhares sobre a realidade, e desigualdades iniciais*²¹.

Nas palavras de Bagolini:

Deste ponto de vista uma participação autêntica, e não enganadora, parece implicar seja a possibilidade do diálogo entre indivíduos de diversas tendências ideológicas, seja, consequentemente, a confiança em uma democracia pluralista e, sobretudo, a confiança na política como atividade que ultrapassa os limites da tecnoestrutura²².

nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016) Em Palestra proferida no dia 22/11/2011 em Audiência Pública no Congresso Nacional defendi que o alcance geral da figura do *amicus curiae*, tal qual proposto no projeto, amplia o raio de intérpretes das normas do ordenamento jurídico, circunscritos ao tradicional círculo de operadores/intérpretes oficiais, engendrando no processo hermenêutico elemento pluralista da sociedade. Em compasso com os ensinamentos de Peter Härbele, para quem “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. ”. A participação ativa do destinatário da norma quebra o monopólio da interpretação/aplicação por operadores tradicionais e oficiais, figurando como medida de adequação às exigências de uma sociedade democrática e plural e que se faz presente também como mecanismo legitimador do processo legislativo/hermenêutico institucionalizado.

21 Considerando as dificuldades de acesso à informação, *um* processo negocial coletivo deveria observar o que prescreve o princípio da hipossuficiência probatória. Dispõe o Código de Processo Civil que “considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. ” O instituto tem conexão com o direito de acesso à justiça e realização de direitos humanos. Por técnica de interpretação histórica (e não para o exercício de uma egolatria) mas tão somente para desvelar a *mens legislatores* do dispositivo processual registro que repousam nas memórias da Comissão Especial da Câmara do Congresso Nacional do Código de Processo Civil síntese da defesa técnica do instituto de minha lavra “O princípio da aptidão para a prova, tal qual apresentado na proposta, permite ao juiz a inversão do ônus da prova, quando verificada a hipossuficiência probatória de uma das partes, independentemente do prévio reconhecimento legislativo de uma posição de vulnerabilidade. Trata-se de importante medida de quebra do formalismo abstrato que deflui do princípio da igualdade e isonomia processual. [...] As relações privadas nem sempre se pautam pela igual oportunidade de reconstrução fática no processo e por isso a máxima relevância desta proposta. A sociedade plural, marcada por diversas relações assimétricas, supõe não sermos todos iguais e a inversão do ônus da prova manifesta-se como instrumento que engendra as naturais desigualdades sociais nas relações processuais. A norma também sobrepõe às regras formais o princípio da justiça, entregando ao juiz autoridade para alterar a responsabilidade pela produção da prova em favor daquela parte que não tem aptidão para produzi-la. Reforça, portanto, operacionalmente, o direito do cidadão a uma decisão justa.” (REIS, Daniela Muradas. O projeto de Código de Processo Civil: perspectivas e impactos no Direito Processual do Trabalho. Palestra proferida no dia 22/11/2011 em Audiência Pública no Congresso Nacional [Comissão Especial do Projeto do novo Código de Processo Civil]).

22 BAGOLINI, L., Filosofia do trabalho: O trabalho na democracia. Trad. João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1997. p. 84. Sobre a participação política e trabalho confira ainda SILVA, Antônio Álvares da. Co-gestão no estabelecimento e na empresa. São Paulo: LTr, 1991.

O olhar dos direitos humanos exige ter em conta o pluralismo em dimensão substancial da democracia nas raias obrigatorias de perceber a dimensão do outro, atenta ao contraditório como princípio de processualidade, no campo das ideias e da formação e da informação.

Assim, a democracia como projeto e como prática²³:

[...] supone ampliar la participación y la deliberación pública a amplios sectores de la sociedad que se han visto secularmente marginados, pero también avanzar en la efectiva titularidad de derechos económicos, sociales y culturales. [...]. Significa que la ciudadanía, como valor irreducible, prescribe el pleno derecho de cada uno, por el solo hecho de ser parte de la sociedad e independientemente de sus logros individuales y recursos monetarios, a acceder a ciertos umbrales de bienestar social y reconocimiento. Esto también significa avanzar hacia una mayor igualdad en materia de acceso, sobre todo en campos como la educación, la salud, el empleo, la vivienda, los servicios básicos, la calidad ambiental y la seguridad social. Al traducirse en umbrales mínimos —e incrementales— de bienestar y de prestaciones, indirectamente la igualdad de derechos impone límites a la desigualdad en el acceso, sobre todo cuando esa desigualdad, en cierto punto, se traduce en que parte de la sociedad se vea privada del acceso definido normativamente a partir del enfoque de la titularidad de derechos. La igualdad de derechos provee el marco normativo y sirve de base a pactos sociales que se reflejan en más oportunidades para quienes menos tienen. Un pacto fiscal que contemple una estructura y una carga tributaria con mayor efecto redistributivo, capaz de fortalecer el rol del Estado y la política pública de modo de garantizar umbrales de bienestar, es parte de esta agenda de la igualdad en la que se incluye una institucionalidad laboral que proteja la seguridad del trabajo²⁴.

Por fim, em uma perspectiva dialogal, *exige-se ainda delinear o problema com o olhar mais largo e enfrentar a questão sob a ótica das possibilidades. A restrição de direitos é a única alternativa?*

23 A esse propósito: “A democracia não é um lugar onde se chega. Não é algo que se possa alcançar e depois se acomodar pois é caminho e não chegada. É processo e não resultado. Desta forma a democracia existe em permanente tensão com forças que desejam manter interesses, os mais diversos, manter ou chegar ao poder para conquistar interesses de grupos específicos, sendo que muitas vezes estas forças se desequilibram, principalmente com a acomodação da participação popular dialógica, essência da democracia que defendemos, e o desinteresse de participação no processo da democracia representativa, pela percepção da ausência de representatividade e pelo desencanto com os resultados apresentados.” MAGALHÃES, J. L. Q. de, O resgate da democracia representativa através da democracia participativa. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. nº 44, 2004, p. 189.

24 CEPAL. La hora de la igualdad: brechas por cerrar, caminos por abrir. Trigésimo Tercer Período de Sesiones de la CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) Website, Mayo 2010. Disponible em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/13309-la-hora-la-igualdad-brechas-cerrar-caminos-abrir-trigesimo-tercer-periodo>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

2. A EXCEPCIONALIDADE PREVIDENCIÁRIA: OS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS COMO RESERVA DO POSSÍVEL

Ab initio, as *consideranda* de ordem epistemológica e metodológica.

Para se dimensionar o problema da excepcionalidade orçamentária, é necessário analisá-la sob o olhar dos direitos humanos, a exigir uma descrição do universo orçamentário não como uma cifra que, por tamanhos dígitos, torna-se algo mais abstrato do que já é um algarismo e que relacionado a tantos outros indicadores passa a grau de abstração ainda maior, de sorte que só os que não sofrem alguma forma de discalculia, como eu, podem atribuir-lhe algum sentido²⁵.

Propõe-se então analisar o orçamento como algo conexo ao seu sentido essencial: o de provimento de uma necessidade humana concreta. Engendra-se assim na compreensão numérica os caros valores antropo-éticos²⁶. Compreensão que exige ir além das rubricas e tantos provimentos administrativos burocráticos, para contextualizar as temáticas, apresentar as problematizações emergentes da própria tessitura social envolvidas nas respectivas dotações, bem como cotejar as referências das alocações, revelando, globalmente, a linha de coerência da aplicação do conjunto de receitas consideradas as necessidades na complexidade social²⁷.

Estudos econômicos recentes sugerem a ineficácia das políticas de austeridade previdenciária²⁸ e põem em xeque a ideia da restrição de direitos sociais como mecanismo único apto ao saneamento orçamentário da Previdência Social. As variadas propostas alternativas ao regime de austeridade previdenciário, em particular as que discutem a questão sob a ótica desenvolvimentista e as que propõem uma justiça tributária mais equânime continuam sendo *solenemente* ignoradas²⁹.

25 Vale a máxima, por tantas vezes já citadas, de Itamar Franco, que, quando questionado sobre o político (ético) e o econômico (poiético) “respondeu, ao lhe dizerem que não era possível conceder aumento aos militares, ao argumento de que as contas não mentem: ‘as contas, não, mas quem as faz, sim’”. (SALGADO, J. C., O estado ético e o estado poiético. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Ed. 2., 1998, ano XVI. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=3>. Acesso em: 28 jul. 2016).

26 Arnaldo Süsskind, em conferência, lembrando Márcio Moreira Alves, demonstra que a economia passa a enfocar como centro de sua reflexão não o homem, mas os números. (SÜSSEKIND, A., A Globalização da Economia e a Organização Internacional do Trabalho. Conferência realizada na Faculdade de Direito da USP em 08/03/99).

27 Nesse sentido, registre-se o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do caráter global para fins de cumprimento das obrigações internacionais decorrentes do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo tal dispositivo “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

28 MURTEIRA, M. C., O essencial sobre a economia das pensões. Coimbra: Angelus Novus, 2011.

29 Nesse ponto, cita-se o Projeto de Lei nº 315 de 2015 do Senado, que cria o Imposto sobre Grandes Fortunas, em discussão na Comissão de Assuntos Econômicos desde setembro de 2015, bem como o PL nº 130

Desconsiderando a possibilidade de alternativas ao modelo de austeridade fiscal, triunfa nos círculos institucionais a ideia de excepcionalidade econômica a justificar novos pactos sociais de revisão das dimensões do Estado de Bem-Estar Social.

Nesse sentido, conclui Antonio Baylos:

Mas o mais significativo –e quiçá no que menos se tem reparado– é que tem-se conseguido impor uma situação de exceção que justifica a emanação de normas de urgência sobre a base de uma excepcionalidade a qual derroga elementos essenciais dos direitos democráticos reconhecidos com o caráter fundamental nas respectivas constituições nacionais bem como em Tratados Internacionais sobre direitos humanos que vinculam os Estados-membros³⁰.

Proliferam argumentos orçamentários, que se destilam como dogmas aptos a justificar, *inclusive*, o que demonstra grau de autoridade do discurso econômico, a ruptura de mandato político alcançado por processo eleitoral *válido* por presunção de direito e *legítimo* por ser estribar em voto direto e secreto ao que se obriga todos os cidadãos brasileiros entre 18 e 70 anos e se faculta entre 16 a 18 anos e para os maiores de 70 anos.

3 OS DIREITOS ECONÔMICOS CULTURAIS E SOCIAIS: O NÃO REGRESSO COMO EXIGÊNCIA ÉTICA E COMO COMPROMISSO INTERNACIONAL

Na contramão da pauta reformista, os direitos humanos, com lastro nos valores universais da *dignidade da pessoa, liberdade, igualdade e fraternidade* figuram como conquistas históricas definitivas da humanidade, seguem reclamando tutela vigorosa. Relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais exige-se ainda uma realização sempre *progressiva*, razão pela qual acerca destes direitos *não se pode admitir o retrocesso*.

Na lapidar passagem de Fábio Konder Comparato:

A consciência ética coletiva [...] amplia-se e aprofunda-se com o evolver da História. A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos. É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto de direitos

de 2012 da Câmara dos Deputados, de mesmo conteúdo e que está sujeito à apreciação do plenário desde 2012. Também pode ser trazido como exemplo de aplicação prática de justiça tributária o PL nº 588 de 2015 do Senado, que prevê a incidência de imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), sobre a distribuição de lucros e dividendos, em discussão na Comissão de Assuntos econômicos há mais de quatro meses e sem previsão de votação. Todos eles se encontram paralisados.

30 BAYLOS, A., Excepcionalidade política e neoliberalismo: Europa e Brasil. In: PRONER, C.; CITTADINO, G.; TENENBAUM, M.; RAMOS FILHO, W. (Coords.). A Resistência ao Golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016, p. 44-45.

fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais³¹.

Embebidos pelos mais altos valores humanistas, encontram-se nos documentos internacionais consagradores dos direitos humanos expressas disposições proibitivas de redução do alcance de proteção da pessoa humana, sendo peculiar à categoria de direitos econômicos³² sociais e culturais a *progressividade*³³.

O não retrocesso social, para além de uma obrigação internacional decorrente de expressas disposições em tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil figura como princípio geral de direito internacional público, a orientar o cumprimento de obrigações internacionais no âmbito dos direitos humanos.

31 COMPARATO, F. K., A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 53.

32 Washington Peluso Albino de Souza, em suas *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, esclarece que retrocesso tem caráter dinâmico, refere-se à modificação do *status quo* e traduz um sentido negativo. Traçando as diferenciações terminológicas entre desenvolvimento, crescimento e retrocesso, afirma: Para melhor situarmos o seu tratamento como tal, recorreremos à sua conceituação científica, quando as teorias a respeito o apresentam fundamentado no sentido dinâmico de modificação do *status quo*, na direção de configurações diferentes das atuais. A partir desse ponto, faz-se necessária a diferença entre o seu conceito e o de 'crescimento', podendo ambos incluir-se, sem qualquer confusão, na ideia de 'progresso'. O dado referencial, diferenciador, pode ser tomado, portanto, como ideia de 'equilíbrio', a ele preendendo-se a de 'desequilíbrio'. No 'crescimento', tem-se o 'equilíbrio' das relações entre os componentes do todo, podendo haver o seu aumento quantitativo ou qualitativo, porém mantidas as proporções dessas relações. No 'desenvolvimento', rompe-se tal 'equilíbrio', dá-se o 'desequilíbrio', modificam-se as proporções no sentido positivo. Se tal se verificasse em sentido negativo, teríamos o retrocesso, a recessão, embora também como forma de 'desequilíbrio', pois igualmente rompida com o *status quo ante*. (SOUZA, W. P. A. de, *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTD, 1999, p. 404).

33 Neste diapasão, podemos indicar o art. 30 da Declaração de Direitos do Homem, que estabeleceu que nenhuma de suas disposições poderia ser "interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades" nela estabelecidas. Ainda podemos citar o art. 5º do Pacto de Direitos Civis e Políticos, art. 5º do Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos de 1966, que prescrevem a *inviabilidade* das suas disposições serem interpretadas no sentido de reconhecer a prática de atos atentatórios aos direitos ou liberdades neles reconhecidos ou ainda *de se lhes impor limitações mais amplas* do que aquelas neles previstas. Além disso, constam dos Pactos de direitos humanos de 1966 a garantia de inviabilidade de "restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau". No mesmo sentido a *vedação ao retrocesso* ainda foi expressamente reiterada nos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos de Teerã de 1968 e Viena de 1993. Outros diplomas internacionais também contemplam o princípio de *vedação ao retrocesso*, pugnando pela progressividade da proteção da pessoa humana. Neste sentido o art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o art. 1.1 da Convenção contra a Tortura e o art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros. Na conclusão de MARTINEZ, "Em geral, os instrumentos internacionais de direitos humanos estabelecem que nenhuma de suas disposições autoriza a limitar os direitos protegidos em maior medida prevista, a limitar o gozo e exercício de qualquer outro direito ou liberdade que possa estar reconhecido em outra norma internacional ou interna em vigor, nem a excluir ou limitar o efeito que podem produzir as normas consuetudinárias em matéria de direitos humanos". (MARTINEZ, G. O., *Guía legal sobre la utilización de los convenios y recomendaciones de la OIT, para la defensa de los derechos indígenas. Serie Guías Legales – Derechos Indígenas*. n. 3. San José: Oficina Internacional del Trabajo, 2002. p. 203).

O seu largo reconhecimento por instâncias internacionais competentes, em particular pelos Órgãos aos quais compete o controle especial da matéria em âmbito global e nos sistemas regionais, nos permite categorizá-lo como fonte de direito, na conformidade com o art. 38 da Constituição da Corte Internacional de Justiça. Como fonte do Direito, de suas raias normativas defluem obrigações que se enquadram como *ius cogens*, já que na larga tradição internacionalista essa natureza se confere aos direitos humanos. Assim, a vedação de regressividade social é primado se impõe a todos os sujeitos de Direito Internacional Público, pela natureza imperativa e operativa a que se lhe empresta, conforme extenso repertório de sua aplicação pelos Organismos Internacionais no âmbito de suas competências reconhecidas por tratados ratificados pela República Federativa do Brasil.

A progressividade econômica, social e cultural inscrita nos tratados internacionais de Direitos Humanos institui, valendo-me das considerações de Rolando E. Gialdino, obrigações internacionais em três dimensões distintas: em caráter dinâmico, unidirecional e em razão do núcleo rígido interno dos direitos humanos³⁴.

O compromisso internacional de progressividade, em perspectiva dinâmica, se expressa pelos esforços de implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais por todos os *meios adequados*, considerados os *recursos disponíveis* em aplicação que preconize o sentido unidirecional *de avanço, de marcha adiante*.

Como norma *programática* que é, anuncia plano de ações concretas, que em consonância com os organismos multilaterais competentes, dentre os quais o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, consistem em *deveres-providência*, caracterizando violação ao PIDESC condutas omissivas estatais³⁵.

Entendimento que se alinha ao conjunto teórico de referência da aplicabilidade das normas jurídicas assentado nos círculos científicos³⁶ e institucionais brasileiros, pelo qual as normas programáticas de natureza superior prescrevem

34 GIALDINO, R. E. Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 37, San José C. R., Janeiro-Junho 2003, pp. 87-133.

35 “La violación de obligaciones en materia de derechos humanos debido a “omisiones” por parte de los Estados, se encuentra claramente establecida en derecho internacional, no sólo en relación a los derechos de carácter civil y político, sino que también en referencia a los derechos de carácter económico, social y cultural”. (SEPÚLVEDA, M., La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las obligaciones derivadas de la expresión “progresivamente” contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: COURTIS, C., Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 126).

36 Registre-se a opinião de Alexy, para quem se distinguem os deveres de providência em duas dimensões distintas. Em acepção mais larga, corresponde ao cumprimento do dever de proteção fundado no Estado de Direito, não apenas como um garante de padrões mínimos de justiça social, ao passo que em sentido estrito corresponde a um direito subjetivo a prestações fáticas decorrentes da atuação do Estado Social. (ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales. Trad. E. G. Valdés, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997, p. 395 et seq.).

deveres ao Poder Público e as condutas omissivas significam, sobretudo, a ruptura com o Estado de Direito³⁷.

De se argumentar, então, poder ser o *dever programático* de progressão nos níveis globais de proteção social obstado pela *reserva do possível e mitigado em regimes de exceção conforme o estatuto jurídico de salvaguarda e garantias da pessoa humana no plano internacional*. Nesse ponto toca a máxima “ad impossibilia nemo tenetur” – ninguém é obrigado a fazer o impossível.

Eis o *quid* da questão! Sob o prisma moral, chega a ser tormentosa a aporia. Afinal, os efeitos das medidas preconizadas recaem em segmentos sociais de reconhecida vulnerabilidade³⁸, quais sejam, idosos e pessoas com deficiência dependentes da Previdência Social.

Assim, a se reconhecer o estado de exceção e por conseguinte ações de recomposição das reservas e previsões orçamentárias como imposição de realidade, *de se impor precedentemente os ônus econômicos decorrentes da limitação orçamentária às classes sociais que, avaliad as possibilidades econômicas, contam com maior capacidade de contribuir*, à luz do que *preconiza a igualdade como princípio de justiça, e considerada a máxima aristotélica de tratamento na medida de desigualdade, e o princípio da capacidade contributiva, como baliza da lei*.

Assim, se na matemática da crise, a equação há de considerar como variável *humanista* o senso tão refinado quanto pragmático de igualdade jurídica, os cortes ou aportes econômicos devem preferentemente provir da classe social que, sopesada a condição econômica, tem maior *capacidade contributiva*.

Conforme expõe Jorge Leite, há de se considerar, no mínimo, o princípio constitucional da igualdade, a orientar a repartição dos sacrifícios em momentos de crises:

37 Ressalte-se o posicionamento de Temer, para o qual, diferentemente do que pode demonstrar com sua atuação política, as normas programáticas são “dotadas de eficácia jurídica porque têm o efeito de impedir que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dê plena aplicabilidade.” (TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 27).

38 Dentre os vários enfoques dados ao termo vulnerabilidade social, observa-se um razoável consenso em torno a uma questão fundamental: a qualidade do termo deve-se a sua capacidade de captar situações intermediárias de risco localizadas entre situações extremas de inclusão e exclusão, dando um sentido dinâmico para o estudo das desigualdades, a partir da identificação de zonas de vulnerabilidades que envolvem desde os setores que buscam uma melhor posição social, até os setores médios que lutam para manter seu padrão de inserção e bem estar, ameaçados pela tendência a precarização do mercado de trabalho. Tudo isso em confronto com a estrutura de oportunidades existentes em cada país em um dado momento histórico. Também a partir da delimitação crítica em relação ao termo exclusão, as discussões sobre o mercado de trabalho, segundo alguns estudos, teriam encontrado na definição de vulnerabilidade um maior poder explicativo, frente a um quadro cada vez mais complexo, dada a heterogeneidade das situações de precarização existentes. O conceito de vulnerabilidade, pela sua capacidade de apreensão da dinâmica dos fenômenos, tem sido, na opinião de muitos autores, apropriado para descrever melhor as situações observadas em países pobres e em desenvolvimento, como os da América Latina, que não podem ser resumidas na dicotomia, pobres e ricos, incluídos e excluídos. (REIS, D. M.; REIS, P. M., A vulnerabilidade como condição comum às vítimas do tráfico de seres humanos para a exploração do trabalho. Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 5399-5428).

O princípio da igualdade proíbe, como repetidamente tem sido afirmado pela doutrina e pela jurisprudência, medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, diferenças de tratamento materialmente não fundadas ou sem fundamento razoável, objetivo e racional (Ac. do TC 409/99), diferenças que tanto se podem traduzir na atribuição de uma vantagem como na imposição de uma desvantagem a determinada categoria social, sendo então importante apurar, uma vez que a igualdade é, por definição, um problema relacional, se, no caso concreto, a atribuição da vantagem ou a imposição da desvantagem à categoria social em causa tem ou não fundamento bastante, isto é, se há fundamento que sustente a justiça do esforço suplementar imposto³⁹.

A conclusão não se toma apenas pelo *princípio de justiça*. Afinal, o *princípio da capacidade contributiva* como primado constitucional que orienta o Direito Financeiro e notadamente o campo da formação de receitas públicas é largamente reconhecido em nossos Tribunais. Ademais, “o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência a sociedade que deve reger”⁴⁰.

Em contexto de escassez, em respeito as obrigações internacionais que defluem do Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (art. 26) e da Carta Americana de Direitos Humanos e do Protocolo Adicional de São Salvador, o núcleo de direitos já realizados não pode ser prejudicado em razão de o Estado tomar parte em diplomas internacionais consagradores de direitos humanos senão a observar, o valor de referência da igualdade⁴¹, até porque a própria República Federativa do Brasil preconiza dentre suas finalidades a superação das desigualdades sociais e regionais.

Na síntese de Flávia Piovesan:

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um living instrument, no já citado caso Villagran Morales contra a Guatemala, a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduziu a visão de que o direito à vida compreende não ape-

39 LEITE, J., Estatuto jurídico-constitucional do salário: considerações a propósito do art. 19 da Lei n. 55-A/2010. In: REIS, D. M.; MELLO, R. D. de; COURA, S. B. de C. (Coords.). Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013. p. 282.

40 PERELMAN, C., Lógica Jurídica: nova retórica. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 123.

41 O princípio da igualdade jurídica atua em duas dimensões diferenciadas. A primeira, de caráter formal, importa em igualdade perante a ordem jurídica. Já na segunda, a igualdade atua no plano material como reconhecimento da igual dignidade da pessoa humana. Nesta dimensão atua como matriz da cultura jurídica democrática e instiga a generalização concreta de direitos. É de se notar que a Declaração proclamou de maneira solene que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, *reconhecida como pessoa perante a lei*” (art. 6º, *in verbis*, grifos acrescidos). Assim, a fórmula consagrada não deixa dúvida da feição eminentemente material do princípio da igualdade acolhida pela Declaração. Neste sentido, destaque-se, inclusive, que o dispositivo reportado à condição humana perante a lei precede o dispositivo que consagra a igualdade formal. Portanto, a igualdade no tratamento legal decorre do fato da igual dignidade da pessoa humana, de identidade, pois, substancial e, por esta razão, todos têm de ser “iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”.

nas uma dimensão negativa –o direito a não ser privado da vida arbitariamente–, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais. Em outros julgados, a Corte tem endossado o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis. No caso *niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana*, a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que: “en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el art. 26 de la Convención, el Estado debe prover educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”.

No caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru* (2009),³⁸ a Corte condenou o Peru pela violação aos direitos à proteção judicial (art. 25 da Convenção Americana) e à propriedade privada (art. 21 da Convenção), em caso envolvendo denúncia dos autores relativamente ao não cumprimento pelo Estado de decisão judicial concedendo aos mesmos remuneração, gratificação e bonificação similar aos percebidos pelos servidores da ativa em cargos idênticos. Em sua fundamentação, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais (art. 26 da Convenção) suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não regressividade em matéria de direitos sociais. Endossou o entendimento do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de que as medidas de caráter deliberadamente regressivo requerem uma cuidadosa análise, somente sendo justificáveis somente quando considerada a totalidade dos direitos previstos no Pacto, bem como a máxima utilização dos recursos disponíveis⁴².

Sob a ótica de um dever que se irradia em caráter prospectivo, o não regresso alcança as margens temporais dos direitos humanos. Isso porque a necessidade de adequação de reservas financeiras também se anuncia como um pacto social futuro, em caráter reducionista de padrões sociais para gerações vindouras.

Valendo-me da sórdida ironia machadiana, “com os suspiros de uma geração é que se amassam as esperanças de outra...”⁴³ e, não raro, infunde-se o respeito ao

42 PIOVESAN, F., Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. In: MEZZETTI, L.; CONCI, L. G. A. (Coords.). Diálogo entre cortes. A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: OAB, 2015. p. 100-101.

43 ASSIS, M. de, Teoria do Medalhão. In: _____. Papéis avulsos. Rio de Janeiro: Lombaerts & C., 1994. p. 32. Disponível em: <<http://machado.mec.gov.br/images/stories/pdf/contos/macn003.pdf>> Acesso em: 3 ago. 2016.

caráter retrospectivo do princípio da segurança jurídica (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada) esquecendo-se solenemente do caráter prospectivo que lhes impõem os indissociáveis princípios da progressividade e não regresso.

Na advertência de Ingo Sarlet:

En cuanto al alcance de la seguridad jurídica, la dignidad de la persona humana no exige sólo una protección frente a actos de cuño retroactivo (esto, claro, cuando esté en juego una efectiva o potencial violación de la dignidad en alguna de sus manifestaciones), sino que incluye [...] una protección contra las medidas regresivas, aunque no puedan considerarse propiamente como retroactivas, ya que no afectan derechos adquiridos, actos jurídicos perfectos o la cosa juzgada. Basta recordar aquí la posibilidad de que el legislador, sea por medio de una reforma constitucional, sea por una reforma en el plano legislativo, suprima determinados contenidos de la Constitución o revoque normas legales destinadas a la reglamentación de disposiciones constitucionales, en especial en materia de derechos sociales, aunque lo haga con efectos meramente prospectivos. Así, nos topamos con la noción de lo que ha sido “bautizado” por la doctrina, –entre otros términos– como prohibición (o veda) de retroceso⁴⁴.

Para além da preservação dos níveis gerais de proteção, algumas garantias defluem da obrigação internacional de não regressividade social. Para além do dever geral de providência, a que se vinculam os poderes públicos a estabelecerem a observância dos deveres promocionais de bem-estar das gerações presentes e vindouras, há de se reconhecer na linha mesmo considerações mais profundas das linhas de pensar sobre o conceito de pessoa humana como sujeito de direito internacional público a merecer hoje verdadeira revisão em seus contornos tradicionais. Nesse sentido desenvolvem-se os entendimentos acerca do reto uso dos recursos naturais e as exigências de um desenvolvimento econômico sustentável.

Por aplicação desse *dever promocional de caráter prospectivo*⁴⁵ se reconhece que “no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método asseguratório

44 SARLET, I. W., La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: COURTIS, Christian (Org.). *Ni un paso atrás*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 329-359.

45 Deve-se destacar, neste ponto, que os princípios da norma mais favorável e o princípio da progressividade dos direitos sociais, embora relacionados, não se confundem. O princípio da norma mais favorável, cunhado na tradição justicialista, atua em dimensões distintas na ordem juslaboral (orientativa, interpretativa e hierarquizante) e enuncia que na criação, interpretação e aplicação da norma jurídica trabalhista deve-se considerar a melhoria das condições sociais do trabalhador. Na dimensão de fonte material, o princípio da norma mais favorável *orienta* o processo legislativo, *estimulando* a elaboração de normas que visem à elevação das condições sociais da classe trabalhadora. Ainda nesta ótica, o conteúdo normativo do princípio da norma mais favorável desporta como importante instrumento civilizatório, *atuando na preservação dos padrões sociais já assegurados pelo ordenamento jurídico estatal*. (Cf.: REIS, D. M., O Princípio da vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2010).

de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica”⁴⁶.

A ordem jurídica, ao instituir e estruturar os direitos previdenciários, estabelece *níveis sociais* que se incorporam ao “patrimônio jurídico da cidadania”, na expressão de Luis Roberto Barroso, e não podem ser simplesmente suprimidos ou mitigados à luz de balizas humanizadoras tantos dos seres em sua dimensão existencial concreta, senão também na sua projeção existencial vindoura⁴⁷.

Eis o sentido mais profundo do não regresso em direitos sociais: a solidariedade social na perspectiva *existencial futura da pessoa humana*, a exigir conformidade entre os desígnios de hoje e os desafios do amanhã. Sentido que impõe máxima responsabilidade no uso racional dos bens dispostos à serviço do humano, conforme já se delineou nos quadros do direito internacional de proteção ambiental.

CONCLUSÃO

No enlace entre a Economia e o Direito, há quem apregoe a preponderância da racionalidade instrumental da economia nas escolhas e decisões jurídicas, visão que desafia, de modo vezeiro, o sentido mais humanizado do Direito.

Afinal, ainda que consideradas a limitação de riquezas e as inevitáveis escolhas, rememore-se com Kant que no reino dos fins o que não tem preço tem dignidade, impondo-se a preferência do ser humano, de seu bem-estar, nas difíceis escolhas impostas pelas contingências de realidade.

Assim, compartilhando dos ensinamentos de E. Morin, a economia deve ser regida não por uma razão instrumental, mas pela máxima antropo-ética da excelência humana.

Na encadeação da lógica humanista e não matemática, pode evidenciar que o menor ou melhor caminho entre dois pontos nem sempre será uma reta... que existem pontos fora da curva e que, estimulados pela criatividade, outros desenhos podem ser rascunhados...

A esperar o porvir, oxalá em uma sociedade vazada nos mais altos e caros valores humanistas que o dialogo social autêntico e os compromissos internacionais sempre hão de afiançar.

46 STRECK, L. L., *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 37-38.

47 BARROSO, L. R., *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

INDAGACIONES SOBRE LA HUELGA: CUESTIONES DE MÉTODO, DEFINICIÓN Y DERECHO

Hugo Barreto Ghione

Profesor Titular (grado 5) de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Director del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República

1. Presentación. 2. Presupuestos metodológicos. 3. La definición de huelga como problema. 4. Actualidad del derecho de huelga. 5. Significación.

Resumen: Frecuentemente, el tratamiento de la huelga en los ámbitos académicos se origina en la preocupación en torno a un conflicto en particular, en la crítica a las restricciones que puede ser objeto por vía de la declaración de servicios esenciales, o en su reglamentación en los procesos de reforma laboral. Esas urgencias aplicadas a su estudio parecen decir que nunca llega el tiempo de dedicar al tema unos desarrollos más detenidos sobre sus presupuestos metodológicos de conocimiento, estudio y definición o su proximidad con otros derechos surgidos en la argamasa de las luchas democráticas. El presente artículo pretende contribuir en una perspectiva más mediata que tome en cuenta esos elementos de análisis.

Abstract: Frequently, the processing of the strike in the academic fields comes from the concern in a particular conflict, in the criticism to the restriction which can be produced because of the essential services, or in its regulation in the processes of labor reform. Those urgencies applied to this study may mean it is never the time to spend some accurate developments on the subject about its methodological issues of knowledge, study and definition or its closeness to other rights risen in the cement of the democratic struggles. This article tries to contribute in a nearby perspective which takes into account those analysis items.

Palabras clave: Derecho de huelga, metodología, definición de huelga.

Key words: Right to strike, methodology, definition of strike.

1. PRESENTACIÓN

La huelga seguramente sea uno de los temas sobre los que más se ha escrito y debatido en derecho del trabajo. La discusión discurse, por ejemplo, en torno a su definición y límites, a su reconocimiento constitucional e internacional, sus titulares, las diversas modalidades de ejercicio, su calificación, finalidad, requi-

sitos, afectación de otros intereses y derechos, medios de solución, cláusulas de paz, servicios esenciales, efectos sociales, económicos y jurídicos, la eventual aplicación de categorías del derecho privado (abuso de derecho, proporcionalidad, buena fe), etc. Distinciones todas aplicadas sobre un sentido último y común que bien puede sintetizarse como una conducta de *resistencia al poder*, lo que vincula a la huelga con otras libertades y derechos movilizados históricamente por los procesos democratizadores del siglo XIX a nuestros días.

Para el objeto de nuestro tratamiento, la huelga funge como una expresión particular pero fundamental del conflicto laboral, que aparece como el género que la engloba. De acuerdo a un punto de vista de la teoría general del derecho que puede remontarse a Ihering, el conflicto puede erigirse en componente del origen mismo del derecho; no es la norma sino el conflicto de intereses lo que constituye la experiencia jurídica primaria, y el derecho no es otra cosa que un modo de resolverlo¹. La huelga, como contenido básico del conflicto, es entonces el germen del derecho del trabajo y uno de sus *particularismos*. Resulta fácilmente verificable que la norma laboral devino como parte de las respuestas a la cuestión social y al antagonismo de clase. Se trata por tanto de una disciplina que nace signada por la diferencia, la asimetría y la hiposuficiencia.

La función eminentemente “técnica” del derecho del trabajo, consistente en dotar de principios y procedimientos para reglar esa relación jurídica desigual, no podrá ella misma desembarazarse totalmente del conflicto genético, y toda pretensión de considerarlo como un dato metajurídico o meramente sociológico previo y ajeno comportará un formalismo vacío. Muy por el contrario, el derecho del trabajo, marcado por el conflicto que está en su origen, deberá convivir con él en la creación, interpretación y aplicación de las normas. Todas estas operaciones jurídicas quedarán teñidas por conflicto social, verdadera y última fuente del derecho laboral, y la batalla interpretativa podrá explicarse como una lucha simbólica por resultados valiosos² en las variadas zonas del derecho sustantivo y procesal y hasta en la propia enseñanza de la disciplina. En las relaciones individuales, esta controversia se explica por la obligación de sujetarse a las órdenes del patrono y por la consiguiente renuncia a espacios de libertad³.

Sin embargo, con ser importante, la huelga no es el único territorio de controversia en el mundo del trabajo, aunque es el más transparente y “público”. Una mirada integral del conflicto laboral debe ampliar el enfoque y dar entrada a quien queda a menudo fuera del campo visual, como si se tratara de un protagonista secundario: el desplazamiento de la mirada hacia el empleador permite

1 DÍEZ-PICAZO, L., Experiencias jurídicas y teoría del derecho. 3^a. Ed. Ariel, 1993, p. 6-7. Es significativa la declaración del art. 1º del Código de Trabajo de Guatemala: “el presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo y crea instituciones para resolver sus conflictos”.

2 BOURDIEU, P., Poder, Derecho y Clases Sociales. Desclée de Brouwer, 2000.

3 OJEDA AVILES, A., Derecho Sindical. 6 ed. Tecnos, 1992, p. 392. BARBAGELATA. Héctor-Hugo. El particularismo del derecho del trabajo. FCU. 1995. P. 9.

apreciar que las medidas de conflicto que implementa frecuentemente no son visibles, pero ello no las hace menos efectivas. Su opacidad o invisibilidad para la opinión pública (nunca el uso del poder directivo como medida de presión es titular de la portada de los periódicos, como sí ocurre con la huelga) radica en que sus medidas de presión aparecen confundidas con el ejercicio de las prerrogativas del poder directivo, y esa pátina de cotidianeidad les presta una especie de presunción de legalidad, bien distinta a la huelga, que por el contrario aflora siempre como una excepcionalidad que irrumpre y “altera” la paz social. Quedan así en el subsuelo de la realidad una diversidad de instrumentos de presión practicados por el empleador travestidos de naturalidad, como ocurre con los traslados, premiaciones retributivas antisindicales, deslocalizaciones, sanciones, listas negras, selección discriminadora al ingreso, etc. La sutileza de las medidas de presión del empleador no se deciden en asambleas numerosas ni se adelantan o anuncian ni se hace gala de ellas; no se hacen piquetes informativos ni se ocupan locales ajenos; simplemente se aplican en el ámbito reducido y “privado” donde explora su poder tanto como espacio encuentre de tolerancia sin el contrapoder del trabajador. No habrá registro ni medición estadística de ese tipo de medidas de conflicto. Una historia ciertamente esotérica.

La centralidad del tema del conflicto y la huelga como origen mismo del derecho del trabajo no va en saga de otros rasgos también relevantes que vale destacar, como es su *complejidad*, su *interconexión* con otras zonas del ordenamiento jurídico y su *significación* para la economía y la sociedad.

En efecto, la huelga es un fenómeno complejo, difícil de aprehender. A similitud de la libertad sindical, es un término de gran riqueza semántica, puesto que cuando se desata puede adquirir diversas modalidades y dar lugar a distintas conductas que trastocan la normalidad y que a la hora de su categorización jurídica dan lugar a las más encendidas discusiones en la dogmática laboral, una prueba más de la transición del conflicto de lo social a lo simbólico/normativo. En el tránsito de la huelga como hecho social a la huelga recepcionada jurídicamente mediante, por ejemplo, una definición contemplada en la legislación laboral, la huelga pierde casi siempre su potencial y hasta puede convertirse en una genuflexa manera de pedir permiso para incumplir el contrato. Desde este ángulo, la huelga solo ingresa al ámbito del derecho cuando se formaliza mediante reglas heterónomas, que es una manera de reconducir, disciplinar o aún dominar el foco, como es la experiencia de muchos países⁴. En definitiva,

⁴ Esta reacción en clave normativista demuestra así muy clara y elementalmente cómo la economía de mercado demanda invariablemente de dispositivos jurídicos que la hagan posible dejando sin sustento la “fe ingenua” en el orden espontáneo y recurriendo a regulaciones limitativas de las acciones gremiales que postulan el interés de los trabajadores para habilitar el libre juego del capital liberado de toda resistencia. V. SUPIOT, A., “*Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008*” en Revista Internacional del Trabajo vol. 129 (2010), núm. 2, p. 167. El derecho del trabajo tiene una función de “institucionalizar” el mercado de trabajo: JEAMMAUD, A., “*Mercado de trabajo y derecho del trabajo*” en Revista de Derecho Social, N° 39 (2007), p. 9 y ss.

esta tensión entre la realidad social de la huelga y su normatividad jurídica es una aporía tradicional, de equilibrios históricamente mudables⁵. Es posible también observar esta tensión huelga/normatividad como parte de un proceso dialéctico polarizado entre la *regulación* (entendida como garantía del orden establecido, que procura “despolitizar” el conflicto) y la *emancipación* (entendido como aspiración a un orden distinto)⁶.

El presente artículo justamente pretende encarar una serie de problemas que giran en el entorno de la noción o concepto de huelga, comenzando por plantear algunos presupuestos metodológicos que condicionan la investigación, el estudio y la elaboración dogmática, para abrirse luego a un conjunto de acechanzas y desafíos que la envuelven o afectan en dos planos: a) el de la definición y b) el de su reconocimiento como derecho. Finalmente recurriremos a una visión panorámica en la perspectiva de una búsqueda de una re/significación de su función en el derecho del trabajo.

2. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

Toda aproximación al conocimiento del derecho del trabajo (y de la huelga en particular) coloca al teórico ante la cuestión referida a la pretensión de *científicidad* de su tarea, y consiguientemente, frente al problema del método de investigación jurídica en una materia tan impregnada de componentes sociales, ideológicos y culturales, elementos que un espíritu purista puede llegar a calificar como un “obstáculo epistemológico” a desmalezar, distorsionando así absolutamente cualquier intento de explicación sobre las corrientes de fondo tendenciales del derecho del trabajo⁷. Sin entrar en consideraciones sobre estos perfiles de nuestra disciplina⁸, es preferible poner de manifiesto algunas perplejidades y señalar ciertas previsiones a tener en cuenta, de modo preliminar, cuando se encara el estudio del derecho del trabajo, y con mayor razón si ese

5 Módica prueba de esto son una serie de factores, como la extrema variabilidad de las soluciones comparadas (“ninguna ley nacional sobre huelgas es semejante a otras”, dice Wass) y la pertenencia de la huelga a un cuadro mucho más amplio de fenómenos, que incluye a la negociación colectiva. V. WASS, B., *“La huelga como un derecho fundamental y sus posibles conflictos con otros derechos fundamentales de los ciudadanos”*. Informe General III del Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Chile).

6 de SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta, 2009, p. 30-31.

7 ROSENBAUM, J. ha destacado el impulso de gobiernos “pro labour” en el contexto latinoamericano, integrando la evolución reciente del derecho del trabajo en un contexto político e ideológico. V. *“Rumbos actuales del Derecho del Trabajo en Sudamérica”*, rev. Der. Lab. T LVII, núm. 254, p. 197.

8 Sin participar decididamente de posiciones negativistas acerca de la viabilidad de una “ciencia” del Derecho del Trabajo, lo cierto es que la simple lectura de muchas contribuciones disciplinares revelan diáfanalemente el carácter interesado de su punto de vista, dirigido únicamente a alegar a favor de una determinada dirección de la aplicación de la norma jurídica, sin seguir procedimiento racional alguno que fijara un objeto, identificara un problema jurídico a su respecto, trazara hipótesis de interpretación y solución, las sometiera al análisis crítico y la refutación, las confrontara con datos empíricos, etc, para recién luego proponer una salida normativa determinada.

objeto es la huelga, sin dejar de reconocer el carácter “prescriptivo” y no meramente “descriptivo” de la dogmática jurídica, a tal punto que dice un conocido autor que “al fin y al cabo, un tratado de Derecho es –o puede ser– en algún sentido, Derecho positivo, Derecho vigente”⁹.

Entre los presupuestos metodológicos a contar para el estudio de la huelga corresponde indicar:

- a) Que un encare comparativo puede ser engañoso. Si bien a priori resulta elemental en cualquier estudio jurídico, presenta en el caso de la huelga complicaciones difíciles de sortear en tanto *su enfoque meramente descriptivo de lo normativo (sincrónico) deja fuera de campo el análisis de los mecanismos de autoregulación, de tanta relevancia en el derecho del trabajo*¹⁰, así como, fundamentalmente, los modos efectivos de ejercicio de la huelga en cada contexto (diacrónico), muchas veces situados por fuera de (esos) marcos legales deliberadamente estrechos;
- b) Ante la orfandad legislativa del derecho uruguayo en materia de huelga, conviene estar atentos a todo “trasplante”¹¹ o trasposición automática de doctrinas generadas en enclaves de producción jurídica provenientes de países con culturas jurídicas y tradiciones diversas, escritas para incidir en académicos, estudiantes y prácticos del medio donde se elaboran, que *terminan siendo recepcionadas localmente desatando “modelos de influencia” según lecturas, definiciones e interpretaciones*¹² de autores “canónicos”;
- c) Esta trasposición automática es todavía más decisiva si reparamos en que el derecho es un discurso que se “autoconstruye”, ya que “el derecho es lo que se dice sobre el derecho”¹³. Esta auto/referencialidad debe morigerarse y admitir ciertas aperturas a la realidad “extrasistémica”, o sea, fuera del campo formal, apertura inevitable en el caso de la huelga. Ejemplo claro de ello es la distancia sideral existente entre el ejercicio de la huelga en el medio social (y en la idea misma que de la huelga tienen los sindicatos) y los planteos solipsistas de *certas*

9 ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*. Ariel, 2013, p. 235. Hemos dicho en el prólogo a la edición de Los Principios del Derecho del Trabajo de Américo Plá Rodríguez que “todo discurso sobre el derecho que tenga un efecto sobre la forma de entender y vivir la “juridicidad” es, a la vez, parte de ese derecho. El discurso sobre el derecho del trabajo incide y modifica su objeto de estudio, que es el propio derecho del trabajo”. Ver “*Nuevas lecturas para Los Principios del Derecho del Trabajo*” en la obra citada. FCU, 2015.

10 DEAKIN, S.; LELE, P.; SIEMS, M., “*Evolución del derecho laboral. Análisis comparado de algunos regímenes*”. Revista Internacional del Trabajo, vol. 126 (2007), núm. 3 -4, p. 149.

11 TEKLÉ, T., “*El derecho del trabajo y la protección de los trabajadores en el Sur: la creciente tensión entre modelo y realidad*”, en el vol. Derecho del Trabajo y protección de los trabajadores en países en desarrollo. Plaza y Valdés editores, 2014, p. 10.

12 Un interesante enfoque crítico del estudio por los juristas locales de la “Teoría Trasnacional del Derecho” figura en el prólogo que Duncan KENNEDY escribe para el libro Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana de Diego López Medina. Legis, Univ. de los Andes, Univ. Nacional de Colombia, 2004.

13 GARCÍA AMADO, J. A., “Sobre los modos de conocer el derecho. O de cómo construir el objeto jurídico”. Doxa, N° 11, 1992, p. 194-196.

definiciones extrañas a las prácticas admitidas en la dinámica de las relaciones laborales;

d) Por otra parte, debe recordarse que el conocimiento jurídico no se limita a describir y dotar de explicación a un acontecimiento, sino que se dirige en lo esencial a orientar, influir y modificar la práctica social que es su matriz¹⁴. El jurista opera - mediante sus conceptualizaciones, clasificaciones, análisis - sobre el derecho positivo desde el lugar de la dogmática jurídica, pero sin admitirlo;

e) Es posible *distinguir tres niveles en el discurso jurídico sobre la huelga: 1) el hecho social de la huelga; 2) su normatividad jurídico-formal; y 3) el tratamiento dogmático de esa normatividad*. En el nivel 3) se produce la lucha simbólica de pareceres y cosmovisiones, obteniéndose distintos resultados en función de los diversos investigadores: el método de estudio (y con mayor razón en el caso de la huelga) está incidido por el concepto previo que tengamos del derecho¹⁵. *En este orden, corresponde preguntarse “qué hacemos cuando hacemos doctrina” una interrogación fundamental que debería hacer de nuestra tarea un objeto de reflexión y estudio singular, todo lo cual es una de nuestras principales carencias;*

f) Por todo ello en derecho del trabajo aplica, aunque no es siempre reconocido, la incidencia decisiva que representa el individuo (observante) respecto del fenómeno objeto de estudio (lo observado). En concreto, *la pretensión de una oposición dicotómica tajante entre objeto/sujeto, se desdibuja en nuestro caso para abrir paso a un reconocimiento de la relevancia de los modos, encartes y pre/compreensiones del investigador*¹⁶, así como sus modos de ver históricos, mediaciones que deberían constituirse en parte de la materia de estudio¹⁷. En este sentido, sería oportuno incorporar a las perspectivas de análisis jurídico/laboral, la identificación de los distintos lugares desde donde se elabora la doctrina, cada vez más diversificados (universidades, editoriales, estudios jurídicos, cátedras, órganos de opinión, grupos corporativos, etc);

g) La interferencia entre sujeto investigador/objeto investigado se agudiza en contextos universitarios como la mayoría de los latinoamericanos, que no permiten una dedicación total por restricciones presupuestales, lo que provoca que *el académico sea practicante él mismo (como profesional liberal) de esa práctica jurídica que es objeto de su estudio*¹⁸. La toma de partido en lo profesio-

14 SASTRE ARIZA, S., “Para ver con mejor luz: una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica”, en el vol. Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Christian Courtis ed. Trotta, 2006, p. 161.

15 Prólogo de Manuel Atienza para el vol. cit. Observar la ley, p. 10.

16 ZECCHETTO, V., La danza de los signos. Nociones de semiótica general. La Crujia, 2010, p. 146.

17 HORKHEIMER, M., “Teoría tradicional y teoría crítica” en el vol. Teoría crítica. Amorrutu editores, 1990, p. 223.

18 Al respecto, dice Chartier que la interrogación y la investigación sobre un campo específico de la cultura no debe soslayar que nosotros somos practicantes de esa práctica. V. SILVA, R., La lectura: una práctica cultural. Debate entre Pierre Bourdieu y Roger Chartier. Rev. Sociedad y Economía, Universidad del Valle, num. 4, 2003, p. 161 - 175

nal no es determinante del trabajo intelectual, pero la interferencia suele ser inevitable;

h) Por ello el análisis crítico del discurso jurídico puede ser de utilidad para revelar las concepciones de fondo de un texto, *ingresando en zonas que desacomodan al jurista, como es la ideológica*. Se trata de un método más de investigación del campo jurídico¹⁹, que hemos ensayado en otro lugar²⁰.

Con estas aprensiones podemos abordar ahora los problemas de la definición y del reconocimiento actual del derecho de huelga.

3. LA DEFINICIÓN DE HUELGA COMO PROBLEMA

Una de las búsquedas mas esquivas, casi a tientas, en el derecho colectivo del trabajo es la definición de huelga²¹ centrada en la determinación de cuales conductas caben en ese concepto y su finalidad. Esa búsqueda deja indefinidamente postergados una serie de análisis críticos sobre el problema último (y principal, a nuestro juicio), acerca de la construcción misma de una definición de huelga y sus consecuencias en el plano prescriptivo, ya que la adopción de una determinada opción conceptual se pre/constituye como norma jurídica en un modelo carente de regulación legal como el uruguayo²². En segundo término, la definición comporta una operación mediante la que un derecho –no limitado por ley alguna– encuentra su contorno o límite en la lógica de la definición dogmática²³. La definición funge así como sucedáneo de la reglamentación legal, y el decisor podrá recurrir a ella apelando a su uso como doctrina “generalmente admitida”. El ordenamiento “captura” la definición y *por esa vía dice lo que la huelga es y lo que la huelga no es*, y todo a partir de una construcción surgida al mundo jurídico por figurar en un manual de uso de derecho del trabajo^{24 25}.

19 COURTIS, C., “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”. En el vol. Observar la Ley, p. 349

20 En concreto, ensayamos este ejercicio “deconstrutivo” para demostrar la concepción formal que de la igualdad postuló la Suprema Corte de Justicia en oportunidad de declarar la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la ley N° 18572. V. BARRETO GHIONE, H., “Constitución y proceso laboral (notas sobre la sinuosa argumentación de un fallo de la Suprema Corte de Justicia)”, en rev. Der. Lab. T. LIII, N° 238, p. 221.

21 Una validación de esta afirmación mediante citas que la justificaran nos demandaría mucho espacio y seguramente resultaría baladí en atención a que resulta harto evidente que cada autor tiene una preferencia conceptual de la que deja constancia como si se tratara de una cuestión apodíctica.

22 Similar observación hace Giovanni TARELLO para el caso italiano en Teorías e ideologías en el Derecho Sindical, Comares, 2002, p. 75.

23 TARELLO, ob cit. p. 81.

24 Por ello Supiot señala que las técnicas jurídicas más recurridas para limitar la huelga son, justamente, la definición jurídica y la afectación del ejercicio mediante su calificación como “normal” o “abusivo”. V. SUPIOT, A., Derecho del Trabajo. Heliasta, 2008, p. 97-98.

25 Cabe preguntarse también acerca del efecto indirecto que pueden tener ciertas clasificaciones de la huelga que se hacen con apariencia de presentarse como distinciones de carácter meramente didáctico. Así puede ocurrir con la usual clasificación de la huelga como conflicto de “derecho” o de “interés”. La diferencia puede dar lugar a que los primeros puedan ser reconducidos a la aplicación judicial, por entenderse que los jueces son los “expertos” en la dilucidación de las cuestiones de interpretación del derecho, con la contracara que cualquier derivación hacia la huelga la torna ilegítima. V. OJEDA AVILES, ob. cit. p. 400-401.

En nuestro derecho han sido paradigmáticos los puntos de vista sostenidos por la doctrina que podemos clasificar como *normativos* y *realistas*, los que, en muchos casos reelaborando construcciones teóricas de autores extranjeros, han propuesto diversos encares metodológicos para definir la huelga. Dentro de la amplia panoplia de las tesis normativas, un rasgo común es la pretensión de trazar la figura de la huelga a partir de sus componentes fundamentales. Una de las definiciones más esgrimidas es por ejemplo la que prescribe que el concepto está compuesto por cuatro elementos esenciales, como son a) la abstención del trabajo normal, b) la existencia de un grupo que se abstiene conjunta o simultáneamente, c) que se ha concertado previamente d) para la defensa de un interés profesional colectivo²⁶. Otras definiciones más amplias y recostadas sobre posiciones que hemos calificado como realistas, definen la huelga como “toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta”²⁷. En oposición, las tesis que hemos llamado realistas critican el apriorismo de las definiciones, siendo en cambio partidarios de atender al uso que del término hacen los destinatarios del derecho, o sea, los trabajadores, quienes son en definitiva los que asignarán un significado puntual al término en cada caso²⁸. Las derivaciones que tiene cada modo de ver son bien diversas, y ello es demostrativo de la importancia que revisten las técnicas definitorias para el trayecto normativo y sus consecuencias jurídicas. Una definición precisa de huelga deja al margen lo que la huelga *no es*²⁹, y por consiguiente, para algunos autores, las medidas que se apartan –por ejemplo– de la “abstención total” de trabajar, se consideran incumplimientos contractuales y pueden entenderse como “desproporcionadas”, o que “rompen los equilibrios del perjuicio”³⁰ o cuestionan indebidamente los poderes del empleador.

Esta última calificación es particularmente interesante no solamente porque buena parte de las huelgas y conflictos se generan por discrepancias con el ejercicio del poder directivo, sino porque la huelga en sí misma es una forma de resistencia al poder, y toda mutilación de esa dimensión afecta gravemente

26 PÉREZ DEL CASTILLO, S., *El derecho de la huelga*. FCU, 1993.

27 ERMIDA URIARTE, O., “*Modalidades de conflicto colectivo*”, rev. Der. Lab. T XLII, N° 194, p. 255 y Apuntes sobre la huelga, FCU, 1996.

28 MANTERO ÁLVAREZ, R., *Límites al derecho de huelga*. Amalio Fernández editor. 1992.

29 Esos comportamientos marginados de la definición quedan expuestos a circular en un espacio que va de la simple manifestación de conflicto colectivo, desprovisto de las garantías constitucionales (como puede ocurrir con las huelgas intermitentes o rotativas para el caso de definirse al fenómeno como abstención colectiva del trabajo normal), a la directa calificación de conducta ilícita como el trabajo a desgano o a reglamento.

30 Una reseña de estas posiciones y su influencia en la jurisprudencia de los tribunales civiles que han amparado el derecho de los empleadores y de los trabajadores no huelguistas en caso de ocupación de los locales de trabajo figura en la contribución de Hugo FERNÁNDEZ BRIGNONE y Danubio MOREIRA “*La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos*” rev. Der. Lab. T LV, n(um. 248, p. 728.

un derecho que, como veremos, tiene una racionalidad que lo vincula con otros derechos y libertades con los que mantiene una interrelación histórica³¹.

Hay efectivamente en la definición de la huelga un error de método. Transitar el camino de la definición es una “forma de enseñar derecho (...) empobrecedora, pues los manuales difícilmente presentan las cuestiones jurídicas como problemas propiamente dichos. En general los manuales, y por limitación muchos trabajos jurídicos, comienzan con definiciones”³². Por otra parte, mientras las definiciones son necesariamente contingentes, históricas y variables, paradojalmente su empleo dogmático requiere, en cambio, que se presenten como permanentes, ya que ese sesgo de firmeza le presta un status de mayor confiabilidad para desatar consecuencias jurídicas³³. Finalmente, una definición incorporada a la ley cristaliza e inmoviliza la realidad en una temporalidad precisa, y el curso de las cosas desde el día siguiente a la definición legal, cuando los trabajadores “inventen” una nueva expresión conflictual merced al contenido complejo de la libertad sindical y la huelga, hará caer a la definición hacia un progresivo y rápido anacronismo.

Más que una definición, la investigación sobre la huelga requiere de la formulación de un problema y de discernir con claridad que vamos a trabajar sobre un concepto empírico (conductas de resistencia al poder) y no un concepto teórico (como puede ser “daño moral” o “salario justo”). La huelga es un “derecho vivo”, de ejercicio espontáneo y múltiple, esencialmente variable por las circunstancias temporales y tecnológicas³⁴. En todo caso, la huelga ha heredado una pesada rémora del pasado, cuando su efectividad dependía de una abstención colectiva y simultánea de trabajar cuyo paralelo y espejo era la fábrica fordista, a partir de la cual se gestó a su imagen y semejanza. Las transformaciones en las formas de trabajar y de organizar el trabajo dejó a esa definición de “abstención colectiva y simultánea de trabajar” sin base empírica, como si se tratara de un ritual vacío de contenido³⁵. No es una actitud “científica” mantener el campo conceptual inmutable, al margen de las transformaciones de la realidad que se pretende reglar.

31 Por otra parte, se da la paradoja que una relación pretendidamente sinalagmática aparece como fijando un límite a un derecho constitucionalmente reconocido, lo que da la idea de los extremos a los que puede llegarse por la lógica privatista del contrato.

32 de LIMA LOPES, J. R., “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”, en el vol. Observar la ley cit. p. 55.

33 Sin embargo, una mirada más detenida nos recuerda que las definiciones deben ser continuamente revisitadas, ya que lo que hoy “no es” según una definición, en el futuro puede “serlo” por lo cual se recomienda que lo negado en una definición deba quedar al alcance de la mano y preservado. STEINER, G., Gramáticas de la creación. Siruela, 2011, p. 133.

34 Y hasta dependiente en sus modalidades del sector de actividad en que se implemente, como puede fácilmente comprenderse si pensamos en una huelga en el sector financiero, metalúrgico, rural o educativo.

35 Por el contrario, el amplio campo que el abstencionismo legislativo deja en nuestro ordenamiento librado a la autorregulación es un marco adecuado a “las variaciones en las modalidades del ejercicio del derecho de huelga, tanto en el concepto definitorio de la misma como sus exteriorizaciones, que se promoverán según los cambios históricos” producidos a partir de la transformación de la empresa. CASALAS, C., “Modalidades del conflicto colectivo” en rev. Der. Lab. T. XLII, núm. 194, p. 260.

Queda todavía por señalar una contradicción insuperable para las posiciones normativistas en nuestro derecho: la definición de huelga preconfigurada dogmáticamente no es consecuente con el dispositivo constitucional del art. 57, que llama a reglamentar la huelga sobre la base de su “efectividad”, una orientación dirigida a consagrar y garantizar el impacto material de la norma en el medio social³⁶. El jurista, lejos de cuidar y conservar unas definiciones anquilosadas de huelga, debe ser dinámico copartícipe de la evolución del concepto (de huelga) a partir del empleo de la observación y de otros métodos que le proveen las ciencias sociales, que permiten en definitiva un conocimiento más acabado de la realidad. Nada más distinto a una definición inmutable que el art. 57 de la Constitución uruguaya cuando llama a reglamentar para garantizar la efectividad del derecho.

4. ACTUALIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

La *definición de huelga* tiene como función principal circunscribir el espacio dentro del cual calza con precisión el *derecho de huelga, y de acuerdo a esta premisa, cuanto más restrictiva sea la definición, mayor limitación va a sufrir el derecho de huelga*. Esta denotada circularidad hecho/derecho hizo decir a uno de los más prestigiosos doctrinos clásicos que “el problema consiste en distinguir entre el derecho de huelga y situaciones de hecho que, si bien sociológicamente se presentan (y se reconocen) como huelgas, no encuadran en el concepto de derecho de huelga. Este último es más restringido que el hecho de la huelga. La cuestión de la licitud o ilicitud se vincula estrechamente con esta diferenciación”³⁷. La opinión citada revela la arbitrariedad del “corte” que realiza, ya que a la vez que reconoce la amplitud del hecho social de la huelga, agrega que el derecho no alcanza toda la dimensión del fenómeno, y ello sin dar justificación de ese recorte, como si la categoría jurídica no tuviera que tener una correlación necesaria con la realidad que debe normar³⁸. Cabe en este momento recordar que a similitud de la libertad sindical –de la que forma parte– la huelga tiene un contenido semántico complejo. En efecto, refiriéndose a la libertad sindical se ha dicho que “libertad sindical es una fórmula lingüística abreviada de la que nadie podía sospechar su exuberancia semántica. La libertad sindical engendra el derecho a regular las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva y el derecho a condicionar su dinámica recurriendo a la huelga”³⁹. Los derechos de libertad sindical, de los que la huelga forma parte, son derechos

³⁶ CAPELLA, J. R., Elementos de análisis jurídico. Trotta, 1999, p. 85-87.

³⁷ KROTSCHIN, E., Manual de derecho del trabajo. Depalma, 1993, p. 311.

³⁸ Se priva así al lector de una explicación plausible de la razón por la cual dos conductas que se pueden dar en simultáneo en medio de un conflicto colectivo –y que son reconocidas por los actores como “huelga”– pasan sin embargo a ostentar un tratamiento diferente, en tanto una de ellas revestirá como derecho fundamental y la otra se verá recluida a la ilicitud.

³⁹ Romagnoli, U., “*La libertad sindical, hoy*”. Revista Derecho Social núm. 14, 2001, p. 9.

de “textura abierta”, o sea, derechos a la realización de una actividad cuya limitante se encuentra en elementos exógenos a la noción de huelga o de libertad sindical, ya que hacen a la esfera de derechos de terceras personas que puedan verse afectadas o a disposiciones del orden público.

No es ajeno a estos desarrollos llamar la atención sobre la naturaleza de derecho fundamental de la huelga.

Tanto a) su origen histórico en las inequidades provocadas por el modo de explotación capitalista, como la cuestión social, el martirologio, su carácter autodefensivo y su potencialidad transformadora, como b) su consagración jurídico formal en instrumentos de derechos humanos, parecen responder a una racionalidad que excede largamente la simple autorización al trabajador para que suspenda su prestación contractual obedeciendo así a un interés del colectivo de los subordinados, que prevalece temporalmente sobre la dependencia e interrumpe el flujo contractual.

“La forma de abordar la huelga como derecho fundamental –dice Baylos Grau– tiene que partir de la ‘función’ de este derecho, de su finalidad acorde con la lógica de expresión colectiva que lo sostiene. La huelga tiene por objeto alterar o paralizar la producción como forma de reivindicar un proyecto concreto de regulación del trabajo o impedir la efectividad de una propuesta empresarial restrictiva o contraria a los intereses de los trabajadores”⁴⁰. El carácter amplio de la huelga esta denotado, por ejemplo, en el art. 123 de la Constitución Mexicana, cuando declara la licitud de la huelga “cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital”⁴¹. El escenario de esas relaciones inmanentemente conflictivas llegaron a tal grado de tensión que en la víspera de su desenlace el Estado puso en juego su arbitrio y reconoció constitucionalmente unos derechos fundamentales de titularidad⁴² bifronte, y la posguerra los jerarquizó todavía mas a través de la actividad normativa de la OIT y de las Naciones Unidas merced a declaraciones y pactos internacionales que les dieron cabida⁴³.

Este “linaje” del derecho de huelga lo emparenta con otros derechos fundamentales civiles y políticos, ya que a similitud de ellos, es a la vez derecho y libertad,

40 BAYLOS GRAU, A., “Derecho de huelga, crisis económica y gestión sindical del conflicto” en Revista Derecho Social núm. 66, 2014, p. 13.

41 Queda así patentizado que la función del derecho de huelga es nítidamente macrosocial, ya que mediante su ejercicio se posibilita que el trabajo restablezca el equilibrio de libertades y derechos alterado por el poder del capital en una relación social pautada por un conflicto inevitable resultante del juego de intereses confrontados.

42 La otra forma de minimizar el derecho de huelga, quedó dicho, es su estricta regulación jurídica que recorte su potencial disruptivo. De esa injerencia legislativa se cuenta con sobrados ejemplos en la legislación latinoamericana, pródiga en prescribir procedimientos, preavisos y limitaciones variopintas

43 Todo este cuadro de derechos jerarquizados, reitero, parece desmesurado para tener como única finalidad el producir efectos contractuales que enerven la sanción y limiten el poder directivo; esa reducción lo menoscaba y desconoce el carácter político del derecho de huelga.

y en este último sentido, es concebida como una expectativa de omisión de toda lesión, amenaza, restricción o impedimento, derechos negativos a los que corresponden correlativas prohibiciones atribuidas a otros sujetos, entre ellos y fundamentalmente, al legislador. *Es posible así variar la perspectiva y estudiar los límites no desde el lado de las restricciones al ejercicio por sus titulares, sino desde el lado de la obligación de no interferencia por parte del legislador*⁴⁴. El aserto tiene vinculación con las libertades políticas en un doble sentido, horizontal y vertical, en la clásica visión de los derechos fundamentales. En efecto, por una parte se reconoce el efecto “horizontal”, ya que el derecho de huelga puede ejercerse en plenitud contra el empleador: “no es suficiente la libertad política y no importa que el individuo sea libre en el Estado, si no lo es en la sociedad. Por debajo de la falta de libertad respecto del principio, está la falta de libertad respecto del aparato productivo”⁴⁵. Pero en segundo término, esa valoración jerarquizada del derecho de huelga lo hace jugar en el espacio del resto de los derechos y libertades civiles y políticos, con los cuales mantendrá una relación de proximidad que, refiriéndose a la libertad sindical, Ermida Uriarte denominará como interdependencia entre los derechos sindicales y los demás derechos fundamentales. Desarrollando el punto dirá el autor “está universalmente admitido que no es posible el desarrollo de la libertad sindical sin la preexistencia efectiva de los demás derechos humanos y que tampoco es posible el completo ejercicio de éstos, sin la vigencia de aquella. En otras palabras, la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos y viceversa”. Y agrega: “El derecho a la libertad sindical depende de los demás derechos fundamentales, porque es prácticamente imposible constituir un sindicato libre y desarrollar una actividad sindical auténtica, si no se pueden ejercer derechos tales como, por ejemplo, el de reunión, el de libre expresión del pensamiento, etc”⁴⁶.

El Estado no podrá restringir indebidamente el derecho de huelga porque el derecho es también una libertad negativa al estilo del resto de las libertades civiles y políticas con las cuales está “interconectada”.

El reconocimiento del derecho de huelga a nivel constitucional e internacional no era un costado que generara mayores sobresaltos hasta 2012, cuando irrumpió en la Comisión de Normas en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo la posición del Grupo de los Empleadores cuestionando la interpretación que secularmente venía haciendo la Comisión de Expertos mediante la determinación del “alcance y significación” de los arts. 3º y 10º del Convenio Internacional del Trabajo núm.

44 La huelga, como otras libertades, es concebida como un derecho pero también como una “libertad negativa” que debe garantizarse a sus titulares. Desde esta visión, las ilicitudes de la huelga prohibidas en una regulación legal asfixiante, son antes que otra cosa, afectaciones estructurales del poder político que avanzan sobre el ámbito de la autonomía de los sujetos colectivos de manera ilegítima e inconstitucional.

45 PESES-BARBA, G., Prólogo a Igualdad y libertad, obra de Norberto Bobbio, Paidós, 1993.

46 ERMIDA URIARTE, O., Sindicatos en libertad sindical, FCU, 1985, p. 24.

87 sostenía que el derecho de huelga era un “corolario” del derecho a la libertad sindical⁴⁷. La crisis consiguiente en el órgano internacional hizo ver que los empleadores habían ya hecho ver su disgusto con esta interpretación casi desde 1994, en oportunidad del estudio general sobre libertad sindical. La posición de los empleadores mereció varias respuestas desde el campo intelectual y político. En el primero de ellos, debe anotarse el documentado artículo que Janice Bellace publicó en la Revista Internacional del Trabajo, y en el plano político sendas declaraciones del Grupo de los Gobiernos y del Grupo de Gobiernos Latinoamericanos y del Caribe fueron vertidas en una reunión tripartita en la OIT en febrero de 2015⁴⁸.

La posición de los empleadores presenta un efecto a tres puntas con resultados nocivos para la entidad de la huelga como derecho fundamental.

En primer término limita severamente la dimensión internacional del derecho de huelga, puesto que mutila su presencia en el ámbito de la OIT; en segundo lugar, suprime, como consecuencia de declarar la inexistencia del derecho, toda la elaboración de los organismos de control de la OIT sobre el tema, en particular, de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la pragmática de la Comisión de Normas de la Conferencia; finalmente, la eventual inexistencia de un parámetro o modelo internacional, tan morosamente construido al cabo de los años por los órganos de control, deja el derecho de huelga al albur de los ordenamientos jurídicos nacionales, cuya regulación ha sido justamente motivo de sucesivas observaciones, solicitudes directas, informes, cooperación y hasta la posibilidad de misiones y Comisiones de Encuesta así como potencialidad del uso de los recursos constitucionales de queja y reclamación por los países miembros y las organizaciones de trabajadores y empleadores. El actual impasse producto del acuerdo entre los Grupos Profesionales en la reunión de febrero de 2015 ha morigerado la actividad de la Comisión de Expertos y ha originado un interregno de precario equilibrio, dejando la sensación de un tema irresuelto.

47 La revista Derecho Laboral dio cuenta de ese problema en sendos artículos del autor de esta ponencia bajo el título “*¿Es posible leer sin interpretar? Sobre el derecho de huelga y la posición de los empleadores en la OIT?*” T. LV, núm. 247, p. 495 y de ZAPIRAIN, H., “*El sistema de control de la OIT en la mira: los cuestionamientos a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*” T. LVI, núm. 252, p. 657.

48 Por el primero de ellos se dice que “The Government Group recognises that the right to strike is linked to freedom of association which is a fundamental principle and right at work of the ILO”, en una posición muy cercana a la práctica llevada adelante en muchos países en que no existe un reconocimiento explícito a nivel constitucional, pero que no obstante se estima que la huelga es parte del derecho más amplio de la libertad sindical.

Así Wass en el trabajo citado supra recuerda el caso de Japón, cuya constitución reconoce “el derecho de los trabajadores a actuar colectivamente” y ello es entendido en ese país como garantía del derecho de los trabajadores a participar de conflictos laborales, siendo la huelga la más importante forma de conflicto; cita asimismo el caso de Chile, en que la constitución contiene explícitamente una prohibición de la huelga en varios sectores, pero por argumento a contrario se concluye que el derecho de huelga puede ser ejercido fuera de esos sectores; tampoco en Alemania y Finlandia se menciona el derecho a la huelga, pero en ambos países se entiende que se encuentra incluida en el derecho a la libre asociación sindical.

5. SIGNIFICACIÓN

Finalmente, conviene retomar algunas reflexiones sobre la significación del conflicto y de la huelga para conjurar el riesgo siempre presente de tratar de manera excluyente y única los temas de la coyuntura, siempre atractivos por su sentido pragmático e inmediato.

El sujeto se reafirma a través del conflicto y su propia dignidad le impone violentar la norma que se percibe como injusta: Erich Fromm dice que la historia humana comenzó con un acto de desobediencia de una norma arbitraria en la mitología hebrea y griega. “No se trata simplemente de una transgresión, sino de una transgresión que es dignificación. Aparece el sujeto –sujeto humano– que discierne la ley. Transgrede una determinada ley que resulta ilegítima”⁴⁹. Esta constatación cuasi antropológica no deja margen de duda sobre lo enraizado que se encuentra la *resistencia* en las tradiciones culturales y su vinculación con valores civilizatorios como la dignidad humana.

La huelga es un acto de resistencia, con independencia del motivo. Es asimismo un trastocamiento y alteración del ejercicio del mando en la empresa, ese reducido del poder privado⁵⁰.

Desde el punto de vista democrático, la huelga completa el cuadro de los derechos civiles y políticos que han configurado al Estado Social de Derecho, ya que constituye la herramienta que proporciona, a las relaciones colectivas de trabajo, de un mecanismo coactivo propio y singular, destinado a garantizar el cumplimiento de la normatividad en su doble dimensión heterónoma y autónoma⁵¹.

Por ello debemos religar la huelga con los movimientos democráticos, ya que los reclamos de libertades políticas y sociales fueron concomitantes en la revuelta social del siglo XIX⁵². Su reclusión a simple derecho de defensa del interés

49 HINKELAMMERT, F., *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. Fundación Editorial El perro y la rana, 2006, p. 446

50 Resulta muy ilustrativa una escena del filme “Tout va Bien” de Jean-Luc Godard (1972) en que en la Francia post 1968 un grupo de trabajadores radicalizados, por fuera de las estructuras sindicales, ocupan la fábrica y mantienen atrapado en su oficina al gerente. Cuando este solicita pasar a los servicios higiénicos, el comité de huelga se lo imposibilita aduciendo que el reglamento interno solo permite hacerlo en ciertas oportunidades de la jornada y todavía no era el momento. Lo anecdotico y la comicidad que desprende la situación ciertamente ridícula del gerente muestra una “imagen invertida” del poder directivo, que se vuelve contra el empleador de una manera patética por la trasposición que significa la toma del poder temporal por parte de los trabajadores.

51 Con la huelga, el sistema político amplia el alcance del pluralismo hacia el terreno social, lo que la convierte en instrumento de participación de los trabajadores, que obligan a gobiernos y poderes económicos a reparar, consultar y hasta negociar los términos de las decisiones que les puedan concernir.

52 Fueron los cartistas ingleses de 1838 y los insurrectos franceses de 1848 quienes “acuñaron el concepto de democracia social para aunar la reivindicación del sufragio universal a la solución de la exclusión y la explotación económica”. PISARELLO, G., *Un largo termidor*. Trotta, 2011, p. 96-97. En América Latina, las reivindicaciones democráticas y laborales tuvieron también una trayectoria común: entre los movimientos precursores de la Constitución mexicana de 1917 se encuentra el programa del Partido Liberal Mexicano de 1906, que incluía entre sus postulados el derrocamiento de la dictadura de Porfirio Díaz y la garantía de las libertades fundamentales como derechos humanos y la libertad sindical. UBEDA ISOARD, M. A., “El

laboral en una relación contractual desactiva a la huelga de su significación histórica y política, que hace a la dignidad del ciudadano trabajador que resiste el poder. Sin detenernos más en antecedentes históricos que nos llevarían lejos de nuestro tema, el vínculo entre la libertad sindical y la huelga con los objetivos fundamentales de la OIT de aseguramiento de la paz universal y la justicia social se encuentran en la Constitución misma del organismo y son desarrollados en la resolución de 1970 “Sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles, que “Reconoce que los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles”⁵³. La huelga juega el partido del aseguramiento de la paz a través de su instrumentalidad con la justicia social.

programa del Partido Liberal Mexicano de 1906: un proyecto nuevo de nación”, en rev. Trabajo y Democracia hoy, número monográfico dedicado a “Las 100 luchas obreras del siglo XX”, edición a cargo de ALZAGA, O., CORTÉS, G. y VILLEGAS, P., núm. 104, año 19, 2009, p. 7.

53 En particular, la Resolución propone emprender estudios detenidos y preparación de informes “sobre la legislación y la práctica respecto a las *materias de la competencia de la OIT que guardan relación con la libertad de asociación y los derechos sindicales y las libertades civiles vinculadas con los mismos*, con miras a considerar nuevas medidas destinadas a lograr el respeto pleno y universal de los derechos sindicales en su sentido más amplio”, destacando entre esas cuestiones el derecho de huelga.

TRABAJO Y DERECHO: UNA RELACIÓN CONFLICTIVA. REFLEXIONES LABORALES DEL PROCESO DE TRANSICIÓN HACIA LA PAZ EN COLOMBIA

Karena Caselles Hernández

Abogada de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Magistrada Auxiliar en la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

1. Introducción. 2. El Derecho del Trabajo como canal de democracia. 3. Trabajo y derecho en Colombia: Retrospectiva del conflicto. 3.1. Regulación y estado de sitio. 3.2. El concepto de democracia y conflicto de trabajo en decisiones judiciales. 4. Proceso de paz y agenda del trabajo. 5. Reflexiones finales.

Resumen: El presente artículo indaga de manera general sobre las relaciones de trabajo en Colombia, a partir de los conceptos de democracia, paz y conflicto, que son el marco desde el cual se presenta la controversia; se analiza cómo se ha ordenado el derecho laboral, cuáles han sido sus debilidades y fortalezas y desde ahí se abordan los elementos de la agenda de transformaciones para la paz que se imponen para la reconstrucción del Estado y de la disciplina en específico.

Abstract: This article investigates of general mode on the relations of work in Colombia, from the concepts of democracy, peace and conflict, that are the frame from which the controversy appears; it is analyzed how the labor rights has been ordered, which have been their weaknesses and strengths and from approach the elements of transformations for the peace there that prevail for the reconstruction of the State and the discipline in specific.

Palabras clave: Derecho del trabajo, cultura jurídica, proceso de paz, acuerdos de paz, agenda laboral.

Key words: Labour rights, legal culture, process of peace, peace accords, labour schedule.

1. INTRODUCCIÓN

La transición hacia la paz ¹ impone a las sociedades plantearse múltiples interrogantes sobre la manera en la que se va a reconstruir; en términos jurídicos, por

1 Parte del concepto de transición hacia la paz en Colombia que pueden verse con mayor intensidad reflejadas en el actual proceso de paz, en el que tanto el texto del Acuerdo suscrito, como los Actos Legislativos 01 de 2016 “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, así como la Ley Estatutaria 1806 de 24 de agosto de 2016, que convoca al “Plebiscito por la paz” aparece referida. Sin dejar de anotar que la Ley 975 de 2005 se hizo pero bajo el concepto de reincorporación para la reconciliación.

regla general, la discusión se ubica en el Derecho Penal e incluso en el Constitucional, los cuales, se cree, conectan de forma más persuasiva con los intereses de justicia de los distintos actores sociales, sin embargo, con frecuencia, se olvida que una sociedad que ha estado envuelta en décadas de conflicto interno armado² se ha ordenado, quiéralo o no, alrededor de él, ya sea para negarlo, confrontarlo o utilizarlo de argumento, y que es un imperativo, preguntarse hasta qué punto, de qué modo y cómo debe resolver las reglas para garantizar un marco de democracia³; ello alcanza, sin duda, al derecho del trabajo, y es significativo, como se argumentará, en la medida en que una disciplina en la que la pugnacidad es su génesis, se ve afectada cuando además sufre variados tipos de violencia, como en el caso colombiano, en el que incluso mecanismos y libertades aceptadas por las teorías liberales del derecho como propias de cualquier Estado, son vistas con amplias limitaciones para su ejercicio. Así que cualquier tipo de acercamiento al tema del trabajo, no puede ser visto al margen de la comprensión del contexto en el que se recrearon las normas y de contraer la cultura jurídica, pues implicaría una banalización del carácter de lo jurídico como regulador de la vida social y un equívoco al plantear una agenda de relaciones laborales en contexto de paz que lo que evidencia es la urgencia de una reconstrucción de su contenido y de su práctica, en todas las dimensiones.

En ese sentido, para desarrollar la idea, me referiré a la democracia ligada a la conformación normativa laboral en Colombia, la manera en la que se ha entendido el conflicto del trabajo, la influencia de la violencia y cómo la agenda de paz puede articularse en la consolidación de los derechos laborales.

2. EL DERECHO DEL TRABAJO COMO CANAL DE DEMOCRACIA

Aunque en la disciplina del trabajo la democracia no puede predicarse plenamente, fundamentalmente porque como hoy se ordena no supone una alternancia de roles, parte de la hipótesis que sí se debe ver realizada en algunas dimensiones en el escenario de la relación, entre otras en la gestión de las diferencias y en la organización de las tareas; para ello cabe resaltar que existen elementos definitorios del Estado Social de Derecho, dentro de ellos se encuentra el concepto de democracia a partir del cual se estructura aquél y lo legítima, pero puede agregarse que aunque ha sido generalmente sostenida en el ámbito político, es trasversal a toda la sociedad y a todos los espacios; en términos de Tocqueville (Tocqueville, 2002) la democracia es social en la medida en que las

2 Las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, antes de la Ley 1448 de 2011 que lo reconoce expresamente, ya lo habían indicado al pronunciarse sobre el desplazamiento interno forzado, entre otras en decisión T-025 de 2004, Autos 092 de 14 de abril de 2008, 006 de 26 de enero de 2009, 382 de 10 de diciembre de 2010.

3 Para el efecto me remito al concepto de democracia que plantea Boaventura de Sousa Santos para quien esta debe hacer “énfasis en la creación de una nueva gramática social y cultural y el entendimiento de la innovación institucional, es decir con la búsqueda de una nueva institucionalidad de la democracia” (Sousa Santos y Avritzer: 2004, pp 40).

relaciones en las que se funda tengan matices más intensos de igualdad, con lo cual se producen menos tensiones⁴ y se armonizan los conceptos de privado y público, esa noción excluye, por ejemplo, la formación del mercado sin control dado que ignoraría la libertad de los ciudadanos de participar y ser corresponsables del bien común. Es también bajo ese entendido que puede advertirse que la ordenación del trabajo, como se ha indicado desde sus orígenes, tiene enorme valía pues arbitra relaciones asimétricas e inequitativas e impone que sean vistas bajo el tamiz de la realidad y no, en su caso, del artificio de la igualdad ante la ley⁵.

No por menos es que las Constituciones del siglo XX⁶ reafirman el límite a la propiedad privada adscribiéndoles función social⁷ –que tienen conexión indiscutible con el trabajo y la forma en la que este se apropia–, así mismo refieren a la necesidad de la existencia de justicia material y al reconocimiento del trabajador como sujeto diferenciado de derechos, tal como lo destaca Valdés Dal Re (Valdés Dal Re, 2016), con lo que puede sostenerse que en el ámbito de la democracia el derecho del trabajo tiene un rol protagónico e incluso referencial en cuanto a la asunción de los desacuerdos por los ciudadanos (en su mayoría trabajadores), del auto reconocimiento de sus derechos inespecíficos y de su ejercicio, de la reivindicación y ampliación de la ciudadanía social, por lo que es determinante en las sociedades, como la colombiana, en transición a la construcción de la paz.

Aunque puede decirse que el Derecho por esencia es, en términos de Palomeque y Álvarez de la Rosa “un instrumento de integración de conflictos”, en el que se juridifican y se ordenan estableciendo un sistema de “seguridad y conservación de las relaciones sociales” y se canalizan “de acuerdo con el cuadro de intereses y valores propios de la opción política que expresa la norma jurídica en cuestión, que no son naturalmente los del grupo o grupos sociales capaces de imponer, dentro de un sistema determinado” de forma tal que “El conflicto social y la norma jurídica reguladora del mismo formarán parte ya, una vez producida la institucionalización de aquél, de la misma realidad jurídica”⁸ (Palomeque

4 Es en el texto de la Democracia en América que Tocqueville desarrollaría el concepto de democracia social y la doctrina del interés bien entendido, que ha sido interpretada como la posibilidad de coexistir intereses diversos, pero que se articulan desde la equidad.

5 Esta idea toma forma en el contexto del Estado Social. Para el efecto se explica entre otros el capítulo “Modelo Social Europeo y Sistema de Derechos Laborales” de Antonio Baylos Grau que integra el libro *El trabajo como elemento de construcción de paz y democracia en el marco del posconflicto colombiano*.

6 Téngase en cuenta como elemento de juicio para análisis que el Acuerdo Stinnes Legien 15 de noviembre de 1918 constituye precedente de la aceptación de los empresarios sobre la legitimidad del sindicato para representar a los trabajadores, canalizar sus demandas individuales y colectivas, el respeto por los acuerdos y la viabilidad de que estos participen directa y activamente en los programas de implementación de empleo, lo que abre la idea consensuada de habilitación de conflicto reglado y de validez de normas jurídicas extra-legales.

7 En el caso de Colombia así quedó en el artículo 58 original de la Constitución Política de 1991, que sería modificado por el Acto Legislativo 01 de 1999 en cuanto eliminó la expresión “sin pago por utilidad pública”.

8 PALOMEQUE LÓPEZ, C. M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2013), *Derecho del Trabajo* vigesimoprimerá edición. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

López, 2013) este se intensifica en el derecho del trabajo en el que, acudiendo a los mismos autores aquel se presenta más como una categoría cultural que no surge por razón del conflicto sino como su reacción, para de ese modo crear un sistema que se ocupa de la contradicción fundamental de la sociedad, cual es la de capital-trabajo (Palomeque López, 2013), explicándose en los siguientes términos:

“Este conflicto laboral o socio laboral -el conflicto entre el capital y el trabajo asalariado- se convierte, por lo pronto, en elemento esencial en la caracterización del tipo de sociedad precisamente a partir de la fase histórica en que la industria llega a ser el sector básico del sistema de producción capitalista (...) el conflicto laboral se erige así en el conflicto matriz o arquetipo de la sociedad capitalista, por lo que no existe diferencia cualitativa entre el conflicto laboral y el conflicto social, en cuanto que las tensiones laborales son siempre expresión de las tensiones sociales y éstas de aquellas. El conflicto laboral define, a fin de cuentas, la estructura básica de la sociedad capitalista industrial”⁹.

Por su carácter de reacción tampoco es posible decir que se agota en las normas codificadas, sino que tiene mayor respaldo en los principios tuitivos que la rodean y a partir de los cuales su ejercicio no se limita o restringe, pese a que algunos sectores doctrinales sostienen lo contrario, negando con ello que la acción está indisolublemente ligada a la fuerza democrática y reivindicativa de sus reclamos. En todo caso esta idea solo sirve para reafirmar que si hay algo que caracteriza el derecho del trabajo es la tensión constante de quienes se encuentran en los extremos de la relación, e incluso fuera de ella, que se traduce, por ejemplo, en términos reales, sobre cómo se van a repartir los beneficios de todo tipo que emergen en el desarrollo de la relación, pero también de cómo se reproduce la inequidad por acumulación fuera de la empresa y esta tiranía también se exhibe en el intento del propio ordenamiento de regular la vía de hecho,¹⁰ en la medida en que eso hace parte del proceso de institucionalización al que aspira

9 PALOMEQUE LÓPEZ, C. M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2013), Derecho del Trabajo vigesimoprimería edición. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

10 Aquí es bueno precisar que en términos de Edwards: “Es bastante fácil mostrar por qué habrá conflictos entre los trabajadores y empleadores a la hora de distribuir los beneficios. Ahora bien Baldamus comienza por preguntarse por las relaciones dentro del proceso de producción, señalando a este respecto que el trabajo no es una simple actividad técnica en la que los factores se transformen en productos; por otra parte tampoco es un proceso en el cual pueda suponerse que existe coincidencia entre los trabajadores y los empleadores. Por el contrario, existe necesariamente una incertidumbre sobre el modo en que se transforma en trabajo efectivo o esfuerzo, como él lo denominaba, la capacidad de trabajo de los trabajadores. El proceso de producción es para Baldamus un proceso en el que la relación entre beneficios, o salarios y esfuerzo es variable, teniendo que determinarse el resultado en la misma empresa.

Baldamus establece una relación explícita entre su análisis y conflicto laboral, afirmando que el concepto de disparidad entre salarios y esfuerzo es el “auténtico centro del conflicto laboral” y que es “aplicable a todas las manifestaciones del conflicto, aunque los mismos participantes no sean conscientes de sus intereses contrapuestos en términos de nuevos valores de esfuerzo” EDWARDS, P.K. (1990). El conflicto en el trabajo, un análisis materialista de las relaciones laborales en la empresa. Madrid. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

el Estado y por el que la disciplina nace, aunque no hace lo propio para contrarrestar la refracción de las desigualdades que se presentan.

Pero no solo la gestión de la disputa se presenta como característica en la disciplina del trabajo, también la negociación y el acuerdo que, como en la vida social, va a reflejarse en el trámite de la diferencia, en la consecución de los derechos, en el reparto de roles, al punto que es por ella y contrario a lo que sucede en la mayoría de ramas del derecho, que la relación de trabajo tiene latente el cambio, incluso sin que ambas partes individualmente lo consideren, porque existe como garantía para corregir la asimetría la negociación colectiva y la extensión de lo pactado.

Esa simbiosis oposición y acuerdo en el trabajo puede verse reflejada positivamente en el aumento de prerrogativas y en la posibilidad reparto de poder que obtienen los trabajadores respecto de la empresa cuando estos constituyen un nervio suficiente, pero ello solo en la medida en que se permita el fortalecimiento de su organización y acción y por lo que ese derecho no se ve bajo el mismo tamiz en una sociedad que está signada por la violencia y en la que se considera que la paz es ausencia de conflicto y no un valor que se construye a partir de la coexistencia de distintas miradas que se encuentran, se contraponen y perviven en un mismo espacio.

Cuando la violencia trasgrede todos los espacios sociales lo que se generan son múltiples desconfianzas, eso se traslada al ámbito del trabajo, en el que, debe reiterarse, conviven sus propias contradicciones, Edwards (Edwards, 1990) explica que estas irrumpen a todo nivel pues hay variados intereses contrapuestos y voces de distintos tonos que quieren manifestarse, no en términos de incomprendimiento sino de discrepancia y que se tornan aún más intensas en situaciones límite, por ello pretenden solaparse, lo que conlleva a la construcción de relaciones eminentemente verticales.

Es factible que la culminación del periodo de violencia se estime por sectores de la doctrina sin implicaciones significativas para la materia del trabajo, como si lo sería para otras disciplinas, se sostiene que este derecho que regula el ámbito laboral mantendrá la gestión y la forma y que solo deberá articularse a procesos más eficientes, con beneficios para quienes empleen la nueva mano de obra que se reincorporará a lo que se ha denominado mercado, pero debe decirse, solo por iniciar, que su impacto está ligado a la propia variación de los factores culturales que influencian las relaciones de trabajo y que se manifiesta en la organización de las relaciones productivas; según lo decanta Isabel De la Torre (De La Torre Prados, Isabel, 2014) los patrones culturales también se reproducen en la empresa, por ello allí se evidencian y reproducen elementos sociales como la distancia del poder, el grado de individualismo y de colectivismo, cómo se relaciona la masculinidad con la feminidad, la incertidumbre con la seguridad, la orientación a corto y mediano plazo y la contención versus la indulgencia, al explicarlas refie-

re que entre más distancia exista en el grado de acceso a poder¹¹ entre unos y otros la violencia se va a ver exacerbada y entre más se acorte existirán menores riesgos de su brote, que es necesario determinar cuál es la capacidad para poder valerse por sí mismo o como miembro de un grupo, cómo se asignan los roles de género y se concretan en la vida social, cómo se asume la incertidumbre y el riesgo o si preserva la seguridad, da cuenta si la sociedad tiene la posibilidad de planificarse a mediano o a largo plazo y cómo son capaces de contener sus impulsos frente a los circunstancias, es en ese tránsito en el que las normas y la práctica jurídica pueden ser articuladoras, por lo que cómo va a ser asumido el trabajo resulta relevante para la reconstrucción de los elementos del Estado Social, para darle sentido a los valores que lo enmarcan, pero, no hay que obviarlo, de oponerse a modelos autoritarios o intolerantes que no son compatibles con la democracia.

De manera que la paz no es un silenciamiento de los ánimos, o una anulación de las contradicciones, sino un presupuesto necesario para que estas se evidencien y se tramiten en el marco del respeto a un derecho inalienable, la vida y a una libertad que le es intrínseca la de expresarse, esto se traslada al trabajo, lugar en el que se encuentran todas las contradicciones, pero en el que no pueden negarse el ejercicio de la totalidad de aquellos¹².

3. TRABAJO Y DERECHO EN COLOMBIA: RETROSPECTIVA DEL CONFLICTO

3.1. REGULACIÓN Y ESTADO DE SITIO

De forma tardía se implementó el sistema de relaciones jurídicas laborales en Colombia, su rezago obedeció a la dificultad política de asimilar al ordenamiento jurídico la práctica de reconocimiento de derechos que estaban al margen de la categoría de civiles y que emergían de las relaciones de trabajo; en efecto puede decirse que aunque el periodo de legislación industrial (Pla Rodríguez: 1989) fue incipiente en los principios del siglo XX, tiene tempranas muestras de lo que sería una constante en el mundo del trabajo, la violencia, así aparece la ley de accidentes de trabajo¹³, y las relacionadas con el seguro colectivo, culpa y responsabilidad, (es decir la Leyes 15 y 57 de 1915 y 133 de 1931), esta última pre-

11 Esta idea la retomo en perspectiva de lo indicado por Antonio Baylos Grau, en ¿Para qué sirve un Sindicato? Y en el que explica cómo la huelga es un elemento esencial de la democracia, un instrumento de reparto de poder y de defensa de los trabajadores, permitiendo un grado de corrección de la desigualdad.

12 Para José Luis López Bulla hay que hablar de bienes democráticos en vez de derechos sociales: "el sindicalismo lucha por la superación de la contradicción entre el reconocimiento de las libertades formales en la polis moderna y su negación en el centro de trabajo. Esta actitud dota al conflicto de una naturaleza política que supera la meramente técnica y la profesional: que los derechos de la polis fueran reconocidos una vez atravesados las cancelas de las fábricas. Romper ese marco supone reivindicar la ciudadanía del trabajador en la empresa y fuera de ella"

13 La Ley 15 de 1915 sobre accidentes de trabajo fue expedida meses después del asesinato de Rafael Uribe Uribe, el primer magnicidio del Siglo XX. En el lugar en el que se perpetró el crimen, es decir las escaleras del Congreso de la República, aun consta la inscripción: "Aquí en este luctuoso sitio, el día 15 de octubre de 1914 fue sacrificado por dos oscuros malhechores, traicioneramente y a golpe de hacha el Doctor y General Rafael Uribe Uribe, amado hijo de Colombia y de la América Latina".

cedida de un intento regulatorio de codificación de 1919 inspirado en la doctrina social de la iglesia, que finalmente no pasó de ser proyecto en la Comisión del Congreso; de otro lado tras las huelgas emblemáticas de ferrocarriles (1915), de obreros y carreteros (1918) se emitió la primera regulación de la huelga a través del Decreto Ejecutivo 002 de 1918 el cual prohibió las reuniones de cualquier comité y también en vías públicas calificándolas como delito penal de sedición, amparado en la huelga de los sastres de 16 de marzo de 1919 que terminó en una masacre y llevó a la expedición de la Ley 78 de 1919 en la que se contempló, paradójicamente, que “en caso de huelga no acompañada de violencia los obreros o trabajadores y los empresarios pueden constituir de común acuerdo arbitradores o tribunales de arbitramento que diriman sus competencias¹⁴”.

Aunque a través de las leyes 83 de 1923 y el Decreto Reglamentario 637 de 1924 se creó e implementó la Oficina General del Trabajo, que tenía a su cargo, entre otros, la fiscalización y mediación de los conflictos entre “trabajadores y capitalistas por razón del salario, de los seguros individuales y de los colectivos, de las habitaciones para los obreros, de la aplicación de leyes sobre la higiene y salubridad en las fábricas y empresas industriales y mercantiles, de los accidentes del trabajo, del trabajo de las mujeres y de los niños, de la educación cívica de las clases proletarias, de los jornales mínimos, de la instrucción técnica, de la lucha contra la vagancia, el alcoholismo, la sífilis, la tuberculosis y demás enfermedades que amenazan principalmente al proletariado”, ninguna medida tomó para contener y controlar los que después se convertirían en casos paradigmáticos de violencia contra los trabajadores, como la huelga de los trabajadores del ferrocarril del pacífico, el asesinato en 1927 de los huelguistas de la Tropical Oil Company en Barrancabermeja y la de los huelguistas de la United Fruit Company de 1928, más conocida como la masacre de las bananeras, en la que se superó el millar de trabajadores asesinados, por haber reivindicado 9 puntos de mejoras ya reconocidas en la ley, como el seguro colectivo y obligatorio, las leyes de accidentes de trabajo, la cesación de los comisariatos, la contratación colectiva y el pago periódico.

Aunque en principio las reivindicaciones en el trabajo tenían un eminentemente contenido económico, fueron reforzándose con la necesidad de ampliarse a aspectos básicos como tiempo libre y descanso remunerado, sanidad básica e incluso la protección de los intereses de la Nación ante las compañías extranjeras; solo tras la reforma de 1936 es que el trabajo se erige como derecho en la Constitución Política; la regulación del tiempo libre se reglamentó con el Decreto 895 de 26 de abril de 1934, en la que se estableció la necesidad de su “buen uso” como una prescripción cristiana sobre la manera en que este debía ser gestionado.

Tras un intento de golpe de Estado contra el Presidente de la época se dictó el Decreto 1778 de 1944 mediante facultades extraordinarias derivadas del estado

¹⁴ Es una constante en la legislación y también en la jurisprudencia del trabajo, que la violencia se presuma de hecho realizada por los trabajadores y que no se haga ninguna alusión a la responsabilidad o ejercicio de ella por parte del empleador, como que en cambio esta fuese una presunción de derecho.

de sitio que aquel declaró, en su texto se prohibió la huelga temporalmente al considerarla incompatible, y el mismo año expidió el Decreto 2350 en el que habilitó la negociación de los Sindicatos, eliminando toda posibilidad de maniobra a las Federaciones y dispuso que cualquier controversia fuese conocida por la justicia laboral, de ahí que en esa coyuntura se expidiera la Ley 6^a de 1945 que restringió la figura de feroz sindical y aumentó la prohibición de la huelga en sectores amplios de la economía.

Hasta mitad de siglo y a raíz de la adopción de un Decreto Ejecutivo¹⁵, dictado en ese mismo estado de sitio, se expidió el Código¹⁶ que regularía, hasta hoy, la materia del trabajo entre particulares. Para ese momento, como se graficó, solo existían limitadas normas dispersas que no constituyan un cuerpo propio, y cuyas controversias eran definidas por los jueces civiles.

Se debe hacer énfasis en que el estado de sitio, en el que se expide la codificación del trabajo, en términos constitucionales implica una equiparación al estado de guerra, y por virtud de aquel era posible suspender ciertos derechos y libertades; así lo indicaba el artículo 121 de la Constitución de 1886 que lo regulaba, e investía al Presidente de “las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros”, en esa figura fue que se edificó el ordenamiento del trabajo¹⁷.

15 El Código Sustantivo del Trabajo fue aprobado por el Decreto Ley 2663 de 5 de agosto de 1950, fue publicado en el Diario Oficial 27407 el 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario 3518 de 1949.

16 Así lo describe Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas en *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*:

“Luego del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán en 1948 y ante la represión desatada por el gobierno conservador, la lucha reivindicativa de la clase obrera se enfrentó a una legislación promulgada al amparo del estado de sitio que abolió garantías otorgadas bajo el gobierno de López Pumarejo. Las nuevas disposiciones legales limitaron mucho más la libertad de reunión y el feroz sindical y ampliaron las facultades administrativas para declarar la ilegalidad de las huelgas [Mediante la promulgación del Decreto 1815 de mayo 31 de 1948 se obligaba a los sindicatos a solicitar permiso para efectuar reuniones y asambleas generales debiendo obtener la aprobación gubernamental del orden del día. Por este medio se llegó a impedir el derecho de huelga pues se negaba toda autorización para aquellas asambleas en las que se fuera a votar su declaratoria].

El establecimiento de la jurisdicción especial laboral mostró que el conflicto entre el capital y el trabajo asalariado desbordaba el marco regulatorio y la infraestructura diseñada desde el Estado para la solución de los conflictos ... el nuevo código trasladó la facultad de declaratoria de ilegalidad de las huelgas de la rama jurisdiccional al Ministerio del Trabajo. Con ello buscaba intervenir rápidamente ante las huelgas y evitar que una decisión judicial pudiera llegar a contravenir o entrablar la política represiva dirigida contra el movimiento laboral ... Al finalizar el gobierno de Ospina Pérez y amparado por las normas proferidas bajo el estado de sitio el gobierno promulgó el Código Sustantivo del Trabajo en virtud del Decreto 2663 de agosto 5 de 1950. El Código recopiló y sistematizó las medidas dictadas para reprimir las luchas reivindicativas desarrolladas en el país desde 1919”. SOUSA SANTOS, B. de y GARCÍA VILLEGAS, M. (2001), *Los caleidoscopios de las justicias en Colombia*. Volumen 1. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, pp. 221.

17 Según se extrae entre 1970 y la expedición de la Constitución Política de 1991, el 82% del tiempo transcurrió en estado de sitio, esto daba toda la posibilidad al ejecutivo de suplir al legislativo, pero además mantenía latente la restricción de los derechos.

La exacerbación de la violencia, constante en la historia política del país, es la que media el modelo de relaciones laborales y la reglamentación del derecho del trabajo; el Código, que pervivió naciendo con los efectos de la Constitución de 1886 (clerical y confesional) y que se mantuvo en la de 1991 (con carácter laico), compuesto por 492 artículos y dividido en parte individual y la colectiva, tuvo como marco el cierre de los mecanismos democráticos de participación de los trabajadores, amparado en la figura del estado de sitio; el grueso de las normas laborales tuvieron una composición autoritaria que habilita figuras como el pacto colectivo -esto es acuerdo entre empleador y trabajadores no sindicalizados- que vendría a convertirse en una limitante en el ejercicio de la libertad sindical, según los propios informes que sobre el tema haría la Organización Internacional del Trabajo.

Aunque el artículo que le da inicio alude a que su finalidad es “la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social” lo cierto es que dentro de sus características principales, está la de establecer un sistema relaciones laborales en el que los trabajadores tienen limitados espacios de implicación en la empresa y decisión en las cuestiones que los afecten, ello puede evidenciarse de distintas formas, a partir, primero, de la consagración amplísima de los poderes del empresario, observable en los deberes y las prohibiciones de los trabajadores en las que se destacan la sanción con despido por suspensión de labores, por promoción de suspensiones en el trabajo legítimas o mantenimiento, se participe o no, hacer cualquier tipo de propaganda en el trabajo incluyendo la de la afiliación o no a algún sindicato, sin que se prevea algún tipo de contrapeso a ese poder de dirección.

También se encuentra un amplio margen para el empleador de terminar el contrato de trabajo, en principio y en contravía de los ordenamientos jurídicos que en materia laboral restringían para la época la unilateralidad de su finiquito, en Colombia es posible el pago, de vieja data, de una indemnización tarifada para terminar sin justa causa el contrato de trabajo de manera inmediata y a bajo coste, primero incorporados por el Decreto 2351 de 1965, que luego fue modificado por la Ley 50 de 1990 y finalmente por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, aunado a que cualquier reclamación podía ser entendida como una infracción a los deberes de fidelidad y obediencia que asignados al empleado; también fue significativo que se previera la ordenación del trabajo, a través de reglamento, sin que en esa actividad tuvieran voz los trabajadores.

En materia de derecho sindical se mantuvo una amplia prohibición de la huelga en los servicios públicos, se estableció la posibilidad de los conocidos pactos colectivos definidos “entre patronos y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas para las convenciones colectivas, pero solamente aplicables a quienes los hayan celebrado o adhieran posteriormente a ellos” y se restó legitimidad representativa a los Sindicatos para poder com-

parecer a los procesos; la negociación colectiva la consagró solo en el nivel del empresa, así mismo generó graves consecuencias ante cualquier suspensión de actividades, esto limitó el contenido del derecho colectivo, al equipararse actividades sindicales legítimas como quebranto de las obligaciones individuales.

Como ya se anotó por más de un siglo Colombia estuvo regida por una Constitución Política de carácter confesional, que empezó a regir en 1886 y que hasta la reforma constitucional de 1936 no consagró el derecho del trabajo, ni el derecho de huelga, por lo que en materia de regulación vendría a incidir, de manera exponencial, la promulgación de la Constitución Política de 1991, que constituyó fundamentalmente un pacto de avance hacia la construcción de la paz, y que implicó la suma de la mayoría de las disidencias al Estado que existían para la época, por lo que la pluralidad de pensamiento de los constituyentes permitió conformar un bloque de derechos algo más robusto que el que se encontraba en la Carta Política anterior, con mecanismos de amparo, con eficacia directa de las garantías fundamentales entre particulares, lo que se ligó a la posibilidad de la tutela en el ámbito del trabajo¹⁸; es además a raíz de las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990, que le da origen, que se empieza a hablar de la necesidad de construir un marco de relaciones del trabajo que constituya un mínimo de derechos y garantías en todos los ámbitos y que construya un ordenamiento jurídico que supere y modernice el Código Sustantivo del Trabajo y por ello se recoge, dentro del articulado, la obligación del Congreso de expedir un Estatuto de los Trabajadores¹⁹ que, como mínimo tuviese en cuenta aspectos como la “Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”, así mismo se determinó que la ley debía establecer estímulos y medios para que los trabajadores participaran en la gestión de las empresas²⁰.

18 En idea de Valdés Dal Re la constitucionalización del trabajo es la que permite advertir las desigualdades de la base propia de los trabajadores y da cuenta de una decisión de eliminación progresiva de las desigualdades, esto resulta vector de igualdad y se asienta sobre posibilidades de resistencia del vector colectivo (Valdés Dal Re, 2016); no obstante en Colombia esto se presenta no como una acción transversal, sino episódica, derivada de una casuística que no logra trasvasarse al respeto de las garantías en la sociedad, pero más que eso, es deficiente su legitimidad en el imaginario como un derecho a reivindicar.

19 En las discusiones de la Asamblea se resaltó que el referido Estatuto del Trabajo debía ser expedido a través de una ley estatutaria, es decir que estuviera por encima de las leyes ordinarias en materia laboral, cuyo objetivo era dar cohesión a la dispersión normativa, actualizarla y además para acoger las diversas propuestas de las mesas de trabajo.

20 Estos corresponden a lo consignado en los artículos 53 y 57 de la Constitución Política de Colombia.

Una vez entró en vigor la Constitución Política en julio de 1991, las centrales obreras radicaron un proyecto en el mes de noviembre de 1992, de iniciativa popular, con el objetivo de que se expediera el desarrollo legal del artículo 53, el cual ni siquiera fue estudiado por el Congreso de la época con la afirmación de aun no encontrarse reglamentados los proyectos de ley de iniciativa popular.

En el año 2010, integrantes del Congreso de la República radicaron un nuevo proyecto que recogía las bases del anterior, presentado por las Centrales Obreras, y ampliaba los cánones, pero fue archivado por la mayoría legislativa. La referida propuesta pretendía regular las relaciones entre trabajo y capital, e incorporaba al ordenamiento los convenios, resoluciones y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así mismo contemplaba como derecho colectivo la representación de los trabajadores en las empresas, en los organismos de dirección, y en lo grueso de la propuesta indicaba que el sindicato más representativo tenía lugar en los organismos de dirección y que participaría en la gestión de las empresas atinentes a decisiones sobre políticas de personal y las de empresa²¹. Finalmente la iniciativa quedó archivada y aplazada, nuevamente, la posibilidad de establecer el Estatuto del Trabajo.

El último intento lo hizo el Ejecutivo, a través del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el año 2012, pero tampoco fructificó. En su presentación se destacó la necesidad de hacer exclusivamente una declaración de principios armonizando los convenios de la OIT y las decisiones de la Corte Constitucional, que fue a la postre lo que se planteó²². La evidente omisión legislativa,

21 El texto también incluía el derecho de información en los siguientes términos:

1. Salarios y prestaciones: principios y estructuras de los sistemas de salarios; sistemas de evaluación de tareas y clasificación de puestos; salarios e ingresos por grupos ocupacionales, sexo, total de la masa salarial, beneficios sociales y costos laborales no salariales.
2. Condiciones de servicio: Políticas de reclutamiento y reducción de personal por causas económicas, estructurales o tecnológicas, formación, igualdad de oportunidades, promociones, aspectos de salud, seguridad y bienestar.
3. Mano de obra: Personal empleado, distribuido según grado, unidad, taller, plantas, divisiones, departamentos, secciones; edad, sexo; rotación de la mano de obra, ausentismo, horas suplementarias y contratación de corta duración, dotación, cambios previstos en los métodos de trabajo, equipos u organización, planificación de la mano de obra y planes de inversión.
4. Resultados: Información sobre la eficacia y la productividad, economías logradas gracias a aumentos en la productividad, rentabilidad de las inversiones, ventas, reestructuración, órdenes gubernamentales, convenios sujetos a decisiones de organismos internacionales, de crédito de bancos nacionales o extranjeros, y contratos de gestión.
5. Finanzas: Balances y estados financieros discriminando costos, ganancias brutas y netas, fuentes de ingresos, bienes, obligaciones, distribución de beneficios, ayudas políticas, préstamos e intereses cobrados en virtud de los mismos.
6. El empleador deberá mantener informado al sindicato de las decisiones relativas a todo cambio importante de su actividad u organización o susceptible de tener implicaciones en las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores.

22 En este proyecto se pedía mantener la estructura del Código Sustantivo del Trabajo pero articulado en 5 ejes axiológicos: 1. el principio de igualdad (igualdad de oportunidades para los trabajadores y la regla de protección de la mujer, la maternidad y al trabajador menor de edad; 2. el principio de remuneración mínima, vital y móvil (proporcionalidad a la calidad y cantidad de trabajo, estabilidad en el empleo –fuerzo materno,

ha impedido la modernización del modelo de relaciones laborales en Colombia, entre otros, en aspectos como la participación, la consulta, la reunión y las libertades sindicales²³, de allí que los espacios de integración de los trabajadores se ha establecido de manera dispersa y restringida, al hacerlos parte de los Comités Paritarios de Salud, creado por el artículo 111 de la Ley 9 de 1979 y los Comités de Convivencia, regulados por la ley 1010 de 2006, para resolver el trámite de las quejas de acoso laboral.

Hay que decir que en regiones rurales en las que se mantuvieron formas pre modernas de organización del trabajo, no solo se ha vivido de manera más evidente la violencia, sino que no se ha podido implementar de manera completa ni siquiera el propio contenido del trabajo, que se ha pretendido modificar, pues con todo y las limitaciones que se han destacado, se siguió viendo con temor²⁴, o como un elemento de distorsión de su economía.

Paralelamente a esa construcción normativa la violencia se mantuvo latente para los trabajadores, así se estableció que desde 1977 hasta el 1 de marzo de 2016 por lo menos 14.013 violaciones a la vida, libertad e integridad en contra de quienes ejercían el sindicalismo en Colombia, discriminadas en 6.756 amenazas de muerte contra trabajadores sindicalizados, 3.093 casos de homicidios, 1.893 desplazamientos forzados, 358 atentados contra la vida de trabajadores sindicalizadas, 236 desapariciones forzadas, entre otras, todo ello con un alto grado de impunidad, bien porque no se investiga o porque no existen resultados en las investigaciones²⁵. Así también se encuentra la referencia del Centro Nacional de Memoria, adscrito al Estado, que documentó que en el periodo comprendido entre 1966 y 1998 “Más de cuatro millones de personas han sido despojadas de sus tierras y obligadas a desplazarse forzosamente. Al menos 15 mil personas han sido desaparecidas forzadamente. Desde 1986 –año de creación de la Cen-

discapacitados-fuero sindical–; irrenunciabilidad de beneficios mínimos –transacción de derechos–); 3. Principio de favorabilidad (condición más beneficiosa, primacía de la realidad sobre las formas, in dubio pro operario); 4. Principio de territorialidad; 5. Principio de igualdad.

23 Su amparo no solo está supeditado a la existencia de los artículos 53 y 57 de la Constitución Política, sino a los valores insertos en la Carta como la democracia participativa (artículos 1, 20, 40) y de los derechos fundamentales y su proyección en las relaciones laborales (artículos 1, 25, 39, 53, 56, 95 numeral 5, 103), que deben ser cohesionados para darle sentido a la cláusula del Estado Social específicamente en la materia del trabajo, en el código que lo desarrolla.

24 En el Libro Sindicato y Territorios: dimensiones territoriales de la acción sindical, de Juan Carlos Celis se documenta, entre otros, la conformación de los sindicatos en una región al norte de Colombia, en el gráfico de qué manera el Código Sustantivo del Trabajo era visto por algunos sectores empresariales como una intervención indebida y una normativa que no les era aplicable y cómo solo hasta los años noventa se crearon, junto con el Estado, comités de seguimiento para el cumplimiento de las normas mínimas de seguridad y salud en el trabajo y salarios; el texto también identifica los temores y los imaginarios sociales en torno a la figura de la organización de los trabajadores. Celis Ospina, Juan Carlos. Sindicatos y territorios: Dimensiones territoriales de la acción sindical. Aproximación teórica y descripción de las experiencias colombianas. 2004. ENS Escuela Nacional Sindical. Ensayos Laborales N.-11. Medellín.

25 En el último periodo tanto la Fiscalía General de la Nación como los juzgados han concentrado la investigación y juzgamiento en una unidad de “crímenes contra sindicalistas”, es posible consultar las decisiones emitidas <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/servicios-de-informacion-al-ciudadano/consultas/sentencias-crimenes-contra-sindicalistas/3/>

tral Unitaria de Trabajadores CUT- han sido asesinados 2743 sindicalistas. El terror se ha aplicado entonces bajo el manto de la democracia más estable de la región”.

Todo ello evidencia las limitaciones material del ejercicio de derechos y libertades de los trabajadores, y se refleja en las estadísticas, según los datos del Sistema de Información Sindical y Laboral el 99,6% de las empresas no se llevan a cabo negociaciones colectivas, y las organizaciones sindicales tan solo afilian a un poco más del 4% de los trabajadores, existe por demás una baja densidad sindical, para el año 2014 tan solo se encontraban afiliados 972.545 personas, en 4384 organizaciones sindicales, lo que da cuenta del alto grado de fragmentación, y refleja que solo 4,5 trabajadores de cada 100 se encuentran sindicalizados.

La caracterización del modelo de relaciones del trabajo en Colombia que se describe ha sido evidenciada y tratada en múltiples oportunidades, entre otros, por la Organización Internacional del Trabajo y por Naciones Unidas, a través del PNUD²⁶, ambas se han ocupado de advertir sobre la violencia antisindical y la manera en la que esta se ha trasvasado a la sociedad colombiana, sin que existan mecanismos efectivos para contener las conductas antisindicales, de manera que se ha urgido en tomar correctivos que impidan su proliferación; desde 1987 el país ha sido llamado de manera recurrente ante el Comité de Libertades Sindicales por trasgresión de los Convenios 87 y 98²⁷, después de expedida la Constitución Política, la Misión de la OIT, en el mes de febrero de 2000, dio sus observaciones frente a estos puntos y al de impunidad, de los que se resalta:

“Según las entrevistas y datos obtenidos existe en el país una situación de violencia generalizada y extraordinariamente compleja que se salda cada año con unos 25.000 homicidios. De estos –excluidos los que resultan de combates armados directos entre el ejército, los grupos insurgentes y los grupos de autodefensa o paramilitares, los de las masacres y de la delincuencia común– unos 2.500 tienen objetivos político-ideológicos vinculados con dicho conflicto o que pretenden presentarse como tales sin serlo. Dentro de esta categoría de víctimas se hallan la mayor parte de los dirigentes y trabajadores sindicalizados asesinados, también están otras categorías de la población civil (políticos, pequeños empresarios y comerciantes, jueces, etc.) alcanzadas por la violencia, en cifras a veces similares o superiores, particularmente en las zonas donde el conflicto armado interno es más intenso. Lo anterior se inscribe en una situación social particularmente delicada con problemas de mucha envergadura y una situación de recesión económica sobre los que el conflicto armado ejerce una influencia nefasta”²⁸.

26 Para el efecto consúltense el informe Reconocer el pasado, construir el futuro, sobre sindicalistas y trabajadores sindicalizados en el periodo 1984- 2011 http://www.pnud.org.co/2012/informe_sindicalismo.pdf

27 Estos corresponden a algunos de los casos contra Colombia por violación de los Convenios y en los que se denuncia la violencia antisindical: 1787, 1984, 1985, 1962, 1964, 1973, 2015, 2046, 2051, 3027, 3133, 3150.

28 Informe de OIT Tomado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_239691.pdf

En ese sentido lo que se ha generado es un consenso internacional sobre la necesidad de que en Colombia se establezca una cultura de respeto por los derechos a la vida, al ejercicio de las libertades entre las que se cuenta la sindical, y la posibilidad de conformar organizaciones de trabajadores, sin injerencias ni presiones de ninguna índole, sin embargo para el 2016 en el índice global de los derechos de la CSI²⁹ el país siguió estando dentro de los primeros 10 lugares en los que es más peligroso ejercer la actividad sindical; datos que la doctrina laboral interna no advierte como una situación inconstitucional y permanente que conllevaría a un tratamiento diferenciado de esta categoría de trabajadores, que no solo está discriminada por razón de su opinión política, sino que es objeto de un patrón de silenciamiento, que entre otras, desde el derecho del trabajo, debería ser estudiada, desde el principio de no discriminación, contenido además en el Convenio 111 de la OIT, que impone acudir a la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Mientras tanto la vía gubernamental ha optado por establecer un capítulo especial del Código Penal sobre delitos contra la libertad del trabajo y la asociación, aunque debería fundamentalmente proponer otro modelo de relaciones en el trabajo, entre la que se cuenta la propia implementación del Convenio 135 sobre los representantes de los trabajadores en la empresa, que permitiría una apertura a los procesos de participación de los trabajadores, que es otro de los elementos que, como se destacó, no se encuentra en el modelo de ordenación de la disciplina del trabajo.

Además de tales razones aunque se ha esgrimido a través de múltiples recomendaciones la necesidad de prohibir pactos colectivos cuando en la empresa esté conformada por lo menos una organización sindical, ello con el objeto de incentivar la afiliación que, como se vio, muestra niveles preocupantes, pero además para impedir que aquella figura se utilice como conducta antisindical las medidas adoptadas fueron las de elevarlas únicamente a categorías penales-³⁰sin darle preponderancia a los propios factores culturales y jurídicos en los que ellas se encubren y perviven.

3.2. EL CONCEPTO DE DEMOCRACIA Y CONFLICTO DE TRABAJO EN DECISIONES JUDICIALES

La idea bajo la cual se ha desarrollado esta reflexión ha girado en la hipótesis de que una sociedad en conflicto interno prolongado como en el caso de Colombia requiere la reconstrucción de su ordenamiento jurídico, específicamente en el ámbito del trabajo, como se explicó, e incluso como lo previó en su momento la propia Constitución Política, también que la formación de estructuras jurídicas al margen de la comprensión del fenómenos de la violencia, es deficitaria

29 Índice Global de los Derechos de la CSI, 2016 https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/survey_ra_2016_sp.pdf

30 Artículos 198 a 200 de la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano.

en cuanto a su función reguladora de la vida social, y puede solaparla y que la práctica judicial resulta determinante para generar un nuevo patrón cultural de convivencia en la diferencia, pues una parte de su función es dar contenido a normas abstractas, a través de los fallos judiciales desde los que la sociedad asume la idea de cuál es su esencia y cómo esta tiene efectos reales en los ciudadanos. Por eso se traen a colación dos elementos determinantes, el primero el análisis del concepto de democracia en el trabajo por la Corte Constitucional que es la que tiene la guarda de la Constitución y de otro la referencia al criterio de conflicto que sostiene la Corte Suprema de Justicia como órgano límite en materia laboral, que enunciaré brevemente.

Es en la sentencia C-037 de 1994 que la Corte Constitucional analiza por primera vez la incidencia de la democracia económica en el trabajo y le da un tratamiento insular al concepto de participación, directamente se refiere a democracia industrial que define como aquella de tiene por objeto mejorar y garantizar los derechos de los trabajadores, al permitirles la participación y la dirección en la administración de las empresas; también en el pronunciamiento C-075 de 2006, se refirió a la democratización de la propiedad privada arguyó que la “democracia industrial es objeto de reconocimiento en los artículos 57 y 369, en el primero, cuando encomienda a la ley la posibilidad de establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores logren participar en la gestión de las empresas, y en el segundo, cuando le delega al legislador la obligación de señalar “las formas de participación en la gestión y fiscalización” que esto no era simple dirección sino la posibilidad real de los trabajadores de definir en las decisiones que los afectaran y promover en la práctica la disminución de la desigualdad; así mismo en la sentencia C-934 de 2004, al analizar la constitucionalidad de la facultad del empresario para expedir el reglamento interno de trabajo, dedicó todo un acápite sobre participación en las relaciones laborales, ratificando la idea que describía en los precedentes anteriores, solo que se mantuvo la ausencia de vinculancia, dado que no impuso consecuencias jurídicas a su incumplimiento, eso no obsta para decir que tales posturas permitieron avanzar en un derecho del trabajo mucho más decantado por la concepción de un Estado Social, por razón de lo cual también se desarrolló en sentencia C-386 de 2000 unas reglas sobre los límites del poder de dirección del empleador, tejiendo junto con la SU-342/95 la doctrina de los derechos inespecíficos de los trabajadores en la empresa.

El soporte del sentido democrático del derecho del trabajo colectivo puede caracterizarse en parte de la doctrina constitucional como derivativo de derechos fundamentales individuales y no los propios principios medulares del trabajo cuyo soporte está en la Constitución, esto lo grafica la decisión T-434 de 2011, que no deja de ser valiosa en la medida en que permite conectar la libertad de expresión como inherente a la autonomía y libertad de las personas, base del componente de democracia participativa y es bajo esta idea que indica que

esta también es predictable de las organizaciones sindicales, recordando que su papel no es limitativo al trámite del conflicto colectivo de trabajo sino que es de su esencia, en la concepción democrática del Estado Social de Derecho, todas las actividades sindicales legítimas que tengan por objeto la difusión de su pensamiento, opiniones, reunión, información con el objeto de proteger a la pluralidad de los trabajadores y así también lo expresó en la C-674 de 2008 impiadiendo una lectura restrictiva de la libertad sindical y por el contrario indica que era necesario “exigir la eficacia normativa de la democracia en los sindicatos, en tanto y cuanto se trata de particulares a quienes el constituyente reconoció enorme relevancia para el Estado Social de Derecho y un papel preponderante en el desarrollo de la sociedad democrática”. En el pronunciamiento reciente determinación C-250 de 2015 nuevamente insiste en la importancia de ampliar la democracia participativa en todos los escenarios de la vida social, como parte del reconocimiento de sociedades heterogéneas que no pueden declinar frente a encontrar salida de los conflictos que son propios de todo Estado. Ese desarrollo jurisprudencial ha permitido oxigenar el debate de los derechos del trabajo en Colombia, ello acompañado de la posibilidad de exigir la tutela aun sin haberse agotado todos los mecanismos de defensa judicial, es un avance significativo en temas de discusión que ha revelado también las limitantes de que los fallos de constitucionalidad hayan sido deficitarios en cuanto a superar únicamente el componente discursivo de las decisiones y además que las decisiones de amparo solo tengan carácter interpartes, lo que, debe insistirse, no resta su validez en la medida en que permite una discusión basada en el propio concepto de la democracia y del trabajo, aunque habrá que referirse que ello no ha sido construido de igual manera en la concepción de la gestión de la negociación colectiva, ni de las limitaciones en el ejercicio de la huelga, aspecto que sigue estando en una zona gris.

Ahora bien, al ser la Corte Suprema de Justicia, y su Sala de Casación el órgano de cierre en materia de conflictos del trabajo, es que ocupa aquí un lugar el análisis discursivo; para continuar esta idea debe decirse que tras múltiples reclamaciones de organismos internacionales para que la huelga fuese declarada por un juez y no por el propio Ejecutivo, como se venía haciendo, es que a tal Sala se confía la definición del tema; al hacerse un análisis de esta jurisprudencia en el periodo comprendido desde el 2008 cuando se asigna competencia y el 2015 surgen varios puntos problemáticos, que exteriorizan y delimitan una concepción de conflicto de trabajo que limita el derecho; en términos cuantitativos el 64% de las huelgas termina declarada ilegal y hay una caracterización nociva de la diferencia en el marco del trabajo; por ejemplo es elocuente la decisión de con jueces SCL 42273 de 15 de octubre de 2009 en la que se niega la validez de la suspensión de labores en la Rama Judicial, se indica la necesidad de levantar el fuero a los trabajadores amparados y cancelar la personería al Sindicato, pero particularmente equipara la situación con “un delito contra el régimen constitucional y

legal al exigir en forma tumultuaria a la autoridad la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones”, también se destaca que aun cuando en las decisiones de la Corte, se plantea una racionalidad al momento de poder hacer uso del mecanismo de presión por parte de trabajadores, impidiendo actos de violencia evidente, con afectación de bienes jurídicos también protegibles, lo cual es un postulado que es necesario recabar, esta idea se lleva hasta la negación de la propia contradicción, así por ejemplo se afirma que la negociación colectiva solo es posible ejercerse si existe una regulación legal, que el incumplimiento de los deberes básicos del empleador, cual es el de pagar el salario y cumplir con sus obligaciones contractuales, no habilita a la suspensión de labores, incluso en contravía del derecho civil en el que la incursión en mora de uno de los contratantes permite legalmente que el otro se allane a ella y deje de cumplir³¹, por demás en sentencias como la 58697 de 12 de diciembre de 2012 se agrega que los trabajadores deben propender por la concertación laboral, que debe mediar una “voluntad colectiva mayoritaria respetuosa” de manera que si se incumple parcialmente respecto de algunos o pocos esto no los habilitaría para cesar; en la SCL59419 de 2013 se afirma que las protestas de los trabajadores no pueden contener arengas que afecten el clima de respeto, en la SCL59420 de 10 de abril de 2013 se califica como violento la repartición de panfletos y allí se sopesan dos versiones de testigos encontradas, dándole más peso a la del empleador, negándose la aplicación de los principios tuitivos del trabajo y además se esgrime en la SCL4691 de 2014 que no es posible desarrollar huelga de solidaridad para oponerse a la persecución de los dirigentes sindicales, equiparando esa actividad a fines políticos extraños de la organización; aunque no deja de ser relevante que se fijen los alcances de los derechos y se establezcan los límites de las libertades, no es posible negarlas, sino que deben ser objeto de ponderación bajo la estructura del Estado Social, es claro que una restricción excesiva de aquellas genera la imposibilidad de ejercer la democracia en el trabajo, pero esa talanquera, como se ha explicado, también deviene de una codificación laboral que no compagina y de un criterio de conflicto de trabajo que niega las propias tensiones y el propio origen del derecho del trabajo.

4. PROCESO DE PAZ Y AGENDA DEL TRABAJO

La democratización de la sociedad es fundamentalmente un proceso que está ligado a múltiples factores que impone importantes grados de compromiso en todas las esferas (Dunlop, 1985); en materia del trabajo el asunto se torna complejo, en palabras de Luis Enrique Alonso (Alonso, 2007) porque la ciudadanía sigue siendo entendida como una cuestión otorgada por los Estados y no como históricamente ha sido una “formación de una identidad activa y conflictiva, una lucha por el reconocimiento efectivo de los derechos, resultado de una per-

³¹ Para el efecto pueden consultarse entre otras las decisiones 46177/2012, 40428/2009, 55497/2012, 58697/2012, 58702/2013.

manente movilización social de unos actores que buscan ampliar los límites de su condición realmente existente en cada periodo histórico”, si a estos que son los problemas compartidos hoy sobre las transformaciones del trabajo, se suman las dificultades que, según se ha explicado, existen en Colombia, es claro que deben confluir muchas ideas y acciones para reconstruirse en todos los ámbitos y que la disciplina laboral tiene mucho que aportar en este escenario.

Debe agregarse que el avance más significativo lo introduce la constitucionalización del trabajo, que fue presionado por distintos movimientos y sectores democráticos, y que ha sido un elemento transversal especialmente en Colombia, dado que ha permitido su protección, aun cuando de forma limitada, pero que no por menos resulta descartable, máxime cuando ha conseguido que se produzcan debates al interior de una escuela de pensamiento que aparecía homogénea y en la que el derecho del trabajo no tenía mayor desarrollo, pero que hoy resurge como determinante en el estudio del papel que en una sociedad en transición a la paz debe darle a aquél, en el que ocupan centralidad el debate sobre la función social de la empresa, del trabajo visto como progreso social y económico que disminuye la desigualdad cuando construye relaciones más horizontales y de cómo las decisiones judiciales laborales sensibilizan a la sociedad sobre cómo los derechos fundamentales en el trabajo configuran un límite de las libertades económicas, para el efecto la sentencia del Tribunal Constitucional Español TC 88-1985 refleja tal postura al indicar que “las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad, a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza”

Aunque la propia exclusión de la violencia como manera de tramitar las diferencias es de por sí un elemento determinante para el avance social, según se ha planteado a lo largo del texto, al contrastar el documento suscrito el 23 de noviembre de 2016 entre el gobierno colombiano y la insurgencia se extraen varios puntos³² que pueden dividirse en dos grandes bloques de acciones y compromisos que tienen relación directa con el trabajo y que corresponden más a políticas públicas que desarrollan los derechos ya contenidos en la Constitución Política, allí se encuentran los que se derivan de la reforma rural integral y de la democracia participativa pero que suman y convergen en la dirección de impactar positivamente los cimientos de la democracia.

³² Además de los aspectos puntuales que desarrollan las materias del trabajo, el Acuerdo de la Esperanza, como fue llamado y que tiene por objeto la construcción de una paz estable y duradera, constituye una declaración de Estado sobre sus responsabilidades incumplidas, allí también se indica la necesidad de ampliar y cualificar la democracia y como la implementación hará que se profundice en componentes esenciales de participación política, pluralismo jurídico con las expectativas de que incidirá en la conformación de una ciudadanía crítica, con respeto al opositor y generadora de una cultura de respeto.

Se trata más de un compromiso de desarrollo de políticas públicas que incluso consisten en deberes que están en la Constitución Política, pues los aspectos reformadores tienen que ver más con los elementos de justicia restaurativa; en todo caso aquí se evalúa estrictamente lo que afecta la disciplina del trabajo.

En ese sentido y como se anotó atrás, la cobertura de la legislación del trabajo en las zonas rurales es mínima, de allí que el Acuerdo de la Esperanza (en adelante ADE) incorpora un tratamiento diferenciado del campesinado como sujeto de especial protección, es decir que así como la Constitución Política de 1991 partió de la multiculturalidad de los afrodescendientes y de los indígenas, con el ADE se inserta una nueva categoría, la del campesinado, que además caracteriza, y que será determinante en el ordenamiento jurídico en adelante, máxime cuando se plantean los derechos como componentes restauradores en razón de la violencia.

Partiendo de lo anterior el ADE prevé una reforma rural integral con el fortalecimiento de las inspecciones de trabajo (recomendación que de tiempo atrás venía haciendo la OIT) en las zonas priorizadas y que corresponden a 300 municipios de todo el país, para ellos dispone de planes de adjudicación de tierras sin pago, créditos especiales y subsidios integrales, dirigidos exclusivamente a trabajadores y a trabajadoras con vocación agraria³³ y que no dispongan de tierra, o con insuficiencia, en la cual tienen prelación aquellos que hayan sido víctimas³⁴

Allí se incorporan unos protoprincipios entre los que se destacan la finalidad del acceso a los trabajadores con tierra insuficiente o sin ella y la función social y ecológica de la propiedad, pero deja su instrumentalización al Congreso de la República.

Otra incidencia directa al derecho del trabajo corresponde a las acciones afirmativas que se incorporan para el acceso al empleo, en efecto el ADE refiere que en los municipios priorizados las comunidades participaran activamente en la ejecución y seguimiento de las obras de infraestructura, en los programas sociales y ambientales sostenibles y se indica que la utilización de mano de obra de la zona es prioritaria la de su empleabilidad, con especial referencia a que las condiciones de contratación deben regularse de acuerdo a la normativa internacional y nacional, y regirse por los principios de dignidad y equidad.

En ese mismo sentido se plantea la formalización laboral rural, siguiendo las normas de la Organización Internacional del Trabajo en cuanto a la garantía de trabajo digno y de los derechos de los trabajadores y trabajadores del campo, aquí nuevamente lo que el Estado reconoce es un incumplimiento de sus propias obligaciones adquiridas con la comunidad internacional, pero las direcciona

³³ El propio punto entiende que las beneficiarias pueden ser “asociaciones de trabajadores y trabajadoras con vocación agraria sin tierra o con tierra insuficiente, así como personas y comunidades que participen en programas de asentamiento y reasentamiento con el fin de proteger el medio ambiente, sustituir cultivos ilícitos y fortalecer la producción alimentaria. Las personas beneficiarias del plan de adjudicación gratuita y del subsidio integral serán seleccionadas por la autoridad administrativa competente, con la participación de las comunidades locales”.

³⁴ Este parece ser un punto bastante ambiguo máxime cuando desde la expedición de la ley 397 de 1997 el Gobierno Nacional insertó un método de registro de las víctimas de la violencia, pero que no es comprensivo del fenómeno a nivel nacional y tampoco se compadeció con la propia declaración de organismos internacionales sobre la existencia de una violencia generalizada en Colombia, intensificada en los últimos 15 años.

únicamente en cuanto a este sector de la población y efectivamente se plantea un Plan progresivo de protección en el que se encuentran los siguientes puntos:

1. Condiciones laborales rurales dignas.
2. Inspección del Trabajo rural.
3. Relaciones de trabajo no tercerizadas.
4. Principio de no discriminación en el trabajo, con enfoque de género.

Sobre esos ejes se articulan como medidas:

1. Campañas para la erradicación del trabajo infantil, con alusión directa a la necesidad de crear mecanismos efectivos, de acuerdo al convenio 182 de OIT sobre las peores formas en las que aquél se presenta.
2. Estímulo a procesos de organización de las y los trabajadores del campo a través de formas asociativas y cooperativas.
3. Promoción de la contratación a las personas en situación de discapacidad y de mujeres de las áreas productivas no tradicionales.
4. Capacitación de las y los trabajadores y de las empresas que operen en las regiones, en materia de obligaciones y derechos laborales, y el fomento de la cultura de la formalización laboral.
5. Fortalecimiento del sistema fijo de inspección laboral.
6. Creación de un sistema móvil de inspección en las áreas rurales para facilitar el acceso de las y los trabajadores.

La seguridad social también ocupa lugar en el ADE, del que se desprende un componente asociado a la pensión de vejez, pero que se trata como beneficio económico periódico para las y los trabajadores que se encuentre en edad de pensionarse, sin que medien cotizaciones, según se extrae los condicionamientos serían los de ser sujeto de especial protección y la edad, pero ello aparece en duda cuando luego habla de “la extensión de programas para la protección eficaz del riesgo económico de la vejez en la población rural de tercera edad en extrema pobreza que no está cubierta por el sistema de seguridad social considerando las necesidades especiales de las mujeres adultas mayores” por lo que podría entenderse que los beneficios periódicos solo cobijarían a las personas de la tercera edad de las zonas priorizadas y los restantes recibirían lo que está previsto en la propia Ley 100 de 1993.

También se plasma el compromiso de la protección a las mujeres embarazadas y lactantes, con especial énfasis en la cobertura y calidad de los sistemas de salud, así como de un subsidio familiar diferenciado para la mujer trabajadora del campo.

Si se lee con detenimiento esta agenda no constituye, en materia de trabajo, nada distinto a lo que de tiempo atrás las organizaciones de trabajadores y los

organismos internacionales habían estado pidiendo y en las que el Gobierno de Colombia tenía compromisos de implementación, incluso los beneficios periódicos ya habían sido previstos en el Plan de Desarrollo Nacional 2014-2018 y algunos de los componentes tienen expreso desarrollo legal, como el subsidio familiar y los subsidios para las personas de la tercera edad en extrema pobreza, que ahora deberá ser visto de manera diferenciada con la categoría de las y los trabajadores del campo, lo que se expresa es más bien en términos de interés del Estado en su aceptación, pero se advierte que dentro del texto no se prevén mecanismos judiciales que permitan su satisfacción, los cuales podían ser significativos si se tiene en cuenta que estas obligaciones ya estaban dentro del ordenamiento sin que se pudieran satisfacer. Eso sin ignorar que uno de los aspectos procedimentales del ADE se concentra en una Comisión de Seguimiento, por un periodo de 4 años, con vigilancia de organismos internacionales.

Otro de los aspectos que se abordan y que son medulares al derecho del trabajo, hacen parte con el componente de Democracia Participativa, y que ocupa un lugar relevante, sobre todo teniendo en cuenta los relatos de violencia y la exacerbación de conductas antisindicales o de opacamiento de libertades y derechos laborales encubiertas en él, por ello se estructuró un capítulo de participación política, en el que es transversal la elevación de la protesta y la movilización social como derecho derivados del derecho de reunión, libre circulación, libertad de conciencia y oposición en democracia, lo que sin duda tendrá que incidir en los desarrollos jurisprudenciales en adelante, máxime cuando se protege de acuerdo con los estándares internacionales, que pueden referirse a la doctrina del Comité de Libertades Sindicales de la OIT; se ofrece por parte del Estado garantías relativas con:

1. El ejercicio de la libertad de información durante la movilización y la protesta social.
2. Revisión y modificación de normas sobre movilización social que afecten el contenido de derechos³⁵.
3. Aplicación especial de los derechos humanos en el tratamiento a los ciudadanos que se movilicen.
4. Fortalecimiento del control y de la vigilancia especial a las autoridades en el tratamiento de estos derechos.
5. Garantías de dialogo, con mecanismos de interlocución y participación democrática.
6. Acompañamiento del Ministerio Público.

³⁵ Esto tendrá directa incidencia en las regulaciones que hizo el Código de Policía, este año, en el que se otorgan facultades para intervenir en las movilizaciones ciudadanas y restringe su ejercicio, y respecto del cual cursa una demanda de inexequibilidad en la Corte Constitucional.

Como forma de darle forma a estas garantías se crea un Consejo Nacional de Reconciliación y Convivencia, en el que tienen cabida las organizaciones de trabajadores y al que se le asigna, dentro de sus competencias, promover el respeto de la labor de quienes están comprometidos con la construcción de la paz y de la reconciliación, evidenciar el impacto nocivo de la estigmatización y de la mano capacitar a los diversos actores sociales, la imposibilidad de tipificar la protesta pacífica.

Ambos bloques se dirigen en la misma dirección, en dar cuenta de la ausencia de cumplimiento del Estado de sus obligaciones y de la necesidad de empezar a efectivizarlas, ello solo puede dimensionarse si se entiende el contexto, ahora bien aquí solo se encuentra una parte de los avances que se hacen necesarios desde el derecho del trabajo, entre los que se cuenta el establecimiento de una nueva codificación que lo regule, que lo modernice, bajo los principios constitucionales descritos en el artículo 53, entre otros porque así se impone en atención al impulso que se da al trabajo en las zonas rurales, con marcada inequidad y discriminación por razón de género y de opinión política.

5. REFLEXIONES FINALES

La ordenación del trabajo en Colombia es reflejo no solo de las múltiples tensiones propias de la conformación de este derecho en todas las latitudes, pero en particular en cuanto a la pervivencia de ellas aun después de casi un siglo, ello alentado por una situación de conflicto interno a partir del cual se generó su codificación y de paso se construyó su interpretación, viéndose con resquemor, por razón de la violencia del contexto, el ejercicio de derechos y libertades del Estado Liberal de Derecho, como la expresión, la reunión, la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, y desligándolos de la posibilidad que tiene la organización en el trabajo en acuerdo con el empleador de poder generar relaciones menos inequitativas que puedan paliar por lo menos en alguna proporción las diferencias propias del trabajo;

Más que la modificación vía ADE sobre las relaciones del trabajo, que efectivamente no se hace de forma determinante, lo que aquel representa es la negación de la violencia como gestión de cualquier conflicto, que incide directamente en el derecho laboral y tiene un impacto en la manera en la que la sociedad comprenda y gestione sus diferencias fuera y dentro del escenario del trabajo, esa democratización como se refería atrás no deviene de una esencia, sino que debe estar acompañada de transformaciones de todo tipo, y que tocan a la disciplina en la medida en que esta termina siendo punto de cohesión y de confianza en sectores en los cuales no tiene aplicación o vigencia material.

La transformación del modelo de relaciones laborales con alto grado de verticalidad, de relatos en los que el conflicto propio del trabajo se sigue sancionando,

la forma en la que se aplican las presunciones en la resolución de los conflictos, la inserción de la garantía de la protesta al ordenamiento, el impacto de las acciones afirmativas a la nueva categoría de trabajadores y trabajadoras campesinas, la incidencia del enfoque de género en el trabajo rural y en su implementación, la superación de modelos de posconflicto de contenido eminentemente económico, pasan a ser parte de las preocupaciones que deben alentarse ahora que parece ser, se ha decidido refrendar y validar el trabajo digno como elemento determinante de la ciudadanía social en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, L. E. (2007), *La crisis de la ciudadanía social*. Barcelona: ANTHROPOS.

ARAGÓN SÁNCHEZ, A. (1998), *La participación de los empleados en la empresa*. Madrid: Consejo Económico y Social.

BABIANO, J. (2014), Trabajo y ciudadanía, una relación compleja. En *El sindicalismo y la construcción de los derechos: trabajo y ciudadanía en la Europa contemporánea*. Madrid: Fundación 1 de Mayo.

BAYLOS GRAU, A. (2016), Crisis del modelo social y liberalismo autoritario en Europa. *Revista de Derecho Social de Latinoamerica*.

BAYLOS GRAU, A. (2016), *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Albacete: Bomarzo.

CELIS OSPINA, J. C. (2004), *Sindicatos y territorios: Dimensiones territoriales de la acción sindical. Aproximación teórica y descripción de las experiencias colombianas*. Medellín: Escuela Nacional Sindical.

DE LA TORRE PRADOS, I. (2014), *Trabajo y empresa. Cultura y organización empresarial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

DUNLOP, J. (1985), *El trabajo en el siglo XX*. Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social: Madrid.

EDWARDS, P. (1990), *El conflicto en el trabajo, un análisis materialista de las relaciones laborales en la empresa*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

FREUND, K. (1987), *Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social.

GUTIERREZ PÉREZ, M. (2011), *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*. Murcia: Laborum.

JEVONS, W. S. (2006), *El Estado y los trabajadores*. Madrid: Marcial Pons, Políticas.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (2013), *Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

POOLE, M. (1986), *Hacia una nueva democracia industrial, la participación de los trabajadores en la industria*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

ROMAGNOLI, U. (1997), *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: Consejo Económico y social.

ROMAGNOLI, U. (2006), *Trabajadores y sindicato*. Madrid: GPS Madrid.

TEZANOS, J. F. (1987), *La democratización del trabajo*. Madrid: Sistema.

TOCQUEVILLE, A. (2002), *La democracia en América*. Madrid : Alianza Editorial.

TRABAJO, O. I. (2000).

VALDÉS DAL RE, F. (2016), *El constitucionalismo social europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales*. Madrid: Bomarzo.

DIREITOS SOCIAIS E LIVRE COMÉRCIO - OIT X OMC

Thereza Christina Nahas

Juíza do Trabalho em São Paulo - TRT/2 (Brasil); Doutora em Direito do Trabalho pela PUC/SP e Doutora pela Escola Internacional da UCLM; Investigadora da UCLM.

1. Considerações gerais sobre a OMC.
2. Da OIT e dos direitos por ela tutelados.
3. Os pactos internacionais e os direitos dos trabalhadores.
4. Notas conclusivas.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A OMC

Analizando o contexto das discussões sobre o impacto da globalização nas relações de trabalho¹, há que se debruçar sobre um tema que se mostra como uma possibilidade de controle eficiente sobre a tutela de direitos dos trabalhadores. Este estudo está centrado na possibilidade da inserção da cláusula social nos contratos internacionais de comércio no âmbito da OMC.

É sabido que a liberalização comercial é um dos principais traços da globalização econômica e que constitui sua engrenagem mais importante, resultando num movimento que vai muito além dos acordos comerciais regionais e locais para alcançar um espaço territorial cada dia maior.

Em 1947 se adotou o Acordo Geral sobre Impostos, Aduana e Comércio (GATT –*General Agreement on Tariffs and Trade*–). Este acordo representa um ajuste entre os 23 países que participaram das negociações que tinham por objetivo estreitar relações comerciais e liberar o comércio através da criação de acordos multilaterais, bilaterais e/ou regionais, onde se poderia estabelecer zonas de livre comércio e uniões aduaneiras para eliminação ou redução dos respectivos impostos e tarifas de aduana. Frise-se que este acordo se estabeleceu depois da Segunda Guerra Mundial, o que coincide com a época que nasceu a Comunidade Econômica Europeia. Representava um simples acordo, sem estrutura administrativa, e tinha por finalidade contribuir para o crescimento mundial por meio do regramento da economia global.

Todavia, o projeto neoliberal de desregulamentação e flexibilização dos mercados reclamava uma organização internacional que pudesse dar maior segurança as negociações comerciais e, dentro deste contexto, nasce a OMC com um sistema de regras estabelecida entre os países e com personalidade jurídica própria.

¹ NAHAS, T. C., *Reflexões sobre o Capital Globalizado nas Relações de Trabalho – especial referência a União Europeia e o Mercosul*, LTr, editora, São Paulo, 2016.

É criada em 1994, depois de realizada a Ronda de Uruguai e das discussões que fixaram a necessidade de uma organização do comércio mundial. O trabalho da OMC provém das negociações entre seus membros e os acordos constituem seu núcleo.

A OMC tem um propósito primordial que é de contribuir para a liberdade de mercado, assegurando que não se produza efeitos indesejáveis nos negócios entabulados e, para tanto, estabelece princípios que constituem a base do sistema multilateral do comércio, quais sejam²:

1. Não discriminação - não pode haver discriminação entre os produtos e serviços, e tampouco entre os nacionais de um país e seus interlocutores;
2. Abertura – redução de obstáculos para fomentar o comércio que pode consistir, entre outras medidas, em direitos de aduana e eliminação ou diminuição de impostos;
3. Previsibilidade e transparência – as empresas, os investidores e os governos devem assegurar que todas as pessoas, os países, os investidores e as empresas, conheçam as normas que regem o comércio e os governos, garantindo que se possa desfrutar das vantagens da concorrência saudável e justa;
4. Maior competitividade – desencorajar as práticas desleais, o *dumping* de produtos, permitindo a maior participação do comércio mundial;
5. Maiores vantagens para os países em desenvolvimento – mais de 3/4 dos membros da OMC são países em desenvolvimento. Considerando o objetivo da liberdade de mercado, há que se admitir que tenha privilégios e flexibilidade de normas para que possam competir em igualdade de condições com os países desenvolvidos.
6. Proteção do meio ambiente – permite-se que os membros utilizem medidas de proteção ao meio ambiente e a saúde pública e dos animais. Todavia, não se pode utilizar a regra para encobrir políticas protecionistas.

Como se vê, não está entre os objetivos da OMC questões relacionadas a manutenção ou luta pelo trabalho decente; organização e tutela da relação de trabalho ou dos trabalhadores; e questões sociais. Isso se dá porque a OMC está pensada para garantir e organizar a maior liberdade possível do comércio e, ainda que isso possa refletir nas relações de trabalho, este tema não se insere dentro da sua visão e dos objetivos que busca para realizar a regulamentação do comércio internacional. A matéria da cláusula trabalhista ou social no sistema do comércio internacional, restou excluída dos objetivos da OMC³.

2 Informe Anual 2015 da OMC, disponível em www.wto.org, em julho de 2016.

3 Conforme a Declaração Ministerial de Singapura de 1996, disponível em https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm, acesso em julho de 2016.

O tema das relações de trabalho se sujeita aos conteúdos da OIT, fundada em 1919 com a finalidade de garantir os padrões mínimos da vida dos trabalhadores. Como lembra John D. French “con el debilitamiento del «impulso hacia el internacionalismo obrero más allá de las fronteras» de la época de preguerra, los movimientos obreros socialdemócratas adoptaron un nuevo enfoque basado en el establecimiento de «una nueva organización laboral internacional y tripartita [que] en nombre de la justicia social y de la paz ... [iniciaría] un proceso de armonización en los países capitalistas avanzados, que haría posible que el Estado-nación individual se embarcara en una legislación laboral y políticas sociales sin socavar la fuerza competitiva de diversos capitales nacionales en su producción para el mercado mundial”⁴. A OIT se reserva a função de monitorar o cumprimento das normas negociais em seu âmbito, que dizem respeito aos direitos dos trabalhadores.

Até a década de 70 não se tinha a dimensão internacional do comércio e, segundo o informe⁵ do Banco Mundial, este fato passou a ser motivo de preocupação e reclamou regulamentação, não só no âmbito das organizações econômicas, mas também da OIT. Isso se deu ainda, porque, 80% das exportações, dos produtos primários e da mão de obra se originavam dos países em desenvolvimento e dos industrializados recentemente, os quais começavam a competir com a mão de obra dos países mais desenvolvidos e industrializados⁶. Este informe do Banco Mundial é publicado no mesmo ano que nasce a OMC, chamando a atenção dos Estados para que se fixassem políticas internas favoráveis ao comércio internacional consistentes em:

- Adotar pautas de crescimento com orientação de mercado que possam gerar um rápido aumento na demanda da mão de obra, permitir reforçar a capacidade dos trabalhadores e aumentar a produtividade;
- Aproveitar as novas oportunidades que aparecem em nível interacional, permitindo o acesso aos seus mercados e atraindo capitais e, ao mesmo tempo, fazer frente às perturbações resultantes das modificações que se produzem no plano internacional;
- Estabelecer, para a política trabalhista, um marco que complemente os mercados de trabalho e o setor informal e as zonas rurais, que facilite as negociações coletivas e o setor formal, proteja os grupos vulneráveis e evite favorecer os trabalhadores cuja situação econômica é relativamente boa;
- Para os que se encontram em uma etapa de transição de acordo com modelos de desenvolvimento mais abertos e baseados nos princípios do mercado,

4 D. FRENCH, J., *Comercio y Trabajo en el Mundo. Hacia la cláusula social. Nueva Sociedad*, Nro. 148 – Marzo-Abril 1997, pp. 142-157

5 Informe del Banco Mundial – *El mundo del Trabajo en Una Economía Integrada*, disponível em http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2012/05/08/000406484_20120508105833/Rendered/PDF/148660WDROSPANISH0Box107562B00PUBLICO.pdf, em julho de 2016.

6 Informe del Banco Mundial – *El mundo del Trabajo en Una Economía Integrada*, ...

procurar que esta transição ocorra o mais rápido possível e não introduza custos excessivos e permanentes para os trabalhadores.

Com a multiplicação dos acordos negociais a nível mundial e com a expansão do comércio de Norte a Sul impulsionados pela tecnologia e pelas novas dimensões da globalização é que a dimensão social dos contratos econômicos se torna contemporâneo e se apresenta como uma das possíveis soluções para evitar a exploração da mão de obra, impedir o *dumping* social e tentar estabelecer uma simetria mundial para os standard mínimos dos direitos do trabalhadores.

Não se pode deixar de reconhecer que o comércio internacional teve uma forte contribuição para o desenvolvimento das relações de trabalho em todos os países e que a proteção dos direitos dos trabalhadores se deu, também, de fora para dentro, ou seja, da tutela internacional para a nacional. Este fato acaba por justificar que as regras do comércio internacional deveriam vir acompanhadas da proteção trabalhista internacional. Todavia, não é assim que se apresenta a questão. Na conferência ministerial de Singapura de 1996⁷, a primeira ordinária bienal realizada depois da criação da OMC, foi deliberado que, sem embargo de se apoiar as ações da OIT, a inserção de cláusulas sociais em tratados e convênios internacionais no âmbito da OMC seria inviável, ante os interesses e características da matéria objeto de sua competência.

2. DA OIT E DOS DIREITOS POR ELA TUTELADOS

A OIT é a instituição mundial responsável pela elaboração e supervisão das normas internacionais voltadas a tutela das relações de trabalho. As guerras e revoluções provocaram sua criação; além do que, uma das características do século XX, é que a vida girava em torno daqueles fatores e do trabalho.

O que se pretendeu com o nascimento da OIT foi promover, através do diálogo social tripartite (Estado, empregadores e trabalhadores), a paz e a justiça social que estavam muito fragilizadas no século XIX. A sociedade e as economias se alteraram em razão da industrialização; havia uma reclamação generalizada por uma solução para a chamada “questão social”.

Surge, assim, pelo movimento obreiro, a primeira associação internacional, em 1864, que foi a Associação Internacional de Trabalhadores, conhecida historicamente por Primeira Internacional e que congregava vários sindicatos e um grupo de ativistas políticos. Tinha como meta principal a emancipação dos trabalhadores e a defesa dos seus direitos. Em 1889 se forma a Segunda Internacional que defendeu o trabalho de oito horas diárias e que resultou no primeiro convênio da OIT sobre jornada. Em 1900 nasceu a Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores (IALL) composta por aqueles que eram provenientes

⁷ Disponível em https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm, acesso em julho de 2016.

da organização do trabalho e, também, professores e políticos. Já se podia obter convênios que regulamentavam questões trabalhistas e que tiveram a adesão de alguns países⁸. A associação teve sua atividade interrompida em razão do início da 1^a Guerra, mas foi sua existência que permitiu a abertura para a criação da OIT.

A Conferência de Paz pretendia estabelecer um marco internacional, político e econômico, onde se podia discutir sobre normas de trabalho em âmbito internacional, criando-se um sistema equitativo para todos os países, de modo que se fixou os cinco princípios básicos fundamentais que se distinguem em seu texto⁹:

- *La paz duradera sólo puede lograrse sobre la base de la justicia social, la libertad, la dignidad, la seguridad económica y la igualdad de oportunidades.*
- *El trabajo no debe considerarse simplemente como una mercancía o un artículo de comercio.*
- *Tanto los trabajadores como los empleadores han de disfrutar de libertad de asociación, así como de libertad de expresión y del derecho a la negociación colectiva.*
- *Estos principios son plenamente aplicados a todos los seres humanos, independiente de su raza, credo o sexo.*
- *La pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad de todos, y debe combatirse tanto a nivel nacional como internacional.*

Fixado o objetivo essencialmente comercial da OMC, afastando dos contratos de comércio qualquer possibilidade de cláusulas sociais, a OIT publicou, em 1998, a declaração sobre direitos fundamentais. Mas isso não serviu para alterar a posição daquela organização que insiste no fato de que suas ações não podem se sujeitar a proteção de um dos agentes da etapa da produção, isto é, ao trabalhador. Entende que o que se deve preservar é a concorrência entre as empresas e o comércio internacional e se empenha neste objetivo.

3. OS PACTOS INTERNACIONAIS E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES

Os pactos internacionais entre os países e o capital globalizado produzem efeitos nas relações de trabalho. Isso transparece claramente, por exemplo, nas discussões relacionadas ao tema da externalização, flexibilização, redução de custos e descentralização dos contratos de trabalho. Tudo isso tem uma forte repercussão nas relações individuais e coletivas de trabalho, o que tem gerado,

⁸ O convênio que proibia o trabalho noturno para as mulheres foi firmado por 25 países e o que proibia a fabricação de fósforos brancos teve a adesão de 41 países.

⁹ RODGERS, G.; LEE, E.; SWEPSTON, L. y VAN DAELE, J., *Informe de la OIT sobre La Organización Internacional del Trabajo y la Lucha por la Justicia Social*, 1919-2009, disponível em www.ilo.org, acesso em julho de 2016.

ainda, a crise de representatividade dos sindicatos, que tem tido baixa adesão de associados e dificuldades no momento da negociação.

Este cenário e a necessidade dos países firmarem pactos comerciais e econômicos transnacionais faz com que se promova recortes nos direitos sociais e nos dos trabalhadores. Por outro lado os sindicatos, constrangidos e envolvidos com os problemas acarretados pelas crises do sistema sindical tradicional, lançam-se numa nova fase, tentando resgatar a configuração do sistema global, como uma das alternativas para se poder caminhar com a mesma desenvoltura que o capital globalizado.

A integração das economias tem um aspecto positivo, pois incentiva a solidariedade entre os países para buscar melhores condições de vida. Devem ter, ainda, como objetivo o cumprimento do que foi fixado como um direito fundamental no preâmbulo da Constituição da OIT, ou seja, não é possível um desenvolvimento equilibrado e sustentável num determinado país, se qualquer das nações do mundo deixar de adotar um regime de trabalho efetivamente humano, pois esta omissão constituiria um obstáculo aos esforços de outras nações que desejem melhorar a sorte de seus trabalhadores nos seus próprios países.

O processo de globalização tem desencadeado várias posições contraditórias quanto aos seus benefícios ou malefícios. É certo que o mundo está interrelacionado pelas novas tecnologias e políticas assumidas pelos diversos países. Para a OIT a economia global tem manifestado a capacidade produtiva, mas os resultados obtidos são muito desiguais em todo o mundo e, desta forma, é necessário que se adote medidas que sejam capazes de permitir um processo de globalização mais justo. Há que se ter em conta que não é o fenômeno da globalização o responsável pelas desigualdades sociais ou as vulnerabilidades da relação de trabalho, mas sim a maneira como se gestiona a sua governança e a ganância das empresas multinacionais, tudo isso somado a deficiência (ou ineficiência) dos estados em conseguir administrar os desafios do movimento do capital e da eficiência da tecnologia.

Chegamos a um ponto em que os efeitos do capital global, está servindo para retirar o mínimo de dignidade que resta ao ser humano e destruindo de modo perverso o meio ambiente, o que vem causando várias catástrofes para a vida humana. Não obstante, por exemplo, vivemos em um mundo com grande abundância de comida, a fome segue afetando milhões de pessoas¹⁰. A comida se transformou em um comércio e os preços dos alimentos são fixados nas bolsas de valores através dos mercados. A compra e venda de alimentos é realizada para especular, pois o mercado da matéria prima esta, como quase todo o resto, desregulado. Como ensina Esther Vivas Esteve, “la especulación con los alimentos

¹⁰ Estima-se que 24.000 pessoas morrem por dia em razão da fome ou por causas ligadas a desnutrição e 75% deste total são crianças com menos de cinco anos. Informação disponível em <http://www.lonweb.org/hunger/hung-spa-eng.htm>

y los agrocombustibles fueron sin embargo la chispa que prendió en un modelo agrícola extremadamente vulnerable. La crisis alimentaria de los años 2008 y 2011 fueron tan solo la muestra de un sistema enfermo”¹¹.

O que se assiste hoje, é a incapacidade internacional de poder dar respostas eficientes e efetivas aos problemas que são postos pelas organizações econômicas e para as concessões que está fazendo a OMC a fim de permitir a maior fluidez económica dos acordos bilaterais das chamadas cláusulas preferenciais que constituem uma exceção ao princípio da não discriminação que, na verdade, não considera os produtos em si mesmo e tampouco o modo como foram produzidos. Não importa, por exemplo, que se tenha utilizado a mão de obra infantil ou escrava na produção de um sapato, ou se a natureza da matéria prima foi adulterada para a produção do combustível. Há que se ter em conta que o sistema multilateral do comércio internacional encabeçado pela OMC não deixa margem para a consideração dos direitos sociais, dos trabalhadores ou ambientais no regime das relações comerciais internacionais”¹².

Todavia, tem sido por esta porta, isto é, com fundamento nas preferências comerciais, que a UE, por exemplo, condicionou e construiu “seu próprio sistema de cláusula social, através de preferências unilaterais (ou sistema de “preferências comerciais generalizadas”) ou bilaterais (acordos internacionais de liberalização comercial)”¹³.

Vislumbra-se com isso, que nos países em que há uma tradição de proteção aos direitos sociais e de trabalhadores, muitos dos pactos comerciais internacionais, tem sido negociados com cláusulas visando a garantia daqueles direitos, buscando manter um nível mínimo de proteção. Isso não faz com que se alterem os objetivos da OMC a respeito deste tema e na condição de instituição internacional. Não há qualquer vedação no regulamento da OMC para que os países possam inserir cláusulas sociais nos negócios de comércio internacional, de modo que, os que estão sendo assim realizados guardam uma condição local, persistindo o problema de não se ter uma postura transnacional no âmbito da organização internacional, para as dificuldades que o tema impõe.

A integração econômica tem ainda como uma das consequências, as mudanças nos movimentos sindicais, afetando os direitos dos trabalhadores no âmbito privado e coletivo. Antes os sindicatos nasciam no âmbito interno das fábricas e nas regiões locais. Agora, é forçoso que voltem os olhos aos movimentos transnacionais, fundados na solidariedade e nos pactos com as empresas com o mesmo caráter transnacional, o que desafia grandes dificuldades, o que torna imperioso um movimento de natureza transnacional para que se possa tutelar adequadamente.

11 VIVAS ESTEVE, E., *El negocio de la comida*, Editorial Icaria, Barcelona, 2^a ed, p. 14.

12 MOREIRA, V., *Trabalho Digno para Todos – A “Cláusula Laboral” no Comércio Externo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 95.

13 MOREIRA, V., *Trabalho Digno para Todos...* p. 114.

mente direitos dos trabalhadores, possibilitando uma simetria de condições de trabalho em âmbito global.

Como recorda Barry Carr, “un ejemplo notable ha surgido en la región fronteriza de Estados Unidos y México, donde los obstáculos a la sindicalización son numerosos. Aquí, varias organizaciones han desarrollado iniciativas para fortalecer el bienestar y la capacidad de negociación de los trabajadores, y pasar por encima de las barreras políticas para organizar una sindicalización eficaz. Los Comités de apoyo fronterizo obrero regional (CAFOR), en conjunto con el Comité de Apoyo de San Diego a los trabajadores de las maquiladoras, ha desarrollado una formación en salud y seguridad para los trabajadores en las empresas maquiladoras. En lugar de lanzar campañas abiertas para la formación de sindicatos, estos ejercicios de formación constituyen una forma de lucha semiclandestina, y se basan en las reuniones celebradas en las comunidades obreras de las zonas industriales (Hughes, 1991)”¹⁴.

Registre-se, ainda, o acordo que se logrou negociar depois das repercussões do acidente havido em Bangladesh em 2013 responsável pela morte de vários trabalhadores e que teve a adesão de 160 multinacionais no sector têxtil, firmado mediante um Comitê integrado por entidades sindicais e um corpo de inspetores¹⁵.

Os instrumentos catalizadores destes movimentos “se han visto estimulados por diversos acontecimientos. La creación de mercados comunes, áreas de libre comercio y uniones aduaneras en las Américas, Europa y Asia ha sido uno de los principales catalizadores. Las diversas formas de integración económica y cooperación han proporcionado un amplio espectro de oportunidades para la intervención del Estado, los sindicatos y las ONG, así como diversos marcos para abordar problemas no directamente relacionados con el comercio y las inversiones”¹⁶. Acrescente-se, ainda, como ensina Antonio Baylos “muy afincado en el espacio nacional –estatal desde las constituciones democráticas de los diferentes régímenes– la forma sindicato ha tenido que transformarse y hacerse más compleja, mediante su adaptación a otros campos de regulación más allá de los Estados. Ha podido construirse trabajosamente en la dimensión supranacional –fundamentalmente en Europa– e internacional. Las prácticas sindicales en este nivel han ganado en visibilidad, relevancia y capacidad de acción, aunque no con la amplitud e intensidad que sería conveniente”¹⁷.

Torna-se necessário refletir sobre o fato de a OMC resistir a proposta de inserir nos pactos negociais cláusulas que se fundem em direito humanos, sociais e

14 CARR, B., *La globalización desde abajo: el internacionalismo sindical en el marco del NAFTA*, disponível en <http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/nautas/17.pdf>, acesso em julho de 2016.

15 Disponível em <http://www.industrial-union.org/es/informe-especial-industrial-global-union-y-el-grupo-inditex-obtener-resultados-con-los-acuerdos>, em agosto de 2016.

16 CARR, B., *La globalización desde abajo...*

17 BAYLOS, A., *Un instrumento de regulación: empresas transnacionales y acuerdos marco globales*, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, 27, núm 1 107-125.

trabalhistas. Há que se recordar que 84% de seus membros firmaram o Pacto Internacional de Direitos Econômicos (PIDESC) o que aponta para o fato de que seus membros estão preocupados com a proteção dos direitos humanos, sociais e dos trabalhadores.

Faço um parêntesis. É certo que não se pode vincular a OMC, que é pessoa jurídica com personalidade própria, aquilo que seus membros aderem. Os estados e a OMC possuem personalidades diferenciadas e o fato de um Estado aderir a um pacto econômico em seu próprio nome, não vincula a entidade coletiva a que pertence, tampouco os outros membros, parceiros da mesma organização. Para que esteja comprometido com as cláusulas negociadas é necessário que ele mesmo se vincule aos respectivos pactos. Assim, não se pode exigir que responda ou execute uma ação para a qual não se comprometeu em seu próprio nome. É verdade que os Estados criaram os organismos internacionais para que possam ratificar pactos e lhes representar, mas isso não torna os organismos internacionais obrigados a ações individuais dos Estados, isto é, fora do contexto da instituição a que pertencem. Neste mesmo sentido tem decidido a CEDH “que ha sostenido que una organización internacional a la cual se le concedieron poderes soberanos por los Estados Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos no es responsable por la violación de ésta mientras no sea ella misma parte del Convenio. La OMC, por tanto, no está sujeta al PIDESC, pues no es parte del mismo”¹⁸.

O que se propõe é a necessidade de uma ação transnacional voltada às tutelas consideradas de conteúdo mínimo dos direitos fixados na OIT, bem como a criação de oportunidades para a redução da desigualdade social; uma reflexão profunda sobre compromissos sociais que devem assumir as organizações econômicas como a OMC, FMI e Banco Mundial. Os organismos internacionais são criados pelos Estados e são legitimados por eles para atuar. A desigualdade no mundo teve um aumento considerável e cresce a cada ano. Segundo os dados da OIT a desaceleração econômica mundial de 2015 gerou um aumento nos níveis de desemprego e, 2016, especialmente nas economias emergentes, estima-se que o desemprego mundial cresça em 2,3 milhões; e 1,1 milhão mais em 2017. Se prevê, ainda, que nos próximos anos o emprego vulnerável se mantenha em torno de 46% a nível mundial e que as economias emergentes cresçam 25 milhões nos próximos três anos¹⁹.

Diante deste cenário, é necessário que os pactos econômicos se preocupem com a proteção dos direitos humanos, sociais e trabalhistas. Eliminar barreiras e fronteiras proporciona uma ação globalizada ou simplesmente, transnacional,

¹⁸ P. HESTERMAYER, H., *Los derechos económicos, sociales y culturales en la organización mundial del comercio*, Revista Tribuna Internacional, vol. 1, n.º 2, 2012/pp. 71-105, disponível em: <http://www.tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/25649>, acesso em julho de 2016.

¹⁹ Informe da OIT *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo – Tendencias 2016*, disponível em www.ilo.org, acesso em julho de 2016.

que deve refletir na proteção dos direitos e interesses e que deve servir para reduzir as desigualdades, não para acentuá-las.

No discurso de igualdade e eliminação de barreiras dos programas que desenharam os pactos econômicos e financeiros entre Estados somados aos objetivos da OMC, é certo que há um custo financeiro e pessoal insuportável para os países pobres. Acuados pelas metas econômicas, acabam facilitando uma ação que favorece o processo de degradação econômica e a exploração da camada mais pobre da população, contribuindo para corromper os direitos sociais e a redução das medidas de proteção aos direitos dos trabalhadores, os quais sempre acabam ignorados nos pactos econômicos.

Ainda que se reconheça que os acordos de integração são viáveis para os mercados de trabalho (art. V *bis* do AGCS) e para as adequadas medidas de movimentos de trabalhadores no marco dos acordos negociais internacionais (anexo do AGCS), é certo que as questões e impactos sociais dos ajustes econômicos são ignorados em concreto pelos contratantes, justo pela ausência de preocupação efetiva e concreta com este tema nos ajustes econômicos e financeiros.

É importante que os acordos sobre impostos alfandegários, comércio e serviços, orientem os países para que, numa economia cada dia mais aberta, firmem compromissos que possam assumir sem sacrifício dos fatores sociais e dos direitos dos trabalhadores. Há três questões fundamentais que devem ser consideradas: a) os efeitos e soluções que se darão ao desinteresse que estes pactos produzem sobre o mercado interno ou a exploração das pequenas economias locais; b) a limitação do poder estatal para governar as variáveis econômicas e os riscos que devem assumir os estados que permitiram a desregulamentação; c) o predomínio de ideologias que não privilegiam as relações de trabalho e tampouco a pessoa do trabalhador, que se encontra cada dia mais vulnerável e sujeito à precariedade das novas regulamentações fixadas pelo mercado de capitais e a impotência dos Estados em poder manter os benefícios sociais, principalmente destinados aos mais débeis e que não conseguem ter nenhuma oportunidade.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

A crise econômico-financeira de 2008 mostrou que as integrações econômicas e a desregulamentação tinham um lado perverso muito forte não previsto (ou informados) aos Estados e a população. O mercado sem limites, sem delimitação geográfica se chocou com os interesses sociais e causou prejuízos a milhões de pessoas e instituições, endividando ainda mais os Estados. Por consequência, objetivo da OIT quanto a estabilidade das relações e a não precarização da mão de obra ruiu na mesma medida que experimentou um aumento amargo da instabilidade e das explorações. A partir daí e da abertura produzida pela quebra de fronteiras, se pode notar o aumento das desigualdades sociais e a degradação da qualidade de vida e condições de trabalho.

Forçoso reflexionar sobre as crises econômicas e seus impactos nas relações de trabalho e sociais e, também, buscar soluções para frear as explorações e a vontade de lucros e poderes ilimitados por parte das multinacionais, que não são afetadas pelas crises econômicas, ao contrário, muitas vezes delas se beneficiam.

A tecnologia e a globalização tem um efeito positivo que é o de tornar o mundo mais transparente. O mais perverso é que os discursos econômicos e as multinacionais não estão dispostas a resolver problemas sociais, ao contrário, querem eliminar a concorrência e ter maior lucro, inclusive, se necessário for, incrementando a exploração da pobreza e das exclusões consequentes. Não importa, para eles, se há fome no mundo ou oportunidades de trabalho para as pessoas, mas sim o quanto poderão ganhar com os lucros que pretendem e o poder que querem manter.

O modelo do trabalhador e as condições de trabalho já não são os mesmos do século passado. A concorrência entre as empresas e o novo perfil do trabalhador, somado a mobilidade do capital e a velocidade das informações, aumentam a tensão entre a liberdade de capitais e os direitos sociais e dos trabalhadores. Aponta Alan Supiot, que “si la competencia económica se ha convertido en el fin último del orden jurídico, ello se debe a la adhesión al dogma según el cual expandir la producción y el comercio es un fin en sí mismo que sólo se puede alcanzar poniendo a competir a todos los seres humanos de todos los países. Con la exposición de ese dogma se inicia el Acuerdo de Marrakech por el que se funda la Organización Mundial del Comercio (OMC). Según el primer párrafo de su preámbulo, las relaciones entre los Estados «en la esfera de la actividad comercial deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios» (OMC, 1994). El contraste con la Declaración de Filadelfia es llamativo. En el Acuerdo de Marrakech, el avance de indicadores económicos cuantificables (tasa de empleo, volumen considerable y siempre creciente [sic] de ingresos y de demanda) y el acrecentamiento «de la producción y el comercio de bienes y servicios» gozan de la consideración de fines en sí mismos. Los seres humanos han desaparecido de la lista de los objetivos asignados a la economía y al comercio; y, con ellos, toda mención a su libertad, a su dignidad, a su seguridad económica y a su vida espiritual”²⁰.

As mudanças na produção e nas prestações de serviços tem uma importância fatal sobre a mão de obra: quanto menos especializada é a mão de obra, maior o regionalismo e a fixação do trabalhador a um determinado território. Estes são as maiores vítimas da exploração e precariedade dos contratos que surgem justamente em razão da falta de oportunidades e dificuldade de mobilidade. A

20 SUPIOT, A., *Perspectiva Jurídica de la crisis económica de 2008, Revista de Derecho del Trabajo – Nueva Época* – año 7, nº 9, 2011.

descentralização de serviços estatais de primeira necessidade como educação, saúde e assistência social acentua o número dos excluídos ou expostos-vulneráveis, vítimas ideais dos processos de explorações sociais/trabalhistas.

Para os trabalhadores com melhores qualificações, as oportunidades podem se mostrar um pouco mais razoáveis, o que não quer significar que menos precárias. Muitas vezes, com melhor condição de mobilidade acabam por desencadear outro tipo de processo social que é a migração por necessidade de trabalho e busca por uma vida melhor, situação esta que resulta outros tipos de questões que vão desde a xenofobia até a concorrência entre a mão de obra legal e ilegal e o sobrepeso que pode sofrer a assistência social dos Estados receptores.

O empobrecimento dos povos e a crescente privatização de serviços públicos, como escolas e universidades, tem impedido a especialização do trabalhador para fazer frente as necessidades que o mercado exige. Considere-se, ainda, o profundo canal aberto nas sociedades entre os pobres/miseráveis e os muito ricos; o massacre brutal a classe média, cada vez mais ameaçada de extinção; e a crescente campanha contra o Estado-social e o modelo europeu²¹. Isto só serve para aumentar os riscos da exploração e a redução de oportunidades com um crescente e descontrolado aumento do trabalho precário.

O processo ideológico da liberdade de mercado favoreceu o capital. Surge a necessidade de se buscar o redescubrimiento democrático do trabalho, enfrentar o fato de que o capitalismo é antidemocrático. Como ensina Boaventura Santos que “el redescubrimiento democrático del trabajo se erige en condición *sine qua non* de la construcción de la economía como forma de sociabilidad democrática. La desocialización de la economía fue, (...), el resultado de la reducción del trabajo a mero factor de producción, condición desde que el trabajo difícilmente consigue sustentar la ciudadanía. De ahí la exigencia inaplazable de que la ciudadanía redescubra las potencialidades democráticas del trabajo”²².

As crises nas tutelas de proteção e nas relações de trabalho são fruto, ainda, de situações políticas, sociais e jurídicas dos Estados e do modo como se comportam os governos. Exemplo isso é o TPP, TTIP e TISA, acordos internacionais que se negociam a portas fechadas e de modo absolutamente antidemocrático,

21 Segundo Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “el modelo social europeo se ha basado en un pilar común levantado durante los treinta gloriosos años que asociaban pleno empleo, garantía de derechos sociales y un nivel de bienestar relativamente desconectado de la situación del Mercado de trabajo; algunas de estas ideas han cambiado el último cuarto de siglo, pero la noción de un modelo social europeo ha quedado para nosotros y para el resto del mundo, como paradigma de una sociedad fundada en la justicia social y la solidaridad en la que revisten la misma importancia el progreso económico y social y en la que el trabajo decente, la protección social y la lucha contra la pobreza y la exclusión social se persiguen por los sistemas políticos nacionales con apoyo de la Unión Europea”(*¿Un modelo social europeo o varios? Europa social y competitividad, Revista Relaciones Laborales*, no 02, 2007, págs. 97-107).

22 SOUZA SANTOS, B. de, *Reinventar la Democracia, Reinventar el Estado*, Sequitur Editora, Madri, 2008, p. 38.

às escondidas das instituições sociais, das sociedades e dos sindicatos, o que demonstra que os Estados estão cada dia mais subordinados a força do capital e as regras do liberalismo e dos números fixados por Wall Street. Isto serve para aumentar a concorrência entre as empresas como se pode ver nos informes produzidos por Doing Business que meticulosamente se encarrega de traçar comparações entre os países expondo vários indícies, entre eles os relativos as condições de trabalho, justamente para que as empresas possam decidir onde lhes traria mais lucros para aplicar seus investimentos. Quanto mais desregulamentado o país –e isso se vê principalmente em países miseráveis– melhor a oportunidade de se explorar e ganhar mais. Cria-se uma situação oposta ao que propõe a OIT, qual seja, se buscar uma tutela universal mínima, para que todos os trabalhadores do mundo tenham as mesmas oportunidades.

Necessário se retomar o conceito de soberania e governabilidade e se buscar uma ação mais social e simétrica para todos os países. As mudanças ocorridas no desenrolar da história econômica e social em razão abertura dos mercados e das fronteiras, atingiu a todos e se mostrou acentuada a partir do momento da implantação desgovernada do neoliberalismo. Os Estados tem o poder de decisão que lhes é outorgado pela sociedade civil e deve preocupar-se com o bem estar de seu povo. O limite das decisões do Estado está na Constituição, nos direitos sociais e fundamentais. Os Estados não podem temer o mercado e tampouco sujeitar-se as regras impostas pelos neoliberais e pelas multinacionais, os quais dependem das administrações e políticas dos Estados para sobreviver.

Não se trata de ignorar que o mundo esta interconectado, mas não submetê-lo as exclusivas normas económicas e de organismos como a OMC e FMI. Os Estados são indispensáveis para os mercados nacionais e globais e devem encontrar nele o estabelecimento de regras para que possam trabalhar. As empresas não podem funcionar sem os mercados internos, fato este reconhecido no informe de OIT sobre as cadeias de valores e produção. As empresas necessitam de regramentos institucionais fixados pelos países em que se estabelecem e, assim, poderão produzir dentro dos limites e de acordo com regras do mercado interno as quais devem zelar pelo padrão mínimo instituído pela OIT.

O tema que se propõe já faz parte de alguns acordos comerciais entre países que pertencem (ou não) a OMC. Segundo dados da OIT, em junho de 2013, 58 acordos comerciais incluíam disposições trabalhistas contra os 21, em 2005; e os 4, em 1995. Por volta de 40% trazem cláusulas de conteúdo condicional, ou seja, se estabelece vantagens ou sanções para o caso de cumprimento ou não cumprimento das normas de trabalho fixadas. Os outros 60% incluem disposições de natureza promocional, isto é, tem um efeito mais brando pois abrem um espaço para o diálogo, o monitoramento e a cooperação, e acabam por servir a importantes reformas na legislação trabalhista. Os exemplos que se extraí de Omã (Arábia), que resultou no direito dos trabalhadores de constituir sindicatos;

e de Bahrein (Golfo) e Marrocos onde se intensificaram a proteção contra a discriminação antisindical²³.

Ainda que exista uma forte oposição a inserção das cláusulas sociais no núcleo da OMC e dos acordos e cláusulas que se negociam em seu âmbito, é certo que que a inserção deste modelo seguramente trará um compromisso mais sólido por parte dos Estados e no âmbito interno para a garantia dos padrões mínimos de proteção dos trabalhadores. Há que levar em conta que os acordos tem por conteúdo mercadorias, serviços e propriedade intelectual, bem como o quanto o livre comércio impacta nas economias.

Pode-se apontar como fatores de impacto, a exposição da economia, a concorrência internacional e o resultado de uma mudança muito forte na cadeia de produção, cada vez mais exposta as externalizações da produção, com a finalidade de obter o menor risco nos custos de produção. Isso tem uma influência muito grande na carga regulatória das empresas e, por consequência, nos respectivos países. O neoliberalismo sujeita o Estado social as suas regras e, por consequência as normas passam a ser assimétricas para questões sociais e trabalhistas entre os diversos países, o que causa o deslocamento das empresas que necessitam manter a concorrência de seus produtos no mercado internacional e isso, em conclusão, refletirá no aumento das exportações e importações de cada país.

Sendo assim, parece patente que a inserção de cláusulas sociais no âmbito dos contratos de comércio internacional, poderá servir para frear e conter as contínuas violações a direitos, através de um sistema que possa embargar o comércio de produtos e serviços que não respeitem os convênios da OIT voltados a tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Há que se estabelecer um vínculo entre as normas trabalhistas e o comércio para que não haja risco de diminuição das condições de trabalho, ainda mais nos países em que há crescido muito a busca pela produção com baixo custo.

Como lembra Vital Moreira, as cláusulas sociais não são um empecilho ao comércio de relações comerciais entre os países. Tampouco poderá atrapalhar a mobilidade de capitais ou financeiras. Tem por fim “melhorar as condições de trabalho nos países exportadores por meio da introdução de sanções contra os que não respeitam padrões mínimos nessa matéria. Tipicamente, uma cláusula social em acordo internacional de comércio torna possível restringir ou suspender a importação de produtos originários de países, indústrias ou empresas onde as condições de trabalho sejam inferiores a esses padrões”²⁴.

Não se trata de um país mais adiantado lançar regras sociais para o resto do mundo, mas sim de seguir os padrões mínimos orientados pela OIT e confirmados pela declaração por ela expedida relativa aos Princípios e Direitos Funda-

23 Informe da OIT *Dimensiones Sociales de los Acuerdos de Libre Comercio*, disponível en www.ilo.org, acesso em julho de 2016

24 MOREIRA, V., *Trabalho Digno para Todos...* p. 16.

mentais no Trabalho que teve por uma das finalidades manter o vínculo entre o progresso social e o crescimento econômico e de garantia ao que se entende como mínimo e que não deveria ser repudiado por nenhuma sociedade que seja democrata e que tenha por intenção manter suas relações internacionais, questionar a necessidade de se respeitar o que se institui como direito fundamental, ou seja, a) a liberdade de associação e sindical; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; d) eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

As cláusulas sociais trarão benefícios no âmbito social e do trabalho, com a redução do *dumping* social. Servirá ainda, para tornar o comércio mais equitativo, universalizar os direitos do trabalhadores reconhecidos no PIDESC e pela OIT, permitindo o desenvolvimento sustentável e a garantia dos valores universais do trabalho digno. Com isso se poderá alcançar o que vem propondo a OIT de tornar possível uma globalização mais justa o que viabilizará a igualdade entre os povos, impedindo a comercialização e exploração da mão de obra e a precarização da força de trabalho, criando, assim, condições iguais a todos os povos. Há que aproximar os objetivos da OIT e da OMC que, na verdade, não são antagônicos no que diz respeito a busca pelo desenvolvimento dos vários países no mundo. Todavia, não pode haver a prevalência do econômico sobre o social. Assim não se pode conseguir desenvolvimento sustentável.

Há que ter em conta que os pactos entre os países e as formações de blocos econômicos devem servir justo para criar possibilidades de que os países tenham melhores condições de fazer frente ao capital globalizado e poder controlar as empresas multinacionais, e não o contrário. O intrincado mundo dos negócios que se busca realizar além das fronteiras e num espaço cada vez mais abstrato, devem ter, em contrapartida, uma ação social da mesma natureza, sem o que as relações comerciais serão livres para poder fazer exclusivamente o que o capital lhes permita fazer e com finalidades estritamente econômicas.

Todavia, não se poderá ter um futuro melhor sem que exista *governabilidad* *responsável* e sem que se promova um processo de integração justo e equilibrado. Os negócios firmados no terreno internacional, fruto do processo global de capital, deverão ter dimensão social, *basada en valores universales compartidos y en el respeto de los derechos humanos y la dignidad de la persona; una globalización justa, integradora, gobernada democráticamente que ofrezca oportunidades y beneficios tangibles a todos los países y a todas las personas*²⁵.

A importância de se estabelecer obrigações sociais nos ajustes comerciais, representa uma das medidas para se conter a complexa estrutura das empresas transnacionais e colocar freios no movimento do neoliberalismo contra o estado de bem estar social conquistado pelos trabalhadores. Todavia, não basta a previsão contratual; necessário se faz a efetiva concretização das cláusulas sociais.

25 Informe da OIT *Por una Globalización Justa: crear oportunidades para todos*, disponível en www.ilo.org, acesso em julho de 2016.

ONTOLOGÍA Y TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA. Algunos apuntes críticos a partir de una reciente sentencia de la Corte Suprema de la República Argentina

Juan I. Orsini

Catedrático Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional La Plata

1. Introducción. 2. Breve ontología de la huelga, la bestia negra del derecho burgués. 3. Disparen contra la bestia negra: las excesivas restricciones infraconstitucionales del derecho de huelga. 4. La histórica discusión sobre la titularidad del derecho de huelga. 5. El caso "Orellano": una interpretación disvaliosa del derecho de huelga en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. 5.1. Los hechos y el contexto del caso. 5.2. Una concepción excesivamente restrictiva del derecho de huelga como prolegómeno. 5.3. Un análisis originalista sesgado y una curiosa omisión en la interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional. 5.4. Un análisis exegético sesgado y otra curiosa omisión en la interpretación de los instrumentos internacionales que consagran el derecho de huelga. 6. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad efectuar algunos comentarios críticos sobre la sentencia pronunciada el día 7/6/2016 por la Corte Suprema de Justicia en la causa *"Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo"*.

Con la finalidad de comprender en toda su profundidad las implicancias que ese fallo puede llegar a provocar en el sistema de relaciones laborales argentino, comenzaré por ensayar una breve ontología del derecho de huelga, destacando la inmensa relevancia que ha tenido su recepción constitucional, para posteriormente analizar las siempre excesivas limitaciones de las que ha sido objeto ese particular derecho en el plano infraconstitucional, deteniéndome especialmente en el histórico debate sobre la titularidad de la huelga.

Para finalizar, intentaré demostrar los motivos por los cuales considero que la Corte ha efectuado una interpretación sesgada y disvaliosa del bloque federal de constitucionalidad vigente en la República Argentina, que conduce a restringir de manera excesiva ese *derecho para obtener y conservar derechos* que es el derecho de huelga.

2. BREVE ONTOLOGÍA DE LA HUELGA, LA BESTIA NEGRA DEL DERECHO BURGUÉS

Actualmente no se discute que el derecho de huelga es uno de los cimientos estructurales sobre los que se apoya el Derecho del Trabajo en los estados sociales democráticos, dato que explica su recepción en buena parte de las Constitu-

ciones de los países que han adoptado esa forma política de gobierno, así como en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Con todo, aun resultando insoslayable explicitarla, desprovista de ciertas aclaraciones complementarias que permitan comprender las implicancias revolucionarias que la constitucionalización del derecho de huelga provocó en el plano de la teoría jurídica, la mera enunciación de esa circunstancia no alcanza para dar cuenta de la verdadera trascendencia que ese hito tuvo (tiene, tendrá) en la propia configuración (y, por ende, en la supervivencia) del Estado Social como forma político-constitucional (alternativa al Estado Liberal imperante en los inicios del capitalismo) que permitió regular de manera menos injusta y desigual las relaciones de producción y de trabajo en el marco de ese sistema socioeconómico.

En ese sentido, y sin entrar en la árida disputa sobre la conceptualización y las modalidades de ejercicio de ese derecho, lo que no puede dejar de señalarse desde el inicio en todo análisis sobre la huelga, es que ésta no es sino una herramienta de autotuella colectiva de los trabajadores que contiene al daño como un componente ontológico, de modo tal que se trata de un derecho que habilita a dañar para defender un interés de clase. Dicho en otros términos, el daño forma parte del *código genético* del derecho de huelga, lo que permite postular la existencia de una *nocividad necesaria y esencial del derecho de huelga*, que, desde esta perspectiva, no es otra cosa que el poder –jurídicamente legitimado– de causar un perjuicio¹.

Así, si desde el punto de vista económico la huelga, al legitimar la abstención de trabajar por parte de los operarios (sin que su decisión de dejar de prestar servicios pueda ser considerada como un incumplimiento contractual), impide temporariamente la apropiación del trabajo ajeno, y con ella, la extracción del plusvalor (principal fuente de riqueza del capital), desde el punto de vista jurídico habilita a dañar tanto defensivamente (para forzar el cumplimiento de un derecho vulnerado), cuanto ofensivamente (para la defensa de un interés que se pretende convertir en derecho).

De modo tal que, al incluir al daño como un componente ontológico de su fisonomía, la huelga (que no es otra cosa que una medida de *acción directa*) obliga necesariamente a repensar uno de los axiomas básicos de la teoría general del derecho, cual es el que indica que no es posible recurrir a las vías de hecho ni dañar a otro para lograr de éste una conducta². Luego, al constitucionalizar el derecho de huelga, el Estado Social democrático no hizo sino legitimar que los trabajadores causen un daño (al empleador y/o a terceros) como medio para

1 ÁLVAREZ, E., “Reflexiones sobre el derecho de huelga”, en Contextos, Revista Crítica de Derecho Social, Ed. del Puerto, Buenos Aires, N° 2 (1998), p. 7. Sobre el daño como componente ontológico de la huelga, ver también CORNAGLIA, R. J., “Derecho de huelga”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 57/68.

2 ÁLVAREZ, E., “Conflictos Colectivos y Derecho de huelga”, en AA.VV., “Derecho Colectivo del Trabajo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 566.

tutelar un derecho o un interés propio, y por eso mismo es allí donde reside la radicalidad de este particular derecho laboral.

Complementariamente, lo que tampoco puede dejar de señalarse en cualquier análisis sobre la huelga es que su recepción (tras el conocido tránsito histórico de la huelga-delito a la huelga-libertad y de ahí a la huelga-derecho) como derecho constitucional supone incuestionablemente un reconocimiento de que –lejos de cualquier idílica o icárica pretensión de consenso o armonía– en el núcleo de las relaciones sociales de producción y de trabajo capitalistas existe un conflicto estructural entre clases sociales, conflicto que –a partir de la consolidación del paradigma del Estado Social democrático– intenta ser regulado (atenuado, contenido) principalmente por el Derecho del Trabajo (y no tanto ya mediante el Derecho Penal, como ocurría en la génesis del capitalismo regido por la forma político-constitucional del Estado Liberal)³.

En efecto, reconocer que los trabajadores están legitimados para dañar al empleador (e incluso a terceros) interrumpiendo la prestación laboral, con el objeto de mejorar su posición relativa en la regulación de sus condiciones de vida y de trabajo, implica necesariamente admitir aquello que siempre fue evidente pero estuvo ominosamente silenciado durante mucho tiempo: que esas relaciones de trabajo están signadas por el conflicto y la desigualdad social (esos que surgen inexorablemente de la expropiación de parte de la fuerza de trabajo y de los frutos del trabajo, que es la condición de posibilidad del capitalismo). De otro modo (en un marco de supuesta armonía de clases) no se entendería ni se explicaría por qué razón habría que tolerar que los trabajadores alterasen la supuesta (y, en rigor, inexistente) armonía mediante medidas de acción directa, que, como es sobradamente conocido, al generar presión para negociar mejores condiciones de vida y de trabajo, convierten al conflicto en una principalísima fuente material del Derecho del Trabajo⁴. Por ese conducto, la huelga permite a los trabajadores participar colectivamente del diseño del contenido obligacional del contrato de trabajo, faena que individualmente sería imposible por la disparidad negocial que existe con el empleador⁵.

Precisamente, esa inquietante admisión de que en el centro del sistema social no hay sino conflicto y desigualdad es lo que explica que en los Estados Sociales de signo autoritario, influidos por ideologías de tipo corporativo-fascista (que, negando el conflicto, postulan a la empresa como una supuesta “comunidad” entre empleadores y trabajadores orientada al “bien común”), se haya prohibido

³ Proceso que no ha impedido la subsistencia de la criminalización de conductas dirigidas a asegurar la efectividad de la huelga, como lo demuestra la vigencia del delito compulsión a la huelga reprimido por el art. 158 del Código Penal argentino, y las figuras similares establecidas en otros ordenamientos jurídicos en el derecho comparado.

⁴ GIORLANDINI, E., *“El conflicto generador de normas laborales”*, en AA.VV., *“Trabajo y Conflicto”*; Librería Editora Platense, La Plata, 1999.

⁵ ÁLVAREZ, E., *“Reflexiones...”*, *op.cit.*, p. 4.

radicalmente la huelga⁶, e incluso que (en modelos que, sin poder ser identificados con aquéllos, reconocen algún grado de influencia de los mismos en el diseño de su sistema de relaciones laborales), se haya negado su consagración constitucional aun en el marco de valiosos procesos constituyentes imbuidos de los principios del constitucionalismo social⁷.

Es que, al dejar de negar el conflicto y asignarle fuerza jurígena a una medida que contiene en su código genético la posibilidad de dañar a otro, tolerando la interrupción temporal del proceso de apropiación de la fuerza de trabajo, la constitucionalización de la huelga que efectuaron los estados sociales democráticos supone, en definitiva, el reconocimiento de la lucha de clases⁸, lo que convierte a la huelga en un *derecho maldito*, es decir, en la *bestia negra* del derecho burgués, en la medida de que se trata de un derecho que pareciera en algún punto marchar en sentido contrario a los postulados fundantes del sistema socioeconómico en cuya superestructura jurídica se inserta.

Como veremos en el apartado siguiente, es precisamente esa radicalidad del derecho de huelga lo que explica que –una vez constitucionalizado– buena parte de las políticas públicas (legislativas, administrativas y judiciales) relacionadas con su ejercicio se hayan ocupado más de limitarlo que de velar por su eficacia y su acabado cumplimiento.

3. DISPAREN CONTRA LA BESTIA NEGRA: LAS EXCESIVAS RESTRICCIONES INFRACONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE HUELGA

Tal como anticipamos, la euforia que inicialmente pudo generar esa gran conquista obrera que significó el reconocimiento constitucional del derecho de huelga, resultó rápidamente atenuada por el desarrollo posterior que de ese derecho hicieron la mayoría de los gobiernos, las legislaturas y los jueces, que en sus respectivos ámbitos de actuación tendieron a encorsetarlo y limitarlo, reduciendo así su eficacia transformadora.

6 Sobre la represión de la huelga como “delito de lesa patria” en la España franquista, ver el notable trabajo de BAYLOS GRAU, A., “*Corporativismo y fascismo en el modelo laboral del primer franquismo*”, en BAYLOS GRAU, A. (Coordinador), “*Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*”, Ed. Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 231/232. Por otra parte, prohibiciones veladas de la huelga influidas por esa misma ideología autoritaria pueden encontrarse en normas argentinas relativamente recientes, marcadamente inconstitucionales, como el art. 84 de la norma de facto denominada “ley 22.248” (sancionada por la última dictadura militar en julio de 1980, e inexplicablemente vigente hasta diciembre de 2011, cuando fue correctamente derogada por la ley 26.727), que prescribía que en el ámbito de las relaciones de trabajo agrario “*Los diferendos que se susciten no podrán dar lugar a la paralización del trabajo, debiendo acatarse las disposiciones que para solucionar el conflicto dictare la autoridad de aplicación*”.

7 Eso es lo que ocurrió con la Constitución argentina sancionada en 1949, un texto valioso y generoso en derechos sociales (ilegalmente derogado por una siniestra dictadura militar en 1955) que, sin embargo, tras un intenso debate en el seno de la Convención Constituyente, optó por no consagrar constitucionalmente el derecho de huelga.

8 Sobre esta cuestión, ver en el derecho español la clásica obra de DURÁN LÓPEZ, F., “*Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*”, Universidad de Sevilla, 1976. En el derecho argentino, ver en similar sentido CORNAGLIA, R., *op. cit.* p. 65.

Como bien lo destaca ÁLVAREZ, citando a Giugni, si bien en el siglo XX el derecho de huelga fue generosamente consagrado en las Constituciones, ha sido a la vez objeto de elaboraciones *apriorísticas y dogmáticas* que lo limitan en la ley y la jurisprudencia, y que tienden a vaciarlo de contenido. De modo tal que, al tiempo que se incorporaban cláusulas constitucionales operativas que garantizaban el derecho de huelga, todo acercamiento al fenómeno –sea normativo, doctrinario o jurisprudencial– llevaba implícita una tendencia a limitar sus alcances, un cercenamiento de aquellos que los propios actores sociales entendían como huelga, lo que se tradujo necesariamente en una desconexión entre los textos constitucionales –por un lado– y las decisiones estatales –por el otro–, que muchas veces operaron como un instrumento para convertir en letra muerta al derecho constitucional que pretendían regular o reglamentar⁹.

Ese excesivo celo en la reglamentación y la limitación del derecho de huelga se irradió hacia todos los aspectos del fenómeno (sujetos, objeto, titularidad, finalidad, modalidades, etc.)¹⁰, razón por la que todos los debates jurídicos sobre tales tópicos se orientaron en buena medida a limitar el ejercicio del mencionado derecho constitucional.

Se produjo así un evidente divorcio entre el categórico reconocimiento del derecho de huelga que el poder constituyente estableció en la Constitución (carta política fundamental en la cual el cual el pueblo, como titular de la soberanía, plasma, con vocación de permanencia, los principios que han de regir el desarrollo de la vida en sociedad) y las regulaciones y decisiones infraconstitucionales que los contingentes poderes constituidos creados por aquélla dictaron con el pretexto de reglamentar su ejercicio o interpretar sus alcances.

La explicación de esa tensión entre la generosidad constitucional y la avaricia legislativa, administrativa y jurisprudencial, no puede sino buscarse en las implicancias que el derecho de huelga trae aparejadas, y que han sido muy someramente referidas en el apartado anterior de este trabajo: en tanto la huelga supone, a la vez que reconocer la existencia del conflicto social, legitimar jurídicamente un cierto *poder de fuego* en los trabajadores como medio para hacer efectivas determinadas reivindicaciones sectoriales, permitiéndoles suspender nada menos que el proceso de apropiación del trabajo ajeno (que es la forma mediante la cual se constituye y reproduce el capital), se impuso como prioritaria necesidad del poder, inmediatamente después de haber tenido que conceder la consagración constitucional de ese *derecho maldito*, la ardua tarea de encapsular la huelga dentro del mínimo ámbito de actuación posible, con la evidente finalidad de evitar que la temible bestia negra terminase por deglutar el propio sistema que la engendró¹¹.

9 ÁLVAREZ, E., “*Conflictco colectivo...*”, *op. cit.*, pp. 566/567.

10 ÁLVAREZ, E., “*Conflictco colectivo...*”, *op. cit.*, p. 567.

11 Aunque sea por demás evidente, no es ocioso señalar que el riesgo que se pretende evitar reduciendo a la huelga a su mínima expresión, es que una serie de reivindicaciones sectoriales que podrían motivar huelgas

Es en ese contexto en el cual deben necesariamente analizarse las excesivas restricciones y limitaciones que los poderes constituidos han impuesto al derecho de huelga, y que en no pocas ocasiones parecen incompatibles con las normas constitucionales que lo receptan.

Sea que se trate de definir el propio concepto de la huelga (con la finalidad de dejar fuera de su ámbito de tutela determinadas formas de ejercer la acción directa por parte de los trabajadores), de calificar la legalidad o ilegalidad de su ejercicio (convirtiendo en antijurídico el goce del derecho mediante una decisión administrativa o judicial), de tipificar penalmente ciertas conductas asociadas a la huelga (convirtiendo en delito ciertas acciones complementarias necesarias para la efectividad del derecho), de regular cómo debe ejercitarse el derecho en el ámbito de los “servicios esenciales para la comunidad” (estableciendo cotos en los cuales es posible restringir de manera más acentuada, o incluso prohibir el ejercicio del derecho), o bien, entre tantos otros temas, de definir quién es el sujeto habilitado para ejercer la huelga (construyendo falsas antinomias entre los trabajadores y sus sindicatos, o entre los distintos tipos de éstos, con el objeto de limitar el ejercicio de la huelga solo a quienes han sido “bendecidos” con la posibilidad de gozar del derecho), lo que inexorablemente subyace en todos esos debates jurídicos es la imperiosa necesidad que tienen los factores de poder de *disparar contra la bestia negra*, sino para asesinarla (para lo cual difícilmente exista un consenso en los estados sociales democráticos, y además se necesitaría reformar la Constitución), al menos para adormecerla y domesticarla, de manera que permanezca controlada dentro de los márgenes del sistema.

Además, esa pretensión de domesticar la huelga que se manifiesta muchas veces en políticas infraconstitucionales provoca tensiones no sólo con las normas constitucionales que garantizan de manera amplia el derecho de huelga (que no toleran restricciones como las que emanan de ciertas leyes, decretos y decisiones judiciales), sino también, con el propio derecho fundamental a la libertad sindical, una de cuyas principales derivaciones es la autonomía que debe reconocerse a los trabajadores y a sus organizaciones sindicales para autorregular el ejercicio de la acción directa (lo que obviamente no supone descontrol ni autorización para vulnerar otros derechos constitucionales, e implica también la autolimitación y la negociación tanto con las autoridades estatales cuanto con los empresarios por medio del diálogo social).

En relación a esto último, bien ha podido señalarse que en esta materia debe dejarse un amplio espacio para el consenso y la negociación, debiendo renunciarse a la intervención coactiva y autoritaria del poder público, que solo es concebible de manera residual y sometida al control judicial, pues de lo contrario se

aisladas en determinados colectivos de trabajadores que realizan actividades particulares, se generalicen y confluyan en una huelga general que opere como antesala de una lucha por una transformación más o menos radical del sistema socioeconómico y/o de la organización político-constitucional del estado.

truncaría el derecho de huelga tal como ha sido reconocido constitucionalmente en los estados sociales democráticos¹².

4. LA HISTÓRICA DISCUSIÓN SOBRE LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

Uno de los aspectos en los cuales históricamente se ha podido advertir con mayor nitidez el aludido divorcio entre el derecho constitucional de huelga y su tratamiento infraconstitucional, es precisamente el relativo a la titularidad de su ejercicio.

Como es evidente, una forma eficaz de controlar el ejercicio del derecho de huelga es limitando al posibilidad de ejercerlo solo a determinados sujetos (en particular, a determinados sindicatos), conducto por el cual se coloca a aquellos colectivos de trabajadores que, no encuadrando en la categoría a la cual se adjudica la titularidad del derecho, ejercen medidas de acción directa, en el terreno de la antijuridicidad (transformando así el ejercicio de un derecho, que legitima la suspensión del contrato de trabajo, en un ilícito contractual que justifica el ejercicio del poder disciplinario del empleador).

En ese sentido, se ha discutido históricamente si el derecho de huelga puede ser ejercido exclusivamente por los sindicatos formalmente reconocidos por el estado (e, incluso, en una tesis aún más restrictiva, solo por determinada clase de sindicatos, en especial los mayoritarios o más representativos), o si –por el contrario– es también válido que el derecho sea gozado incluso por trabajadores que, aun no estando encuadrados sindicalmente, defienden un interés colectivo.

Defendiendo la posición restrictiva –y en una utilización nada inocente del lenguaje, que pretende colocar fuera del Derecho a este tipo de colectivos con la evidente finalidad de restringir a su mínima expresión el derecho de huelga– en los orígenes del Derecho del Trabajo se catalogaban como “huelgas salvajes” (“wildcats strikes”, “greves sauvages”) a aquellas medidas de acción directa convocadas por fuera de los sindicatos reconocidos por el estado. En esa lógica, se pensaba que, en tanto el derecho de huelga es un derecho colectivo (y no individual), solo podía ser ejercido por los sindicatos (y no por los trabajadores individualmente considerados, ni por un grupo de éstos no organizado sindicalmente).

Empero, con posterioridad, la mejor doctrina científica y judicial fue puliendo los conceptos, para advertir que el derecho de huelga es un derecho a la vez individual y colectivo que, en consecuencia, puede ser ejercido tanto por cualquier sindicato formalmente reconocido (sin formular distinciones de acuerdo a su mayor o menor representatividad), cuanto por los trabajadores no encuadrados sindicalmente que defiendan intereses colectivos.

12 BAYLOS GRAU, A., “Derecho del Trabajo: modelo para armar”, Ed. Trotta, Madrid, 1991, p. 140.

Así, bien ha podido señalarse que el derecho de huelga es un *derecho individual de ejercicio colectivo*, que puede ser ejercido por los trabajadores cuenten o no con apoyo de la entidad sindical que los nuclea¹³, lo que supone –en palabras del Tribunal Constitucional de España– que la huelga “*es un derecho atribuido a los trabajadores uti singuli, aunque tenga que ser ejercido colectivamente, mediante concierto o acuerdo entre ellos*”¹⁴. Razonamiento que comarto plenamente y que (sin alterar en nada su sentido) también podría ser válidamente expresado invirtiendo los términos, refiriendo que la huelga es un derecho de *titularidad colectiva y ejercicio individual*¹⁵.

En cualquier caso, más allá de las precisiones semánticas, lo relevante es que no caben dudas acerca de que la titularidad del derecho de huelga no puede ser colocada exclusivamente en cabeza de los sindicatos y retaceada a los trabajadores no sindicalizados, toda vez que –amén de que, como veremos más adelante, ni las Constituciones ni los instrumentos internacionales que consagran el derecho de huelga admiten, cualquiera sea el método hermenéutico que se adopte, una interpretación semejante– en la medida en que la huelga es un instrumento reconocido por el Derecho que tiene como finalidad que la clase trabajadora pueda mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, resulta un contrasentido negarle su ejercicio a los trabajadores que reclaman la tutela de un interés colectivo por el sólo hecho de que la medida no haya sido decidida o declarada por una persona jurídica.

En ese sentido, amén de que la huelga preeexistió en términos históricos al sindicato¹⁶ (por lo que mal podría expropiarse a los obreros ese instrumento que crearon mucho antes de que el Estado reconociera formalmente a las entidades sindicales como sujetos de derecho), no puede soslayarse al analizar el tema el hecho de que, sin la presencia personal de los trabajadores (que son los que ponen el cuerpo y asumen los riesgos que supone su ejercicio), ninguna huelga puede ser llevada a cabo, ya que un sindicato no puede abstenerse de trabajar¹⁷, de modo tal que ningún sindicato puede ejercer el derecho de huelga cuando los trabajadores no cesan la prestación de servicios, porque el sujeto activo del poder de no hacer (no trabajar) es el trabajador¹⁸.

Precisando la cuestión con la finalidad de evitar falsas antinomias (individual/colectivo; trabajador/sindicato), no puede dejar de considerarse que la huelga

13 CORNAGLIA, R. J., *op. cit.*, pp. 118.

14 Tribunal Constitucional de España, STC 11/81, sent. del 8/4/1981.

15 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “*Ambito subjetivo y titularidad del derecho de huelga*”, en BAYLOS GRAU, A. (Coordinador), “*Estudios sobre la huelga*”, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005, p. 15.

16 Para analizar esta cuestión es muy recomendable la lectura de DOLLEANS, E., “*Historia del movimiento obrero*”, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1960; en especial el Capítulo I de la Cuarta Parte, denominado “*De las huelgas corporativas a la unión obrera*” (Tº I, pp. 157/180).

17 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *op. cit.*, p. 15.

18 CORNAGLIA, R. J., *op. cit.*, p. 122.

es un derecho que contiene una dimensión individual y otra colectiva, y que si bien es indudable que puede ser ejercida por los sindicatos, ello no es un requisito de validez de su ejercicio, pues esa dimensión colectiva no necesariamente debe ser asumida por la entidad sindical, sino que puede ser materializada por una coalición accidental de trabajadores que represente coyunturalmente ese interés colectivo.

Así, si hay determinadas facetas del derecho de huelga que parece claro que deben ser ejercidas colectivamente (convocatoria o declaración, elección de la modalidad, desconvocatoria)¹⁹ es igualmente evidente que otras solo pueden ser efectivizadas individualmente (la decisión de adherirse o no a la huelga declarada). Pero –y aquí reside el núcleo de la cuestión– el *ejercicio colectivo* del derecho de huelga no debe ser confundido con *ejercicio sindical*, porque esas manifestaciones de la dimensión colectiva del derecho de huelga pueden válidamente ser asumidas por un colectivo o coalición de trabajadores no sindicalizados (tanto porque no existe sindicato en la actividad o profesión que desempeñan, cuanto porque el sindicato haya decidido no acompañar la medida de acción directa).

Al respecto, se ha afirmado que la circunstancia de que el derecho de huelga requiera en algunos aspectos un ejercicio colectivo no implica que debe ser convocada y desconvocada por un sindicato, pues bien puede ser declarada (además de por el sindicato) por una comisión interna o por una asamblea de trabajadores²⁰. En la misma línea, se dijo que la simple coalición para la huelga, en función de la tutela de un interés colectivo, alcanza sin más para ejercer válidamente ese derecho constitucional²¹. Como asimismo, que las huelgas no sindicales, espontáneas o “salvajes” son perfectamente válidas²², posición que ha sido ampliamente respaldada por la doctrina²³ y también por la mejor jurisprudencia²⁴ argentinas.

19 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *op. cit.*, pp. 16/17.

20 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *op. cit.*, pp. 16/17.

21 CORNAGLIA, Ricardo J., *op. cit.*, p. 110.

22 Tribunal Constitucional de España, STC N° 11/81, sent. del 8/4/1981.

23 Entre otros, ver UNSAIN, A. M., en AA.VV, “*La huelga*”, Instituto de Derecho de Trabajo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1951, T° 1, p. 285; KROTSCHIN, E., “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, T° II, p. 217; LÓPEZ, G. A. F., “*Pasado, presente y futuro del Derecho Colectivo del Trabajo*”, en AA.VV, “*Derecho Colectivo del Trabajo*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998, pp. 9/10; CORNAGLIA, R. J., *op. cit.*, pp. 105/124; ETALA, C. A., “*Derecho Colectivo del Trabajo*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 405.

24 Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, “*Leiva, Horacio y otros c/Swift Armour S.A.*”, sent. del 6/7/1984, publicada en Derecho del Trabajo, 1984-B, p. 1436; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, “*Barreto, Roberto W. y otros c/ López González Raimondi y Asociados*”, sent. del 31/5/1977, publicada en Trabajo y Seguridad Social, 1978, p. 25; Sala IV, “*Nardi, Héctor c/Compañía Nobleza de Tabacos S.A.*”, sent. del 12/2/1979; publicada en Trabajo y Seguridad Social, 1979, p. 367; Sala VI, “*Vignolo, Rodolfo c/ Frigorífico Paraná S.A.*”, sent. del 12/7/1990; publicada en Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 651; Sala VI, “*Chanca, Hilda c/Proveeduría para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Despido*”, sent. del 28/4/1994; Sala I, “*Orellano, Francisco Daniel c/Correoficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo*”, sent. del 28/12/2012; voto concurrente del Juez Oscar Zas en Sala V, “*Defilippis, Fernando Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ Juicio sumarísimo*”, sent. del 14/6/2013.

Para más, incluso desde una óptica positivista, ni las Constituciones de los estados²⁵ ni los tratados internacionales²⁶ limitan la titularidad del derecho de huelga a los sindicatos, sino que colocan ese derecho también en cabeza de los trabajadores. Bien ha podido señalarse, en esa dirección, que “*en la historia jurídica laboral no existe ninguna norma que haya atribuido el ejercicio del mencionado derecho [la huelga] solamente a los sindicatos*”²⁷.

A tal punto es desacertado limitar la titularidad del derecho de huelga en forma exclusiva a los sindicatos que, extremando la correcta posición contraria, se ha expresado que, en la medida en que represente un interés colectivo, el derecho de huelga podría ser ejercido excepcionalmente incluso por un solo trabajador que actúa en representación del colectivo (por ejemplo, en el caso de una huelga declarada colectivamente, que procura tutelar intereses de todo el grupo, en la que fue mermando la adhesión de los compañeros)²⁸. Desde otro ángulo, también se ha advertido el absurdo que significaría limitar ese derecho a los sindicatos en aquellos casos en los que la intervención de éstos resultaría inoperante, como podría ser el supuesto de un colectivo de trabajadores precarios o informales que, por ser víctimas de esa clandestinidad, no han podido siquiera afiliarse al sindicato, y que recurren a la huelga precisamente para reclamar la regularización de su situación laboral²⁹.

En suma, no caben dudas acerca de que el derecho de huelga tiene una dimensión colectiva y una dimensión individual, ni sobre que (sin perjuicio de la obvia posibilidad de que sea instado por la entidad sindical) puede ser válidamente ejercido por un colectivo de trabajadores aún sin anuencia del sindicato.

La restrictiva posición contraria, que pretende adjudicar de manera exclusiva y excluyente la titularidad del derecho de huelga en los sindicatos (patrimonializando así un derecho humano, que se expropia de los seres humanos para colocarlo únicamente en cabeza de personas jurídicas) no sólo es incompatible con los textos constitucionales y las declaraciones internacionales que consagran ese derecho, sino que encubre un inocultable propósito represor de la huelga,

25 Por ejemplo, el art. 28.2 de la Constitución de España garantiza el “*derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses*”, mientras que el art. 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina asegura el derecho de huelga a los “gremios”, término que, como veremos más adelante, en modo alguno puede ser asimilado al de “sindicato”.

26 Me remito al desarrollo que habré de efectuar en el apartado V.4 de este trabajo.

27 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “*Chanca, Hilda c/ Proveeduría para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Despido*”, sent. del 28/4/1994, voto de los Jueces Rodolfo E. Capón Filas y Juan C. Fernández Madrid.

28 Así lo sostiene en la doctrina argentina Cornaglia, quien cita en apoyo de esa posición la opinión de destacados autores italianos (Santoro Passarelli, Romagnoli) y españoles (Ojeda Avilés). Ver CORNAGLIA, *op. cit.*, p. 123.

29 ÁLVAREZ, E., “*Conflictco colectivo...*”, *op. cit.*, p. 577. El excelente ejemplo adquiere particular relevancia en países como la Argentina, en donde, por imperio de las políticas neoliberales, se ha cronificado un núcleo duro de trabajo clandestino que afecta por lo menos al 35% de los trabajadores, lo que evidencia que la tesis que restringe a los sindicatos la titularidad del derecho de huelga expropia a por lo menos uno de cada tres operarios de un derecho que la Constitución y los tratados de derechos humanos garantizan a todos ellos.

conducto por el cual se pretende en muchos casos reservar su ejercicio a los sindicatos menos “peligrosos”, aislando a las organizaciones de trabajadores más combativas o reivindicativas³⁰, a las que (despojándolas del derecho de huelga) se las pretende colocar al borde de la ilegalidad cuando pretender defender sus derechos laborales. Se trata, en definitiva, de una posición organicista que reconoce su origen en los estados autoritarios tributarios del modelo corporativo que –apartándose ostensiblemente de los estados sociales democráticos que, abrevando en los paradigmas del constitucionalismo social y de los derechos humanos, reconocen la existencia del conflicto social y consideran a la huelga como un derecho fundamental de todos los trabajadores– consideran que tanto la huelga como el conflicto constituyen fenómenos sociales patológicos que deben ser controlados, lo que conduce, por conducto de la adjudicación exclusiva a los sindicatos, a una *corporativa deshumanización de la huelga*³¹.

Resta señalar que lo expuesto no significa en modo alguno retacear a las organizaciones sindicales la titularidad del derecho de huelga, ni crear falsas antinomias entre los trabajadores y los sindicatos, pues resulta evidente a todas luces que dichas organizaciones tienen la potestad de ejercerlo y sobre todo, de amplificar exponencialmente las posibilidades de eficacia de la medida de fuerza. Luego, el hecho de que no se conciba al derecho de huelga como privativo del sujeto sindical orgánico, no impide señalar que, por lo general, éste debiera ser el canal más efectivo para materializar su ejercicio³².

5. EL CASO “ORELLANO”: UNA INTERPRETACIÓN DISVALIOSA DEL DERECHO DE HUELGA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

5.1. LOS HECHOS Y EL CONTEXTO DEL CASO

El precedente dictado por la Corte Suprema que motiva este comentario se originó con una medida de acción directa adoptada por los trabajadores de la empresa estatal de correos que reclamaban por aumentos salariales.

Si bien en un primer momento la huelga había contado con apoyo del sindicato, posteriormente éste decidió discontinuar la medida, pero un grupo considerable de trabajadores decidió mantenerla.

En ese contexto, la empresa despidió a algunos trabajadores, y el actor reclamó la nulidad del despido alegando su carácter discriminatorio por haber estado motivado en el ejercicio del derecho de huelga. Tanto en primera como en segunda instancia obtuvo decisiones judiciales favorables, ordenándose la invalidez del despido y la readmisión del trabajador.

³⁰ Se trata, como es conocido, de una constante histórica del poder, al punto que, refiriéndose al movimiento obrero francés de la primera mitad del siglo XIX, afirmaba en 1936 Dolleans: “*La autoridad elige, entre las sociedades obreras, las que le parecen inofensivas*”, ver DOLLEANS, Edouard, *op. cit.*, Tº I, p. 157.

³¹ CORNAGLIA, R. J., *op. cit.*, p. 113.

³² BAYLOS GRAU, A., “*Derecho del Trabajo: modelo...*”, *op. cit.*, p. 137.

Recurrida por la empresa la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (que había interpretado que, al garantizar a los “gremios” el derecho de huelga, la Constitución argentina habilita a un grupo de trabajadores de la misma actividad u oficio a ejercer ese derecho, sin que resulte imprescindible que la huelga sea convocada por un sindicato orgánico)³³, la Corte revocó la sentencia, en el entendimiento de que el bloque federal de constitucionalidad vigente en la República Argentina solamente confiere el derecho a declarar una huelga a las asociaciones profesionales, es decir, a sindicatos formalmente constituidos que hayan cumplido con el requisito de la inscripción en el registro especial al que hace referencia el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

5.2. UNA CONCEPCIÓN EXCESIVAMENTE RESTRICTIVA DEL DERECHO DE HUELGA COMO PROLEGÓMENO

Incluso antes de ingresar a tratar el tema central de la controversia (titularidad del derecho de huelga), en el considerando séptimo del fallo analizado la Corte –so pretexto de que resultaba conveniente “*efectuar algunas precisiones sobre las características de ese derecho*”– realiza una serie de consideraciones generales sobre la huelga que ninguna relación guardan con las cuestiones allí debatidas y que, desde el vamos, evidencian una concepción extremadamente restrictiva de ese derecho constitucional.

Así, adscribiendo sin ambages a las posiciones que hemos cuestionado en el inicio de este trabajo (aquellas más interesadas en precisar los límites y restricciones de las que debe ser objeto la huelga, antes que en garantizar su efectividad), el Tribunal principia señalando que, al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades productivas, las medidas de acción directa, “no sólo perjudican al empleador” sino también a terceros (los consumidores o usuarios), generándose así una “evidente tensión” entre la huelga y otros derechos constitucionales (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para alimentación o vivienda, al acceso a los servicios públicos), que resulta “de difícil armonización”.

Que la huelga perjudica al empleador (y a terceros) es algo que de tan evidente no necesita aclaración: el daño es un componente ontológico de ese derecho, lo que no impidió que el Estado Social le reconociera jerarquía constitucional, restando así antijuridicidad a ese daño, que está constitucionalmente amparado. Que ello genera tensión con otros derechos constitucionales es también obvio, como lo es que –al igual que lo que pasó con todos los derechos sociales en general– constitucionalizar el derecho de huelga supuso introducir limitaciones constitucionales a los derechos individuales clásicos que eran la estrella polar en el constitucionalismo clásico del Estado Liberal (el tránsito histórico es el

³³ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo”, sent. del 28/12/2012.

inverso al que esgrime el fallo: los derechos constitucionales individuales fueron limitados por el derecho de huelga y no a la inversa). Empero, a diferencia de lo que parece sugerir el Tribunal, se impone recordar que –si se admite que el daño es un componente ontológico de la huelga– una medida de acción directa nunca puede ser considerada abusiva porque cause mucho daño (incluso a terceros)³⁴.

Por otra parte, la Corte soslaya mencionar (en un silencio ensordecedor) que cuando esta “evidente tensión” puede provocar ciertos perjuicios relevantes, por hallarse en juego actividades sensibles para la vida y la seguridad de la población (los denominados *servicios esenciales para la comunidad*), el derecho nacional e internacional del trabajo establecen un régimen diferencial que –de manera justificada– admite mayores restricciones al derecho de huelga, limitando ese derecho al obligar a los trabajadores huelguistas a que garanticen servicios mínimos que impidan la paralización total de ese tipo de actividades. Sin embargo, curiosamente el fallo no hace referencia a ese régimen diferencial y –no casualmente– ilustra esa “evidente tensión” con actividades que –sin ser consideradas técnicamente, a excepción de los servicios sanitarios, “servicios esenciales” en la legislación argentina, como tampoco lo es la distribución del correo, que la actividad que estaba en juego en el caso– son las que habitualmente son machacadas por el discurso hegemónico instalado por los medios masivos de comunicación para disparar contra el derecho de huelga (particularmente, la educación y el transporte).

Acto seguido, el fallo aclara que, precisamente para armonizar ese conflicto de derechos en pugna, es relevante tener en cuenta “el marco de legalidad” de la huelga (marco que ni siquiera es identificado allí), destacando la importancia de “la calificación legal de la huelga”. Así, incurre en otro de los lugares comunes metajurídicos que suelen repetir quienes tienen mayor interés en restringir la huelga que en tornar efectivo ese derecho constitucional, ignorando –por un lado– que el único “marco de legalidad” de la huelga en el Derecho argentino (en el que no existe una ley general sobre huelga) es el delimitado por la ley 14.786 (que regula los modos de solucionar los conflictos colectivos de intereses) y por el art. 24 de la ley 25.877 (que regula la forma de encauzar los conflictos colectivos en los servicios esenciales), y –por el otro– que (a contrario de una muy opinable construcción pretoriana que instaló esa idea) no hay ninguna norma jurídica en el país que habilite a las autoridades públicas a calificar de “ilegal” una medida de acción directa, por lo que no cabe hablar de “huelgas ilegales”³⁵.

Más adelante, la sentencia diferencia correctamente la faceta colectiva del derecho de huelga (convocar a la huelga) de la faceta individual (adherirse o no),

34 ÁLVAREZ, E., “*Conflictco colectivo...*”, *op. cit.*, p. 571.

35 Como bien lo destaca ÁLVAREZ, existe una contradicción esencial al aludir a “huelgas ilícitas”, ya que (de la misma manera que en el Derecho Civil no es posible hablar de “dominio ilícito” o “usufructo ilícito”), no es imaginable esa calificación de antijuridicidad si se parte de la premisa innegable de que la huelga es un derecho. Ver ÁLVAREZ, E., “*Conflictco colectivo...*”, *op. cit.*, p. 574.

aclarando que el ejercicio individual del derecho solo puede ser legítimo si fuese legítima la convocatoria.

Como se puede advertir, aun sin penetrar todavía en el *quid* de la cuestión debatida, en ese considerando séptimo el fallo ya deja vislumbrar una concepción reaccionaria y extremadamente restrictiva sobre el derecho de huelga, preparando el terreno para asestar el golpe final: despojar a los trabajadores no sindicalizados de un derecho fundamental.

5.3. UN ANÁLISIS ORIGINALISTA SESGADO Y UNA CURIOSA OMISIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 14 BIS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En los considerandos 8 a 10 de la sentencia, la Corte se ocupa de analizar cómo ha sido receptado el derecho a huelga en la Constitución argentina. Así, por conducto de interpretar el texto del art. 14 bis (considerando 8) y los debates de la Convención Constituyente que en el año 1957 introdujo esa norma en el texto constitucional (considerandos 9 y 10), comienza a perfilar su decisión de restringir a los sindicatos la titularidad del derecho de huelga.

En lo que respecta al análisis del art. 14 bis (que, en lo que interesa, prescribe: “*Queda garantizado a los gremios (...) el derecho de huelga*”), tras formular un análisis esquemático del mismo (que agrupa a los derechos individuales del trabajador en el primer párrafo; a los derechos colectivos en el segundo; y a los derechos de la seguridad social en el tercero), el Tribunal afirma que, en tanto el derecho de huelga fue incluido en el segundo bloque, “*es indudable que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes, no al trabajador en forma individual ni a cualquier grupo de trabajadores*”, afirmación de la cual desprende que los “gremios” a los que allí se hace referencia no son otra cosa que las asociaciones sindicales a las que también contempla el art. 14 bis cuando reconoce a los trabajadores el derecho a la “organización sindical libre y democrática”, lo que le permite a la Corte sostener –sin mayores explicaciones– que la expresión “gremios” no resulta comprensiva de un grupo informal de trabajadores. Además, la Corte agrega que el requisito de la “simple inscripción en un registro” de los sindicatos contenido en esa norma constitucional, es una “medida de control” estatal, de lo que deduce que mal podrían reconocerse los derechos colectivos allí reglados a simples grupos informales de obreros no sindicalizados que no cumplieron con ese recaudo.

Tales razonamientos portan un par de errores esenciales.

Primero, la Constitución garantiza el derecho de huelga a los gremios (y no a los sindicatos), y sabido es que no se trata de conceptos identificables ni sinónimos, pues mientras que el gremio es un simple conjunto de personas que realizan el mismo oficio, actividad o profesión, el sindicato es una asociación profesional

de trabajadores formalmente constituida. De allí que, de manera abrumadora-mente mayoritaria, la doctrina argentina haya sostenido desde siempre que, al garantizar el derecho de huelga a los gremios, la Constitución confirió la titularidad de ese derecho no sólo a los sindicatos, sino también a las simples coaliciones de trabajadores que procuran la defensa de un interés colectivo³⁶.

Segundo, desconociendo de manera inadmisible la Historia Constitucional de la Argentina, la Corte refiere que el requisito de la “inscripción en un registro” de los sindicatos es una “medida de control” estatal, cuando se trata precisamente de todo lo contrario: con prescindencia de lo que pudiera opinarse sobre el acierto de esa decisión, es evidente que –como reacción al modelo sindical de unidad promovida y controlada por el estado que imperó en el primer peronismo, entre 1945 y 1955– la reforma constitucional de 1957 se orientó, en materia sindical, hacia un modelo de pluralidad y autonomía que (al menos en el plano del deber ser) tendía a restringir (antes que a aumentar) el control de los sindicatos por parte del estado, por lo que el recaudo de la simple inscripción se orientaba a garantizar que no fuese necesario que el gobierno otorgase la personería gremial a las entidades sindicales para que éstas pudieran ejercer todos los derechos consagrados por la nueva Constitución. De allí que derivar de allí que solo los sindicatos (y no los grupos informales de trabajadores) puedan ejercer el derecho de huelga es un contrasentido en términos históricos.

Más adelante, el Tribunal se adentra a analizar los antecedentes de la Convención Constituyente de 1957, para intentar desentrañar si allí es posible encontrar alguna pista que permita identificar a quién se quiso reconocer la titularidad del derecho de huelga en esa reforma constitucional. En ese trance, tras señalar que el tema fue objeto de un “arduo debate” y analizar en el considerando noveno las opiniones de ciertos convencionales que abogaron por reconocerle la titularidad a los gremios (y no a los trabajadores), admitió en el considerando décimo que, por el contrario, otros convencionales defendieron la idea de que eran los trabajadores los titulares del derecho de huelga, lo que llevó a la Corte a concluir que el debate “exhibió una indecisión” sobre el tema, por lo que “no es posible apoyarse en lo debatido en la Convención Constituyente para arribar a una conclusión definitiva sobre el punto en discusión en esta causa”.

Aun dejando de lado las objeciones de las que ha sido blanco el *originalismo* (es decir, el método hermenéutico por el cual se le asigna un valor decisivo a los *padres fundadores*, o sea, a los parlamentarios o constituyentes que participaron de las deliberaciones previas a la sanción de una norma) en la teoría del Derecho Constitucional, el análisis que desde esa perspectiva se efectúa en el fallo es, por diversos motivos, muy cuestionable.

En primer lugar, porque la Corte le hace decir a tres de los cinco miembros del primer grupo de convencionales que cita, lo que no surge de sus palabras. En

36 Ver nota 23.

efecto, de las propias transcripciones efectuadas en el considerando noveno del fallo se desprende con nitidez que los convencionales Jaureguiberry, Acuña y Coronda Martínez prefirieron atribuir la titularidad de la huelga a los “gremios” (en lugar de los “trabajadores”), mas en ningún caso ello autoriza a inferir (como lo hizo la Corte) que esos parlamentarios hayan identificado al gremio con el sindicato. Solo los convencionales Colombo y Ponferrada parecieron querer atribuir el derecho a los sindicatos, lo que constituyó una posición minoritaria no solo dentro de la Convención Constituyente (cuya posición oficial fue la contraria, como veremos seguidamente), sino incluso dentro del reducido grupo de cinco convencionales que el Tribunal cita en el considerando noveno. De allí que solo con extrema liviandad pudo sostenerse al inicio del considerando décimo del fallo que tales convencionales *“de modo claro le asignaron a la expresión gremios el significado de organización formal de trabajadores, es decir, de ‘sindicato’”*, lo que en forma alguna (y mucho menos, “de modo claro”) surge de las palabras de tres de esos cinco convencionales³⁷.

En segundo orden, porque el fallo silencia que la postura de reconocerle a los trabajadores la titularidad de la huelga fue la que resultó adoptada por el Miembro Informante de la Convención Constituyente (que expresa por tanto la interpretación auténtica del texto constitucional finalmente aprobado) y, además, omite toda referencia a otros caracterizados convencionales que fueron los más contundentes a la hora de defender esa posición.

Así, si bien en el considerando décimo del fallo “Orellano” se menciona la opinión del convencional Carlos Bravo, se ahorra aclarar que fue uno de los Miembros Informantes de la Convención. Y ese parlamentario no sólo dijo –como bien se reflejó en el fallo– que *“las palabras gremio y sindicato no son sinónimos”* y que *“la huelga se la concedemos a los gremios, a los trabajadores”* es decir, a una *“pluralidad de trabajadores”*, *“estuvieran o no afiliados”* al sindicato, sino que también agregó –como mal se soslayó en el fallo– que la huelga *“no es un derecho del sindicato ni de la asociación profesional, no teniendo necesidad siquiera de ser homologado por los representantes del sindicato”*³⁸.

Pero además, la Corte omitió significativamente citar la opinión del convencional Alfredo Palacios (primer diputado socialista en la historia el continente

37 La tergiversación llega al paroxismo en relación a la opinión del Convencional Jaureguiberry, quien (pese a que la Corte le atribuye haber sostenido la tesis que identifica gremio con sindicato y reserva a éste último la titularidad de la huelga), sostuvo textualmente en la Convención: *“La huelga no es un derecho individual de los trabajadores, sino un derecho colectivo que le damos a quien representa esos intereses colectivos, que a juicio de la comisión no es otro que el gremio. No decimos ‘derechos del sindicato’ porque la sindicalización es libre, y podría presumirse que para declarar la huelga habría la obligación de sindicalizarse”* (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957, Tº II, p. 1461). La primera oración de la frase transcrita fue incluida por la Corte en el tercer párrafo del considerando 9º del fallo “Orellano”. La segunda (donde Jaureguiberry define con toda claridad su posición en favor de la tesis que no limita la titularidad de la huelga a los sindicatos, y que aquí ha sido resaltada en “negrita”), fue misteriosamente omitida en la sentencia. Ya lo expresó de manera brillante Shakesperare: el demonio puede citar la Escritura para justificar sus designios (SHAKESPEARE, W., *“El mercader de Venecia”*, Acto I, Escena III).

38 Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957, p. 1228.

americano, y uno de los más destacados iuslaboralistas de la primera época del Derecho del Trabajo argentino), quien fue uno de los principales impulsores de reconocerle a los trabajadores el derecho de huelga, señalando “*lo que se propone la Convención es reconocer el derecho de huelga a los trabajadores, debemos garantizarlo al gremio y a los trabajadores en general, pero especialmente a los trabajadores*”, para añadir luego que la huelga es un derecho que “*puede producirse independientemente de los sindicatos*”, por lo que le corresponde “*a cualquier clase de trabajador*”³⁹.

De todo ello se colige que es falso que (a contrario de lo que –incurriendo en un *originalismo sesgado* y censurando las opiniones más calificadas– dice la Corte) el debate haya exhibido indecisión y no permita arribar a una conclusión definitiva sobre el punto, pues surge nítido de su lectura que la Convención Constituyente quiso reconocerle la titularidad del derecho de huelga a los gremios, entendidos como conjunto (incluso informal) de trabajadores que pelean por un interés colectivo.

Pero además, incluso en caso de que –por vía de hipótesis– se interpretase que el art. 14 bis de la Constitución no fue claro al asignarle a los “gremios” el derecho de huelga, admitiendo dos hermenéuticas posibles (una, entender que adjudicó la titularidad del derecho exclusivamente a los sindicatos; otra, juzgar que se la atribuyó también a los trabajadores), todo intérprete judicial de una norma laboral está jurídicamente obligado –por imperio del principio *in dubio pro operario* consagrado en el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo– a escoger, entre dos interpretaciones, aquélla que proteja mejor a los trabajadores. Y no cabe duda de que en el caso analizado ello imponía optar por la tesis que postula que un grupo de trabajadores encuadra dentro del concepto de “gremio” al que hace referencia el art. 14 de la Constitución Nacional, lo que demuestra que la sentencia se aparta también de esa regla fundamental de la teoría general del Derecho del Trabajo⁴⁰.

5.4. UN ANÁLISIS EXEGÉTICO SESGADO Y OTRA CURIOSA OMISIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONSAGRAN EL DERECHO DE HUELGA

Luego de señalar en el considerando undécimo que el derecho de huelga debe entenderse como una derivación necesaria del derecho de libertad sindical receptado en el Convenio 87 de la O.I.T., y precisar que el Comité de Libertad

39 Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957, p. 1456. Ver CORNAGLIA, R. J., *op. cit.*, p. 115; ETALA, C. A., *op. cit.*, p. 404.

40 Adviértase, en ese sentido, que la antinomia que encierra el conflicto hermenéutico no es, como algunos piensan, entre una solución favorable a los trabajadores y otra favorable a los sindicatos. No: la disyuntiva es entre una solución favorable a los trabajadores (en el caso, Francisco Orellano) y otra favorable a los empresarios (en el caso: el Correo Oficial). De modo que, al soslayar la aplicación del *in dubio pro operario*, la Corte resuelve la duda en favor del empleador, violando la regla mencionada.

Sindical ha declarado que no parece incompatible con ese instrumento reservar a los sindicatos la atribución de disponer medidas de fuerza (lo que nada agrega a la cuestión, porque, amén de que de otros pronunciamientos de los órganos de control de la OIT sugieren la conclusión contraria, el derecho constitucional interno garantiza a los trabajadores no sindicalizados el derecho a la huelga, lo que desplaza la aplicación del derecho internacional menos favorable con arreglo a lo que prescribe el art. 19.8 de la Constitución de la O.I.T.), en los considerandos 12º y 13º la Corte postula –de manera errónea, y con un nivel de argumentación muy deficiente– que los restantes tratados internacionales con jerarquía constitucional y supralegal vigentes en el país tampoco reconocen el derecho a huelga a ningún otro sujeto que a los sindicatos.

En primer lugar, destaca que el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si bien garantiza el derecho a huelga, lo incluye entre los “derechos sindicales”, conclusión que no se compadece con la lectura de esa norma, en la que la titularidad de ese derecho no fue asignada en forma exclusiva a ningún sujeto⁴¹. Más aún: el fallo llega al absurdo de sostener que, en tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha declarado que consideraba preocupante que “*los derechos sindicales como el derecho de huelga sigan siendo objeto de restricciones excesivas en la legislación y en la práctica*”, ello demuestra que se trata de un derecho concedido a los sindicatos, y no a los trabajadores⁴².

Luego, de manera aún más inexplicable, la Corte afirma que cuando el art. 45 inciso c) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (al que remite el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) garantiza el derecho de huelga “*por parte de los trabajadores*”, habida cuenta que ese derecho “*se encuadra en una norma claramente alusiva a libertad de asociarse para la defensa y promoción de intereses profesionales*”, cabe inferir que solo se reconoció ese derecho a los sindicatos. En este caso, al transcribir en forma textual la norma, el fallo prácticamente se autoincrimina de haber realizado una interpretación abiertamente *contra-legem*, porque si aquélla claramente prescribe que se les reconoce “a los trabajadores” el derecho de huelga, mal puede señalarse –interpretando extensivamente la norma en contra de los sujetos a los que se dirige la protección– que éstos están privados de ejercer ese derecho.

41 En efecto, el su inciso d), el art. 8 del PIDESC establece que los Estados Parte se comprometen a garantizar “*El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país*”, sin adjudicar ese derecho a ningún sujeto en particular. Empero, en tanto los incisos b) y c) del mismo artículo hacen expresa referencia a “*el derecho de los sindicatos*”, parece razonable interpretar que –a contrario de lo que entendió la Corte– cuando el tratado quiso asignar las entidades sindicales la titularidad de algún derecho en particular lo hizo de manera expresa, por lo que solo haciendo una interpretación extensiva *contra-operario* pudo el fallo arribar a la conclusión contraria.

42 Ese argumento, de tan insostenible, apenas si merece refutación: decir que el derecho de huelga no puede ser garantizado a los trabajadores porque ha sido mencionado entre el catálogo de “derechos sindicales” es lisa y llanamente improponible. Paradójicamente, sentencias como ésta constituyen una de las “restricciones excesivas” al derecho de huelga que censura el Comité.

Otro tanto ocurre con la Carta Interamericana de Garantías Sociales, que –como la propia Corte lo admite en el considerando 13º del fallo– dispone en su art. 27 que “*los trabajadores tienen derecho a la huelga*”. El argumento sofista al que recurre ahora el Tribunal para tirar por la borda otra norma tan clara es que, como la misma “*alude genéricamente a la huelga sin diferenciar los aspectos individuales del ejercicio de ese derecho*”, “*solo es posible concluir que sus disposiciones indudablemente garantizan el derecho de los trabajadores a adherirse a una huelga declarada*”. Nuevamente, un fundamento inaceptable: la Corte despoja a los trabajadores de un derecho que la norma internacional les concede en forma expresa y clara, violando acá no solamente las reglas de interpretación que imperan en el Derecho del Trabajo (que impiden devaluar los derechos de los trabajadores con base en interpretaciones restrictivas, menos cuando las normas son claras y no ofrecen dudas sobre su sentido), sino también las que rigen en la teoría general del Derecho (que prohíben introducir diferencias donde la ley no distingue)⁴³.

Para más, incluso dejando de lado el concierto de interpretaciones extensivas *contra-operario* arriba mencionadas, la sentencia incurre –también aquí– en una ominosa omisión en lo que respecta a los instrumentos internacionales con jerarquía supralegal vigentes en la República Argentina. En efecto, el fallo (que aparenta ser exhaustivo en cuanto al análisis de las normas internacionales que regulan el derecho de huelga) no menciona a la Declaración Sociolaboral del Mercosur (instrumento internacional con jerarquía supralegal en el país a tenor de lo que prescribe el art. 72.22 de la Constitución, y cuya imperatividad había sido reconocida por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema⁴⁴), cuyo art. 11 dispone –sin dejar lugar a ningún resquicio por donde pudiera colarse algún argumento que permita negar la titularidad del derecho de huelga a los trabajadores no sindicalizados– que “*Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga*”. Como se puede advertir, la norma no ofrece margen para una interpretación diferente: nadie podría sostener seriamente que –en un precepto que incluye tanto la utilización del pronombre “*todos*” (para referirse a los trabajadores), cuanto la de la conjunción “*y*” (para demostrar que el derecho corresponde tanto a los operarios cuanto a las entidades sindicales)– los trabajadores no tienen asegurado (conjuntamente con los sindicatos, y sin antinomias estériles) el ejercicio del derecho de huelga.

Sin embargo (así como ignoró parte del discurso del convencional Jaureguiberry, y la opinión completa del convencional Palacios, que eran contundentes en

43 Es curioso advertir que tanto el art. 45 inciso c) de la Carta de la OEA cuanto el art. 27 de la Carta Inter-nacional Americana de Garantías Sociales (en tanto solo mencionan explícitamente a los trabajadores y no a los sindicatos como titulares del derecho de huelga) bien podrían (de seguirse un estricto método exegético de hermenéutica jurídica) sustentar la conclusión opuesta a la que indica el fallo, esto es: que son los sindicatos (y no los trabajadores, mencionados expresamente allí) quienes han sido excluidos de la posibilidad de ejercer el derecho de huelga. Aunque obviamente no suscribo semejante conclusión, es interesante mencionar dicha circunstancia para evidenciar hasta qué punto la interpretación de la Corte es sesgada y errónea.

44 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo*”, sent. del 24/2/2009. Esa conclusión fue suscripta por los Jueces Lorenzetti y Maqueda, dos de los tres que firmaron el fallo “Orellano”.

afirmar que el art. 14 bis de la Constitución no coloca la titularidad de la huelga en cabeza exclusiva de los sindicatos), ahora la Corte también parece haber olvidado una norma de derecho internacional vigente que es la que de modo más categórico prescribe que la huelga es un derecho que puede ser ejercido tanto por los sindicatos cuanto por los trabajadores no sindicalizados⁴⁵.

En suma, forzando hasta un extremo insostenible, mediante interpretaciones extensivas *contra-operario*, las normas internacionales que garantizan expresamente en favor de los trabajadores el derecho de huelga (art. 8, P.I.D.E.S.C.; art. 45 inc. c), Carta de la OEA; art. 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales), o lisa y llanamente ignorando otros dispositivos que establecen de manera aún más nítida esa solución (art. 11, Declaración Sociolaboral del Mercosur), en el fallo “Orellano” la Corte Suprema expropia a los trabajadores un derecho humano que les ha sido múltiplemente reconocido por el Derecho Internacional, lo que evidencia que la sentencia vulnera en forma ostensible tales normas.

6. REFLEXIONES FINALES

La constitucionalización del derecho de huelga –fruto de décadas de incesante lucha del movimiento obrero– ha sido tal vez la conquista jurídica más importante alcanzada por los trabajadores en la historia de los estados capitalistas.

En la medida en que constituye un derecho que –al reconocer la existencia del conflicto estructural entre capital y trabajo, impedir temporalmente la apropiación del trabajo ajeno, y legitimar la causación de daños por parte de los trabajadores con la finalidad de ejercer presión para mejorar sus condiciones de vida y de labor– constituye una verdadera *bestia negra* del derecho burgués, su consagración constitucional se ha visto inmediatamente atenuada por una sucesión de políticas públicas (legislativas, administrativas y judiciales) que, lejos de intentar garantizar ese derecho, se han orientado generalmente a restringirlo y limitarlo. De esa manera, se ha verificado históricamente un marcado divorcio entre el generoso reconocimiento constitucional del derecho de huelga (más tarde amplificado por su recepción en instrumentos internacionales de Derechos Humanos), y la avaricia de las políticas in(fra)constitucionales que, de manera apriorística y dogmática, pretenden enconsertarlo o encapsularlo para reducirlo a su mínima expresión, limitando su indudable potencial expansivo para asegurar la efectiva vigencia de todos los derechos sociales que esas mismas Constituciones garantizan (y que esos mismos poderes constituidos de ordinario incumplen o vulneran).

45 En el punto 3 del “*Dictamen del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata sobre la Titularidad del Derecho de Huelga*” suscripto el día 18/8/2015, dicha institución académica –que fue expresamente invitada por la Corte Suprema a actuar como Amicus Curiae en la causa “Orellano c/Correo”, y presentó en el expediente ese dictamen, reiterando sus argumentos al exponer en la audiencia oral convocada por el Tribunal–, se recordó expresamente el contenido del art. 11 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, lo que magnifica la omisión de mencionarlo en la sentencia.

Si bien esas limitaciones se han irradiado hacia todas las cuestiones vinculadas a la huelga (concepto, modalidades amparadas, objeto, huelga en los servicios esenciales, etc.), adquieren particular incidencia en los debates sobre titularidad del derecho a adoptar medidas de acción directa, por la evidente razón de que –para quienes ostentan el poder– controlar quiénes son los sujetos que pueden ser *bendecidos* con el ejercicio del derecho de huelga, permite minimizar los riesgos de que ese recurso legítimamente ganado por la clase trabajadora se expanda más allá de ciertos límites que son considerados intolerables el sistema.

Con la sentencia dictada en la causa “*Orellano c/ Correo Argentino*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se enroló decididamente en esa tendencia restrictiva que limita apriorísticamente el derecho de huelga, dilapidando una oportunidad histórica de sentar un precedente acorde a sus mejores decisiones (muchas de ellas adoptadas en la década de 2004/2014, período en el cual la Corte dictó una serie de notables precedentes en materia de derechos sociales).

Adoptando de inicio (de manera innecesaria, pues nada tenía que ver con las circunstancias del caso) una concepción restrictiva en general sobre el derecho de huelga, que aparece más preocupada por menguar los perjuicios que la huelga provoca al empleador y a los terceros, que por tornar efectivos los propios derechos de los trabajadores (*sujetos de preferente tutela constitucional*, según la gráfica expresión que la Corte generalizó en la última década) que la huelga pretende resguardar, y defendiendo una normativamente inexistente potestad de “calificación legal de la huelga”, el fallo demuestra desde el vamos una adscripción incondicional a esa cuestionable tendencia que tienen los poderes públicos orientada a desandar, mediante medidas dudosamente compatibles con la norma fundamental, el camino que la Constitución establece en materia de huelga.

Así, forzando tanto la letra del art. 14 bis de la Constitución (trocando por “sindicatos” la expresión “gremios” que la norma contiene), cuanto su “espíritu” y teleología, haciendo aparecer (tergiversaciones y omisiones mediante) una supuesta indecisión sobre el punto en la Convención Constituyente de 1957 que no se condice con la contundencia con la que sus Miembros Informantes expusieron en el debate (en el que quedó claro que la titularidad de la huelga se colocaba en cabeza de los gremios, entendidos como pluralidad de trabajadores), el fallo desconoce asimismo reglas hermenéuticas fundantes del Derecho del Trabajo (*in dubio pro operario*), resolviendo en perjuicio de los trabajadores (y en favor de los empleadores) una (supuesta) situación dudosa que admite una multiplicidad de interpretaciones.

Para más, desactivando el notorio reforzamiento de la constitucionalización del derecho de huelga que trajo aparejada la reforma constitucional de 1994 (que introdujo en la carta magna una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos que aseguran a los trabajadores ese derecho fundamental), el Tribunal –con un nivel de argumentación realmente penoso– le asigna a esas

normas un sentido expresamente inverso a lo que denotan las palabras que contienen, y llega al extremo de ignorar los tratados que de manera más enfática y sin dejar lugar a dudas adjudican a los trabajadores (y no sólo a los sindicatos) la titularidad del derecho de huelga.

Si, como suele decirse en el ámbito de la teoría constitucional, uno de los mecanismos más eficaces para evaluar la razonabilidad de una sentencia consiste en analizar las consecuencias que provoca, este fallo de la Corte Suprema debe ser reputado irrazonable, pues sus efectos sobre los derechos de los trabajadores han de resultar deletéreos.

En el plano general, porque la doctrina judicial que consagra deja en el más absoluto desamparo no sólo a la inmensa legión de trabajadores informales y precarizados (que carecen de toda representación sindical formal), sino también, a aquellos grupos de trabajadores registrados que, ejerciendo el derecho humano a la libertad sindical, se organizan colectivamente para defender sus derechos e intereses ante la frecuente displicencia y/o pasividad de ciertos sindicatos en cumplir con su función representativa, fenómeno muy común en el país en los últimos años⁴⁶. De ese modo, negarle a esos operarios el ejercicio del derecho de huelga para hacer efectivas esas reivindicaciones (convirtiendo a la autotutela colectiva en un acto ilícito que podría justificar el ejercicio del poder disciplinario por parte del empleador) implica dejarlos desprovistos de una de las herramientas más idóneas para garantizar la eficacia de los restantes derechos laborales. Y, en el plano particular, porque coloca al trabajador Orellano (y a quienes fueron sus compañeros en el conflicto) ante el riesgo inminente de ser despedido por haber ejercido el derecho de huelga.

Máxime cuando el fallo se conoce en un marco de progresiva degradación de los derechos sociales y de las condiciones de vida y de trabajo de los sectores más vulnerables de la sociedad argentina, todo lo cual hace presuponer un aumento de la conflictividad laboral, contexto en el cual la hora exigía una interpretación garantista del derecho constitucional de huelga, en la medida que éste aparece como el último resguardo para resistir las políticas regresivas que una nueva ola neoliberal pretende revivir en América Latina.

Desde esa perspectiva, la Corte Suprema ha quedado en deuda al dictar una sentencia injusta y deficientemente fundada que no resulta compatible con la generosa amplitud con la que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos garantizan el derecho de huelga en la República Argentina.

⁴⁶ Precisamente en fecha muy reciente –y en el contexto en el que se discute la posibilidad de convocar una huelga general en Argentina para enfrentar las medidas de ajuste contra los trabajadores que viene adoptando el gobierno, decisión que viene siendo retrasada por la conducción de la confederación sindical mayoritaria (CGT)– se ha difundido una encuesta de opinión que indica que el 76,4% de la población sostiene que en el país los sindicatos “no defienden adecuadamente a los trabajadores”. Ver KOLLMANN, R., “*Es la economía, estúpido*”, en diario Página/12, Buenos Aires, 16/10/2016, p. 5.

LA ANTIGUA Y CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA EN UN ENFOQUE COMPARADO ITALO-ESPAÑOL

Marialaura Birgillito

Doctora en Derecho del Trabajo Europeo por la Universidad de Catania. Profesora Asociada UCLM.

1. La titularidad del derecho de huelga en los estudios de dogmática jurídica. 2. El marco constitucional del derecho de huelga. 3. El contenido y el alcance del interés colectivo en el conflicto. 4. Las aproximaciones teóricas a la titularidad del derecho de huelga. 5. La titularidad colectiva. 5.1 Las reconstrucciones de la doctrina italiana de los años '50. 5.2. El debate interno a la doctrina italiana en los años '80. 5.3. Las aproximaciones a la titularidad del derecho de huelga a raíz de la Ley italiana n. 146/1990. 6. La tesis de la titularidad individual del derecho de huelga. 7. Las críticas a los paradigmas tradicionales de la titularidad del derecho de huelga. 8. La tesis de la cotitularidad del derecho de huelga. 9. La relación entre titularidad del derecho de huelga y su regulación.

1. LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA EN LOS ESTUDIOS DE DOGMÁTICA JURÍDICA

La titularidad, en su formulación teórica, es aquel vínculo jurídico que une el derecho, como bien o interés que el ordenamiento reconoce como relevante y merecedor de protección, al sujeto al cual dicho interés pertenece, el trabajador individual o una colectividad determinada¹.

Desde los estudios de dogmática jurídica, la titularidad y el ejercicio del derecho están íntimamente relacionados, puesto que, a parte limitadas excepciones, el sujeto titular del interés protegido es el único habilitado a decidir cuándo ejercerlo, con qué modalidades y si realizar los correspondientes actos de disposición.

Las mismas reflexiones se trasponen a los derechos colectivos, y al derecho de huelga particularmente, cuyas facultades las comparten como gemelos siameses el sujeto colectivo y los trabajadores individuales.

Precisamente la línea divisoria entre ambos ha sido objeto de intenso debate en la doctrina italiana y española y de decisiones judiciales de amplio calado, que desde diferentes perspectivas, en un tira y afloja entre distintas posturas teóricas, han confirmado que la titularidad del derecho se impone como cuestión previa a la definición de las técnicas de regulación del conflicto y de los sujetos legitimados a intervenir².

¹ LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Consejo Económico y social, Madrid, 2000, p. 1.

² En este sentido RUSCIANO, M., *Lo sciopero nei servizi essenziali*, en AA.VV., AIDASS, *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, Atti del IX congresso nazionale di diritto del lavoro, Fiuggi 8-9-10 aprile 1988, Giuffrè, Milán, 1989, p. 27.

El debate ha interesado especialmente el complejo y heterogéneo sector de los servicios públicos esenciales, que inicialmente condenaba los funcionarios públicos a la exclusión de la titularidad del derecho sobre la base de tres argumentos: su relación de inmedesimación orgánica con la administración, la continuidad del servicio y el interés general. Pues, se argumentaba que la posibilidad misma del conflicto se excluía en raíz para los titulares de funciones públicas, vasallos de lealtad y obediencia hacia el Estado. A la par, se deducía que los servicios públicos, como conjunto de actividades fundamentales para la colectividad, no eran susceptibles de interrupción; y, en último, que el interés general fuese el interés orientado a garantizar el orden de la sociedad liberal, en la cual el libre mercado y la continuidad del servicio prevalecían sobre cualquier otro interés privado³.

La confrontación de las normas penales que incriminaban la abstención colectiva e individual de los funcionarios públicos con las modernas Constituciones ha determinado la demolición de la fortaleza penal que separaba aquéllos del derecho de huelga. A partir de aquel momento, el campo de los servicios públicos ha sido interesado por un fuerte movimiento telúrico de “balcanización de las relaciones industriales”⁴ con el epicentro en los frecuentes conflictos extra-sindicales. Las reflexiones sobre las fórmulas de ejercicio del derecho de huelga, sus modalidades de realización y la determinación de los servicios mínimos en este sector eran, en efecto, necesarias para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados por el conflicto. La aclaración de la cuestión de la titularidad ponía de manifiesto, una vez por todas, la necesidad de identificar al sujeto responsable por la valoración del interés colectivo y por la gestión solidaria del conflicto.

En este marco se inserta el presente estudio, que desentraña cómo efectivamente el nudo de la titularidad abre una vía de definición a la regulación del conflicto. Pues, de acuerdo con la premisa inicial, es el titular del interés colectivo el único sujeto capaz de valorarlo y el solo capacitado, por un lado, para tomar las decisiones relacionadas con su ejercicio y, por el otro lado, para asumir la responsabilidad de su regulación.

Esta conclusión deslegitima la intervención de las autoridades públicas en el conflicto y cualquier forma de ingobernabilidad de un sujeto externo al espacio de regulación de la autonomía colectiva. Pues supera aquellos juicios que definen la huelga como acto contrario al orden natural del mercado sobre la base del axioma de la primacía de las libertades económicas y del orden público.

3 Sobre el punto se reenvía a la brillante monografía de BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 119.

4 D'ANTONA, M., “La Commissione di Garanzia come arbitro (sciopero e contrattazione collettiva nei servizi pubblici essenziali)”, en *QDLRI*, 1993, 13, p. 61, aquí p. 63.

Sin embargo, en el actual contexto neoliberal, orientado a la deslegitimación de la acción colectiva y del sujeto sindical⁵, los argumentos mencionados se han traducido en la reutilización de la herramienta penal para criminalizar el conflicto, en la proceduralización de la huelga en los servicios esenciales y finalmente en un intervento sobre la misma titularidad del derecho, con la propuesta de introducir un referéndum previo al conflicto⁶. Ejemplos patentes del primer tipo son la Ley de Seguridad Ciudadana y la modificación del artículo 315.3 del Código Penal español⁷. Un ejemplo del segundo tipo es el *Decreto - Legge* n. 146 del 20 de septiembre de 2015, convertido en *Legge* n. 182 del 12 de noviembre de 2015, que extiende la definición de servicio esencial a la apertura al público de museos y centros culturales y que representa el auge de un largo proceso de interpretación restrictiva del ejercicio del derecho de huelga en este específico sector por parte de la autoridad pública⁸.

En una coyuntura que impone la necesidad de volver a abrir espacios críticos de reflexión sobre el derecho de huelga que se contrapongan con los argumentos del proyecto autoritario neoliberal en Europa⁹, el objetivo del presente trabajo es recuperar el papel del conflicto y su significado constitucional y a la vez trazar la evolución de las principales líneas de interpretación formuladas a lo largo del tiempo con respecto a la construcción dogmática de la titularidad del derecho de huelga, verificando sus implicaciones teóricas.

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA

El estudio comparado de los paradigmas de la titularidad del derecho de huelga, que han contribuido al desarrollo de la regulación del sistema sindical, toma como ineludible punto de partida el papel de la huelga en el espacio constitucional de ambos ordenamientos.

5 Para una profundización crítica sobre la colonización economicista del derecho del trabajo y la vuelta hacia la autonomía individual se reenvía a la interesante monografía de CASTELLI, N., *Contrato, consenso, representación. Reflexiones sobre la juridificación e las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2014.

6 Se trata del controvertido proyecto de ley italiano, actualmente objeto de debate en el Senado, n. 2006 del 2015, presentado por el Senador Pietro Ichino sobre “Disposizioni per la regolazione del conflitto sindacale nel settore dei trasporti pubblici e integrazione della disciplina generale dell’assemblea sindacale”. Este propone la realización de un referéndum previo al conflicto en el sector del transporte y se coloca idealmente junto con el proyecto de ley sobre la huelga virtual.

7 El actual art. 315.3 CP proviene del antiguo artículo 496 del Código Penal español, una norma autoritaria introducida precisamente en medio de la transición política con el objetivo declarado “hacer frente a la creciente actividad agresiva de grupos organizados que se autodenominan piquetes de extensión de huelga”, buscando la intimidación de las organizaciones sindicales. Para una profundización sobre el punto, BAYLOS, A., TERRADILLOS, J., “Nota sobre el artículo 315.3 del Código Penal y la incriminación penal de los piquetes de huelga”, publ. en Según Antonio Baylos, <http://baylos.blogspot.com.es>, entrada del 24 de abril de 2007.

8 Para un análisis de la regulación de la huelga en los servicios esenciales se reenvía a las consideraciones expresadas en BIRGILLITO, M., “Una mirada comparada sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales y sus sujetos reguladores: Italia y España”, en RDS, 2016, 73, pp. 203- 230.

9 Las políticas antisindicales se han adoptado en Europa de forma generalizada. Una mirada comparada sobre España, Portugal e Italia en BAYLOS, A., CASTELLI, N., TRILLO, F., *Negociar en crisis. Negociación colectiva en los países del Sur de Europa*, Bomarzo, Albacete, 2014.

Como señalan las disposiciones constitucionales –respectivamente los artículos 39 y 40 de la Constitución italiana y 7, 28 y 37 de la Constitución española– en el andamiaje constitucional la huelga es el principal instrumento de reivindicación de la autonomía colectiva para la defensa de los derechos sociales y a la vez el medio de participación democrática del colectivo de trabajadores para aproximarse a la igualdad real. Pues, el conflicto abre a los trabajadores la participación en la vida pública y plantea la adhesión a un proyecto de sociedad que pone el trabajo digno a fundamento de su desarrollo material y democrático.

Dentro del conflicto nace también el sujeto sindical, como aquel sujeto que representa a los trabajadores¹⁰ y sus intereses colectivos y que promueve las acciones de lucha para la mejora de las condiciones laborales y para la construcción de una sociedad más libre e igualitaria.

Es precisamente sobre esta base que las normas de ambas Constituciones garantizan este hecho social como derecho fundamental¹¹, legitimando únicamente aquellas limitaciones introducidas por ley y orientadas a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. En este sentido se expresan, con similitudes en la estructura y en el contenido, los artículos 40 y 28.2 respectivamente de las Constituciones italiana y española.

Como ponen de manifiesto ambas normas, la lucha colectiva solidaria es precisamente la que permite lograr avances hacia el desarrollo material y espiritual no sólo de la vida de cada cual, con las diferencias sexuadas del ser hombres y mujeres¹², sino de la sociedad entera. Esta dirección, marcada por ambos proyectos constitucionales, viene ciertamente desmentida por los avances recientes en la interpretación y en la regulación del conflicto.

3. EL CONTENIDO Y EL ALCANCE DEL INTERÉS COLECTIVO EN EL CONFLICTO

El interés colectivo es el fundamento de las reconstrucciones teóricas sobre el derecho de huelga y es el espejo del grado de conciencia colectiva de una sociedad determinada. Pues la acción colectiva organizada por una pluralidad de trabajadores persigue unos intereses superindividuales, definidos por el mismo colectivo, que superan la simple suma aritmética de las abstenciones individuales para construir un interés común indivisible, funcionalmente orientado a la acción colectiva¹³. Además, en el plano de la relación individual de trabajo, el

10 BAYLOS GRAU, A., *Sindicalismo y derecho sindical*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 7 ss.

11 SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O., *La huelga ante el derecho. Conflictos, valores y normas*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 170-171 ss.; VALDÉS DAL-RE, F., *Límites al derecho de huelga: apuntes críticos*, en *El derecho del trabajo en España* De La Villa Gil L.E., Sagardoy Bengoechea J.A. (a cura de) IES, Madrid, pp. 607-697.

12 A un “Derecho sexuado en femenino y en masculino” hace referencia MORA CABELLO DE ALBA, L., *Un derecho del deseo, un derecho sexuado*, Icaria, Barcelona, 2015.

13 SANTORO PASSARELLI, F., *Autonomia collettiva*, en *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 374. DELL'OLIO, M., *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, en *L'organizzazione e l'azione sindacale*, DELL'OLIO, M.,

interés colectivo hacia el cual está encauzada la abstención individual excluye el incumplimiento del contrato laboral¹⁴.

A lo largo del tiempo el interés colectivo se ha revelado el oráculo del cambio de sensibilidad de la sociedad.

De acuerdo con una primera reconstrucción, éste nace de la composición de los intereses individuales para satisfacer una necesidad común, fundamentalmente económica y de naturaleza privada¹⁵. El sindicato se posiciona entonces como un agente contractual que persigue la salvaguarda y la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores afiliados por medio del convenio colectivo; correlativamente, la huelga representa la medida de presión para lograr mejoras económicas contractuales¹⁶. Se trata del modelo elaborado por una parte de la doctrina italiana post-constitucionalista y utilizado por el legislador español de la transición en el RDLRT n. 17/1977¹⁷, en el cual el conflicto es un fenómeno anómalo y excepcional¹⁸.

En una segunda interpretación, más acorde con los preceptos constitucionales, el interés colectivo es el momento final del proceso de formación de la voluntad de una pluralidad organizada de trabajadores que definen y persiguen unos intereses económico-profesionales y sociopolíticos¹⁹. De tal forma es el eje vertebrador del sistema sindical y del ordenamiento intersindical²⁰, que en Italia se construye sobre los axiomas del derecho privado y como reacción frente a la inactuación de la segunda parte del artículo 39 de la Constitución.

Finalmente, en una perspectiva de plena realización del modelo constitucional, se afirma una reconstrucción aún más extensa del interés colectivo y correlativamente del sindicato y del conflicto. El primero se concibe como aquel interés al avance de reivindicaciones directamente relacionadas con la condición de inferioridad socio-económica de los trabajadores y con su participación democrática. Dentro de este modelo el sindicato actúa como sujeto político de clase

BRANCA, G. (a cura de), Cedam, Padua, 1980, p. 3 ss. ROMEI R., “Ripensare il diritto di sciopero?”, en *DLRI*, 2012, p. 331 - 337, aquí p. 335. En estos términos también C. Cost. 4.5.1960 n. 29.

14 Cass. 3.5.1984, n. 2696, en *RGL*, 1985, II, p. 530; Cass. 20.7.1984, n. 4260, en *NGL*, 1984, p. 431.

15 SANTORO PASSARELLI, F., *Autonomia collettiva*, cit., p. 369. Cfr. TARELLO, G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale: l'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milán, 1972, p. 30-31.

16 Véase a este respecto RUSCIANO, M., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Turín, 2003, p. 22. Cfr. GHERA, E., “L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale: da Francesco Santoro - Passarelli al pluralismo ordinamentale”, en *LD*, 2009, 3, p. 351 ss.

17 Analizan cómo el RDLRT responda al modelo de huelga contractual PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La regulación por ley del derecho de huelga”, en *Documentación laboral*, 1987, 23, p. 17; MARTÍN VALVERDE, A., *Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos*, en AA.VV., *El Derecho del trabajo ante el cambio político*, Publ. Universidad de Zaragoza, 1977, p. 76 ss.

18 DE LA VILLA GIL, L. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Introducción a la economía del trabajo*, Vol. II, Debate, Madrid, 1977-1982, p. 292.

19 TARELLO, G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* ..., cit., p. 85. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La regulación del derecho de huelga en España”, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2010, 2/3 p. 96.

20 GIUGNI, G., *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffré, Milán, 1960.

antagónico al capital, utilizando la huelga como instrumento para la consecución de la igualdad real, que plantea la remoción de todos aquellos obstáculos que *de facto* impiden la igualdad y la participación de los ciudadanos en la vida política, económica y social²¹.

Semejante conquista, confirmada por los pronunciamientos de la Corte Costituzionale italiana²², se debe a la maduración de las componentes colectivas dentro del tejido social y a la conciencia de un interés colectivo propio de las mujeres y de los hombres de la clase trabajadora. La huelga representa entonces el motor para plantear un cambio del modelo actual de sociedad y un elemento esencial de la vida democrática, colocándose más allá de la estricta dinámica contractual.

4. LAS APROXIMACIONES TEÓRICAS A LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

Una vez definido el enlace inescindible entre interés colectivo y huelga, es necesario aclarar dos cuestiones.

En primer lugar, cabe desentrañar cómo en ambos ordenamientos se concibe la relación entre las dimensiones individual y colectiva del derecho de huelga en términos de titularidad y de ejercicio del derecho, puesto que la huelga se desarrolla con la compresencia inestricable de ambos intereses²³.

Finalmente, se trata de deslumbrar cuál es el sujeto que define el interés colectivo y que organiza su defensa²⁴. En especial modo, cabe aclarar si esta colectividad de referencia tiene que identificarse con una organización sindical previa al conflicto, que contribuye al gobierno de las relaciones industriales, o si, sin embargo, puede plasmarse incluso en una agrupación ocasional que se forma contextualmente al conflicto.

A estas cuestiones procuran responder las diferentes reconstrucciones teóricas de la titularidad del derecho de huelga.

Cuanto al primer elemento, como se analizará detenidamente a lo largo del presente estudio, los paradigmas de la titularidad del derecho de huelga son fundamentalmente dos: la titularidad individual con ejercicio colectivo y la titularidad colectiva, en sus distintas versiones.

21 Para un análisis del papel de la huelga en el marco constitucional español DURÁN LÓPEZ, F., “La nueva regulación de la huelga y el cierre patronal”, en *RPS*, 1977, 15, pp. 47-82. Del mismo autor, *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clase*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976.

22 Sentencia de la Corte costituzionale italiana n. 290 del 27 de diciembre de 1974.

23 NOGLER, L., *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, en *Diritto del lavoro in trasformazione*, CORAZZA, L., ROMEI, R. (a cura de), Il Mulino, Bolonia, 2014, pp. 97-116.

24 MENGONI, L., *Lo sciopero nel diritto civile*, en AA.VV., *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milán, 1964, p. 40.

La primera tesis reconstruye la huelga como un derecho del trabajador individual, pero de realización colectiva. La segunda define la huelga como un derecho del sujeto colectivo²⁵: o bien del solo sindicato (en la fórmula del monopolio sindical), o bien de las agrupaciones ocasionales que se forman con ocasión del conflicto (según la fórmula italiana de la cd. titularidad “diffusa”)²⁶. A las anteriores se añade una tercera reconstrucción, la de la cotitularidad del derecho de huelga, que pretende matizar las distintas facultades individuales y colectivas del derecho atribuyendo la titularidad de las mismas respectivamente a los trabajadores y al sujeto colectivo²⁷.

5. LA TITULARIDAD COLECTIVA DEL DERECHO DE HUELGA

Todas las reconstrucciones que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo sobre la titularidad colectiva del derecho de huelga ponen de relieve el difícil equilibrio entre las vertientes individual y colectiva del derecho.

En efecto, se argumenta que resulta difícil configurar un interés individual autónomo del interés colectivo al conflicto²⁸, especialmente si se accede a la lectura constitucional de la huelga como fenómeno transformador de la sociedad. La contradicción reside por lo tanto en haber enlazado el conflicto a la igualdad real pero, a la vez, en haber sofocado la tensión colectiva con el pañuelo del individualismo, consagrando la opción de la titularidad individual dentro de un santuario inexpugnable²⁹.

Las distintas valoraciones de la titularidad colectiva reconectan entonces la legitimidad de la abstención individual del trabajo con la proclamación del conflicto: el grupo (el sindicato o también la agrupación espontánea) es el titular del derecho, mide el interés colectivo y lo persigue dentro del conflicto por medio de la convocatoria, legitimando así la abstención del trabajador individual, garantizada a nivel constitucional.

Dentro de estos grandes rasgos, las tesis de la titularidad sindical manifiestan sus diferentes matices, de forma acorde con la opción dogmática privilegiada y con el contexto jurídico y socio-económico dentro del cual se desarrollan.

25 VENEZIANI, B., *Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale italiano e comparato*, Cacucci, Bari, 1992. Para un *excursus* de las reconstrucciones italianas sobre la titularidad del derecho, GAETA, L., “Le teorie dello sciopero nella dottrina italiana. Una guida alla lettura”, en *RTFPC*, 1990, p. 139; SANTUCCI, R., “Titolarità del diritto di sciopero e rappresentanza sindacale: prime riflessioni su alcuni percorsi dottrinali”, en *QC*, 1990, 2, p. 263; BELLOCCHI, P., “La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti”, en *LD*, 1994, 1, p. 163 ss.

26 CARINCI, F., “Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all’assalto della titolarità individuale”, en *Giorn. dir.lav.rel.ind.*, 2009, 123, p. 428.

27 PALOMEQUE, M. C., *Derecho sindical español*, Tecnos, Madrid, 1986. NOGLER L., *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, cit., pp. 97-116.

28 RUSCIANO, M., *Lo sciopero nei servizi essenziali*, en AA.VV. AIDLASS, *Lo sciopero: disciplina convenzionale*, cit., pp. 27-28.

29 En estos términos, ROMAGNOLI, U. y VARDARO, G., *Intervento*, en AA.VV. AIDLASS, *Lo sciopero: disciplina convenzionale...*, cit., pp. 283 y 221.

5.1. LAS RECONSTRUCCIONES DE LA DOCTRINA ITALIANA DE LOS AÑOS '50

Las primeras tesis de la doctrina italiana post - constitucionalista de los años '50 sobre la titularidad sindical nacen bajo la influencia del debate interno al ordenamiento italiano referente a la actuación (siempre abortada) de la segunda parte del artículo 39 de la Constitución, que prevé la registración de los sindicatos con personalidad jurídica habilitados a firmar, por medio de una delegación unitaria, los convenios colectivos con eficacia *erga omnes*. De acuerdo con la tesis mencionada, el interés colectivo es el interés público orientado a la satisfacción final de las necesidades de los trabajadores dentro del contrato³⁰, perseguido por el sindicato reconocido en el ejercicio de su función normativa³¹. Además, el sindicato es el sujeto capacitado para valorar el interés colectivo y utiliza el conflicto como instrumento de presión para lograr una modificación sustancial de las condiciones contractuales³².

Dentro de la presente reconstrucción se distinguen además dos aproximaciones distintas.

Una primera aproximación deconstruye la huelga como sucesión de dos momentos complementarios: la convocatoria del conflicto, por medio de la cual el sujeto colectivo expresa la voluntad colectiva de ejercer el derecho fundamental, y la consiguiente abstención individual del trabajador, legitimada por la decisión colectiva³³.

Una segunda interpretación supera la dicotomía entre la acción individual y colectiva y reconstruye la huelga como derecho del sindicato, ejercido por un lado por el mismo sujeto sindical (convocatoria, realización y renuncia) y, por la parte ejecutiva, consistente en la mera abstención del trabajo, por los trabajadores individuales afiliados. En ambos casos la proclamación es para los trabajadores individuales la *condictio juris* necesaria para la adhesión del individuo a la abstención colectiva y la exclusión del incumplimiento contractual³⁴.

A pesar de su anacronismo, estas primeras tesis muestran sin embargo el pregio de reconocer el papel constitucional del sujeto colectivo, orientado a la mejora de las condiciones del conjunto de los trabajadores, y la relevancia del interés colectivo frente al interés individual. De tal forma, contribuyen a sentar las bases para la superación de la reconstrucción liberal e individualista, que desde la óptica contractual proponía una lectura del conflicto limitada a una suma amorfa de abstenciones individuales.

30 Una descripción completa en TARELLO, G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale ...*, cit., p. 40.

31 MORTATI, C., *Il lavoro nella Costituzione*, en *DL*, 1954, I, p. 149.

32 SANTORO PASSARELLI, F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padua, 1950, IV, p. 439 ss.

33 CALAMANDREI, P., *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, en *RGL*, I, 1952, p. 221.

34 Interpretación confirmada por la jurisprudencia de legitimidad italiana. Cass. 3.5.1984, n. 2696, *RGL*, 1985, II, pág. 530; Cass. 20.7.1984, n. 4260, *NGL*, 1984, pág. 431.

5.2. EL DEBATE INTERNO A LA DOCTRINA ITALIANA DE LOS AÑOS '80

La cuestión de la titularidad del derecho de huelga vuelve a aparecer en el debate laboralista italiano en la segunda mitad de los años '80 y es objeto de otra revisión crítica precisamente a partir de la regulación de la huelga en los servicios públicos, por dos razones.

Las experiencias de autorregulación del conflicto en los servicios considerados esenciales para la comunidad y la inclusión de las cláusulas de paz en los convenios colectivos plantean el problema irresuelto de la estabilidad del sistema de relaciones industriales y de la compatibilidad con la titularidad individual de una regulación dictada a nivel colectivo³⁵.

Además, con la terciarización de la sociedad, el conflicto asume características cada vez más complejas, puesto que las abstenciones colectivas, realizadas en los sectores neurálgicos de la sociedad, principalmente en los servicios, afectan los intereses de los usuarios y de los sujetos terceros extraños al conflicto³⁶.

Se observa como la titularidad individual, que hasta aquel momento se había considerado la “garantía jurídica del pluralismo sindical ilimitadamente electivo”³⁷, se convierte en instrumento de tiranía para las agrupaciones ocasionales de trabajadores, que con sus reivindicaciones corporativistas huyen de la lógica general y solidaria del sindicalismo confederal, desestabilizando el sistema sindical³⁸. A la titularidad individual se atribuye, pues, la responsabilidad de contribuir a deslegitimar los sindicatos confederales y de obstaculizar la institucionalización de las reglas del conflicto dentro del ordenamiento sindical³⁹.

Consecuentemente, se abre una nueva fase de debate, que en Italia tiene un interesante momento de confrontación en el Congreso nacional AIDLASS de 1988⁴⁰. En ese contexto se ponen de relieve las contradicciones de la titularidad

35 Analiza las experiencias italianas de autorregulación del conflicto DI CERBO, F., *L'autoregolamentazione dello sciopero*, Giuffrè, Milán, 1980.

36 La conflictividad espontánea emerge en toda su evidencia con la progresiva pérdida de representación del sindicalismo confederal: FONTANA, G., *Profili della rappresentanza sindacale*, Giappichelli, Turín, 2004, p. 3 ss.; RUSCIANO, M., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, cit., p. 149; CARUSO, B., *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli, Milán, 1992, p. 124. Cfr. SCIARRA, S., “Il “conflitto fra gruppi” nei servizi pubblici essenziali”, en *LD*, 1988, 4, p. 668.

37 Expresión utilizada por ZOPPOLI, A., *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Nápoles, 2006.

38 CARINCI, F., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, en *RGL*, 1990, 41, p. 460.

39 ROMAGNOLI, U., “Sulla titolarità del diritto di sciopero”, en *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1988, p. 573 y ss., aquí p. 583.

40 Sobre este punto, se reenvia a AA.VV., AIDLASS, *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, *Atti del IX congresso nazionale di diritto del lavoro, Fiuggi 8-9-10 aprile 1988*, Giuffrè, Milán, 1989.

individual y se plantea la recuperación del paradigma de la titularidad colectiva como solución a las pulsiones corporativistas⁴¹.

Se argumenta que la titularidad individual se construye sobre un oxímoron: el trabajador no puede ser a la vez el titular de una situación jurídica que no puede realizar por si mismo. Pues, la dimensión individual no llega a configurar por si sola el comportamiento material de la huelga⁴².

Se destaca además una segunda gran contradicción de la tesis en objeto: nacida para asegurar la libertad sindical en su máxima plenitud, termina por crear un *vulnus* dentro de la misma democracia sindical, puesto que transforma la huelga en un instrumento de prevaricación de pequeñas agrupaciones con pulsiones corporativistas que rompen los vínculos de solidaridad.

El paradigma de la titularidad colectiva del derecho de huelga se plantea entonces como solución para la gestión ordenada del conflicto dentro de la lógica sindical confederal⁴³.

En este marco viene finalmente aprobada la *Legge n. 146/1990*, que disciplina las fuentes de regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales y que abre un nuevo espacio de debate para la construcción dogmática de la titularidad del derecho.

5.3. LAS APROXIMACIONES A LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA A RAÍZ DE LA LEY ITALIANA N. 146/1990

La L. 146 del 12 de junio de 1990 sobre la regulación de la huelga en los servicios esenciales otorga a los sujetos colectivos el gobierno del conflicto en la definición de las prestaciones esenciales con el objetivo de encontrar un punto de equilibrio entre el derecho de huelga y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La elevada conflictividad de algunos sectores, como el transporte, con formas especialmente duras de conflicto para los usuarios, se traduce en una intervención específica del legislador, conocida como “*Patto dei Trasporti*”, que viene luego aplicada de forma general por la L. n. 83 del 11 de abril de 2000⁴⁴.

En ese contexto, a lado de la tesis prevalente de la titularidad individual⁴⁵, se reafirma en Italia la titularidad colectiva del derecho, que encontraría una

41 RUSCIANO, M., *Lo sciopero nei servizi essenziali*, en AIDLASS, *Lo sciopero ...*, cit., pp. 26 – 27.

42 Cfr. con la postura de PERA, G., *Sulla inesistente questione della titolarità del diritto di sciopero*, en *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1991, pp. 681-693.

43 ROMAGNOLI, U., *Intervento*, en AIDLASS *Lo sciopero ...*, cit., p. 282. CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E CONTROLLO DEL CONFLITTO, en AIDLASS *Lo sciopero ...*, cit., p. 71 ss., que argumenta que la titularidad individual del derecho de huelga estaría erradicada en la Constitución material.

44 TREU, T., “Elementi per un bilancio della L. n. 146/1990”, en *RIDL*, 1992, I, p. 302, qui p. 316.

45 PASCUCCI, P., *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, Turín, 1999.

confirmación en las prescripciones legales: la proclamación del conflicto y las sanciones en caso de huelga ilegítima⁴⁶.

Cuanto al primer punto, se argumenta que las obligaciones procedimentales de los sujetos convocantes (la convocatoria, la indicación específica de las razones del conflicto y de sus características) integrarían una condición de legitimidad para la abstención del trabajador individual. Pues, de acuerdo con esta interpretación, para garantizar los intereses superiores de los usuarios, los huelguistas tendrían no ya el derecho, sino la simple libertad de abstenerse del trabajo, una vez proclamado el conflicto. De tal forma, la huelga en los servicios esenciales se configuraría como un derecho con titularidad y ejercicio colectivos⁴⁷.

En orden al segundo elemento, se deduce que el apartado de la ley dedicado a las sanciones colectivas en caso de huelga ilegítima confirmaría la titularidad colectiva, porque aplicaría a los sujetos colectivos responsables del conflicto las sanciones administrativas correspondientes⁴⁸.

A partir de esta referencia normativa se ha desarrollado aquel filón interpretativo que reconoce la titularidad del derecho no solamente a los sindicatos, sino también a las agrupaciones espontáneas de trabajadores, de forma acorde con la expresión constitucional de “organización sindical”. Se argumenta que, si la huelga es el derecho de presionar a la contraparte contractual mediante una pluralidad de abstenciones para perseguir un concreto interés que viene individuado por la misma colectividad, cada agrupación de trabajadores, aunque sea espontánea o temporal, puede interpretar este interés y constituir una propia organización en el pleno ejercicio de la libertad sindical⁴⁹.

Esta interpretación, sin embargo, no ha resultado exenta de críticas, fundamentalmente porque dejaría irresuelto el problema de arginar el conflicto espontáneo y la desestructuración de la regulación sindical del conflicto⁵⁰.

46 RUSCIANO, M., “L’iter formativo della legge 83 del 2000”, en *DLRI*, 2002, p. 167, aquí, p. 173; PINO G., *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 129-174.

47 RUSCIANO, M., “L’iter formativo della legge 83 del 2000”, cit., p. 173; VARDARO, G., *Intervento* en AA.VV. AIDLASS, *Lo sciopero: disciplina convenzionale...*, cit., p. 222.

48 Sobre el aspecto de las sanciones a las agrupaciones ocasionales, como además trazado por la Commissione di Garanzia, PASCUCCI, P., “Le sanzioni della l. n. 146/1990 e le astensioni collettive delle coalizioni spontanee”, en *Newsletter Cgs*, 2008, 1 - 2, p. 5 ss.; ZOPPOLI, A., “Lo sciopero “spontaneo”: l’enigmatico percorso della Commissione di Garanzia”, en *DLM*, 2008, 3, p. 653 ss.

49 Como además confirmarían las deliberaciones de la Commissione di Garanzia (véase, especialmente, la del. 04/74, donde la Commissione considera componentes del comitato espontáneo los participantes de la huelga). Un análisis en ZOPPOLI, A., *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, cit., p. 145; del mismo autor, *Un giurista del lavoro al passo coi tempi*, en AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, Turín, 2013, p. 375 ss. PINO, G., *Conflitto e autonomia collettiva: contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, Giappichelli, Turín, 2005.

50 TOSI, P., *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, en AA.VV. AIDLASS, *Lo sciopero: disciplina convenzionale...*, cit., pp. 71 ss. MARIUCCI, L., “Il conflitto collettivo nell’ordinamento giuridico italiano”, en *DLRI*, 1989, p. 1 ss. 1989, 18; ROMEI, R., “Ripensare il diritto di sciopero?”, en *DLRI*, 2012, p. 331 ss. ORLANDINI, G., *Qualche contro-argomento alla tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero*, en LOFFREDO, A. (a cura de), cit., p. 117 ss. NOGLER, L., *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, cit., p. 100.

6. LA TESIS DE LA TITULARIDAD INDIVIDUAL DEL DERECHO DE HUELGA

La tesis de la titularidad individual, común a las culturas jurídicas italiana y española, se propone como la base teórica del pluralismo sindical⁵¹. Ahonda sus raíces en las doctrinas individualistas de derecho privado, que hacen hincapié en la autodeterminación y en la libertad del trabajador individual de adherir o menos a la huelga convocada, y ha sido objeto de distintas reconstrucciones.

El punto común es la identificación del trabajador individual como el solo titular del derecho de huelga, en términos de derecho absoluto de la persona, y la participación del sujeto colectivo por medio del consenso de los trabajadores individuales sobre la abstención del trabajo⁵².

En este sentido se han pronunciado las doctrinas del Tribunal constitucional de ambos países. En concreto, el Tribunal Constitucional español ha aclarado que la titularidad del derecho pertenece a los trabajadores, los cuales individualmente ejercen el derecho de unirse a las huelgas convocadas, y que sus facultades de ejercicio (la convocatoria, la decisión sobre las reivindicaciones planteadas, la publicidad o la proyección externa, la negociación y finalmente la decisión de poner fin a la huelga) pertenecen tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales, como acción colectiva y concertada⁵³.

Por lo tanto, la convocatoria, a la cual parte de la doctrina reconoce una función de simple propaganda del conflicto⁵⁴, sancionaría el acuerdo colectivo sobre la abstención de los trabajadores individuales, consagrando la presencia del sujeto colectivo por medio de un consenso individual. La abstención individual, sin embargo, constituiría el acto material dentro del cual toma forma la huelga, configurándose como comportamiento orientado a la autotutela de un interés colectivo indivisible, que une a todos los trabajadores que recurren a la lucha como instrumento de presión⁵⁵.

Es especialmente el sector terciario el campo más conflictivo y donde más se ha puesto en discusión la validez de la tesis de la titularidad individual, con la acción de pequeños grupos de trabajadores capaz de paralizar un entero servicio público.

Sin embargo, como argumentan los sostenedores de la titularidad individual, la fragmentación del conflicto no puede resolverse sólo con el planteamiento de la

51 Brillante definición de D'ANTONA, M., *"Chi rappresenta chi". I debiti della decima legislatura*, en *LD*, 1992, 3, p. 541.

52 SCIARRA, S., *Intervento*, en AA.VV. AIDLASS, *Lo sciopero: disciplina convenzionale* .., cit., p. 242.

53 STC 259/2007, de 19 de diciembre.

54 MENGONI, L., *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, en AA.VV., *Sciopero e serrata nei paesi della CECA*, Giuffré, Milán, 1961, p. 247 ss.

55 Argumenta a favor de la tesis de la titularidad individual BAYLOS, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, cit., p. 171.

titularidad colectiva del derecho. A este respecto argumentan que el paradigma de la titularidad tiene que mantenerse desvinculado de la representatividad y de la democracia sindical. Según estas posturas, entonces, la L. n. 146/1990 no determinaría un cambio en el paradigma de la titularidad del derecho elegida por el ordenamiento jurídico, sino que incidiría más bien en la proceduralización de su ejercicio, introduciendo una serie de obligaciones para los sujetos colectivos: la obligación legal de comunicar por escrito, dentro del plazo de preaviso (que no puede ser inferior a los diez días), la duración, las modalidades de realización de la abstención del trabajo y sus motivaciones y las obligaciones convencionales que las partes se dan dentro del convenio colectivo.

Todas las interpretaciones hacen hincapié además en que el conflicto y su gestión no constituyen una dote intocable de los sindicatos confederales, pudiendo nacer de la insatisfacción de amplias categorías de trabajadores incluso fuera de él y, aún así, expresar igualmente su voluntad de emancipación⁵⁶.

7. LAS CRÍTICAS A LOS PARADIGMAS TRADICIONALES DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

Las críticas avanzadas a la tesis de la titularidad individual, que sigue siendo aquélla prevalente, son múltiples y tienen un peso considerable.

La titularidad individual con ejercicio colectivo revela en efecto todas sus contradicciones, puesto que crea una insanable fractura entre el sujeto al cual el derecho pertenece y aquél que lo ejerce: la escisión entre titularidad y ejercicio es priva de coherencia lógica⁵⁷, puesto que la titularidad es la posibilidad para el titular de valorar la existencia de su interés y, en caso positivo, de perseguirlo. El interés a fundamento de la huelga es un interés colectivo y, por lo tanto, el sujeto colectivo, que es el único capaz de medirlo, realizarlo y delimitar su ejercicio, no puede no ser el titular.

La reconstrucción individualista, que nace en defensa de la libertad sindical⁵⁸, además, desvalúa el momento de la organización del conflicto para centrarse en la componente individual: de tal forma eclipsa el significado constitucional de la huelga como instrumento de realización de la igualdad real y de participación del colectivo de trabajadores en la vida política, económica y social.

La titularidad colectiva, en contra, permite definir con claridad los sujetos admitidos a la actividad negocial y al conflicto y controlar la “balcanización de las relaciones industriales”⁵⁹, poniendo orden entre las organizaciones sindicales y

56 SCIARRA, S., *Intervento*, cit., p. 244.

57 GAROFALO, M.G., *Sulla titolarità*, cit., p. 574. RUSCIANO, M., *Lo sciopero nei servizi essenziali*, en DLRI, 1988, pp. 410 - 411.

58 ROMAGNOLI, U., “Sulla titolarità del diritto di sciopero”, cit., p. 573 ss.

59 D'ANTONA, M., “La Commissione di Garanzia come arbitro (sciopero e contrattazione collettiva nei servizi pubblici essenziali)”, cit., p. 63.

reduciendo la fragmentación del conflicto, sobre todo en el sector terciarizado⁶⁰. En efecto, el fortalecimiento del sindicalismo oficial puede favorecer el control de la fragmentación del conflicto promovida por las agrupaciones corporativas, que se organizan como sindicatos de base o como agrupaciones espontáneas y que actúan como *free riders*, puesto que no intervienen en la negociación colectiva para regular el conflicto pero recurren a ello para reivindicar intereses corporativos, utilizando medidas de lucha “salvaje” que a menudo no aseguran el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁶¹.

Sin embargo, limitar el derecho de huelga a las solas organizaciones sindicales confederadas encuentra una serie de obstáculos de alcance constitucional: tanto la Constitución italiana, en sus artículos 39 y 40, como la Constitución española, en su artículo 28⁶², rechazan las reconstrucciones orgánicas de la libertad sindical y del derecho de huelga⁶³. Pues, el trabajador individual, a pesar de su afiliación sindical, tiene el derecho de ejercer su libertad sindical y abstenerse del trabajo, junto con otros trabajadores, de forma desvinculada a la decisión del sindicato de afiliación.

Además, sin los instrumentos adecuados de verificación del consenso entre el sindicato y su base, la titularidad colectiva podría crear una estructura verticística⁶⁴ y afirmar una representación estática de los intereses del mundo sindical, que sin embargo se caracteriza por su dinamicidad y por su interacción con la evolución de la estructura social.

Finalmente, la titularidad colectiva no asegura que para la regulación del conflicto se seleccionen aquellas organizaciones sindicales que son sujetos reales de la dinámica conflictiva, puesto que requiere una regulación de la representatividad sindical. Pues, la excesiva rigidez del elemento de la organización podría alterar la percepción de los sujetos efectivamente representativos, negando paradójicamente el acceso a aquéllos que son eficientes sujetos del conflicto y sin embargo admitiendo aquellas organizaciones escasamente representativas pero dotadas de una gran estructura organizativa.

El control del conflicto requiere por lo tanto una regulación que aclare los criterios por medio de los cuales medir la representatividad de las organizaciones sindicales y seleccionar los sindicatos admitidos a la negociación de los servicios mínimos en el complejo sector de los servicios públicos esenciales.

60 GAROFALO, M.G., *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, cit., p. 573 ss. Cfr. PERA G., *Il diritto di sciopero*, cit., p. 449.

61 GAROFALO, M.G., *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, cit., p. 573 ss.

62 SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., *Los medios de protección de la libertad sindical*, Bomarzo, Albacete, 2006.

63 En la doctrina española, contrarios a la titularidad sindical BAYLOS, A., CASTELLI, N., *National Report: Spain*, en *The right to strike in the EU. The complexity of the norms and safeguarding efficacy*, La Macchia C. (a cura de), Ediesse, Roma, 2011, pp. 203 - 218.

64 Sobre la opción de un referéndum entre los trabajadores afiliados al sindicato, TOSI, P., “Contrattazione collettiva e controllo del conflitto”, en *Gior.dir.lav.rel.ind.*, 1988, 39, p. 489.

8. LA TESIS DE LA COTITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

La construcción teórica que parece más coherente a la hora de definir la titularidad del derecho es aquélla que, analizando el contenido del derecho, pone en relación el titular con sus facultades: quien es titular de una facultad es aquél que, al mismo tiempo, la ejerce y puede disponer de ella.

Puesto que el contenido esencial del derecho de huelga se articula en distintas facultades que se re conducen, como Jano bifronte, a dos planos distintos, él colectivo y él individual, la huelga puede bien reconstruirse como un derecho de titularidad diferenciada, que pertenece al mismo tiempo al sujeto colectivo y al trabajador individual⁶⁵.

De acuerdo con esta interpretación, el contenido colectivo del derecho pertenece a la realización de la huelga como fenómeno colectivo e incluye la convocatoria, la decisión de realización y finalmente su eventual revocación. La titularidad de estas facultades se reconduce a los sujetos colectivos: tanto a los representantes de los trabajadores, como a los trabajadores de la unidad productiva afectada por el conflicto, o sea las coaliciones espontáneas.

El contenido individual del derecho, sin embargo, se refiere a la conducta del trabajador individual frente a una huelga ya convocada y se compone del derecho del trabajador de adherir o menos al conflicto, de participar a las acciones de lucha y de poner fin a su participación.

La reconstrucción planteada aparece coherente con la naturaleza y con el contenido del derecho de huelga.

En efecto, supera la principal objeción a la tesis de la titularidad individual, por la cual la titularidad del derecho es la disponibilidad de su ejercicio, puesto que atribuye a cada titular las facultades que en concreto puede ejercer y aquéllas de las cuales puede disponer.

Al mismo tiempo, valoriza el elemento colectivo y su significado constitucional, puesto que entre los titulares del derecho incluye también a las agrupaciones espontáneas: de tal forma supera las críticas a la tesis de la titularidad colectiva, que limita la libertad sindical frente al rechazo de la concepción orgánica.

Sin embargo, incluso adheriendo a la tesis sobre la cotitularidad del derecho de huelga, que es más coherente porque no produce la escisión entre el titular y el ejercicio del derecho, es un nudo ineludible la búsqueda de soluciones a la cuestión de la representatividad sindical.

65 PALOMEQUE, M. C., *Derecho sindical español*, cit., p. 160. NOGLER, L., *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, cit., pp. 97-116. Conclusiones parecidas expresa también ROMEI, R., *Esiste davvero la titolarità del diritto di sciopero?*, en AA.VV., *La titolarità del diritto di sciopero*, Loffredo A. (a cura di), Cacucci, Bari, 2008, p. 39 ss. Para una crítica al desdoblamiento de la titularidad del derecho colectivo en los dos momentos de la convocatoria y del derecho individual de adhesión, MENGONI, L., *Lo sciopero nel diritto civile*, cit., p. 27; GIUGNI, G., *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1986, p. 218; SCOGNAMIGLIO, R., *Diritto del lavoro*, Jovene, Nápoles, 1992, p. 339.

9. LA RELACIÓN ENTRE TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA Y SU REGULACIÓN

El estudio de los distintos paradigmas de la titularidad del derecho de huelga abre una reflexión sobre la relación entre titularidad y regulación del conflicto y una verificación sobre el sujeto que determina las reglas de ejercicio del derecho y sus modalidades de realización.

Las soluciones adoptadas por los dos ordenamientos permiten valorar la coherencia de la opción regulativa con el marco constitucional. A este respecto, a pesar de que, como señala el Tribunal Constitucional español⁶⁶, las Constituciones puedan en abstracto estar abiertas a opciones políticas distintas y ser compatibles con diferentes modelos legales, no puede sin embargo desconocerse que éstas han acordado a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga el máximo grado de reconocimiento como derechos fundamentales, dejando señas de una clara y rígida jerarquía de valores dentro del Estado Social y democrático de derecho⁶⁷.

El espacio reconocido a la autonomía colectiva por ambos ordenamientos constituye entonces el papel tornasol para medir el grado de democracia alcanzado por un ordenamiento en el gobierno de las relaciones industriales y se pone en estricta relación con la consideración del fenómeno colectivo y con las reconstrucciones sobre su titularidad. En efecto, la autorregulación y la regulación autónoma del conflicto representan dos manifestaciones de la libertad sindical y reflejan un doble perfil: uno de inmunidad de cara a intervenciones externas y otro de promoción de una regulación proveniente por el mismo sujeto colectivo.

Precisamente con la autorregulación el sujeto colectivo, que es el titular del interés colectivo, predispone por vía unilateral los instrumentos de gobierno del conflicto, se da sus propias normas y se compromete a respetarlas, asumiendo el compromiso de regular unilateralmente el ejercicio de la huelga, que es su principal instrumento de reivindicación, en sus facultades colectivas - fijando por ejemplo los plazos para su convocatoria - e individuales, determinando las prestaciones mínimas que los trabajadores tienen que garantizar. La asunción de esta responsabilidad, perfectamente compatible con el paradigma de la cotitularidad del derecho, permite alcanzar un "pacto de civilización" entre los sindicatos y los ciudadanos usuarios y responde a la necesidad de construir formas de regulación que sean expresión de la solidaridad social⁶⁸.

Con la negociación colectiva, sin embargo, las dos partes del conflicto -los representantes de los empresarios y los de los trabajadores- negocian las condiciones

66 STC 11/1981, de 8 de abril.

67 FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Vitale E. (a cura de), Laterza, Roma - Bari, 2001, pp. 5 40.

68 RUSCIANO, M., *Lo sciopero nei servizi essenziali*, en *DLRI*, 1988, p. 389 ss., aquí p. 398.

de ejercicio del derecho: predisponen concordemente las cláusulas de paz, los procedimientos de conciliación y las normas sobre la convocatoria de la huelga o el preaviso⁶⁹.

Ahondando en las praxis desarrolladas en los dos países objeto del análisis comparado, emerge que se han ido experimentando prácticas de autorregulación sindical, principalmente en el heterogéneo sector de los servicios públicos esenciales, donde la naturaleza de los intereses involucrados impone la búsqueda de instrumentos de regulación del conflicto como respuesta a la creciente conflictividad social⁷⁰.

En Italia se ha afirmado inicialmente la autorregulación unilateral y espontánea, de exclusiva proveniencia del sujeto colectivo, y seguidamente la autorregulación mixta, que ha tenido el respaldo de la ley, en un entramado de hétero y de autorregulación⁷¹. Esta praxis se ha superado definitivamente con la entrada en vigor de la Ley n. 146/1990⁷², que reconoce el acuerdo colectivo como la fuente principal de regulación de la huelga en los servicios esenciales⁷³.

En el sistema español, sin embargo, las experiencias de autorregulación siguen afirmándose como un instrumento fundamental por medio del cual los sindicatos influyen sobre la determinación de los servicios mínimos que la autoridad de gobierno impone por vía unilateral y para modificar *de facto* el marco legal al cual la autonomía colectiva es extraña. De tal forma, y por medio de la lucha sindical, los sindicatos españoles han conseguido intervenir en la regulación del conflicto y de facto modificar el marco legal, a pesar de los poderes de intervención que sigue manteniendo la autoridad pública⁷⁴.

En el conflicto los intereses se expresan principalmente dentro de la dinámica sindical confederal, pero no exclusivamente, especialmente en una fase de crisis

69 Sobre este aspecto, CORAZZA, L., *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Franco Angeli, Milán, 2012.

70 CARINCI, F., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, en RGL, 1990, p. 457 ss.

71 Sobre la evolución de la autorregulación en Italia, en sus diferentes formas, se reenvía a la monografía de DI CERBO, F., *L'autoregolamentazione dello sciopero*, cit., respectivamente a las páginas 116-119; 132-135 y 112. Cfr. CARINCI, F., *Autoregolamentazione del diritto di sciopero*, cit., p. 23; TREU, T., *Introduzione*, en ARRIGO, G., CREA, E., PANDOLFO, A., TREU, T., *Sciopero? Sí, no, come. Sindacato e autoregolamentazione*, EL, Roma, 1981, p. 13 ss.

72 MARIUCCI, L., *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali: problemi chiusi e aperti*, en LD, 1990, 4, p. 533, aquí p. 536. TREU, T., *Le prestazioni indispensabili (artt. 2, 3, 19)*, en AA.VV., *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla L. 12 giugno 1990, n. 146*, Cedam, Padua, 1991, p. 11.

73 SANTORO PASSARELLI, G., *Art. 2, en AA.VV. Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, RUSCIANO, M., SANTORO PASSARELLI, G. (a cura de), Giuffrè, Milán, 1991, p. 24. En este sentido también RICCI, M., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali tra vecchi e nuovi limiti*, en AA.VV., *Sciopero e servizi pubblici essenziali. Commento alla legge n. 146/1990, modificata e integrata alla legge n. 83/2000*, Ricci M. (a cura de), Giappichelli, Turín, 2001, p. 5.

74 Sobre el punto se reenvía integralmente a las consideraciones expresadas en BIRGILLITO, M., "Una mirada comparada sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales y sus sujetos reguladores: Italia y España", cit., pp. 203- 230, especialmente pp. 222 - 228.

de la representatividad del sindicato que ha impulsado la apertura de espacios de reflexión y debate con respecto a la representación de su base⁷⁵. Para que la regulación sea eficaz, entonces, la dinámica del conflicto y de su control tiene que pasar por una operación política de mediación de todas las instancias interesadas e involucrar dentro de la regulación también a aquellas voces de disenso, que permanecerán tanto más agresivas cuanto más se quedarán al margen de la definición de las reglas del conflicto⁷⁶.

A este respecto, para que una agrupación sea verdaderamente representativa y un sujeto de regulación del conflicto eficiente, es necesario que traiga su fuerza del consenso y de la apertura de espacios de debate y de confrontación. Sólo en una acepción dinámica del conflicto, que está abierto a la formación de nuevos sujetos colectivos a partir del mismo y que se esfuerza para lograr la unidad de acción, puede realizarse una regeneración de la conciencia colectiva y darse nueva linfa al sistema democrático de relaciones industriales.

75 En este marco se insertan las recientes iniciativas de debate interno al sindicato español CC.OO. y la redacción del documento unitario “Repensar el sindicato”, de Mayo de 2016, disponible en www.pv.ccoo.es. El cuestionamiento de la posición sindical frente a la actual crisis económica ha abierto también intensos debates internos a la CGIL italiana y de contestación frente a las decisiones de la dirigencia sindical, con la constitución del movimiento “La CGIL che vogliamo”, luego disuelto el 17 de Junio de 2013. La moción presentada dentro del Congreso de la CGIL es disponible en <http://old.cgil.it/Archivio/EVENTI/sintesi%20mozione%202.pdf>

76 GAROFALO, M.G., *Intervento*, en AA.VV. AIDLASS, *Lo sciopero: disciplina convenzionale...*, cit., p. 237.

FORMAS MODERNAS DE TRABALHO FORÇADO. REFLEXÕES A PROPÓSITO DA LEI PORTUGUESA 23/2016

Carlos Manuel da Fonseca Graça

Jurista. Inspetor do Trabalho.

Longe vai o tempo em que as empresas integravam no seu seio todas as valências do processo produtivo, no âmbito da atividade a que se dedicavam. Nos últimos trinta a quarenta anos, fomos assistindo de forma progressiva ao desmembramento da estrutura empresarial tradicional, para passarmos a ter empresas que pouco mais englobam no seu seio do que os órgãos de gestão e o chamado pessoal de enquadramento. Tudo o resto foi jogado para fora. Quando se necessita vai-se ao mercado contratar empresas especializadas, que prestam os serviços necessários aos contratantes.

Para a maioria dos defensores deste sistema de *outsourcing*, trata-se de uma ferramenta eficaz de gestão, flexibilidade e otimização de recursos e de todo o processo produtivo, que para além de permitir ganhos de eficiência, permite também a incorporação de tecnologia por parte das empresas prestadoras de serviços, que de outra forma obrigaria a investimentos significativos por parte dos contratantes sem que pudesse rentabilizar cabalmente esses investimentos.

Estas redes de *outsourcing* não se ficaram tão só pelas prestações de serviços, estenderam também o seu leque de atuação à própria mão-de-obra, permitindo às empresas contratantes o acesso a mão-de-obra, supostamente “especializada”, sempre que necessário, sem necessidade de engrossarem os seus quadros de pessoal.

Temos então o surgimento das empresas de trabalho temporário, que contratam trabalhadores não para si, mas para serem cedidos a terceiros, pelo tempo estritamente necessário. Como variante a estas e concorrentes desleais das mesmas, porque mais não são do que empresas de cedência de mão-de-obra encapotadas, temos as designadas prestadoras de serviços de mão-de-obra. Designação assumida na gíria interna mas ocultada para o exterior.

Todo este sistema tem levado a que, progressivamente, se fosse perdendo, ao nível da mão-de-obra, a escola que eram as próprias empresas. Por outro lado, ganhou-se precariedade nas relações laborais e a acentuação da exploração dos

trabalhadores, quando não se chega mesmo a situações de pura escravatura, uma “escravatura moderna”.

Com o agudizar da crise económica, do desemprego e da política de baixos salários, somou-se a tudo isto uma nova vaga de emigração em massa, predominantemente dos nossos melhores trabalhadores especializados e dos jovens quadros licenciados que, não conseguindo emprego em Portugal, tiveram que procurar outras paragens. Por esta via, na última década, Portugal já perdeu duas gerações de mão-de-obra altamente qualificada.

Como contrapartida passámos a ser, crescentemente, um porto de destino de fluxos de mão-de-obra barata. Numa primeira fase, oriundos dos países mais pobres da própria União Europeia (Roménia e Bulgária) a par dos Países do Leste Europeu (Ucrânia, Moldávia), evoluindo mais recentemente para trabalhadores vindos de Países Asiáticos (Tailandeses) e Indostânicos (Nepaleses, Paquistaneses, Indianos e Bangladeche).

Estes movimentos migratórios para Portugal, que acabam por ser essenciais para fazer face à crescente falta de mão-de-obra, é parcialmente resultante da partida nos nossos trabalhadores para outras paragens, principalmente no sector primário, em culturas de mão-de-obra intensiva em franca expansão, em toda a zona de influência do regadio do Alqueva e ao longo da Costa Vicentina. Por norma, estes trabalhadores são oriundos das regiões mais vulneráveis dos países referidos, onde as condições de vida, sendo bastante precárias, facilitam o seu recrutamento, tornando-os presa fácil para as redes de exploração e tráfico de mão-de-obra.

Estes fluxos migratórios são predominantemente incrementados e alimentados por autênticas redes mafiosas e de exploração de mão-de-obra, na maioria das vezes encapotadas pela criação de “*Empresas na hora*”. Tituladas por falsos empresários, por regra oriundos dos próprios países, estes mais não são do que simples trabalhadores forçados a aceitar ser empresários, a troco de mais alguns tostões e outras vezes nem isso, funcionando como meros testas-de-ferro. Por vezes, estes “testas-de-ferro” chegam a coabitar com os restantes trabalhadores, em contentores ou em barracões nas próprias explorações ou em garagens, casões, ex-espacos comerciais devolutos, etc., arrendados nas áreas urbanas, a nacionais sem escrúpulos, sem contratos de arrendamento, que obtêm provenientes aídados de ilicitude e contribuem, também estes, para alimentar o sistema e toda uma economia paralela que grassa em Portugal.

Estas empresas são simplesmente “empresas de oportunidade”, com sede social declarada de uma qualquer rua e número de polícia por onde os seus mentores passaram e que anotaram, destinadas a funcionarem tão só até serem intercepcionadas pelas autoridades, momento em que dão por cumprida a sua missão. Nesse momento, acabam por extinguir-se ou, pura e simplesmente, desaparecem da

circulação, para no dia seguinte ser formada uma outra empresa com outro trabalhador que passou a ser empresário, sob a égide da mesma rede.

Por detrás de toda esta cadeia estão os verdadeiros mafiosos que nunca dão a cara e aos quais mesmo as polícias de investigação criminal (porque é de crime que estamos a falar) têm muita dificuldade em chegar, e de reunir provas contundentes que permitam apresentá-los perante a justiça. É assim, também, porque muitas vezes os verdadeiros responsáveis nem sequer estão em Portugal, ou só vêm ao nosso país esporadicamente, ainda que tenham cá quem controle o negócio.

Durante o seu período de atividade, estas empresas exploram até ao limite os trabalhadores que recrutam nos próprios países de origem. Chegam a cobr-lhes à cabeça o equivalente de 10 a 15 mil euros para os trazerem para Portugal, sob promessas que nunca serão cumpridas. Não os declaram à Administração do Trabalho e da Segurança Social, o que significa que perante situações de acidentes de trabalho ficam completamente desprotegidos face à inexistência de seguro de acidentes de trabalho. Não são realizados exames de saúde, pondo muitas vezes em causa, para além da preservação da saúde e integridade física dos trabalhadores a própria saúde pública. Mantêm frequentemente os trabalhadores a viver em condições sub-humanas, faturam os serviços prestados aos contratantes e não pagam os correspondentes impostos, nomeadamente o IVA e as contribuições para a Segurança Social, entre muitas outras transgressões às regras mínimas de enquadramento laboral.

Mas os beneficiários de toda esta exploração de trabalhadores não se ficam por aqui. Não são poucas as vezes em que as empresas contratantes, maioritariamente portuguesas de capital estrangeiro, remuneram as pseudo-prestações de serviços por valores que nem cobrem os custos inerentes à mão-de-obra. Pseudo-prestações de serviços porque, na maioria das vezes, estamos perante verdadeiras cedências ilegais de mão-de-obra. Tratando-se de uma prática deplorável, em que todos lucram exceto os trabalhadores que são as vítimas de todo o sistema, ainda assim estes acabam também por alimentar este tipo de tráfico, pois que mesmo sendo explorados e mal tratados, quando não mesmo escravizados, acabam por conseguir proveitos do seu trabalho que nunca conseguiriam obter no seu país de origem.

Estamos a falar de países e regiões em que o diferencial entre o que ganham nas regiões de onde são oriundos, comparativamente com o nosso ordenado mínimo nacional, chega a atingir a proporção de um para dez. Embora acabando por nunca auferir o ordenado mínimo nacional, na maioria das vezes, ainda conseguem proveitos equivalentes a duas três vezes o que ganhariam no seu país de origem.

Todo este sistema tem igualmente vindo a ser alimentado, na última década, por uma progressiva liberalização da legislação laboral permissiva e por essa via

incrementadora deste estado de coisas, em nome da necessidade da flexibilização do mercado do trabalho, em prol da suposta modernização das empresas e da sua competitividade face às novas exigências dos mercados e de uma alegada necessidade de ganhos de competitividade internacional.

Como corolário desta tendência neoliberal de conferir um caráter absolutamente civilista à legislação laboral, como se as partes – empregadores e trabalhadores – estivessem ao mesmo nível “no prato da balança”, ignorando em absoluto a subordinação do trabalhador inerente ao próprio contrato de trabalho, desembocamos no Código de Trabalho de 2009, com todas as alterações que lhe foram sendo introduzidas até finais de 2015, acompanhada pelo completo esvaziamento da contratação coletiva que ocorreu em Portugal neste período.

Infelizmente o legislador, por regra, não consegue acompanhar os fenómenos de desregulação que surgem na sociedade. De facto, leva demasiado tempo a reagir, por vezes inclusive por motivações políticas, mas mesmo quando reage, o tempo que medeia até a concretização do processo legislativo faz com que, quando as alterações legislativas entram em vigor, muitas das vezes encontram-se já elas próprias desfasadas, porque entretanto esses mesmos fenómenos já evoluíram para patamares diferentes. Na realidade, este tipo de práticas de que vimos falando, evoluem continuamente, sendo-lhe progressivamente introduzidas novas variantes, tendentes a dificultar a atuação das autoridades. Inicialmente, os engajadores invariavelmente constituíam as empresas em Portugal, aproveitando-se das facilidades que entretanto haviam sido introduzidas no nosso sistema jurídico (nomeadamente por via do programa “*Simplex*”, que tinha como objetivo desburocratizar os procedimentos dos serviços do Estado, e que criou, entre outros, o procedimento da “*Empresa na hora*”). Além disso, declaravam os trabalhadores à Segurança Social, para dar uma imagem de regularidade, ainda que não chegassem a efetuar quaisquer descontos e anulassem as comunicações passados poucos dias, do mesmo modo que contratualizavam seguros de acidentes de trabalho que nunca chegavam a pagar e agendavam a realização de exames médicos para os trabalhadores que estes nunca chegavam a fazer. No entanto, presentemente, já nem isso fazem. E não o fazem porque rapidamente chegaram à conclusão que não valia a pena estarem a perder tempo, uma vez que os próprios contratantes, na sua maioria, não lhes exigiam qualquer demonstração de que a situação dos trabalhadores estava regular.

Para além disso, este sistema foi também alimentado pela percepção, por parte dos engajadores, de que a impunidade era a prática corrente, face à incapacidade de controlo da situação por parte das autoridades, nomeadamente em função dos escassos meios de que dispunham. Mais ainda, mesmo quando interceptados pelas autoridades públicas, os engajadores perceberam que lhes era fácil desaparecerem de cena, sem quaisquer consequências práticas, constituindo em seguida uma outra “*empresa na hora*”.

Na sequência de ações inspetivas, levantados os autos, feitos os apuramentos para a Segurança Social, quando se objetiva fazer a notificação do processo, já não há a quem fazê-lo. Se porventura as autoridades inspetivas conseguem realizar a notificação inicial, invariavelmente a notificação da decisão final já não se chega a concretizar, por desconhecimento do paradeiro do infrator, acabando por regra os processos, mais tarde ou mais cedo, por serem arquivados, ficando os infratores impunes, como se nada tivesse acontecido. Entretanto, no período que medeia o início do processo e a notificação final, é frequente a “empresa na hora” já ter sido extinta, podendo inclusivamente acontecer que o seu único sócio e representante legal continue a circular livremente e inclusive, se necessário for, constitua uma nova empresa.

Como se isso não bastasse, são já hoje conhecidas práticas bem mais elaboradas, que tornam praticamente inviável a atuação das autoridades perante estas redes, salvo quando em paralelo ocorrem investigações no âmbito criminal e estes acabam por ser detidos.

Sabendo que a competência de atuação das autoridades nacionais são os limites das nossas fronteiras, os engajadores passaram muitas vezes a constituir as empresas em países terceiros, fazendo o destacamento dos trabalhadores para Portugal. Noutros casos, estes titularam-se como empresas de trabalho temporário constituídas também em países terceiros, colocando em Portugal os trabalhadores em utilizadores portugueses, sem que, em qualquer das situações, tenham qualquer interlocutor em Portugal, inviabilizando totalmente a atuação das entidades inspetivas sobre as mesmas.

Este é o estado atual das coisas, perante o qual, finalmente, o legislador nacional despertou. Fê-lo também porque, politicamente, estão hoje reunidas as condições que o permitem, com uma nova maioria constituída há cerca de um ano em Portugal (constituída por um Governo do Partido Socialista, suportado no Parlamento pelo Partido Socialista, Bloco de Esquerda, Partido Comunista Português e Partido Ecologista Os Verdes). Com efeito, já na legislatura anterior tinham existido iniciativas legislativas no sentido de reverter a situação, mas a maioria então no poder (constituída por uma coligação à Direita, formada por os partidos, PSD/CDS) acabou por inviabilizar a sua aprovação.

DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: A LEI 23/2016, DE 23 DE AGOSTO

O objetivo primordial da Lei em apreço, embora o preâmbulo não o refira expressamente, é a de, no âmbito das relações jurídicas do trabalho, trazer à colação, em termos de responsabilidade contraordenacional e pelo pagamento da coima, toda a cadeia de contratação interveniente nas relações que advêm do trabalho temporário e das prestações de Serviço, quando estas, no todo ou em parte são realizadas nas instalações do contratante ou sob a responsabilidade do mesmo.

Neste tipo de responsabilização, para além dos intervenientes diretos, estende-se a mesma responsabilidade, tratando-se de pessoas coletivas, aos respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como às sociedades que com o contratante, dono da obra, empresa ou exploração agrícola se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo. Foi esta a grande alteração realizada pela lei aprovada em julho do presente ano.

Trata-se de uma iniciativa legislativa cujos princípios subjacentes são de primordial relevância. Não estando em causa de modo nenhum a bondade da intenção e muito menos o espírito que presidiu à sua aprovação, contudo, visar, sem mais, todos aqueles que, de forma direta e indireta, acabam por tirar benefícios da exploração dos trabalhadores, afigura-se-me ter ficado curta e algo exposta a controvérsias jurídicas.

Desde logo, surgindo desprovida da relação das causas / efeitos / proventos relativamente a todos quantos são beneficiários da prática que se objetiva combater, advém a suscetibilidade de contra a mesma ser invocada a violação do princípio constitucional de insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade contraordenacional. Digo-o com a perfeita consciência e reconhecimento de que, em processos legislativos deste tipo, em que subjacente aos mesmos está a necessidade de se criarem consensos políticos e a necessidade prévia da conciliação dos diversos interesses em jogo, torna-se bem mais difícil a coesão do processo legislativo e a sua correta abrangência.

A exploração dos trabalhadores, no plano jurídico-laboral, ao nível do direito substantivo, deve ter em conta, para além das questões que se prendem com políticas de baixos salários e a suscetibilidade de jornadas de trabalho abusivas, o facto de, em regra, ter também associada a falta de condições de higiene e segurança, mesmo nos aspetos mais elementares, bem como a realidade do trabalho não declarado, a dissimulação contratual, a cedência ilegal de mão-de-obra e a precariedade abusiva. No plano das normas de direito adjetivo, esta exploração tira partido da complexidade e morosidade da tramitação processual, razão pela qual o legislador deve também acautelar estas dimensões.

Seria desejável que alterações legislativas como a agora materializada, visassem de forma integrada pelo menos estes aspetos numa perspetiva conjunta, na perspetiva do combate à exploração dos trabalhadores. Para além da necessidade de instrumentos legais adequados às matérias supra referidas, uma intervenção legislativa nesta área implica a necessidade praticamente permanente de articulação entre as diversas autoridades, promovendo iniciativas conjuntas que vão desde a informação / sensibilização de empresas, trabalhadores e população em geral a intervenções inspetivas conjuntas, justamente porque o fenómeno envolve questões que não se esgotam na esfera jurídico-laboral nem no âmbito de atuação de uma só qualquer entidade.

Entre as diversas entidades cuja ação deve ser articulada, encontram-se pelo menos cinco. Por um lado, a Autoridade para as Condições do trabalho (ACT), que deve intervir em tudo o que tem a ver com o mundo laboral, Higiene e Segurança no Trabalho e todos os aspetos sócio laborais e da Segurança Social. Por outro, a Inspeção Tributária, dado que onde há trabalho não declarado ou subdeclarado há economia paralela e consequentemente há fuga de impostos. Em terceiro lugar, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), uma vez que a exploração humana e o trabalho não declarado estão intimamente ligados ao trabalho de estrangeiros. Em quarto lugar, a Administração de Saúde, tendo em conta que quer as questões de habitabilidade em espaço urbano ou mesmo nas instalações dos contratantes têm a ver com a saúde pública. Em quinto lugar, as Forças de Segurança (no caso português, a Guarda Nacional Republicana ou a Polícia de Segurança Pública, e outras), cuja participação nestes processos é indispensável pela necessidade da salvaguarda da segurança das entidades que intervêm no processo, do conhecimento do terreno que possuem e manutenção da ordem pública e mesmo enquanto órgãos de polícia criminal.

Um bom exemplo desta articulação está presentemente em curso no âmbito do Contrato Local de Segurança do Concelho de Serpa, promovido pelo Ministério da Administração Interna, com a colaboração da Câmara Municipal, cujos primeiros resultados começam já a ser visíveis.

Para que toda esta articulação funcione em pleno, o domínio da informação é crucial, tornando-se cada vez mais premente a possibilidade de cruzamento de dados e consequente disponibilização entre as entidades, do acesso às correspondentes bases de dados.

Por último, ainda no âmbito laboral, é de extrema importância a agilização dos procedimentos contraordenacionais e é imprescindível dotar a Autoridade para as condições de Trabalho (a autoridade responsável pela inspeção das condições laborais em Portugal) dos necessários instrumentos legais, dos meios humanos e dos equipamentos indispensáveis para esta atuação.

A necessidade de reversão do atual estado do direito do trabalho, nomeadamente do Código do Trabalho que acentuou a precarização das relações laborais, seria desejável que a intervenção legislativa pudesse ser feita em simultâneo, em aspetos cruciais como os referidos anteriormente, até como forma de se lhe manter a coerência dos princípios que a deve nortear. Feito de forma parcelar como foi o caso da recentemente publicada Lei 28/2016, correm-se sérios riscos de não se conseguir manter essa coerência, nem os fins que verdadeiramente se objetivam, não só pela natural evolução dos momentos políticos em que as alterações vão sendo introduzidas, como da evolução dos próprios fenómenos que se pretendem regular. É disso um bom exemplo a exploração laboral e o trabalho não declarado, que são tudo menos estáticos, como não o são também as formas como se apresentam.

Não acontecendo assim ou não sendo possível, a previsibilidade de se ir construindo um conjunto de normas sem um fio condutor comum, aumenta exponencialmente. Se tivermos presente que a atual Lei 28/2016, que em súmula, versa tão só sobre a responsabilidade solidária e subsidiária dos diversos agentes intervenientes, quando a prestação de serviço se desenvolve no todo ou em parte nas instalações do contratante ou sob a responsabilidade do mesmo e nas situações de trabalho temporário, é manifesto que ficaram de fora aspectos fulcrais no combate a estas problemáticas e que era importante ter acautelado.

Para podermos materializar coativamente a responsabilidade solidária ou subsidiária do sujeito ou sujeitos que a lei titula como tal, porque verdadeiramente estes não são arguidos no processo, é preciso que exista previamente condenação com trânsito em julgado do infrator, ou seja daquele que a lei sanciona enquanto tal. Enquanto não existir condenação com trânsito em julgado, coativamente nunca se conseguirá chegar aos responsáveis solidários e subsidiários. Realço coativamente, porque voluntariamente sempre o poderão assumir, nomeadamente pagando voluntariamente as coimas e por essa via pondo fim ao processo. Não devemos ignorar, contudo, que as situações de pagamento voluntário neste tipo de processo são excepcionais e ainda o são mais quando falamos de responsáveis solidários.

Sendo a situação mais comum nos processos envolvendo a exploração de trabalhadores, nomeadamente no caso do trabalho não declarado, a incapacidade em levar a bom porto os processos de contraordenação, porque muitas vezes se torna impossível a notificação dos arguidos pelas razões que já aqui foram explanadas, corre-se o sério risco, mesmo após as alterações decorrentes da Lei 28/2016, de ficarmos rigorosamente na mesma situação em que já nos encontrávamos anteriormente à sua entrada em vigor, ou seja, a de termos que continuar a arquivar os processos por impossibilidade de notificar o arguido, nomeadamente da decisão final, ou seja, de os condenar, continuando a grassar a impunidade dos mesmos e pior ainda dos que agora se objetiva abarcar com esta nova Lei.

Para resolver esta situação era imperioso que também se tivesse mexido pelo menos na lei adjetiva. Como? Agilizando os procedimentos contraordenacionais nomeadamente por forma a evitar que o arguido se consiga eximir às notificações no âmbito do processo contraordenacional e consequentemente de ser condenado, como o tem feito até aqui e previsivelmente o irá continuar a fazer, agora com o beneplácito se não mesmo com colaboração, mais do que nunca, daqueles a que a esta Lei veio cometer a responsabilidade solidária e subsidiária, porque rapidamente os seus advogados lhes vão explicar isso mesmo.

Para corrigir esta situação nem tão pouco é necessário andar a inventar o que quer que seja, basta ir buscar os bons exemplos que já existem no ordenamento

jurídico Português e que o legislador as queira incorporar na lei que regula as contraordenações laborais.

Aqueles que têm a experiência do terreno, conhecendo como conhecem as dificuldades com que se deparam no dia-a-dia e as vicissitudes que muitas vezes têm que conseguir ultrapassar para contornar os comportamentos, manobras dilatórias e evasivas dos arguidos e dos advogados que os defendem e mesmo as insuficiências da lei, não têm dificuldade em identificá-las e apontar o caminho.

Nesse sentido e objetivando ser consequente com as insuficiências apontadas, deixam-se algumas ideias do que se julga necessário fazer para ultrapassar muito do que se referiu:

Aditamento à Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro.

Proposta da alteração dos artigos 2.º, 5.º, 7.º, 8.º 9.º, 29.º da Lei 107/2009, de 14 de Setembro, aditando-se o artigo 10.º A:

Artigo 2.º

Competência para o procedimento de contraordenações

1 – (...)

2 - Sempre que se verifique uma situação de prestação de atividade, por forma aparentemente autónoma, em condições características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado, ou a situação decorrente do incumprimento da adequação da taxa contributiva à modalidade de contrato de trabalho prevista no artigo 55.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, ou à falta de comunicação de admissão do trabalhador na segurança social, qualquer uma das autoridades administrativas referidas no número anterior é competente, em função da verificação dos factos, para o processo e para o procedimento das contraordenações.

“Objetiva-se por esta via, consolidar um princípio já consagrado na Lei 107/2009, que regula as contraordenações laborais em Portugal, pelo qual deve ser a entidade administrativa que verifica a situação ilícita nas matérias diretamente relacionadas com a exploração dos trabalhadores, que é a competente em razão da matéria e dos procedimentos contraordenações”.

Artigo 5.º

Forma dos atos processuais

1 – (...).

2 – (...).

3 – (...).

4 – (...)

5 – Quando os atos processuais e os documentos referidos nos números anteriores não forem tramitados em suporte informático, podem ser impressos e assinados por chancela.

6 – Sendo caso disso, nomeadamente nos casos em que seja suscitada a autenticidade de qualquer dos atos a que se refere o número anterior, podem a todo o tempo, no decurso do processo, ser os mesmos ratificados por quem tem competência para os praticar.

Artigo 7.º

Notificações

1 - Os atos em matéria de contraordenações laborais que afetem os direitos e interesses legítimos dos seus destinatários só produzem efeitos em relação a estes quando lhes sejam validamente notificados.

2 - As notificações conterão sempre o despacho ou a decisão, os seus fundamentos e sendo caso disso os meios de defesa e prazo para reagir contra o ato notificado, bem como a indicação da entidade que o praticou e se o fez no uso de delegação ou subdelegação de competências.

3 - Constitui notificação o recebimento pelo interessado ou a entrega na conta de correio eletrónico de que seja titular de cópia do despacho ou decisão a que assista.

4 – As notificações são dirigidas, sendo conhecido, para o endereço eletrónico dos destinatários, para a sede ou para o domicílio.

5 – As notificações podem ainda ser feitas presencialmente na pessoa dos seus destinatários.

6 – Os interessados que intervenham em quaisquer procedimentos levados a cabo pela autoridade administrativa competente devem comunicar, no prazo de 10 dias, qualquer alteração dos elementos referidos no número 4.

7 – Se do incumprimento do disposto no número anterior resultar a falta de recebimento pelos interessados de notificação, esta considera-se efetuada para todos os efeitos legais, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.

8 - Qualquer funcionário da Autoridade para as Condições do Trabalho, no exercício das suas funções, quando devidamente mandatado para o efeito, promove as notificações, por qualquer das vias referidas nos números anteriores.

Artigo 8.º

Notificação por carta registada

1 – Não sendo possível a notificação através da conta de correio eletrónico, as notificações em processo de contraordenação são efetuadas por carta registada, com aviso de receção, sempre que se notifique o arguido do auto de notícia, da

participação e da decisão da autoridade administrativa que lhe aplique coima, sanção acessória ou admoestação.

2 - Nas circunstâncias referidas no número anterior as notificações poderão ainda ser feitas presencialmente em conformidade com o que se preceitua no n.º 8 do artigo anterior.

3 - Sempre que o notificando se recusar a receber ou assinar a notificação, o distribuidor do serviço postal, ou o funcionário da ACT certifica a recusa, considerando-se efetuada a notificação, na data em que essa circunstância ocorrer.

3 - A notificação por carta registada com aviso de receção, considera-se efetuada na data em que o aviso for assinado e tem-se por efetuada na própria pessoa do notificando, mesmo quando o aviso de receção haja sido assinado por terceiro presente na sede, ou domicílio, considerando-se neste caso que a carta foi oportunamente entregue ao destinatário.

4 - No caso de o aviso de receção ser devolvido em virtude do destinatário não o ter levantado no prazo previsto no regulamento dos serviços postais e não se comprovar que entretanto o destinatário comunicou a alteração do seu domicílio, a notificação será repetida nos 15 dias seguintes à devolução, por nova carta registada com aviso de receção, presumindo-se a notificação se a carta não tiver sido recebida ou levantada, sem prejuízo de o notificando poder provar justo impedimento ou a impossibilidade de comunicação da mudança de residência no prazo legal.

5 - No caso da recusa de recebimento ou não levantamento da carta, previstos nos números anteriores, a notificação presume-se feita no 3.º dia posterior ao do registo ou no 1.º dia útil seguinte a esse, quando esse dia não seja útil.

Artigo 9.º

Notificação na pendência de processo

1 - As notificações efetuadas na pendência do processo em que não sendo possível a notificação através da conta de correio eletrónico, não sejam as referidas no n.º 1 do artigo anterior são efetuadas por meio de carta simples.

2 - Quando a notificação seja efetuada por carta simples deve ficar expressamente registada no processo a data da respetiva expedição e a morada para a qual foi enviada, considerando-se a notificação efetuada no 3.º dia posterior à data ali indicada, devendo esta cominação constar do ato de notificação.

3 - Sempre que exista o consentimento expresso e informado do arguido ou este se encontre representado por defensor constituído, as notificações podem ainda ser efetuadas por telefax.

4 – Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se consentimento expresso e informado a utilização de telefax pelo arguido como meio de contactar a autoridade administrativa competente.

5 – Quando a notificação for efetuada via correio eletrónico ou por telefax, presume-se que foi feita na data de emissão, servindo de prova, prospectivamente, a cópia do aviso de onde conste a menção de que a mensagem foi enviada com sucesso, bem como a data, hora e número de telefax do recetor ou o extrato da mensagem efetuado pelo funcionário, que será, consoante o caso, incluído no processo.

6 - A presunção referida no número anterior poderá ser ilidida por informação do operador sobre o conteúdo e data da emissão.

7 – Sempre que o arguido se encontre representado por defensor legal as notificações são a este efetuadas.

“Em matéria de notificações dos sujeitos visados no processo, sem prejuízo da salvaguarda do direito de defesa, objetiva-se imprimir maior celeridade e simplicidade na tramitação do processo, ao mesmo tempo que se procura impedir em sede de notificação muitas das práticas dilatórias e impeditivas do prosseguimento do processo e consequentemente da materialização da notificação da decisão final e consequentemente de chegar a todos quantos a lei objetiva responsabilizar pela prática das ilícitudes e pelo seu pagamento”.

Artigo 29.º

Procedimento

1 – A autoridade administrativa competente, em simultâneo com a acusação a que se refere os artigos 17.º e 18.º, informa o infrator da possibilidade de pagamento da coima, no prazo de cinco dias, com a redução prevista nos termos do artigo seguinte, desde que proceda simultaneamente ao cumprimento da obrigação devida.

2 – A ausência de resposta do infrator, recusa de pagamento no prazo referido no n.º 1 ou o não cumprimento da obrigação devida, determina o imediato prosseguimento do processo de acordo com as regras previstas nos artigos 17.º a 27.º

“Na mesma senda a da celeridade e simplificação, suprime-se uma forma processual, a do processo especial, sem que todavia se corte a possibilidade de nas mesmas circunstâncias que estavam previstas para o processo especial o arguido poder beneficiar da possibilidade de pagar a coima com redução”.

Artigo 10.º A

Dissimulação

1 – Sem prejuízo do que se preceitua no artigo 12.º do Decreto-lei n.º 102/2000, de 2 de Junho, quando no exercício das funções que lhes são cometidas, nomea-

damente por força do artigo 11.º do mesmo Decreto-Lei, sempre que o interesse das averiguações assim o exijam na procura da verdade material dos factos, é lícito ao inspetor do trabalho, dissimular a sua condição em vista à indagação e recolha de prova, enquanto as circunstâncias das averiguações em curso assim o exigirem.

2 – A prova obtida nos termos do número anterior é reconhecida para efeitos processuais.

“Um dos constrangimentos que se evidencia em determinados tipos de averiguações, nomeadamente no trabalho não declarado e exploração de trabalhadores, existente no ordenamento jurídico português relativamente à ACT, ao invés do que acontece em relação à maioria dos órgãos de inspeção é não se reconhecer expressamente a validade da prova obtida através da dissimulação relativamente à condição de inspetor.

Um tal reconhecimento é fulcral quando estamos a lidar com um tipo de trabalho que é manifestamente escondido como é o caso.

Mais uma vez aqui não se procurando inventar o que já existe, antes objetiva-se dotar a ACT de um instrumento de grande relevância no controlo destas matérias”.

Só a experiência da aplicação prática da Lei 28/2016, e a jurisprudência que da sua aplicação irá seguramente emergir poderá ou não infirmar tudo quanto se referiu.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO Y EL FRACASO DE LA REFORMA LABORAL EN ESPAÑA

Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCLM.

Joaquín Pérez Rey

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCLM.

1. Un interés inusitado por una decisión judicial. 2. Qué dice y qué no dice la Sentencia del Tribunal de Justicia. 3. Qué deben hacer los jueces y magistrados españoles en aplicación de la Sentencia del TJ. 4. La reforma laboral ha fracasado también en esta materia. 5. Es necesario reformar la regulación normativa de la contratación temporal: algunas propuestas.

1. UN INTERÉS INUSITADO POR UNA DECISIÓN JUDICIAL

Cuando transcurría la mitad de septiembre una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, De Diego Porras), agitó el panorama mediático y un torbellino de comentarios y análisis de la misma inundó las páginas de los periódicos sin distinción entre generalistas y digitales, obteniendo así una repercusión mediática insólita para una decisión de carácter jurídico. ¿Cuál era el hecho que había generado esta atención desmesurada de la prensa y de los analistas especializados, que llevó a comentarios sobre la misma de los sindicatos, la CEOE y distintas fuerzas políticas? Sintéticamente se podía señalar que el interés estaba originado por dos elementos. El primero y más importante, porque la sentencia del TJ alteraba de manera directa la normativa vigente en España sobre la contratación temporal, y obligaba por consiguiente a los tribunales españoles a inaplicar el derecho español en tanto que contrario al europeo. El segundo dato, consistía en que de esta manera se señalaba implícitamente uno de los elementos centrales de las reformas laborales, el régimen jurídico que encuadra el trabajo temporal, como una fuente directa de discriminación y de desigualdad social. Este segundo elemento conduce a una conclusión, por lo demás ya sabida y denunciada por los sindicatos y las fuerzas políticas de la izquierda real, el fracaso de las reformas laborales recientes en la contemplación y tratamiento de este tema, fomentando por el contrario la precariedad como fórmula general normativa en un proceso que combina destrucción de empleo estable y sustitución parcial del mismo por trabajo precario.

En este artículo pretendemos, en primer lugar, explicar con detalle el contenido de la sentencia para a continuación reparar en las consecuencias de la misma

para el sistema jurídico español actual. Finalmente se harán algunas consideraciones sobre su significado en el contexto del sistema jurídico-laboral en relación con el ordenamiento vigente tras las últimas reformas laborales del 2010 y 2012, prolongadas en normas del 2013 y 2015 bajo el ominoso gobierno del PP.

2. QUÉ DICE Y QUÉ NO DICE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Empecemos por una paradoja. La ya famosa STJUE nunca debió haberse dictado. La situación de la que parte es escandalosa, aunque no por ello infrecuente en la realidad cotidiana de nuestro mercado de trabajo: se trata de una trabajadora que ha permanecido contratada de forma temporal, y en concreto en situación de interinidad, durante casi 10 años y los siete últimos al amparo de un único contrato. Considerar, como hace el órgano judicial español que apela al TJUE, que esta situación -negar a una trabajadora la estabilidad en el empleo durante una década- es perfectamente compatible con nuestro modelo legal de contratación temporal es ya en sí mismo sorprendente, dicho sea con el mayor de los respetos.

Recuérdese que el art. 15 ET constituye la incorporación a la más importante norma laboral de nuestro país de un sistema de contratación temporal de naturaleza estructural, esto es, un modelo donde acudir a vínculos laborales de duración determinada sólo es posible ante necesidades esporádicas de personal. Por mucho que la situación de la que parte la sentencia sea formalmente respetuosa con la causa abstracta del contrato de interinidad (en breve: el contrato dura lo que lo haga el derecho de reserva del trabajador sustituido), no es posible considerarla, desde una interpretación sistemática y finalista, compatible con el ET, pues una situación tan dilatada de temporalidad encubre en realidad un déficit estructural de plantilla que debe ser colmado con trabajadores indefinidos y no con un contrato temporal “decenal”.

Quizá aquí empiezan los equívocos que han dado lugar al pronunciamiento europeo: en el hecho de que interpretada con tanta manga ancha la interinidad no puede considerarse compatible con las normas de la UE y más en concreto con el principio de no discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos, que, recuérdese, se proclama en el conjunto de la UE gracias a un acuerdo alcanzado por los interlocutores sociales europeos.

Las reacciones a la sentencia, sobre todo aquellas que pretenden atenuar sus efectos potenciales, demuestran bien a las claras que la misma toca uno de los puntos más sensibles del mercado del trabajo español, poniendo límites al, permítasenos la expresión, “chollo” de la temporalidad del que vienen disfrutando desde hace lustros las empresas, Administración Pública incluida. Bien sintomático es, por cierto, que la decisión de la justicia europea se produzca por una contratación realizada precisamente por la Administración, cuyo proceder

en este territorio es, como resulta conocido, muy poco edificante, pero donde, al menos y frente a lo que sucede en el ámbito privado, los trabajadores afectados por estas prácticas tienen menor temor a la hora de acudir a los tribunales en defensa de sus derechos.

Y decimos que afecta a los encantos de la temporalidad in genere, porque frente al argumento de que la sentencia no va más allá de un caso concreto (el que resuelve), es evidente que sus efectos son de amplio calado, como no puede ser de otro modo, una vez que considerar contrario al Derecho de la UE una determinada interpretación de la norma nacional tiene, como es obvio, un impacto general, incluso más allá del Estado Miembro protagonista de la decisión. Acordeémonos, por no ir más lejos, de Laval y Viking y sus efectos demoledores para el ejercicio del derecho de huelga en Europa y rememoremos estas decisiones también para evitar cualquier tentación de ver en la justicia europea un adalid de los derechos de los trabajadores.

Pero ¿en qué consisten estos efectos de la Sentencia? Desde luego hay que empezar por reconocer que desentrañarlos no es sencillo, pero parece claro lo que la sentencia no hace:

No establece ninguna suerte de contrato único: no afecta a las causas por las que se puede recurrir a los contratos temporales, de modo que le empresario deberá seguir justificando por qué se aparta de la contratación indefinida del mismo modo que deberá esgrimir una causa para poder despedir, ya se trate de un trabajador fijo o de uno temporal. Nada que ver, por tanto, con un contrato único o estable al que poner fin sin causa y asumiendo una indemnización creciente. Las causas tanto del despido como de la contratación temporal no se ven afectadas, cuestión distinta es que, aprovechando la sentencia, se decida incorporar un contrato único, estable o creciente como parece querer hacer el PP. De hacerse tal cosa nada tendrá que ver con la sentencia y nada garantiza que un contrato de ese tipo sea compatible con la CE, las normas internacionales suscritas por España o el propio derecho de la UE.

La sentencia no avala, parece evidente, una rebaja del nivel de protección de los trabajadores indefinidos. Una equiparación a la baja no sólo pondría en cuestión las exigencias supralegales que pesan sobre nuestro régimen de despido (básicamente la causalidad del mismo y el carácter disuasorio de las indemnizaciones), sino que sería contraria a la propia Directiva 99/70 que contiene, como se sabe, una cláusula de no regresividad.

¿Y qué sí dice la sentencia? Podríamos hacer al menos tres lecturas, una minimalista, otra maximalista y una tercera, por la que nos decantamos, que podríamos llamar ecléctica.

La primera, minimalista, pasa por entender que se reconoce un derecho a los interinos a ser indemnizados de la misma forma que el resto de temporales: 12

días. La no discriminación que impone le TJUE sería la de los temporales entre sí. Se debe, sin embargo, descartar esta interpretación porque el TJUE habla expresamente de la comparación de indefinidos y temporales, descartando, también de forma explícita, que la Directiva habilite para analizar las diferencias de los temporales entre sí: “las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco” (párrafo 38).

La segunda pasaría por considerar que todos los contratos temporales a su conclusión deben tener una indemnización equivalente a la prevista para el despido objetivo procedente. Esta interpretación se sustenta en el hecho de que el TJUE advierte que entre temporales e indefinidos no puede haber diferencias en las indemnizaciones derivadas de la conclusión por circunstancias objetivas, lo que habilitaría a entender que todo contrato temporal exige una indemnización a su conclusión de 20 días, la misma que hubiera tenido que abonar el empresario a un trabajador indefinido cuyo contrato concluye por circunstancias similares a través del despido. Esta postura, sin embargo, no tiene en cuenta que el Tribunal sólo permite alcanzar una conclusión semejante cuando el contrato temporal en cuestión ha dado lugar a trabajos iguales a los desarrollados por un trabajador indefinido. Se exige así un juicio de comparación que nos hace descartar esta segunda interpretación de aplicación automática y sin mayores matices de la indemnización por despido objetivo procedente a la conclusión de los contratos temporales.

Finalmente, y está la opción por la que nos decantamos, cabría entender que la indemnización prevista para la conclusión de un contrato indefinido por razones objetivas tan sólo alcanzaría a los contratos de duración determinada cuando a través de estos el trabajador desempeñase funciones asimiladas a las de un trabajador indefinido comparable. El sustento de esta interpretación parte, en primer lugar, de que la aplicación del principio de no discriminación “se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable” (párrafo 37).

¿Y cuándo los trabajadores temporales y los fijos se encuentran en una situación comparable? Según el TJUE cuando las funciones desempeñadas por el trabajador temporal se correspondan con la de los trabajadores fijos y no exista además una justificación objetiva que ampare la diferencia de tratamiento entre unos y otros. Razón objetiva que podría, en su caso, encontrar su origen “en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o,

eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”.

No hay, en el caso concreto del que el TJUE conoce, razón objetiva que ampare el distinto trato del interino frente al fijo, ya que ambos se encuentran en una situación comparable lo que conduce, entendemos nosotros, a extender a aquél las indemnizaciones previstas para los indefinidos cuando razones objetivas justifican la extinción. Repárese que esta última conclusión se sostiene porque el órgano judicial recurrente entendió que la interinidad de la trabajadora era ajustada al derecho español, algo que, como mantuvimos al inicio de estas líneas, es bien discutible y de hecho lo más oportuno en este caso hubiera sido, a nuestro juicio, considerar a la trabajadora indefinida por ser irregulares los contratos temporales con ella celebrados.

Evidentemente la decisión del TJUE (resumimos asumiendo el riesgo de ser reiterativos: indemnizar de forma diferente a un trabajador indefinido y a uno temporal es incompatible con el Derecho de la UE cuando ambos están en una situación comparable y no existe justificación objetiva que ampare la diferencia) no se queda en la interinidad, sino que afecta a cualquier situación de temporalidad en la que se produzcan las exigencias de comparabilidad y carencia de justificación objetiva para el trato distinto.

Esto exige analizar dónde, más allá de la interinidad, podría producirse esta situación. Nos aventuramos a decir que una realidad semejante se produce en algunos usos de la temporalidad muy arraigados en nuestro país. Piénsese por ejemplo en el recurso al contrato de obra o servicio vinculándolo a contratas o concesiones: las tareas que estos trabajadores realizan son claramente iguales a las que desempeñan trabajadores fijos en esa misma contrata o concesión y no existe, más allá del puro nominalismo contractual, razón que justifique el trato distinto. O, aunque aquí podrían surgir otros matices, el recurso al contrato de apoyo a los emprendedores usando las facultades extintivas ampliadas del período de prueba sin asumir coste indemnizatorio alguno, ni esgrimir causa. O el contrato eventual en el que, como es bien sabido, el trabajador no desempeña tareas cualitativamente distintas de las de un trabajador indefinido comparable. La propia interinidad por vacante, en fin, es casi exclusivamente concebible cuando se desempeñan las mismas funciones que un trabajador indefinido y en idénticas condiciones.

En otros términos, la conclusión que cabe extraer de la postura del TJUE es que el uso (correcto) de la contratación temporal no puede, aunque la ley nacional y su interpretación jurisprudencial lo permitan, dar lugar a la sustitución del trabajo indefinido sin asumir las condiciones de trabajo vinculadas a este último, indemnizatorias incluidas.

3. QUÉ DEBEN HACER LOS JUECES Y MAGISTRADOS ESPAÑOLES EN APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TJ

Y esto es algo que no siempre garantiza nuestro ordenamiento lo que exige una revisión del ET en este punto, reformulación todavía más acuciante si se tiene en cuenta que se trata de una materia que también, por razones diversas, se opone a los mandatos de la Carta Social Europea en materia de preaviso (Conclusiones del CEDS XX-3 2014). Todo ello hace del art. 49.1 ET un precepto asediado por las normas europeas tanto de la UE como del Consejo de Europa, que no aguanta un minuto más en nuestro ET sin ser reformado.

No obstante, mientras tal cosa sucede los tribunales españoles no tienen más remedio que aplicar los mandatos del TJUE para evitar que una determinada interpretación de la norma nacional se oponga al Derecho de la UE, lo que obliga a que algunos usos lícitos de la contratación temporal sean objeto de un trato indemnizatorio equivalente al previsto para los trabajadores fijos. Conclusión, por cierto, que no modifica un ápice la necesidad de causa para recurrir a la contratación de duración determinada. Cuando la causa temporal no exista la conclusión no puede ser otra que la habitual: considerar indefinido al trabajador al que se ha privado injustamente de la estabilidad en el empleo. La doctrina del TJUE, dicho de otra forma, viene a desenvolver sus efectos principalmente en el ámbito de la temporalidad lícita, sin provocar consecuencias importantes en el gran problema de la temporalidad en España: su uso abusivo y fraudulento. Las consecuencias que el recurso ilegal a la contratación temporal en España produce no afectaría al principio de trato igual entre temporales y fijos, pues, como se sabe, ambos quedarían en este caso equiparados en el plano indemnizatorio, cuestión distinta es que ello sea eficaz para prevenir el uso irregular de la temporalidad en nuestro país.

La eficacia inmediata, tanto en el ámbito privado como en el del empleo público, del pronunciamiento del TJUE que analizamos no puede ser orillada arguyendo la falta de eficacia horizontal o entre particulares de la Directiva 99/70. Son dos los argumentos que desautorizan estas lecturas.

El primero consiste en recordar que los jueces españoles deben aplicar el principio de interpretación conforme, esto es, una interpretación del derecho interno que permita hacerlo compatible con la norma europea. Se trata de una obligación de carácter fuerte que no permite operaciones hermenéuticas timoratas, pues, como advierte el propio TJUE, el órgano jurisdiccional nacional debe hacer todo lo que esté dentro de sus competencias, tomando en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional, para garantizar la plena efectividad de la directiva (Asuntos acumulados C 397/01 a C 403/01, de 5 de octubre de 2004), sin que constituya un impedimento para ello la existencia de una línea jurisprudencial de signo diverso. Nada impide que la interpretación conforme de nuestro ET dé satisfacción a las exigencias derivadas de la Directiva 99/70,

basta con entender que el sistema indemnizatorio previsto en el art. 49.1.c) sólo es de aplicación cuando los contratos temporales allí mencionados no den lugar a la realización de tareas equivalentes a las de un trabajador fijo comparable. Este razonamiento, lejos de resultar “contra legem”, se acomoda perfectamente a una interpretación sistemática del ET que, recuérdese, proclama en su art. 15.6 el principio de igualdad entre temporales y fijos, precisamente en aplicación de la norma europea. La lectura combinada de ambos preceptos llevaría a aplicar el régimen indemnizatorio del art. 49 exclusivamente a los supuestos compatibles con el principio de igualdad proclamado por el propio ET.

Bastaría, por tanto, la aplicación del principio de interpretación conforme, como ya se ha hecho por ejemplo en materia de despidos colectivos, para trasladar a nuestro derecho interno las enseñanzas de la STJUE. Pero no se trata del único argumento favorable a la inmediata aplicación del pronunciamiento europeo. Incluso admitiendo, lo que no es el caso, la imposibilidad de una interpretación conforme, los jueces españoles deberían seguir aplicando la STJUE como consecuencia del denominado efecto de exclusión. Se trataría de dejar de aplicar la norma que se opone a la directiva, en nuestro caso fundamentalmente el art. 49.1.c) ET, una vez que resulta contraria a un principio general del Derecho de la UE, como es el de no discriminación (STJUE 19-4-2016, Asunto C-441/14 en un caso de discriminación por razón de la edad).

Ninguna de estas dos posibilidades, la interpretación conforme o en su defecto la inaplicación de la norma nacional contraria al principio general de no discriminación, queda excluida por el hecho de que el trabajador afectado pueda exigir responsabilidades al Estado como consecuencia de la infracción del Derecho de la UE.

Un importante paso, en definitiva, el que da el TJUE en pos de la calidad del empleo y que discute la bacanal de temporalidad en la que el ordenamiento laboral español lleva décadas sumido. El nerviosismo que la sentencia ha provocado en determinados sectores muestra bien a las claras que afecta a uno de los núcleos más sensibles y tradicionales del mercado de trabajo español: la gestión de la precariedad.

4. LA REFORMA LABORAL HA FRACASADO TAMBIÉN EN ESTA MATERIA

Porque este es a fin de cuentas el nudo del problema. La situación que han dejado los últimos cuatro años de gobierno del Partido Popular, prolongada en el año de “provisionalidad”, es pésima. A la destrucción acelerada de empleo de los primeros años, ha seguido una estabilización del desempleo en niveles superiores al 20 %, y el empleo que se crea a partir de la tan publicitada “recuperación económica” es en su mayoría precario, inestable, temporal y de baja calidad salarial. Aumenta y se generaliza el incumplimiento de la normativa laboral y se reduce

la tasa de cobertura de los convenios colectivos. La brecha de género se incrementa en igual medida que la tardanza en incorporarse los jóvenes al empleo, muchos de los cuales se ven obligados a abandonar el país. Y la exclusión social se dispara, con la presencia por vez primera en nuestro país del fenómeno de los trabajadores pobres. Hay datos verdaderamente cualificados que explican el proceso de destrucción del trabajo con derechos que se ha ido produciendo con la coartada de la crisis y la declaración consiguiente de una suerte de estado de excepción que permitiera esta oleada de devastación democrática. Desde el comienzo de la crisis se han producido cinco millones de despidos de trabajadores con contratos indefinidos, el gran ajuste que se realiza a través de la llamada flexibilidad externa, despidos y temporalidad, cuya utilización es favorecida e indicada por la legislación laboral aprobada en las sucesivas reformas laborales, en especial la del 2012.

Los miembros del gobierno que se ocupan de estas cuestiones y los analistas “de régimen” empotrados en los medios de comunicación obedientes a los poderes económicos insisten en recordarnos que se han creado medio millón de empleos en los últimos 12 meses. Pero la Encuesta de Coste Laboral del primer trimestre de 2016 indica que tanto el coste laboral como uno de sus componentes, los salarios, han caído un 0,2% hasta marzo. UGT cifra en 40.000 millones de euros la cantidad que han perdido los asalariados españoles en el reparto de la renta nacional desde 2009 por culpa de la devaluación de sus sueldos. Los salarios no despegan porque el empleo creado es precario, con contratos breves, en sectores con una fuerte estacionalidad. A lo que se une el predominio del tiempo parcial configurado como única forma de empleo, frecuentemente temporal, que rebaja salarios y cotizaciones sociales.

También la OIT ha alertado sobre este fenómeno en Informe ‘Perspectivas sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2016’. “En España se da desde hace ya muchos años una situación en que más o menos la tercera parte de aquellos que tienen un trabajo lo tienen en situaciones de cierta precariedad, con empleos temporales, o empleos también a tiempo parcial” y añade que “la creación de empleo sigue sin resolver uno de los grandes problemas en la economía española, a saber, la dualidad del mercado de trabajo español ya que la tasa de temporalidad interanual sube del 24,6 % en el tercer trimestre de 2014 al 26,2% en el mismo trimestre de 2015”, de manera que “uno de los principales problemas del mercado laboral español es que en muchos casos con contratos cortos, a veces empleos temporales de una semana. En junio se supo que uno de cada cuatro contratos que se firmaba dura una semana o menos”.

Lo más relevante en ese proceso es que el empeoramiento de la calidad del empleo deriva en una buena parte de la población en situación de exclusión social. La devaluación salarial afecta fundamentalmente a las rentas salariales más bajas, que en el período de tiempo entre 2009 y 2014 han perdido más de

un 25% de poder adquisitivo. El hecho de trabajar no exime de la pobreza. La precarización de las condiciones laborales ha elevado del 14,2 al 14,8% el porcentaje de trabajadores pobres, y la tasa de pobreza entre las personas en paro se sitúa en el 44,8%, según datos del informe anual Análisis y perspectivas 2016 de la Fundación Foessa de Cáritas, dedicado en esta edición a la expulsión social y recuperación económica, que constata además un aumento del 9% del riesgo de pobreza desde el inicio de la crisis. El informe de la OIT antes citado alerta también del elevado número de familias en riesgo de situarse por debajo del umbral de pobreza, una cifra que aumenta inexorablemente: del 27,3% de la población en 2013 al 29,2% en 2014.

Estamos por tanto en una situación generalizada de precarización del empleo, es decir no sólo destrucción de empleo y aumento del paro junto con un efecto de sustitución y de rotación de la mano de obra, sino fundamentalmente “un deterioro acelerado y significativo de los estándares y de la calidad del empleo”, falta de tutela colectiva y sindical y debilidad económica. Es el resultado de un largo proceso que el período 2010-2015 ha acelerado en el que resulta característico el ajuste mediante la flexibilización externa que, en el ámbito estrictamente laboral, se concentra en dos señas de identidad claras: la flexibilidad “fuera de norma” de la contratación temporal, en lo que los economistas denominan *off shore* y que consiste en la descausalización de las figuras de contratación temporal y la insuficiencia de las medidas correctoras de este fenómeno, y, en segundo término, la impunidad de los despidos injustificados y su carácter abruptamente definitivo, sobre la que las reformas laborales del 2010 y sobre todo del 2012 han incidido especialmente abaratando el despido y facilitando su adopción por los empresarios.

6. ES NECESARIO REFORMAR LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: ALGUNAS PROPUESTAS

Ello sitúa en primer plano por tanto la problemática de la contratación temporal, aun siendo conscientes de que su consideración debe siempre realizarse en relación con los instrumentos normativos y colectivos que disciplinan el despido y la extinción del contrato, y que la noción de temporalidad no abarca la de precariedad, sino que constituye un vector de la misma.

La temporalidad requiere ser reconfigurada normativamente. Es imprescindible reforzar el principio de estabilidad en todo el itinerario laboral, redefiniendo el principio de causalidad y tipicidad. Eso implica recuperar el principio de presunción de indefinición del contrato del art. 15.1 ET, eliminar el contrato de apoyo a los emprendedores que tiene como período de prueba un año, lo que ha sido considerado por el Comité Europeo de Derechos Sociales contrario al art. 4 de la Carta Social Europea, revisar la regulación del encadenamiento de contratos temporales, y definir de manera clara la diferencia entre el contrato temporal

en fraude de ley y los meros incumplimientos formales. La recuperación efectiva del principio de causalidad obligaría a excluir la contrata de servicios como justificante y marco de los contratos de obra y una acotación más precisa en la definición del objeto de este contrato. Los elementos disuasorios de la contratación temporal irregular deberían ser desarrollados igualmente. Ello implicaría reforzar el marco sancionador, incluyendo sanciones económicas específicas adicionales a las derivadas de las resoluciones judiciales condenatorias por uso abusivo, fortalecer la capacidad calificadora de la Inspección de Trabajo respecto del contrato indefinido, y profundizar los planes inspectores sobre la contratación temporal, y romper la analogía con el despido improcedente para los casos de contratación temporal fraudulenta, que deberían llevar aparejada la readmisión del trabajador. Serían asimismo necesarios cambios en otras figuras, como en relación con las Empresas de Trabajo Temporal o en la Administración Pública, así como la recuperación de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial, y la consideración del mismo en relación con el pase a tiempo indefinido en el ámbito de la circulación entre las empresas de un grupo, y la modificación del régimen de horas complementarias obligatorias y voluntarias en esa misma figura. El establecimiento de una cotización mayor para todos los trabajadores de una empresa en la medida en que esta superara un porcentaje determinado de temporalidad es otra medida que se pudiera plantear.

Quizá es hora de cuestionarse hasta qué punto el régimen del despido es razonable que siga prestando su auxilio a la extinción irregular de los contratos temporales. En verdad, más allá de esta opción jurisprudencial, el terreno en el que es más adecuado inscribir el intento de extinción de un contrato basándose en un término resolutorio inválido es el de la nulidad. En otros términos, es la nulidad la categoría más adecuada para calificar la conclusión de un contrato de trabajo basándose en un término contractual que no resulta válido. Con esta calificación más apropiada se conseguiría además poner remedio a lo que venimos denunciando en estas líneas, la falta de reproche efectivo al uso irregular de la contratación temporal, elevando la intensidad de las consecuencias y potenciando indirectamente un uso lícito de las modalidades de contratación laboral.

Otra alternativa, si no se quiere reconducir la contratación temporal sin causa al terreno de la nulidad y por tanto a la readmisión obligatoria del trabajador, pasaría por incrementar en estos casos las indemnizaciones por improcedencia (sumando por ejemplo a la indemnización prevista con carácter general la de 12 días prevista para la conclusión de los contratos temporales) como establece la Sentencia del TJ que hemos comentado, añadiendo a lo anterior un término indemnizatorio fijo, que no dependiera de la permanencia del trabajador en la empresa, para mitigar así el carácter testimonial que la indemnización podría tener en las relaciones de escasa duración. Una indemnización que, cualquiera que sea su forma de cálculo, ha de ser sensiblemente superior a la prevista para la contratación indefinida.

La temporalidad es un instrumento de flexibilización que tiene que ser reconducido a un espacio de actuación razonable y congruente con la función institucional que este tipo de contratación persigue. De lo contrario se favorece la desigualdad entre los trabajadores que efectúan un trabajo de igual valor, se permite la utilización de estas figuras contractuales en fraude de ley, y se disminuye la capacidad contractual y de presión de este gran colectivo de personas que trabajan y, naturalmente, se degradan sus condiciones de trabajo y de existencia, en especial las relativas a la salud y a los derechos de conciliación entre la vida personal y laboral. Aunque la dislocación y fragmentación del trabajo que caracteriza nuestro modelo laboral tenga ya una larga tradición, ha llegado seguramente el momento en el que se comience a poner los medios para revertir esta situación, tanto desde un cambio en el marco normativo como en concreto en las acciones que los sujetos sociales puedan llevar a cabo a través de experiencias determinadas. La sentencia del TJ obliga a una consideración prioritaria de esta cuestión, como han manifestado CCOO UGT en una carta al gobierno (todavía) provisional del Partido Popular. La movilización de las y los trabajadores en torno a este objetivo, junto con la posición firme y clara de las fuerzas políticas partidarias del cambio real resulta imprescindible para avanzar por esta vía.

LAS LUCHAS MINERAS DEL SIGLO XXI EN MÉXICO

Oscar Alzaga

Abogado Laboralista del Sindicato Minero. Miembro de la Asociación Nacional de Abogados Demócraticos (ANAD) de México.

1. Los brutales ataques a los mineros, la resistencia y luchas recientes. 2. Algo de historia de las minas y los mineros. 3. El panorama internacional laboral y sindical. 4. En el Siglo XXI. 5. El estilo degradado e irresponsable de gobernar del PAN. 6. Las luchas mineras de 2012 y 2013. 7. Las huelgas de Cananea, Taxco y Sombrerete. 8. La lucha sindical en una maquiladora de la Frontera Norte. 9. Las secciones de Coahuila, el estado minero. 10. El Senado tributa al becerro de oro una medalla. 11. Las huelgas del Grupo Frisco de Carlos Slim. 12. Pasta de Conchos y las tragedias en las minas. 13. Las minas y la destrucción ambiental. 14. La lucha internacional ante la OIT, la CIDH y la solidaridad sindical. 15. El panorama del año de 2016. 16. La Huelga de Lázaro Cárdenas. 17. El triunfo de la libertad sindical en la mina Hércules, Coahuila. 18. Las trasnacionales en el marco de la corrupción y la degradación sindical. 19. El derecho de huelga en peligro.

*Los mineros salieron de la mina
remontando sus ruinas venideras.
(...)*

*creadores de la profundidad,
saben, a cielo de intermitente de escalera,
bajar mirando para arriba,
saben subir mirando para abajo.
¡Salud, oh creadores de la profundidad!*

César Vallejo. 1934.

1. LOS BRUTALES ATAQUES A LOS MINEROS, LA RESISTENCIA Y LUCHAS RECIENTES

El Sindicato Minero (SM) en diez años ha resistido cuando menos 5 agresiones de tal violencia que casi llegan a su destrucción como sindicato independiente, a saber: **a)** el 17 de febrero de 2006 con el asalto de 300 golpeadores al edificio sindical, un *charrazo* al estilo del PRI, cuando el gobierno retira la toma de nota (representación legal) a la dirección legítima para entregarla, a la vez, al asaltante, **b)** el 20 de abril de 2006 el gobierno reprime con el ejército una de las secciones más fuertes –para iniciar una escalada con las demás– con 2 obreros muertos y 51 heridos de bala de la siderúrgica de ciudad Lázaro Cárdenas, sin lograr el ejército el desalojo de los obreros ni la aprehensión de los líderes, al contrario, el ejército fue retirado por ellos, **c)** de 2006 a 2014 interponen demandas

penales y órdenes de encarcelar, contra el líder Napoleón Gómez Urrutia (NGU) y lo obligan al exilio forzado en Canadá, **d)** de 2005 a 2016 lanzan demandas laborales y civiles contra el SM por 55 millones de dólares, con ese pretexto el gobierno interviene las cuentas bancarias del sindicato para ahorcarlo, **e)** en 2007 recupera el SM la toma de nota con un amparo, pero el gobierno vuelve a negarla de 2008 a 2012, además de que en 2011 la niega para 28 secciones del SM, nótese que sin la toma de nota el Sindicato o las secciones no son reconocidos por las empresas y autoridades, pierden su función¹.

En los 5 casos el SM pudo sobrevivir por la férrea unidad, organización e inteligente dirección, y por ganar los juicios con amparos, en la segunda instancia, incluido el penal de NGU. Lo que evidencia que las acusaciones de gobiernos y empresas² fueron falsas e ilegales, para acabar con el SM, su líder y la libertad sindical.

Tres grupos oligárquicos de la minería y metalurgia, concertaron con los gobiernos de Vicente Fox (2005 a 2006), de Felipe Calderón (2006 a 2012) y el actual de Peña Nieto, las agresiones al SM. En el caso de Grupo México (GM) al no lograr la caída del SM ni de NGU en 2006, despoja de un manotazo “legal” al SM de 8 secciones y contratos colectivos de trabajo (CCT) en 2007, con el indispensable apoyo del aparato de gobierno en turno. Lo mismo hace el Grupo Peñoles (GP) en 2010 con 9 secciones y 9 CCT. El Grupo Acerero del Norte (GAN) desde 2009 recurre a la vía represiva con golpeadores, de hecho arrebata 10 secciones y 10 CCT. Así, 9 mil obreros pasan a otro sindicato elegido por el patrón de GM, lo mismo 6 mil obreros pasan a un sindicato creado por GP y, 11 mil más de GAN pasan a formar parte de un sindicato simulado por el dueño de GAN. Fueron 27 secciones sindicales y 27 CCT los despojados, de un total de 136 secciones y fracciones (y CCT), con la orquestación del gobierno, empresarios y fuerzas armadas, recurrieron a supuestos conflictos inter-sindicales ante la opinión pública y los medios, pese al Convenio 87 de la Organización Internacional del trabajo (OIT) ratificado por México.

Vale decir que esos 27 CCT los convirtieron en contratos colectivos de protección patronal (CCPP), en convenios colectivos degradados a lo mínimo con claro daño a los obreros, como veremos más adelante.

De las huelgas del SM de 2006 a 2016, la mayoría fueron declaradas “inexistentes” por los gobiernos, a través de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA) que no es autónoma, depende del poder Ejecutivo. La última huelga del

¹ GÓMEZ URRUTIA, N., *El colapso de la Dignidad*. Edición Colofón SA de CV y La Jornada Ediciones. Impreso en Estados Unidos 2014. Expone las principales agresiones a los mineros y a él, así como las luchas, la dignidad y los avances de la organización minera. Con los comentarios de importantes dirigentes sindicales del mundo.

² En las Quejas ante la OIT está ampliamente documentados estos conflictos, el caso 2478 del 22 de julio de 2008 sobre el ilegal retiro de la toma de nota de NGU presentado por la FITIM, y el caso de los contratos colectivos de protección patronal (CCPP) el caso 2694 presentado por la FITIM el 5 de febrero de 2009.

4 de marzo de 2016 de los mineros de Lázaro Cárdenas, la autoridad para impedirla archivó el expediente una hora antes de iniciar la huelga, pero duró 10 días, y para el gobierno no existió, por su política de “cero huelgas”. Las tres huelgas de Cananea, Taxco y Sombrerete de 2007 hasta hoy siguen sin resolver, varias veces fueron declaradas “inexistentes”, pero continúan por los amparos ganados ante autoridad superior. Esa política formó parte de la agresión sistemática al SM por los tres gobiernos y los grupos empresariales. Salvo las huelgas del SM en el Grupo Frisco (GF) de 2013, resueltas sin intervenir el gobierno o la JFCA, sólo por la empresa y el SM.

Ni qué decir de los conflictos colectivos por la titularidad de los CCT cuya prueba central es el recuento de votos, para que solo los obreros elijan el sindicato que los represente y sea el titular del CCT. El SM de 2006 a la fecha, ha llevado más de 50 recuentos, una acción básica de libertad sindical, con trampas ilegales y agresiones físicas de los 3 gobiernos. Hoy se encuentran 13 recuentos frenados por las autoridades, que impiden que los obreros ejerzan la garantía de libertad sindical, porque de llevarse a cabo alguno lo ganaría el SM.

De las minas inglesas en general, la situación es mucho peor, en particular aquellas en las que se explota las vetas delgadas de carbón.

Federico Engels. 1845

La peor de todas las agresiones a los mineros, su organización y líder del siglo XXI fue la muerte de 65 obreros y 19 heridos, en la tragedia de Pasta de Conchos, por un homicidio industrial de GM y el gobierno de Fox, ocurrido el 19 de febrero de 2006 con la explosión en la mina de carbón. Dos años previos, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) realizó inspecciones que concluyen el 7 de febrero de 2006, autorizando seguir las labores, cuando un año atrás la inspección advierte el gran peligro, el patrón y la autoridad incumplen las normas y producen la explosión. 5 días después de la tragedia, la empresa y la STPS deciden concluir el rescate de los mineros, sin saber aún si quedan vivos algunos mineros. En cambio, en la mina San José de Chile, a los 17 días del siniestro seguían vivos 33 obreros. Y lo peor: hasta hoy 63 cadáveres siguen sin rescatar, la negativa oficial carece de una justificación legal y racional. Salvo ocultar la verdad de la explosión y sus causas, no hay otros motivos, intentando que el olvido de la tragedia prevalezca, en contra de la verdad y el castigo al patrón³.

La tragedia llevó al líder sindical a denunciar la explosión como homicidio industrial y a los responsables, la empresa y el gobierno. En respuesta, se gira-

³ Sobre la tragedia de Pasta de Conchos del 19 de febrero de 2006, está ampliamente documentada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) con información oficial en sus Recomendaciones núm. 26/2006, después sobre otro caso –mina Lulú– que hace referencia a la irresponsabilidad de los inspectores de la STPS, la Recomendación 12/ 2011 y una más sobre Pasta de Conchos la 64/2008, tales recomendaciones son públicas.

ron órdenes de aprensión de NGU, obligándolo a salir de su país y a radicar en Canadá. El costo para quedarse en México era su silencio. Apenas tuvo tiempo de organizar el SM de tantas agresiones, cuando el 2 de marzo de 2006 inició la huelga general minera en todo el país de dos días de 97 mil obreros. Salvo en el caso de Lázaro Cárdenas, que seguirían el paro: primero hasta el 20 de abril, y luego hasta ganar la lucha el 8 de agosto de 2006, con un gran triunfo y un monumento a los caídos, en un arreglo solo entre empresa y sindicato, sin la autoridad.

Por otro lado, se ha ido degradando la irresponsabilidad patronal en las minas, dentro y fuera, debido a la política neoliberal que pensando en favorecer al capital a toda costa lo vuelve más irresponsable y rentista al incentivar el lucro y abandonar el gasto social, como algo secundario. En México no se castiga la irresponsabilidad patronal que daña el medio ambiente y al equilibrio ecológico, menos aún los daños a las personas. En casi todas las grandes minas, las plantas metalúrgicas y siderúrgicas, a su alrededor existen enormes basureros de desechos tóxicos. Pero GM no lo repite en las minas de Arizona y Texas que tiene allá, porque el castigo es costoso, no así en México y Perú en donde los gobiernos son serviles. Veremos qué ocurre con las nuevas minas de GM en España⁴.

Aún no desciframos el enigma de si el capitalismo en su decadencia parió al neoliberalismo para renovar su fachada o, si éste apresura la caída del sistema, el más irracional de la historia: el forjador de las guerras mundiales, las coloniales y la destrucción ecológica del planeta.

Pero como siempre, en el primer mundo o países desarrollados se cuida más todo y dejan que el tercer mundo o países en desarrollo sea su basurero. PKC en Finlandia es ejemplar, pero en México es una porquería, Fiat en Italia igual, pero Teksid es un asco en Coahuila. Como decía Galeano en la división internacional del trabajo al tercer mundo le toca la peor parte, con 500 años especializados.

En México llevamos dos generaciones de gobiernos neoliberales de 1982 a 2016, la primera casi logra destruir los avances de la Revolución de 1910 y la Constitución de 1917, al mismo tiempo que borrar la historia. La segunda viene peor, más pretensiosa e ignorante, quiere acabar con todo el pasado, sin precisar el futuro al que apunta, guiada por un neoliberalismo torpe que no acierta entre poner a la nación en manos de USA o, algo peor: de Trump. Para alcanzar ese fin ya han cometido tres fraudes electorales presidenciales en 1988, 2006 y 2012.

La reconstrucción de los hechos y la cronología del SM es casi imposible, porque eran más de 136 secciones y fracciones sindicales en 2006, pero podemos afirmar que difícilmente hay una sección o fracción que dejara de luchar en estos años, de tal suerte que es muy difícil incluir todas sus luchas aquí, pues incluso en los escasos tiempos tranquilos el SM se abstiene de obedecer la política del gobierno

4 El Informe Anual de Grupo México 2005 contiene los datos de los conflictos o las huelgas en Estados Unidos, Perú y México de 2004, Informe que presenta GM a la Bolsa Mexicana de Valores.

de “tope salarial”, el incremento anual que niega la libre negociación colectiva, producto de una política impositiva de bajos salarios, que la principal central CTM y la mayoría de los sindicatos aceptan. Porque oponerse significa luchar, nada se logra inclinando la cabeza como la mayoría de los sindicatos y la CTM.

Los aumentos salariales y prestaciones del SM son famosos entre los trabajadores del país, por estar encima del “tope” desde hace años. Por ello crece el prestigio del SM, aunque sean pocos los que adviertan que el prestigio, en el fondo, radica en la independencia y autonomía sindical.

En estos años el SM no solo ha resistido los brutales embates, también avanza y crece pese a todo, para eso lucha todo el tiempo y se replantea su táctica y las perspectivas. Difícilmente hay otro sindicato nacional que haya resistido y avanzado tanto como el SM, *en estos tiempos de excepción tan largos*.

2. ALGO DE HISTORIA DE LAS MINAS Y LOS MINEROS

*Que yo, señora, nací
en la América abundante,
compatriota del oro,
paisana de los metales,
(...)*

*Que Europa mejor lo diga,
pues ha tanto que, insaciable,
de sus abundantes venas
desangra los minerales.*

Sor Juana Inés de la Cruz. 1680.

La minería existió desde la era prehispánica y su transformación en piezas de lujo o de uso doméstico o de trabajo, pero de modo artesanal, a gran escala y para el mercado mundial sería desde 1521.

La protesta en las minas de la colonia tardó en surgir con la organización libre fuera del trabajo, no obstante, las condiciones de explotación en los dos primeros siglos serían las más severas de las que se tiene memoria. En cambio, abrir *la ruta de la plata* de Guadalajara a Zacatecas, provocó la mayor rebelión indígena de los tres siglos, la guerra del Mixtón de 1541, los indígenas intentaron evitar el desalojo de sus ricas y sagradas tierras, el saldo fue de más 100 mil indígenas muertos (2).

Las luchas mineras son remotas –las más antiguas de la clase obrera de México–, se registran por los abusos patronales desde 1720 en Santa Eulalia y al norte de la Nueva España con los llamados *tumultos* precursores de la huelga, pero destaca

la de 1776 en las minas más ricas de Pedro Romero de Terreros, en Real del Monte cerca de Pachuca, que enfrenta la mayor protesta, cuya acción minera el *tumulto* resulta eficaz para lograr las demandas⁵. Y como la mayoría de los trabajadores, los mineros participan en las gestas nacionales definitivas en la Historia.

Sobresale su acción en la guerra de Independencia de 1810, en “el incendio de la pradera” encabezada por Hidalgo en Dolores, San Miguel, Irapuato, Guanajuato, el Cerro de las Cruces y otros lugares. Los mineros fueron decisivos para derrotar al ejército español en la Alhondiga de Granaditas el 28 de septiembre de 1810, “la Bastilla mexicana”. Manejaban con igual destreza la pólvora en las minas que en las luchas populares. El famoso Pípila, en contra lo que dice la historia oficial, era un minero enfermo y viejo que con valor logró destruir el principal baluarte de la Corona española, “lo que horrorizó a las buenas conciencias”, por el saqueo de las casas de los peninsulares, donde estaban las minas más ricas de su tiempo⁶.

Durante el siglo XIX al cambiar la minería, que deja de ser exclusiva de oro y plata para pasar a la era y explotación industrial del cobre, carbón, hierro, etc., con la producción metalúrgica, las luchas cobran una presencia industrial. A finales del siglo XIX, México transitaba al capitalismo -no el clásico, sino al subdesarrollado y dependiente que impuso la atrasada burguesía local y el imperialismo europeo, desplazado por el norteamericano. En 1910 en México había un millón y medio de asalariados, 906 mil obreros y 762 mil trabajadores en servicios, de ellos 85 mil eran mineros, 103 mil obreros textiles, 28 mil ferroviarios⁷. Bajo la dictadura de 1870 a 1910 se prohibieron los derechos políticos y sociales, la huelga y los sindicatos.

*Sube a nacer conmigo, hermano.
Dame la mano desde la profunda
zona de tu dolor diseminado.*

Pablo Neruda. 1953.

Con el avance del capitalismo, el minero deja de ser un gremio aislado se convierte en parte de la clase obrera, como lo advierten los Flores Magón en el programa del Partido Liberal Mexicano de 1906: la clase obrera y los campesinos

⁵ M. LADD, D., *Génesis y desarrollo de una huelga*. La lucha de los mineros mexicanos de la plata en Real del Monte, 1966-1975. Ed. Alianza editorial. 1992.

⁶ GARCÍA, P., *Con el Cura Hidalgo en la Guerra de Independencia*. Empresas Editoriales 1948. El autor fue amigo y compañero de Miguel Hidalgo lo siguió en sus luchas de 6 meses, en el “incendio la pradera” levantando al pueblo por su independencia de España. Estuvo presente en la caída de la fortaleza de la Alhondiga el 28 de septiembre de 1810, cuando el Pípila, Juan José de los Reyes Martínez Amaro usó la pólvora contra la fortaleza.

⁷ AGUILAR, A., *Dialéctica de la Economía Mexicana*. Ed. Nuestro Tiempo. 1967. Igual otros autores definen que el México desde finales del siglo XIX ya era un sistema capitalista, pero subdesarrollado y dependiente, por el dominio del imperialismo norteamericano desde entonces.

cambian su papel protagónico en la generación de riquezas, en la sociedad y en la lucha de clases, por tanto, en el destino político de la nación. No en vano el programa del PLM y las luchas magonistas fueron precursores de la Revolución del 1910 y del famoso artículo 123 de la Constitución de 1917⁸.

En Cananea surge la primera huelga moderna de la clase obrera en 1906, ya como sujeto político del cambio, ratificados ambos, clase y huelga, en la Constitución de 1917, con la participación –como diputados– de los líderes de Cananea Manuel M. Dieguez y Esteban Baca Calderón, junto con el minero de Guanajuato, Nicolás Cano, apoyados por Francisco J. Mújica, abanderados políticos y sociales.

En 1911 y 1912 se forman los frentes mineros armados de Cananea, Sonora, y Rosita, Coahuila, a la vez que crearon el Sindicato Nacional de Mineros en 1911, impulsan la creación de la CROC en 1918. Pero la degradación de la central retira a los mineros, para formar en 1934 el Sindicato Nacional Minero en Pachuca⁹, e integrar el Comité Nacional de Defensa Proletaria de 1935 y la fundación de la CTM en 1936, aquella CTM progresista, plural e internacionalista, que fundó la Central de Trabajadores de América Latina (CTAL) en 1938, la primera en la región. Bajo el gobierno de Lázaro Cárdenas antifascista y antiimperialista.

Según Lorenzo Meyer y Guadalupe Marín¹⁰, durante el cardenismo (1934-1940) los sindicatos crecen como nunca en el país, de 300 mil a 900 mil miembros, igual que el cooperativismo, más en las zonas apartadas, favoreciendo al SM. En Guanajuato topa con una reacción beligerante que desconoce al sindicato y provoca una marcha de mineros y familias a la capital en 1936, que tuvo el apoyo del General Cárdenas para su triunfo. Pero la lucha de los mártires mineros del 22 de abril de 1937 de Guanajuato, fue diferente: el patrón yanqui en secreto usó bandoleros a sueldo para asesinar a los 6 líderes mineros en la carretera. Lo que levantó una enorme protesta nacional. Semanas después moría el patrón yanqui “accidentado” en el fondo de su mina, sin que la autoridad supiera quién lo había matado.

8 El programa del Partido Liberal Mexicano de 1906 –que encabeza Ricardo Flores Magón–, reconoce a la clase obrera y al campesinado como sujetos colectivos con derechos políticos, laborales, sociales y económicos, por lo tanto como actores políticos del cambio al que llama el PLM. Además de influir políticamente a las fuerzas de la revolución de 1910 y de influir en la Constitución de 1917, reconoce a obreros y campesinos un potencial de lucha en 1906. Lo que la historia demostró.

9 AGUILAR, J. (coordinador), *Minero Metalúrgicos*. De la serie: Los sindicatos nacionales. GV editores. 1987. El libro recoge una serie de estudios sobre el gremio minero metalúrgico y sus luchas históricas, uno se dedica a la creación del Sindicato Minero en 1934, el 11 de julio. Que fue el segundo y definitivo intento, el primero fue en Rosita, Coahuila, en 1911, pero al adherirse a la CROM en 1918 naufragó.

10 MEYER, L., *Las raíces del nacionalismo petrolero en México*. Ed. Océano. 2009. Guadalupe Rivera Marín: *El Mercado de Trabajo*. Ed. FCE, 1955. Ambos autores con distintas fuentes señalan el enorme crecimiento de la tasa de sindicalización en México de 1934 a 1940, la era cardenista, del 300% o sea de 300 sindicalizados a 900 mil en esos 6 años. De igual magnitud fueron las huelgas que hubo y el impactante crecimiento de la economía nacional, impulsada por el estado cardenista con nacionalizaciones, la creación de empresas estratégicas, la reforma agraria, educación obrera y campesina, que finalmente impulsa un crecimiento de 30 años, de 1940 a 1970, arriba del 7 y 8% del PIB.

En el cardenismo las expropiaciones de empresas extranjeras petroleras, eléctricas, azucareras, ferroviarias y otras, surgieron de las luchas y demandas obreras y del gobierno cardenista. La reforma agraria, de las más importantes de Latinoamérica, fue precedida por una huelga de 25 mil jornaleros y sus familias en la Comarca Lagunera en 1936. La expropiación petrolera de la Royal Dutch y la Standar Oil en 1938 (las empresas más poderosas del mundo) fue precedida de varias huelgas de 1933 a 1937, el logro obrero y popular fue a un año de iniciar la Segunda Guerra Mundial, que volvió estratégico y más codiciado el petróleo y sus derivados.

A la par crecen las cooperativas, empresas cerradas por la crisis y recuperadas por los obreros, otras las crean mineros, azucareros y otros grupos de zonas apartadas, para bajar precios del transporte, los alimentos, los servicios, etc., crecen de 778 a 1715 cooperativas y de 21,762 a 163,501 cooperativistas, de 1934 a 1940¹¹.

Uno de los grandes triunfos del SM fue la huelga del 10 de julio de 1944, por aumento salarial y para fijar en una fecha la revisión de todos los CCT, duró 40 días. La ofensiva imperialista de la *American Smelting and Refining Company* (ASARCO) de los Guggenheim y los medios, contra la huelga fueron feroces, al grado de influir al presidente Ávila Camacho para impedir la huelga con el tema desembarco del 6 de junio de 1944 en Normandía, ASARCO exportaba a Estados Unidos materia prima minera, metalúrgica y siderúrgica para la guerra, pero a costa de los bajos salarios mexicanos. El líder sindical Juan Manuel Elizondo hizo responsable a ASARCO de la falta de ayuda de México a EU, no a la huelga. Así fue un triunfo minero antiimperialista¹².

El sexenio de Miguel Alemán (1946-1952), el más antisindical del siglo XX, creador y ejecutor de los charrazos, con el uso del Ejército contra los sindicatos nacionales independientes (ferroviarios, petroleros, textiles, electricistas, mineros y otros), en 1951 fue la agresión al SM para subordinarlo, tuvo como resistencia la huelga histórica y la caravana del hambre de los obreros de Nueva Rosita, Cloete y Palau, hasta la humillante derrota, para imponer bajos salarios a favor de ASARCO y la pérdida de la independencia del Sindicato Minero.

En adelante y hasta al año 2001, se dieron cientos de luchas en el gremio minero, metalúrgico y siderúrgico por restablecer el sindicalismo independiente. Memorables fueron las lucha de SPICER de 1975, de Monclova de 1976 por las utilidades y la protesta de Real del Monte de 1985 por las pésimas condiciones de salud, los mineros desnudos protestaron y sus fotos recorrieron el mundo. Sería con

11 ROJAS CORIA, R., *Tratado del Cooperativismo Mexicano*. FCE. 1952. Es el estudio más serio del cooperativismo, el hermano del sindicalismo poco estudiado y menos apreciado, que nos da cuenta que cuando más creció en México fue en el cardenismo: de 778 cooperativas a 1,715 de 1934 a 1941, de 21,762 cooperativistas a 163, 501 y su capital de un millón 524 mil pesos a 15 millones 266 mil.

12 Ver escrito de ELIZONDO, J.M. sobre “la huelga general de mineros de 1944”, en revista Trabajo y Democracia Hoy, no. XX: *Las 100 luchas obreras del siglo XX*. 5^a edición de 2010. Coord. CORTÉS, G. y ALZAGA, O. Es una de las reflexiones más lúcidas de un líder sindical antiimperialista y en plena guerra mundial.

la llegada de Napoleón Gómez Urrutia (NGU) en 2001, al morir su padre, que en 2002 sea electo, cuando cambia la política del SM, como oposición de la política neoliberal y establece una firme postura sindical independiente.

En México, la Revolución del 10, la Constitución del 17 y el Estado Social forjado en el cardenismo, sentaron las bases de un desarrollo nacional fuerte que se expresa en el “milagro mexicano” durante tres décadas de 1940 a 1970 con altas tasas de crecimiento del PIB. La revolución y el cardenismo fueron decisivas para el futuro, permitieron una política de soberanía nacional e internacional, como fue abrir el país al exilio español y latinoamericano con claras posturas de izquierda, o nunca romper las relaciones con Cuba, cuando toda América aceptó la imposición yanqui. Pero a la vez, poco a poco se fue debilitando el Estado Social, la economía mixta y la soberanía relativa. Las luchas sociales que lograron establecer el Estado Social se fueron espaciando. Un sistema presidencialista antidemocrático en descomposición y la corrupción del PRI, junto a las crisis internacionales y nacionales, fue alejando los postulados originales, como lo expresó el movimiento estudiantil de 68, el levantamiento zapatista en 1994 y los fraudes electorales de 1988, 2006 y 2012.

3. EL PANORAMA INTERNACIONAL LABORAL Y SINDICAL

La economía norteamericana necesita los minerales de América Latina como los pulmones necesitan el aire.

Eduardo Galeano. *Las venas abiertas.* 1971

La influencia neoliberal iniciada por Reagan y Thatcher, la abrazan la oligarquía, el PRI y el PAN desde 1982 y se dedican en acuerdo a desmontar el Estado Social y en tres décadas lo sustituyen por el Estado Neoliberal: a favor de los monopolios y la derecha, que hoy llega a su peor momento: con la entrega de los energéticos de Pemex y CFE, las empresas fundamentales de la economía y la soberanía nacional. Estados Unidos ensaya el modelo neoliberal en Chile de 1977 a 1990, en la dictadura, sin garantías ciudadanas imponen el modelo privatizador de seguridad social y las nuevas relaciones de trabajo flexibles con una simulación de ley laboral. Tal modelo se aplicó después en Latinoamérica en los años 90¹³.

Es cierto, el panorama que vive México y la clase obrera no es exclusivo, en general el mundo se desliza a la derecha desde la caída del socialismo, ya sin obstácu-

¹³ Ver el excelente estudio del modelo neoliberal en chileno impuesto en la dictadura de varios autores, en la revista *Problemas del Desarrollo* no. 234, de la UNAM. Exhiben los modelos neoliberales creados por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional para destruir los derechos del trabajo y la seguridad social. Fuera de la dictadura chilena, el primer país en aplicar el modelo, fue Colombia en 1990 con la Ley 50 laboral.

lo, quedan libres las empresas transnacionales para hacer lo que quieran con los trabajadores, su explotación, derechos y organizaciones. Desde los años 70, pero más después cayó la tasa de sindicalización internacional, se debilitan los sindicatos y va apareciendo la pérdida de derechos colectivos, prestaciones como la pensión y la jubilación, se van deformando los CCT en contratos colectivos de protección patronal (CCPP), denunciados en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como el caso 2694, México, presentado el 5 de febrero de 2009.

Ante los experimentos del Fondo Monetario internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y otros, en relación a la reforma laboral que flexibiliza las relaciones de trabajo y la reforma a la seguridad social pública al iniciar los años 90, fueron los “conejillos de indias”. Desde luego la política neoliberal que afecta a todo el mundo, lo hace de modo diferente según sea la organización sindical y su resistencia: local, nacional o internacional.

4. EN EL SIGLO XXI

*No amo mi patria.
Su fulgor abstracto
es inasible.
Pero (aunque suene mal)
daría la vida
por diez lugares tuyos,
cierta gente,
puertos, bosques de pinos,
fortalezas,
una ciudad deshecha,
gris, monstruosa,
varias figuras de su historia,
montañas
-y tres o cuatro ríos.*

José Emilio Pacheco. 1968.

Desde 2002, el SM se pronunció contra la política de topes salariales y establece una práctica de resistencia que logra rebasar los topes para el gremio; se opone a el impuesto al salario y a las prestaciones; a las reformas laborales neoliberales de Fox y Calderón. NGU planea y ejecuta una serie de programas del SM: El Minero Seguro, con seguros de vida para obreros, El Minero con casa, Minero Sano y otros proyectos se realizaran, pero serían interrumpidos por las agresiones. Además de las mejoras vía las revisiones anuales de los CCT. Con la CROC y la mayoría de sindicatos intentan cambiar la dirección del Congreso del Trabajo

(CT, organismo cupular). Pero en 2005 y 2006 el gobierno de Fox abiertamente se opone al cambio y a la libertad sindical.

Sin embargo, el conflicto más fuerte de estos años, serían las huelgas en las plantas de Cananea en 2004, que junto con otras huelgas en Perú y Estados Unidos contra empresas del GM –como lo reporta el informe anual GM de 2004–, en una acción internacional obligaron a la empresa a pagar el 5% -los 55 millones de dólares¹⁴ de las acciones a los mineros, por la privatización de Cananea, que le empresa se negaba a cumplir desde 1989. Fueron las huelgas de Mexicana del Cobre del 12 de julio de 2004, de Cananea el 15 de octubre de ese año, las de Cuajone y Toquepala, Perú, el 31 de agosto de 2004 y las de Tucson, Arizona, de agosto de 2004. Así, con la solidaridad internacional, el Sindicato Minero obligó al grupo de Larrea a pagar los 55 millones de dólares, el 24 de enero de 2005¹⁵.

Pero obligar a un oligarca a cumplir la ley, perece imperdonable para su moral, la que bien definía Buñuel: “la moral burguesa para nosotros es lo inmoral”. Ese pago provocó la ira y la venganza del oligarca, quien previamente había “apoyado” con dinero los fraudes electorales y seguiría, para tener gobiernos incondicionales a sus intereses, eso explica en buena medida su moral. El estilo oligárquico es atacar a muerte, pero a través de otros a su servicio, sin dar la cara el oligarca, como bien los retrata Carlos Fuentes en *La región más transparente*, en 1958.

En enero de 2006, a través de Elías Morales y secuaces, GM acusó de fraude a NGU, de quedarse con los 55 millones de dólares sin repartir a los mineros. Por la vía penal, civil y la laboral se acusó a NGU por “obreros” encabezados por Elías Morales, la misma persona que encabezó al asalto al edificio sindical y quien recibió la toma de nota de la STPS, el líder sindical era un empleado de Germán Larrea.

El 17 de febrero de 2006, la STPS retiró la toma de nota o representación sindical a NGU y la entregó el mismo día al asaltante, a quien el Grupo México y el gobierno panista intentan poner como líder de los mineros y el SM, a través de varios intentos, como el asalto a la sede sindical con 300 golpeadores el mismo día 17 de febrero de 2006, la agresión de militares del 20 de abril de 2006 de

¹⁴ Los 55 millones de de dólares que tuvo que entregar GM al SM, se volvieron motivo de una sucia campaña publicitaria en TV, radio y prensa, que acusó por dos años a NGU de haber robado ese dinero a los mineros y que esa era la causa de que radicara en Canadá: huir de la justicia mexicana. Los spots de Televisa y Tv-azteca fueron impactantes, hasta personas de izquierda y universitarios creyeron la mentira. Pero cuando el SM apoyado por la FITIM presentó el 19 de junio de 2007 al presidente Felipe Calderón y a la Cámara de Diputados el estudio detallado del reparto de los 55 millones, hecho por una casa Suiza, esos medios callaron, salvo excepciones como Carmen Aristegui, Miguel A. Granados Chapa, la Jornada y otros. Las poderosas televisoras son expertas en hacer campañas sucias en los fraudes electorales y contra personas honestas.

¹⁵ El informe anual de GM de 2005 ante la Bolsa Mexicana de Valores, señala los conflictos sindicales que le presentaron a GM en Perú, Estados Unidos y México, en apoyo y solidaridad con el SM en 2004. Lo mismo que el investigador Francisco Zapata del Colegio de México en su ensayo: *Las huelgas mineras en México 2005-2006. Del corporativismo a la autonomía sindical*. Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Monterrey–UDEM. Primavera, 2007.

Las Truchas, en Lázaro Cárdenas y el asesinato de 2 obreros, que documentó la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), en su Recomendación 37/2006. Durante un año dos meses tuvo la toma de nota Elías Morales como secretario general del SM, pero ese tiempo tuvo el rechazo de los obreros, hasta que el SM ganó el amparo y se le reconoció a NGU como legítimo dirigente, en el exilio forzado.

5. EL ESTILO DEGRADADO E IRRESPONSABLE DE GOBERNAR DEL PAN

*¡Hay una lumbre en Asturias
que calienta a España entera!
¡Y es que allí se ha levantado
la cuenca minera!*

Canto a la huelga general de Asturias, 1962.

Pocas veces se habían visto gobiernos tan serviles como el panista (9), que burda y servilmente hizo suyas las posturas patronales regresivas contra los trabajadores, al grado de parecer el gobierno empleado del patrón. El caso de Fernando Gómez Mont, ilustra todo: que de ser un abogado de GM en 2008, apareció en el gobierno de Calderón como flamante secretario de Gobernación –el segundo cargo del país–, y dejarlo en 2010, para volver a GM. Pero el cargo más grotesco de los 12 años de gobiernos del PAN fue sin duda el del secretario de Trabajo, Javier Lozano, que al protestar el cargo dijo ignorar el derecho laboral que iba aplicar como el principal responsable de la nación.

Francisco Salazar, secretario de Trabajo del gobierno de Fox, durante la tragedia de Pasta de Conchos el 19 febrero de 2006 a los 5 días de la explosión, sólo repitió la declaración de la empresa. Javier Lozano de 2006 a 2012, parecía más vocero de los empresarios, que funcionario público. Los casos extremos lo representaron Fox que al iniciar su gobierno se declaró como “gerente de la nación” y que gobernaría como tal, comparando a la nación con una empresa. Y Calderón llegó al extremo de festejar con empresarios del mundo el triunfo de su gobierno sobre la huelga de Cananea en 2011. No fueron gobernantes, sino como viles empleados del capital.

Pero igual han sido los gobiernos del PRI: De la Madrid, Salinas, Zedillo y el actual, de Peña Nieto, que los panistas, con mayor o menor énfasis siguen la política neoliberal al servicio de la oligarquía despatriada –nacional o extranjera–, y entregan al país a Estados Unidos. Unos en la forma “ladina” y zorra de la vieja escuela del PRI y otros con la torpeza de los “nuevos ricos” en el gobierno.

“De sus abundantes venas desangra(n) los minerales”, decía Sor Juana en 1680. Hoy los neoliberales han llevado al extremo el despojo de las riquezas mineras y

la soberanía nacional. El diario *La Jornada* del 14 de noviembre de 2011, señaló: “Con Fox y Calderón, los barones mineros duplican el oro extraído en la colonia.” “En la década panista los corporativos extrajeron 380 toneladas de oro; España 182 en 300 años.” “El territorio cedido por el *blanquiazul* equivale al que la dictadura de Porfirio Díaz arrebató a los pueblos originarios para entregarlos a los terratenientes entre 1883 y 1906”, “En diez años de panismo les concesionaron 52 millones de hectáreas.” El equivalente al 26% del territorio nacional¹⁶.

6. LAS LUCHAS MINERAS DE 2012 Y 2013

(…)*Ahí viene el hombre, ahí viene
embarrado, enrabiado contra la desventura, furioso
contra la explotación, muerto de hambre, allí viene
debajo de su poncho de Castilla.*

*Ah, minero inmortal, ésta es tu casa
de roble, que tú mismo construiste. Adelante: te he venido a
esperar, yo soy el séptimo de tus hijos. (...)*

Gonzalo Rojas. *Carbón.* 1960.

En el último año del gobierno de Calderón arreciaron las agresiones contra el SM, en la impotencia de no haber destrozado al SM. El 26 de octubre de 2012, la JFCA emitió un laudo, que condenó al SM a pagar los famosos 55 millones a casi 2600 obreros, la mayoría sin ser miembros del SM, cuyas demandas eran extemporáneas y carecían de bases legales, además de repetir acusaciones y argumentos de las demandas penales en contra de NGU y civiles contra el SM. Las demandas laboral, civil y penal, eran promovidas por GM a través de sus títeres.

Por el supuesto delito penal de NGU, los gobiernos panistas admitieron 11 veces la misma acusación y las mismas pruebas, no obstante que en 10 ocasiones las sentencias contra NGU no progresaron. Lo que es contrario a la ley: nadie puede ser acusado dos veces por el mismo delito. Al final, NGU ganó el juicio penal en definitiva, demostrando su inocencia plena el 28 de agosto de 2014. Pero al solicitar garantías ciudadanas para su seguridad y de su familia para el retorno a México, pues varias veces fue amenazado, difamado, etc. El gobierno actual lo negó hasta la fecha, por lo que vive el exilio forzado, tipificado por la OIT.

16 Un suplemento especial de *La Jornada* del 14 de noviembre de 2011, dedicado a la: *Minería 500 años de saqueo*. Ilustra ampliamente la entrega del 26% del territorio nacional, ya que la Ley Minera reformada en 1972 por Salinas de Gortari en el artículo 6, determinó que la explotación minera era un derecho de propiedad preferente ante las demás propiedades. Y siendo el mismo gobierno el encargado de otorgar las concesiones mineras a los particulares quedó redondeado el negocio de la privatización minera y la entrega de la soberanía nacional y popular. Otros estudios señalan que es el 21% del territorio nacional. Pero el doctor Federico Guzmán López afirma que para el estado de Zacatecas llega al 40%, debido a que es una región minera de 500 años de historia.

Cuando la Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas (FITIM) el 31 de agosto de 2007¹⁷ acreditó al gobierno y al presidente, el reparto de los 55 millones que se hizo a los mineros por el Sindicato, con la auditoría independiente realizada por la *Horwath Berney Audit S. A.* una casa suiza, y que gobierno retiene ilegalmente más de 20 millones de dólares, que son del SM, no se dio respuesta a la FITIM.

En realidad las demandas laborales y penales fueron patrocinadas por el Grupo México, a través de falsos trabajadores como Elías Morales, que es el mismo golpeador que asaltó el edificio Sindical el 17 de febrero de 2006, que el mismo día Francisco Salazar titular de la STPS le entregó la toma de nota de dirigente del Sindicato, con fundamento en los 55 millones. La toma de nota que retiró a NGU, le que fue devuelta gracias a un amparo en abril de 2007.

El gobierno de Calderón volvió a retirar ilegalmente la toma de nota a NGU en mayo 2008, que 4 años después fue devuelta el 2 de mayo de 2012 por resolución de la Suprema Corte de Justicia de las Nación (SCJN). Tan arbitraria fue la negativa que se basaron en que NGU no era trabajador y en que vivía fuera del país, en un acto de intromisión en la vida sindical, que tiene prohibido la STPS y el gobierno. La resolución de la SCJN limitó las facultades de la autoridad en los asuntos sindicales, en base al magistrado que planteo la contradicción de tesis.

Asimismo, la STPS en 2012 había negado 29 tomas de nota de las secciones sindicales. Para estrangular al SM al dejarlo sin representación legal para fines de 2012, antes de concluir el gobierno. Pero al resolver la contradicción de tesis 30/2011 citada, la SCJN se declaró a favor de la no intervención de la STPS, y se vino abajo el plan del gobierno de Calderón. Este triunfo del SM tuvo resonancia internacional en la OIT y en Industriall, en el que militan los obreros del SM.

Como ya se señaló, el SM ha tenido la costumbre en esos años, en todas las secciones y fracciones en el país, de revisar los CCT sin acudir a la STPS, negocia libre y directamente con los empresarios los aumentos salariales y las prestaciones, arriba de los topes oficiales, con aumentos del 6%, 8% y más al salario y 5 o 6 % a prestaciones, así como bonos de productividad a cambio de las utilidades, gracias a que el SM cuenta con planes de productividad y competitividad que le permite conocer la economía de las empresas y su funcionamiento, lo que le ha dado fama y prestigio entre los trabajadores. La mayoría de los sindicatos del país aceptan los topes salariales de 4% máximo –desde octubre 3%– y en prestaciones 2 o 3%, como parte de la subordinación al gobierno.

Este es otro triunfo del SM que influye decididamente en los sectores obreros de la minería, siderurgia y metalurgia, automotriz y autopartes, concita el ata-

¹⁷ Hasta la fecha de hoy el gobierno federal sigue reteniendo 20 millones de dólares de los famosos 55 millones, como embargo de las demandas laborales.

que de otros como de la oligarquía y el Estado, que fincan en buena medida las ganancias del capital en los bajos salarios, la corrupción y la inexistente política social. No en su capacidad de competencia internacional, como lo presumen.

7. LAS HUELGAS DE CANANEA, TAXCO Y SOMBRERETE

Color de sangre minera tiene el oro del patrón.

Atahualpa Yupanqui. *Preguntitas.* 1962 .

Las tres Iniciaron el 31 de julio de 2007 por violaciones a los contratos colectivos de las empresas de Grupo México, al incumplir con las condiciones de seguridad en la minas y desconocer la representación sindical. En los tres casos, las empresas sin bases pidieron la “inexistencia” o improcedencia de las huelgas, que la autoridad concedió, en Cananea hasta 4 veces. Pero como el SM ganó todos los amparos, la empresa de Cananea acudió a un juicio paralelo a la huelga, pidiendo la terminación de las relaciones de trabajo –el despido de casi 1200 mineros– y el cierre de la empresa: “por causas de fuerza mayor”, apoyada en una inspección no realizada por obstaculizarla la huelga, otorgada por el gobierno y aceptada por la autoridad laboral como si se hubiera realizado, lo que le permitió a la empresa cerrar la mina con el apoyo del ejército y desalojar a los obreros de la huelga. Y como el secretario de Gobernación era el ex-abogado de la Grupo México, él se encargó una a una de que todas las autoridades –incluidas las de amparo y la SCJN–, negaran todos los recursos legales al SM. Cerrando así las puertas de la justicia en México.

Entonces el SM acudió el 5 de enero de 2012 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), a pedir su intervención para que recuperaran los mineros sus derechos humanos de debido proceso, el trabajo, la huelga y el CCT.

Cananea es la mina del cobre más grande del país desde hace más de 100 años, el juicio laboral por “causas de fuerza mayor” en un día se realizó completo, incluido el laudo o resolución, que ya estaba listo antes de iniciar, se negaron las demás pruebas e impugnaciones, en la audiencia record el 14 de abril de 2009.

Tan falso resultó el argumento de las “causas...” que cuando cerró la mina y fueron despedidos los obreros, a las dos semanas reabrió la empresa, el 6 de julio de 2010 con la intervención del ejército y paramilitares, con otro nombre, otros obreros, otro sindicato y otro CCT, ahora convertido en CCPP. En 2007 cuando inició la huelga, el salario obrero promedio era de 350 pesos diarios, con el sindicato de la CTM en 2012 era de 150 pesos diarios. Con ese cambio de salario se acredita que es un CCPP, tal y como se exhibió en la CIDH. Al finalizar 2011 en Acapulco se realizó un encuentro internacional de empresarios mineros, en el

que el presidente Calderón brindó con ellos por el triunfo patronal en Cananea, como acto de degradación vil de su gobierno¹⁸.

En la huelga de Taxco, se ganó a través de un amparo la inexistencia pedida por la empresa y otorgada por la autoridad. Por lo que, mediante una demanda paralela a la huelga, el empresario pretendió cerrar las minas y despedir a los obreros por estar agotados los yacimientos, con falsas pruebas periciales, mientras declaraba en la Bolsa de Valores que las reservas de las minas eran para 50 años. Perdió el juicio paralelo, pero envalentonado el patrón acudió al soborno de los mineros, aprovechando su situación económica precaria de ellos. Desesperado, después acudió a otra maniobra en enero de 2013: a un incidente innominado para terminar las relaciones de trabajo colectivas, que ha perdido ante la Junta Federal y su amparo está en trámite. Lo que ha resultado admirable es la resistencia minera y la solidaridad del SM con los huelguistas de las tres minas, que llegan casi a 10 años.

En la huelga de Sombrerete, aún más desesperado Germán Larrea, el segundo millonario de México, llevó a más de 300 golpeadores para romper la huelga el 30 de agosto de 2012, de la CROC (Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos) los que ocuparon la entrada de la mina, con el propósito de desplazar al SM, sin que las policías, federal y local, hicieran nada siendo su obligación retirarlos y proteger la huelga como lo dice la Ley Laboral. Ese mismo día la CROC demandó la titularidad del contrato colectivo del SM, ante la JFCA, que a pesar de la huelga autorizó la demanda y de inmediato le dio la fecha del recuento, el 16 de noviembre de 2012, Larrea y sus estrategas calcularon que ganarían la votación de modo holgado, con trampas y todo. A pesar de las denuncias del SM ante todas las autoridades, la protección fue negada, los golpeadores siguieron posesionados de la mina hasta el día del recuento. La sorpresa que llevaron los gobiernos federal y estatal, el patrón y la CROC fue al perder el recuento con 204 votos para la CROC contra 225 del SM. Pese a las trampas y el dinero de Germán Larrea, se impuso el triunfo de la unidad y dignidad minera. El SM llevó su labor organizativa punto a punto y momento a momento, pero el oligarca no contó con que la violencia de la CROC hiciera que sus propios empleados de confianza y secretarías no fueran a votar por temor a ser arrollados, lo que le quitó más de 50 votos.

Otro recurso de GM: la SCJN reconoció a los patrones el derecho a la imputabilidad de la huelga, para dar “equidad a las partes” –capital y trabajo– en el procedimiento, con lo que se atentó contra el derecho de huelga y estableció un precedente funesto con la resolución de septiembre de 2012, ya que la huelga es exclusiva de la parte obrera para su protección, por la desigualdad de las partes, por demás obvia. Para enero de 2013 la empresa también acudió a un incidente

¹⁸ La declaración presidencial parecía propia de una riña callejera: “les ganamos, recuperamos la histórica mina de Cananea”. *La Jornada* 2 de diciembre de 2011.

innominado, que lo pierde en la JFCA y en el amparo, pero al saber que también lo perdía en el recurso de revisión, se desistió un día antes. Con el incidente pretendía dar por terminada las relaciones colectivas de trabajo, como en Cananea. Aún con el descarado apoyo constitucional de la Suprema Corte y la costosísima campaña de medios, no avanzó el millonario.

Pese a todas esas acciones, las tres huelgas siguen y están a punto de cumplir 10 años el 30 de julio de 2017, siendo obligatoria la conciliación al autoridad se niega hacerlo con viles simulaciones, la propia concesión estatal de la minas tiene como condición que éstas trabajen, y no como están Taxco y Sombrerete. De todo, lo más sorprendente es la resistencia, ya que los mineros que laboran aportan el apoyo solidario a los huelguistas.

8. LA LUCHA SINDICAL EN UNA MAQUILADORA DE LA FRONTERA NORTE

“La maquila es un eslabón de la cadena industrial trasnacional, no de la industria mexicana, por lo que no se ha podido convertir en el motor de la industrialización del país, ni en un eslabón interno de la producción nacional.”

Josefina Morales. 2000.

La mayoría de las investigaciones señalan que la principal ventaja comparativa de la industria maquiladora “mexicana” son los bajos salarios, pero poco se adentran en advertir: ¿bajo qué condiciones y cómo se logran esos bajos salarios?: quitando los sindicatos auténticos, con una mera simulación de ellos y los CCT, que sean unos CCPP, la nulidad de los sindicatos y CCT son la base del discreto encanto de *la ventaja comparativa*.

El Tratado de libre Comercio de América del Norte (TLCAN) impulsó la industria maquiladora, de ensamble la mayoría, con tecnología y materia primas de países del primer mundo o controlados por éste. Si las maquilas inician en 1965, crecen desde el TLCAN el 1 de enero de 1994. Cuya fiesta trasnacional la echa a perder el EZLN que se levanta en armas y palos ese día.

De 2000 a 2015 crecen las maquiladoras de 3,300 empresas y un 1 millón 300 mil trabajadores a 6,138 empresas y 2.5 millones de trabajadores, la mayoría como sucursales trasnacionales. Pero los gobiernos neoliberales nativos no solo ofrecen bajos salarios, falsos sindicatos y CCT, “el paquete” incluye acciones ilegales y corrupción a lo grande, autoridades sumisas al patrón y gobiernos surgidos de fraudes electorales que se repiten: un paraíso patronal.

En el caso de Arneses y Accesorios (PKC, empresa finlandesa), los más de 7 mil obreros de esta maquiladora de Ciudad Acuña, Coahuila, de la frontera norte, pidieron al SM su apoyo y afiliarse a él, debido a que el líder y senador Tereso

Medina de la CTM y el PRI, nada hace por los trabajadores, salvo cobrar cuotas y firmar a la empresa lo que pida. En 4 años no se le vio al líder hasta que llegó el SM a demandar la titularidad del contrato colectivo el 3 de febrero de 2012, la que fue archivada por la JFCA: porque el “Sindicato carece de radio de acción”, es minero no de autopartes, lo que contradice el derecho universal de libertad sindical. El amparo lo ganó el SM y el recuento se llevó a cabo el 18 de octubre de 2012 con más de 5 mil trabajadores, ganó la CTM por casi 200 votos a su favor, debido a que la empresa impidió votar a 2 mil obreros e intervino presionando y amenazando a los obreros que querían al SM, en una sucia campaña: “si gana el SM la empresa se va de México”. Se denunció en la OCDE que prohíbe a las trasnacionales violar la libertad sindical, pero nada hizo eficaz, salvo trámites burocráticos.

El 5 de noviembre de 2012 el Sindicato Minero volvió a demandar la titularidad del CCT, ya que la libertad sindical no prescribe, pero la empresa y la CTM maniobran para dilatar la fecha del recuento indefinidamente, por el miedo a que una empresa grande se vuelva “mal ejemplo” para otros obreros del negocio transnacional.

El 14 a 20 de diciembre de 2015 la empresa despidió a más de 100 trabajadores simpatizantes del Sindicato Minero, entre ellos a todo el Comité de la Sección 307 del SM que, pese a sus sucias maniobras, ya perdió el juicio y ante la orden de reinstalar a los líderes despedidos, dos veces se ha negado a cumplir ese derecho constitucional. La OCDE premia a Finlandia como uno de los países del mundo que más cumple la ley –pero la interna–, en el resto del mundo es enemigo extremo de ella, como los belgas en el Congo o cualquier otro país del primer mundo explotando a los seres humanos del tercero.

9. LAS SECCIONES DE COAHUILA, EL ESTADO MINERO

-¿Cuánto necesitan para hacer su revolución? –preguntó Pedro Páramo-.
Tal vez yo pueda ayudarlos.

Juan Rulfo. *Pedro Páramo.* 1955.

El dueño de la siderúrgica Altos Hornos y la mayoría de las mineras del carbón de Coahuila, se ha vuelto un *Señor de horca y cuchillo* o cacique del estado minero, desde 2008 cuando se alió con el gobierno de Calderón para agredir al SM con golpeadores y guardias que vigilan sus propiedades e intereses. Hizo su fortuna de las concesiones estatales otorgadas por el gobierno de Salinas (1988-1994), ya que todas esas empresas eran del Estado. El propio Salinas surgió de un memorable fraude electoral frente a Cuauhtémoc Cárdenas en 1988.

Las secciones sindicales que están en el ámbito de las empresas de Ancira son 10 y 10 CCT, con el apoyo de los gobiernos panistas fueron atrapadas por la violencia y sobornos de la empresa, a través de una corriente sindical llamada “Alianza Minera” que primero demandaron la toma de nota para sus 10 secciones y ante la negativa de la STPS, se fueron a amparo que también les negaron e hizo público la STPS el 27 de julio de 2011. Luego se hicieron llamar “autodefensas” o sea, al margen de la ley y la autoridad en despliegados de abril de 2014, para rectificar tal postura en junio de 2014 y llamarse “Block”. Y finalmente en enero de 2015 se constituyen en Sindicato Democrático con 10 secciones y plagan el Estatuto del SM¹⁹. Así, pasaron de una corriente sindical a un grupo choque y ahora a un sindicato legalizado, que al principio tenían la pretensión de apoderarse de todo el SM, ahora se conforman con ser un sindicato competidor. En realidad nunca han sido nada, salvo grupos al servicio del *Señor de horca y cuchilla*. Ancira sí se involucra públicamente en los asuntos sindicales, a diferencia de otros oligarcas que usan testaferros²⁰.

La última sección en caer en manos de los aliandistas, fue la 265 de Hércules que el 4 de agosto de 2010 fue agredida por las huestes patronales, siendo despojados del local sindical, los vehículos y propiedades del SN, sin que ninguna autoridad hiciera nada pese a los heridos, denuncias, despojo y violencia. No obstante, esta sección preparó la recuperación de su local y de la legalidad sindical, ya que solo ellos tenían reconocimiento legal, desafortunadamente los otros fueron armados y, sobre todo, con el apoyo de las fuerzas del orden, por lo cual el 15 de noviembre de 2012, hubo más heridos y goleados del SM. En la tierra de nadie domina el cacique.

En la sección 303, mina VII de Barroterán ocurrió un siniestro el 3 de agosto de 2012 que mató a 6 mineros, lo que indignó a los obreros por la falta de seguridad en las minas de carbón y al intentar el patrón no parar labores para investigar los hechos y a los responsables, lo que provocó un paro de labores y que la mayoría de los mineros se saliera de la “Alianza Minera”, subordinada a Ancira. Como respuesta de éste, el 19 de agosto los mineros reciben una agresión de los golpeadores, sin que la autoridad interviniere. El colmo fue que el patrón despidió

19 La STPS emitió un Comunicado 116/2011, del 27 de junio de 2011 en el que responde a La Alianza Minera Nacional del Sindicato Minero, que las tomas de nota solicitadas entre el 16 y 30 de abril de 2010, para las secciones 27, 71, 147, 205, 239, 259, 288, 293 y 303, la STPS acordó “el desechamiento”, además, el poder judicial también había negado los amparos por el mismo motivo, agregando AMNSM “no es una agrupación sindical registrada ante la STPS.” Lo que muestra que desde su surgimiento en 2008 fueron un grupo al servicio del patrón, que con el uso de la violencia eran un grupo de golpeadores contra el SM y al servicio del patrón. Después, en dos despliegados públicos de prensa, uno local en Coahuila del 22 de abril de 2014 se declararon “Autodefensas”, al margen de la ley y las autoridades, y en otro despliegado nacional de prensa del 28 de abril de 2014, repitieron su proclama, pero ahora dirigida al presidente Peña Nieto. Para que luego en otro despliegado nacional, del 27 de junio de 2014, se autodefinieran en “El Block minero del estado de Coahuila”. Hasta que en enero de 2015 obtuvieron el registro como sindicato nacional de la STPS.

20 El oligarca Alonso Ancira dueño de la AHMSA y el Grupo Acerero del Norte (GAN) procede con el sindicato “democrático” como si fuera su propiedad, lo usa como sindicato blanco tan burdamente, como a su vez hace declaraciones en la prensa estatal de amplia fama pública en contra del SM y su dirigente NGU. Aún no se adapta a dejar de ser nuevo rico para sumir su papel de oligarca, que declaran a través de otros, no personalmente.

a más de 350 obreros simpatizantes del SM, que a pasar de todo demandaron su reinstalación, para seguir en la lucha.

En tres conflictos en Monclova, Coahuila, ajenos a Ancira, de empresas como Teksid de la Fiat, Gunsderson de USA y Pitco mexicana, él intervino con sus golpeadores para imponer su ley y rechazar al SM en abril de 2014, cuando los obreros de las tres empresas pararon labores a causa de que les negaron las utilidades, pese a que están previstas en la Constitución, los patrones y el gobierno han sabido evitar su pago, bajo el principio medieval jurídico de: “obedézcase, pero no se cumpla”, que hizo más mella en las colonias por la discriminación, que en España. La inconformidad obrera en las tres industrias llevó a parar labores y a pedir el apoyo al SM, para exigir salir de la CTM, que no los defendía, mediante demandas de libertad sindical por la titularidad de los CCT, pero que los gobiernos desde entonces han dilatado, para impedir los recuentos de votos que den el triunfo al SM. Mientras tanto Ancira sigue actuando como el policía de Coahuila.

En 2015, envalentonado señor decidió que su sindicato democrático, demandara la titularidad de 4 CCT al SM, de 4 secciones, la 265 de Hércules, 147 y 288 de Altos Hornos y la 293 de Nava, para no seguir fuera de la ley, sino dentro. El primer intento lo hizo en Hércules con el recuento del 14 de abril de 2016, calculando ganar el primer CCT y lograr el efecto dominó: “cae el primero y luego en serie los demás”. Tan seguro estaba de ganar que contagió a la autoridad y al gobierno, pero ese día se le cayó la ceja al *Señor de horca*, al perder la votación, pese a que esa mina está alejada de las zonas urbanas favoreciendo sus intereses: por 375 votos contra 585 del SM. Increíble fue la organización de los mineros de Hércules, su inteligencia, valor y la acertada dirección sindical de NGU, que siempre guía y sigue cada acción del SM, gracias a la moderna tecnología él está presente.

Por lo cual el patrón y el gobierno frenaron los demás recuentos, por temor al efecto dominó pero en contra. Lo increíble de este lado fue que de nuevo se volvió a la ilegalidad, ya que la Junta Federal no pudo –como siempre lo hace– imponer el resultado que ella avaló en su laudo o resolución. Porque se impuso el *Señor de horca y cuchillo*. Volvimos a la vergüenza de los tempos porfiristas.

10. EL SENADO TRIBUTA AL BECERRO DE ORO UNA MEDALLA

El oro,
hijo de Zeus,
no se pudre,
no lo daña el gusano.
Su poder
es domar a los hombres.

Píndaro. Epígrama *El oro*.

Cada año el Senado condecora con el máximo galardón “Belisario Domínguez” a una persona destacada y con méritos, en 2015 fue para el oligarca Alberto Bailleres, por primera vez se otorga a un millonario, violador de normas de seguridad y salud de minas, creador de montañas de basureros tóxicos, impulsor de sindicatos patronales y dueño de una universidad que solo difunde pensamiento empresarial, entre otros méritos. Igual que se firmó el “Pacto por México” para impulsar la política neoliberal más depredadora, que privatizó el patrimonio nacional que 5 presidentes previos neoliberales no pudieron hacer, ahora se logró con el apoyo de la “izquierda” del PRD y con la figura de la “reforma preferente”, una vía rápida, que excluye el debate de los representantes populares y sobre todo deja fuera a la soberanía popular y las consultas públicas. Ese mismo grupo de destacados senadores apoyó la selección del presidente del país para otorgar la medalla. Antes se había dado a revolucionarios de 1910, constitucionalistas del 17, a grandes científicos, artistas y otros. Antes honraban a grandes hombres y se honraba Senado. Ahora se honra al becerro de oro, se rinde culto al dinero

En la mina La Sierrita de Durango, la Sección 309 del Sindicato Minero demandó a un sindicato de “Comercio y Escuelas Particulares” de la CROC, que antes ya había sido demandado por el sindicato de Carlos Pavón (creación del Grupo Peñoles) la titularidad del contrato colectivo de la empresa canadiense Excellon de México, el recuento del 5 de julio de 2012 lo perdió el Sindicato Minero por un voto, debido a la intervención ilegal de los empleados de confianza. Luego el 29 de agosto fueron agredidos los mineros y campesinos que protestaban por las arbitrariedades de la empresa; con la complicidad de los gobiernos local y nacional que se negaron a cumplir el convenio que tiene la empresa con los campesinos, de restituirles sus tierras y pagarles los daños ocasionados, y a los mineros permitir la genuina libertad sindical.

Como parte de las agresiones patronales, el Grupo Peñoles utilizó al abogado y ex-diputado del PRD, Pablo Franco, para que a nombre de la empresa y unos obreros demandaran el retiro de la toma de nota de NGU, un claro derecho de libertad sindical ¡a nombre de la empresa!, cuyos amparos perdió en 2013, pero sigue una demanda laboral.

11. LAS HUELGAS DEL GRUPO FRISCO DE CARLOS SLIM

Aquella mina (...) le parecía un animal extraño, dispuesto a tragarse hombres y más hombres.

Emile Zolá. *Germinal*. 1885.

Carlos Slim es el primer millonario del país y por unos años del mundo, nada de lo que se pueda enorgullecer México, su fortuna surgió de las privatizaciones

de las empresas públicas, en particular de Teléfonos de México en 1989. A la sombra del Estado, como la mayoría de los oligarcas del país, sin que ellos hayan arriesgado nada para encumbrarse. Buñuel decía que las burguesías mexicana y española se parecían mucho en lo parasitarias y rentistas²¹.

Como parte de la revisión contractual de los obreros de dos empresas del Grupo Frisco, exigieron también el pago de un bono de productividad, debido a que se ha permitido por las autoridades anular el derecho constitucional de las utilidades por las empresas, con simulaciones de empresas terceristas que tienen altas utilidades pero sin tener obreros, en cambio, en las empresas que contratan a los mineros registran “pérdidas”.

Este problema nacional originado por la complicidad de la Secretarías de Hacienda y de Economía con los patrones, ha despojado a los trabajadores de un derecho que cuestiona la política de “democratizar la productividad”, que propone el gobierno de Peña Nieto. Esta pérdida de las utilidades resulta absurda, ya que las empresas registran a la vista de sus obreros: alta producción y ganancias, altas entradas de materia primas y salida de productos, que acreditan la demanda obrera.

Por ese motivo y porque el Grupo Frisco quiso fijar el tope salarial, estalló la huelga del SM en la mina San Francisco del Oro de Chihuahua el 15 de mayo de 2013; y por las mismas causas, siguió la huelga el 1 de junio en Mina María de Sonora y, también en la mina El Coronel de Zacatecas el 29 de mayo los mineros inician una protesta y paro de labores exactamente por las mismas causas. Solo que aquí el sindicato de la CROC de acuerdo con el patrón, rechazaron la protesta y el paro con violencia, por lo que los obreros decidieron adherirse al SM, para que demandara la titularidad del CCT de El Coronel. Inmediatamente después siguió el Sindicato de Grupo Peñoles, repitiendo la misma demanda por titularidad, en acuerdo con la CROC y Grupo Frisco. Todo lo cual puso mucha tensión a las dos huelgas y la protesta de El Coronel.

La Asociación Nacional de Abogados Democráticos, ANAD, protestó en *La Jornada*, del 10 de junio de 2013:

“El clima de tensión y el peligro acecha a los mineros de El Coronel en Zacatecas, por la falta de garantías ciudadanas del gobierno federal, al saber que la libertad sindical es un derecho universal y constitucional de los trabajadores, que tiene la obligación de vigilar que se cumpla. El peligro lo representan los grupos de choque de Carlos Pavón (Peñoles) y de la CROC de Zacatecas que, al servicio de la empresa, quieren impedir con violencia a los trabajadores

²¹ El parecido de la burguesía mexicana con la de España es natural, dirían los especialistas en economía política e historia, aquella es hija de ésta –la Nueva España–, ya lo habían notado los pintores David Alfaro Siqueiros y Josep Renau en el mural *El Retrato de la Burguesía* de 1940, que hicieron con otros pintores en el SME. Como Buñuel en sus películas *Ensayo de un crimen*, *Él y El Ángel exterminador*. Y Alejandro Galindo en su película *Doña Perfecta*, una estupenda adaptación de la obra de Galdós al ambiente mexicano, que recrea la pugna entre conservadores y liberales.

que libremente decidan a qué sindicato pertenecer. La empresa provocó el conflicto por negar las utilidades y prestaciones dignas, pero pretende hacer creer que se trata de un conflicto entre los trabajadores, inter-sindical, ajeno a ella.

“El conflicto surge por la política empresarial de evadir utilidades con el apoyo de la Secretaría de Hacienda, además de los bajísimos salarios y prestaciones que logran con el apoyo de la Secretaría de Trabajo. Pero Peña Nieto nos dice que ahora la política laboral cambió, que su gobierno se lanza a “democratizar la productividad”. Los trabajadores están de acuerdo, pero: ¿con o sin libertad sindical? Esa la cuestión. El Coronel es una mina más del Grupo Frisco de Carlos Slim adquirida recientemente y plena expansión que, con las demás minas del Grupo, son de las más bonancibles del país, según la Bolsa de Valores. Preguntamos al gobierno: ¿Quién hizo surgir el conflicto y en manos de quién está la solución: se respetará la libertad sindical de los mineros?”

Las dos huelgas se resolvieron entre las partes: en la Mina San Francisco del Oro concluyó el 3 de julio de 2013, a los 49 días de huelga, en Mina María solo duró 9 días. En cambio en El Coronel duró 9 meses el conflicto, 46 días el paro de labores y en diciembre 15 días más, hasta lograr el día del recuento el 21 de febrero de 2014, cuando ganó el SM la votación, pese a que el sindicato de Peñoles y la CROC se aliaron y el primero compró muchos votos obreros. Al final se dio cuenta Frisco que su competidor Peñoles, intentaba entrar con el disfraz de sindicato al interior de El Coronel, siendo de muy poco fiar Peñoles. Por lo cual Frisco antes de recuento no metió su lista de personal de confianza para el recuento, lo que era lo correcto, dejando a la deriva a la CROC y el sindicato de Peñoles, ganando el SM por amplio margen.

En este triunfo la dirección de Napoleón Gómez Urrutia fue puntual todo el tiempo y la solidaridad internacional definitiva, destacando la buena organización sindical. Vale agregar que cuando una sección entra en conflicto, las demás dirigidas por NGU acuden en apoyo organizado y solidario, por lo que el SM cuenta con cientos de cuadros sindicales de gran experiencia.

12. PASTA DE CONCHOS Y LAS TRAGEDIAS EN LAS MINAS

La piedra en la oscuridad y la muerte en la sombra.

El libro de Job. La Biblia.

México como un Estado parte de la OIT, se ha negado a firmar el Convenio 176 de la OIT en materia de seguridad y salud en las minas desde 1998 que entró en

vigor, debido a que es protector de los obreros: les permite separarse del trabajo en caso de riesgo para su salud o su vida, protege en varios aspectos al ser humano tanto dentro como fuera de la mina, la seguridad, salud y el medio ambiente. Pero los gobiernos mexicanos se han negado a ratificarlo, aunque han comparecido ante la OIT a presentar soluciones, como registra la Memorias de PIT, se ha comprometido a implementar varias medidas.

Pero sería hasta que ocurrió la tragedia de Pasta de Conchos el 19 de febrero de 2006 y por la presión de la sociedad, las viudas, familiares y el SM que en la reforma laboral del 30 de noviembre de 2012, se agregó el capítulo de “Mineros”, pero sólo para los del carbón el 8% y excluyendo al 92%, que parcialmente recoge disposiciones del Convenio 176²². Pero este retraso oficial no es nuevo, el IMSS incluyó a los mineros en su régimen hasta 1972. Por otro lado, la inspección del trabajo ha sido de lo más ineficiente e irresponsable, por las políticas de la STPS de servilismo a los patrones, en particular al Grupo México y a los oligarcas

A casi 11 años de la tragedia aun siguen sin rescatar los 63 cadáveres que siguen sepultados sin razón alguna o base legal. Debido a que no hay un estudio serio de especialistas independientes que nieguen el rescate, además a la empresa se le negó el amparo que solicitaba no rescatar los cadáveres porque, decía, que era más peligroso el rescate que dejarlos sepultados, basado en especialistas pagados por la empresa y sin garantía de independencia para decir la verdad científica. Sin base alguna se niega el rescate de los 63 muertos.

Violando los derechos a la sepultura y a la dignidad de los muertos y sus familiares, cuya responsabilidad exclusiva es patronal, como lo señala la fracción XIV del artículo 123 de la Constitución. En el fondo, el empresario se opone al rescate y a la investigación, para que no se conozca la verdad y los responsables de la tragedia, el gobierno apuesta más al olvido e impunidad, a que llegue otro gobierno que se haga cargo del problema.

Porque los muertos en la minas siguen ocurriendo, en menor número, pero con la misma impunidad, incluso con patrones que siguen con las minas laborando pues rechazan la investigación de las condiciones de trabajo y la responsabilidad.

22 GUZMÁN LÓPEZ, F., *Economía Política del Despojo Territorial. Mega minería a cielo abierto en Zacatecas bajo el capitalismo global, 1982-2014*. Tesis de doctor en la Universidad de Zacatecas, agosto de 2016. Una investigación que documenta el despojo territorial, el extractivismo que practican las grandes empresas mineras, la economía de enclave, de los mega-proyectos referidos a Zacatecas, en un estado minero del país. Asimismo, la falta de ratificación del Convenio 176 de la OIT sobre seguridad y salud en las minas y la corta reforma laboral de 2012 que solo incluyó a los mineros del carbón y no a la mayoría, el 92% de los mineros han agravado la inseguridad en las minas de México, ya que la ley laboral de aquí resulta tan irracional que exige a los obreros que vean en peligro su vida o su salud, que antes de retirarse avisen a la Comisión Mixta de Seguridad o a un inspector de la STPS. Por lo cual el SM presentó una Queja ante la OIT pidiendo que México ratifique el Convenio 176 de la OIT, el 22 de julio de 2016.

La historia de “Los muertos en la minas del carbón” es patética por la forma en que se repiten las tragedias en que mueren los obreros. Ver la revista *Trabajadores* no. 112, de la Universidad Obrera, enero febrero de 2016, el artículo de Nahir Velasco y Oscar Alzaga.

Como se ha visto a lo largo de lo expuesto, en México el problema principal no son las leyes, por insuficientes que sean, sino su incumplimiento por los patrones y sobre todo por la autoridad encargada de velar por su cumplimiento, la falta de aplicación estricta y la impunidad que genera, por lo tanto la repetición de los daños y de un inseguro Estado de Derecho.

13. LAS MINAS Y LA DESTRUCCIÓN AMBIENTAL

Gracias a las protestas populares, sindicales y de especialistas, hay una mayor conciencia del daño ambiental y desequilibrio ecológico que provocan las minas a cielo abierto por falta de control de seguridad y de aplicar las medidas preventivas. Sin dejar de reconocer que las minas subterráneas hasta hoy siguen provocando más muertos, en ambos casos la vigilancia ambiental de las normas preventivas para evitar los daños ha sido casi nula o ineficiente, lo mismo que las inspecciones de trabajo en el interior de las minas, que ambas dependen –vigilancia e inspección– del gobierno. Desde luego, el SM participa en las comisiones mixtas de seguridad e higiene, pero la mayoría de los sindicatos no cumplen con esta función tan importante, ya que predomina el sindicalismo blanco o patronal.

Lo que junto con la increíble entrega que hacen los gobiernos del territorio nacional a los empresarios a través de la Secretaría de Economía, la principal cómplice de ellos, se calcula que ya llega al 26% del territorio nacional lo que concentran las empresas mineras extranjeras y nacionales. Son brutales los casos de entrega de soberanía, que junto con la entrega de las playas y fronteras, energéticos –petróleo y electricidad–, además de ejidos y comunas, completan un cuadro devastador de la soberanía y el patrimonio nacional. Las principales víctimas han sido campesinos e indígenas y la población en general por el daño ecológico y ambiental²³.

El 6 de agosto de 2014 ocurrió el mayor derrame de tóxicos y metales pesados de una mina sobre los ríos Sonora y Bacanuchi, de 40 mil metros cúbicos de sulfato de cobre mezclado con ácido sulfúrico y otras concentraciones, contaminando las cuencas de los ríos de más de 380 kilómetros, la agricultura, pesca, ganado, aguas y sobre todo la salud de los poblados de 25 mil personas. La empresa Buena Vista del Cobre de GM culpó a “las lluvias atípicas”, siendo falso porque la norma es preventiva y se trató de negligencia e irresponsabilidad patronal, la que permitió el derrame por encima de los límites de las 13 presas de jales, que no cuentan con el revestimiento suficiente, según las normas²⁴.

23 Federico Guzmán afirma que: que el despojo territorial y el extractivismo a cielo abierto de la mega minería ha causado daños enormes a las poblaciones y a la naturaleza, en particular al equilibrio ecológico, que no tiene control, en países como el nuestro.

24 Germán Larrea el dueño de GM y de Buenavista del Cobre en donde se produjo el derrame de 40 metros cúbicos de tóxicos y metales pesados en el principal río de Sonora, se atrevió a declarar que “el derrame había sido por las lluvias atípicas” que desbordaron la presa de jales. En este caso, el único atípico es el patrón

Dos años después la empresa aún no lleva a cabo la remediación profunda de los ríos y sigue el problema de fondo. Por lo cual el SM desde 31 de octubre de 2014 presentó una Denuncia de Hechos ante la Procuraduría General de la República (PGR), lo que junto con la población ha logrado una mayor protesta y exigencia para lograr la remediación a fondo, la reparación de los daños a la población y el castigo a la responsable.

A las etapas históricas previas, como **a)** la artesanal prehispánica, **b)** la colonial de exportación de el oro y la plata, **c)** a la moderna con predominio inglés en el siglo XIX, **d)** luego la industrial en la predomina el capital norteamericano en el siglo XX, **e)** al proceso de nacionalización de la minería de los años 60 y 70, **f)** llegamos a la explotación a cielo abierto desde los años 70, con predominante capital canadiense. Que se expande como nunca. Al grado de llegar a un reparto territorial, como parte de la nueva explotación extractivista, inconcebible. Como se muestra en los cuadros I y II al final del texto.

14. LA LUCHA INTERNACIONAL ANTE LA OIT, LA CIDH Y LA SOLIDARIDAD SINDICAL

*... en la noche del desierto
la inmensa mina resplandecía*

Pablo Neruda. *El cobre.* 1947.

El Sindicato Minero ha tenido que acudir a las instancias internacionales, además de apoyarse en la reforma constitucional de los derechos humanos del 11 de junio de 2011, para rebasar los estrechos marcos nacionales y el incumplimiento oficial de las normas, acudiendo a instancias internacionales de relativa eficacia por la lentitud de su procedimiento, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que si es vinculatoria o como a la OCDE, que está más bajo el control de los gobiernos y para recomendar en caso de que una trasnacional violenta los derechos laborales del país sede donde se establezca.

Por otra parte, el Sindicato Minero desde 2002 y más desde 2006, viene impulsando la organización sindical internacional y la solidaridad de los trabajadores ocupando cargos y desempeñando misiones importantes, formando parte de la directiva de FITIM, y ahora de Industrioll, Napoleón Gómez Urrutia en el I Congreso de 2012, y ahora en 2016 en el II Congreso en Río.

que no cumple con las normas de seguridad que son preventivas, precisamente para evitar esos daños tan brutales al equilibrio ecológico, a la naturaleza, la agricultura, pesca y ganadería de las cuencas del río y sus afluentes, como sobre todo a la salud de los pobladores de 7 municipios y la ciudad de Hermosillo. El SM interpuso una denuncia de hechos ante la PGR:

Pues como señaló Oscar Ermida: “para actualizar la tesis fundamental de Mario de la Cueva de que el derecho colectivo lo conforman las tres instituciones básicas: de libertad sindical, negociación colectiva y huelga de manera indivisible, ahora es indispensable que esa trilogía sea indivisible en el terreno internacional, con sindicatos y contratos colectivos internacionales y la huelga con el mismo alcance.”

“Las tres instituciones básicas deben avanzar, pero en el terreno internacional de modo indivisible”²⁵.

El Sindicato Minero vive un momento decisivo de su historia, porque ha logrado resistir desde febrero de 2006 hasta hoy, pero también ha crecido en 2016, se han incorporado al SM 5 nuevas secciones con 5 nuevos CCT: La sección 321 de la mina la Encantada en Coahuila. Las secciones 323 y 326 en Oniva Silver & Gold Mines SA de CV, en Durango. La sección 324 de Servicios Ritchmond York SAPI de CV en Sonora. Y la sección 325 en Minerales y Minas Mexicanas, en Bolaños, Jalisco. Aunque todavía falte mucho por lograr como lo es entre muchos aspectos, el retorno del líder minero a México, que será sin duda un gran acontecimiento. Pero requerirá, pensamos, otro tipo de gobierno menos neoliberal y más social.

15. EL PANORAMA DEL AÑO DE 2016

Pienso en aquellos que sin darse cuenta de lo que dicen, afirman que los mineros están manejados por fuerzas ocultas. Pienso en ellos y creo que tienen razón: los mineros se mueven bajo el impulso de las implacables y poderosas fuerzas ocultas que laten dentro de su propio corazón. Esas fuerzas invisibles, que cuando se hacen conscientes en el alma del pueblo, son capaces de destruir y construir un mundo.

José Revueltas. *La caravana del hambre.* 1951

El presente año ha sido muy intenso, destacan: la lucha contra el tope salarial en los meses de enero y febrero, la huelga de Lázaro Cárdenas de 10 días en marzo con el gobierno en contra, la lucha por el recuento de votos que triunfó en Hércules, Coahuila, en abril; la protesta y paro de labores en la mina El Boleo, Baja California Sur, –de origen francés en 1885 y ahora coreano desde 2912– en la que los mineros reclaman la libertad sindical para pasar dejar un sindicato blanco y pasar al SM, la batalla diaria por los 13 recuentos pendientes que el gobierno retrasa, el paro de labores en la empresa Tayoltita en Durango del 28 de mayo

²⁵ ERMIDA URIARTE, O., *El Derecho Internacional del Trabajo*. Conferencia en el Diplomado de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal. México, 15 de noviembre de 2007. Compartió el tema con Antonio Baylos, Horacio Meguira y Guillermo Gianibelli, Antoine Jeammaud y Jesús Campos Linas.

por el reclamo de las utilidades y las recientes dos huelgas de Matamoros el 3 de octubre que se resolvieron favorablemente el 18 de octubre, pero que enfrentaron dos políticas contrarias a derecho: la de “cero huelgas” que entiende éstas como delitos y no como derecho universal y contra el tope salarial que niega la libre negociación colectiva. No obstante las dos huelgas ganaron. El conjunto habla de un avance extraordinario de la organización, lucha, resistencia y avances. Y un enorme sentido de la solidaridad interna de los mineros, nacional e internacional.

Sin olvidar nunca sus compañeros muertos en las luchas de antes y las de 2006 en adelante: dos en Lázaro Cárdenas, uno en Nacozari, otro en Fresnillo, sin contar los heridos por agresiones de golpeadores, más los heridos y los muertos en las minas por irresponsabilidad patronal y de autoridades

16. LA HUELGA DE LÁZARO CÁRDENAS

Abren las minas en lo inhabitado, / en lugares olvidados, donde el pie / no pisa.

El libro de Job.

Los habitantes de Lázaro Cárdenas suelen decir que el corazón de la economía de la región es la planta siderúrgica, que emplea a más de 6 mil obreros, e indirectamente a 24 mil. Los líderes de otros gremios reconocen a los mineros de la sección 271 como “hermanos mayores” y en sus luchas un “ejemplo digno” de Michoacán. Por eso la marcha y el acto público del 12 de marzo fue de alto impacto, por el clamor solidario de 17 organizaciones sociales, igual que la asamblea de casi 2 mil mineros que decidió levantar la huelga.

De las cualidades de la huelga, cabe destacar la unidad minera y la firmeza de su decisión. Por eso cuando el 4 de marzo la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA) negó el derecho de huelga una hora antes de iniciarse y el mismo día la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) se sumó a la aberrante resolución inconstitucional, los obreros de Lázaro Cárdenas reforzaron sus guardias. Mientras Napoleón Gómez Urrutia y el Comité nacional informaron y orientaron a fondo a los obreros sobre las agresiones de las autoridades.

El conflicto lo originan las violaciones al CCT cometidas por ArcelorMittal Hierro. Por eso el SM emplazó a huelga el 18 de junio de 2015, prorrogando el inicio de la huelga hasta 16 veces, por las pláticas conciliatorias con la empresa y con la aprobación de la JFCA, como consta en actas. La principal violación de la empresa fue incumplir la cláusula 100, de reubicar a los 206 obreros de la planta coquizadora, sin despidos. Asimismo, pagar lo previsto en el CCT, a 87 obreros los días de solidaridad con los mineros de Pasta de Conchos y con los afectados por la

contaminación de los tóxicos en el Río Sonora, ambos actos del gran depredador de vidas mineras y de la naturaleza, Germán Larrea, de Grupo México.

A pesar de que el Sindicato cubrió los requisitos legales, el 4 de marzo, la empresa se negó a negociar, por lo que el SM ratificó su derecho de estallar la huelga. Pero justo una hora antes de iniciarse, la JFCA decidió “archivarla”, por prorrogarla el sindicato *de modo unilateral*, un argumento falso, que carece de fundamento, para negar un derecho de rango Constitucional.

El 4 de marzo (<http://www.gob.mx/stps/prensa/comunicado-22022>) La Secretaría de Trabajo reiteró la postura de la JFCA, poniendo en peligro el derecho de huelga, pero más grave aún fue amenazar al Sindicato Minero: “Ante la toma de las instalaciones de la empresa... la STPS exhorta al Sindicato... a conducirse con pleno respeto a la Ley.”... “(Por) Las denuncias que la empresa ha interpuesto, esta Dependencia ha solicitado a las autoridades competentes, a nivel estatal y federal, que en uso de sus facultades legales garanticen la seguridad de personas y bienes al interior y exterior del centro de trabajo.” Y reiteró la STPS que: “no se trata del estallamiento de una huelga sino de un paro ilegal de labores”, con lo que Insinuó el desalojo violento de los trabajadores.

Tal amenaza indudablemente inquietó a los mineros y a los trabajadores del país y del mundo que mandaron cartas al gobierno, lo mismo que los artistas Elena Poniatowska, David Huerta, Paco Ignacio Taibo II y el Obispo Raúl Vera.

El gobierno malinterpretó la solidaridad sindical internacional como: “una intromisión de extranjeros en la vida interna del país”, ignorando el artículo 3 de la Constitución, que dice que se fomentará “la conciencia de la solidaridad internacional”.

Y si no fuera suficiente, la empresa recurrió a añadir un conflicto colectivo de naturaleza económica, pidiendo a la JFCA que autorizara el despido de los 206 mineros, sin cumplir el CCT, a lo que de inmediato ésta dio trámite y fecha de audiencia el 9 de marzo, haciendo cada vez más tortuosas las negociaciones, pues se puso como condición para la conciliación, levantar primero “el paro”, porque, se dijo, “pone en peligro la paz social”.

Anteriormente, la autoridad declaraba inexistentes las huelgas, pero desde que el SM ganó los amparos de las huelgas: 4 de Cananea, 2 de Taxco y 1 de Sombrerete, y los juzgados concedieron las suspensiones provisionales, dejaron sin efecto las resoluciones de la JFCA, entonces la autoridad buscó otras vías, como “el archivo de la huelga”, que también aplica a otros movimientos gremiales en estos días.

La huelga es un recurso fundamental de los trabajadores para presionar a los patrones que incumplen con la ley y sus obligaciones. La huelga no es el conflicto sino su solución, cuando el patrón abusa de su fuerza económica y política.

¿Por qué, entonces, la autoridad desconoce un derecho tan importante, que sirve justo para lograr el equilibrio social y de derechos entre los factores de la producción?

La política de “cero huelgas y de paz social” entiende erróneamente el derecho de huelga, porque no es un delito ni un acto que quebrante la ley, al revés: es un derecho humano universal y constitucional.

Tal postura la sostuvo el Sindicato Minero a lo largo de 10 días que duró la huelga (y que durante nueve meses negoció para evitarla). Por eso las guardias en las instalaciones de la empresa reforzaron la disciplina, la unidad, la responsabilidad y organización, que son la fuerza de los obreros y de su dirección, encabezada por Napoleón Gómez Urrutia.

Afortunadamente, a última hora la autoridad privilegió el diálogo entre el sindicato y la empresa, y ésta resolvió en primer lugar reubicar a los 206 mineros, cubrió las faltas de los 76 trabajadores por solidaridad y pagó el 100% de los salarios caídos. Tomando la última palabra la asamblea soberana de la sección 271 de Lázaro Cárdenas, que levantó la huelga.

17. EL TRIUNFO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN LA MINA HÉRCULES, COAHUILA

Lo sobresaliente de esta lucha, de la que hemos hablado antes, fue enfrentar las condiciones más difíciles de que se tenga memoria. El empresario apostó en este recuento su estrategia de legalizar las 10 secciones y los 10 CCT que ahora tiene por la fuerza e irresponsabilidad de las autoridades; se trata de un lugar aislado en donde está la mina; por los antecedentes de violencia del patrón y sus golpeadores y porque recientes asambleas del sindicato blanco habían sido favorables a ellos.

Todo eso llevó al sindicato patronal a demandar al SM la titularidad del CCT, realizándose el recuento de votos el 14 de abril de 2016 y el resultado tuvo eco en todo el estado de Coahuila y en cada una de las 10 empresas, en particular en la siderúrgica más grande del país, Altos Hornos de México, con dos plantas de casi 8 mil obreros, a las 6 de la tarde al concluir el recuento llegó la noticia a los patios de la empresa, donde se hizo una fiesta de abrazos y algarabía por el triunfo democrático del SM. Logrado con inteligencia y una labor espacial: “minero por minero”, para contrarrestar la violencia y la propaganda sucia de la empresa.

No obstante, la empresa en los hechos se negó a cumplir el laudo y la autoridad a hacer valer su resolución, lo que mina el estado de Derecho. Pero a la empresa se le frenó su estrategia en las 10 secciones, el gran triunfo es incompleto²⁶.

26 De la Mina Hércules del Grupo Acerero del Norte se ha negado acatar el laudo, lo mismo que el Sindicato que perdió el recuento, con la complicidad de las autoridades de trabajo y de las administraciones estatal y federal, incluso con conocimiento de las Cámaras de Diputados y Senadores, sin dar respuesta nadie, el 11 de

18. LAS TRASNACIONALES EN EL MARCO DE LA CORRUPCIÓN Y LA DEGRADACIÓN SINDICAL

¡Salud, oh creadores de la profundidad!

César Vallejo. 1934.

Cuando se estableció la empresa coreana en 2011 en Baja California Sur, en la vieja mina El Boleo, como Servicios y Desarrollos Meseta Central, SA de CV, ya había pactado con un sindicato blanco un CCT, aún antes de contratar a los obreros y de poner en marcha la producción, recibió "una ventaja comparativa" como oferta oficial. Violando las partes involucradas el derecho de libertad sindical y otros derechos más que derivan de aquél, como la democracia sindical, la libre elección de su dirección, la libre negociación colectiva, etc.

De tal suerte que al llevar 4 años de operación la planta, los obreros advierten que el sindicato no había realizado una sola asamblea, no había información ni se daba a conocer el CCT, ni los estatutos sindicales, etc. Apenas sabían el nombre del líder porque él intervenía apoyando invariablemente a la empresa.

En México se haya institucionalizada la corrupción y el incumplimiento de la ley, no cuentan las normas para los negocios. Por lo cual en esta empresa se trabajó sin las medidas básicas de seguridad, letreros, señales de seguridad y el colmo, el 2 de abril de 2016, la mina subterránea se quedó sin luz en plena operación, ocasionó un derrumbe y tres heridos. Ante las constantes negativas del patrón y el "líder" a hacer caso a los reclamos obreros, el 20 de abril de 2016 pararon la empresa con una protesta de los mineros que se pusieron al frente de la trasnacional. Los obreros pidieron el apoyo del SM para exigir que se cumplan las normas de seguridad, de trabajo y de libertad sindical, ya que el SM tuvo la titularidad del CCT de El Boleo de 1935 a 1985, cuando laboró la planta y cerró en la última fecha²⁷.

La protesta y el paro de labores llegaron al 5 de mayo, cuando que la empresa con el apoyo de los gobiernos federal y estatal acude a la violencia para desalojarlos con el apoyo de la policía, negándose al diálogo y conciliación en todo momento. La demanda de titularidad el SM la interpuso el 25 de abril, para hasta el momento la autoridad se ha negado a dar la fecha del recuento sabiendo que el SM ganaría.. En cambio la empresa ha despedido a los dirigentes y simpatizantes del SM. No obstante organizan la resistencia y las campañas informativas.

mayo de 2016 el presidente de la JFCA como un mero trámite burocrático responde al incumplimiento del Laudo. En torno a estos casos de libertad sindical se paraliza la justicia en México.

27 De modo similar al anterior, por tratarse de una exigencia de libertad sindical se haya paralizado el expediente colectivo y también el individual por el despido de los dirigentes. 13 casos colectivos tiene paralizados la Junta Federal, relativos a la libertad sindical, mismos que se han denunciado ante la OIT.

19. EL DERECHO DE HUELGA EN PELIGRO

Pese a las huelgas ocurridas en el país, el gobierno federal insiste y se vanagloria de su política de “cero huelgas”, quizá sea otra ventaja comparativa no confesa, por lo que al llegar a las 9 horas el 3 de octubre de 2016 a las audiencias de pre-huelga de las secciones 150 y 234 de Matamoros, Tamaulipas, se encontraron con la sorpresa de que la autoridad de la JFCA interrumpió las audiencias sin permitir al SM ratificar las dos huelgas, pero dejó “abierta” las audiencias indefinidamente, todo eso imprevisto en la Ley. Con tal de impedir las dos huelgas. No obstante, las dos huelgas iniciaron a las 12 horas del día, mismas que fueron bien preparadas.

La presión ilegal de la JFCA se debió a que la empresa solo otorgaba el 3% de aumento salarial, o sea el tope oficial, porque el gobierno no le permitía más, según dijo la empresa. Para la empresa las dos huelgas eran reales, no una fantasía. Por lo que el 19 de octubre llegó a un acuerdo con el SM: otorgó el 6% de aumento salarial y el 6% en prestaciones. Fueron dos importantes huelgas del SM.

*¡Son algo portentoso, los mineros
remontando sus ruinas venideras,
elaborando su función mental
y abriendo con sus voces
el socavón, en forma de síntoma profundo!*

César Vallejo. 1953.

Cuadro I. Reparto del territorio nacional por concesiones mineras

AÑO	GOBIERNO	TÍTULOS DE PROPIEDAD	HECTÁREAS
1993	Carlos Salinas	2,760	1,745,700
1994		2,360	2,081,400
	TOTAL	5,120	3,827,100
1995		1,510	2,191,900
1996		1,510	3,185,800
1997	Ernesto Zedillo	2,080	9,525,100
1998		500	7,732,100
1999		2,000	7,347,000
2000		1,900	4,939,500
	TOTAL	9,500	34,921,400
2001		2,170	2,559,500
2002		3,761	5,643,600
2003	Vicente Fox	2,560	2,378,000
2004		2,195	3,140,000
2005		2,904	6,634,600
2006		2,284	4,773,800

	TOTAL	15,874	25,129,500
2007		2,423	8,377,900
2008		2,152	6,147,000
2009	Felipe Calderón	2,327	7,411,000
2010		2,007	4,011,300
2011		2,022	4,429,000
2012		1,343	4,300,300
	TOTAL	12,274	34,676,500
	TOTAL 1993-2012	42,768	97,868,100
		(Cifra corregida)	(98,554,500)

Fuente: La Jornada, nota: Roberto González Amador, 6-IV-15. Con datos de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, del Servicio Geológico Mexicano y de la Secretaría de Energía, Sistema de Administración Minera.

Cuadro: Sindicato Minero. Elaborado por Ramón Blancas.

Nota: En 1992, el gobierno de Salinas reforma la Ley Minera, los artículos 6 y 19, con las concesiones crean un nuevo tipo de propiedad: “superior a cualquier otra”, volviendo el reparto de territorio minero el privilegio de unos cuantos (como las compañías deslindadoras de la época porfirista), que como se nota es con los gobiernos llamados neoliberales cuando se desborda la entrega de las riquezas nacionales, antes protegidas por la Constitución y leyes reglamentarias, ahora al servicio de las transnacionales.

Comentario: si comparamos las hectáreas entregadas a los dos principales barones de la minería mexicana –Larrea y Bailleres– con la que se ha entregado a las empresas transnacionales, sobre todo de Canadá, veremos que más del 60% es a extranjeros. Desde luego aquí solo se habla de terreno en hectáreas, no del tipo de minería, ni de inversión y ganancia.

Lo importante es la enorme entrega que se ha hecho del territorio nacional y que las concesiones de gobierno gocen del privilegio legal de que se hagan “por utilidad pública” y “sean preferentes sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del terreno” (art. 6 de la Ley Minera) y que “las concesiones mineras confieren derecho a: IV: Obtener la expropiación, ocupación temporal o constitución de servidumbre de los terrenos indispensables para llevar a cabo las obras y trabajos de exploración, explotación y beneficio, así como para el depósito de terrenos, jales, escoria y graseros, al igual que constituir servidumbres subterráneas de paso a través de lotes mineros.” (Art. 19, fracción IV.) Por primera vez se usan conceptos de fondo como “utilidad pública” y “expropiación”, para beneficiar a particulares extranjeros y nacionales. En realidad se trata de grandes oligarcas

trasnacionales, no de capitales nacionales o locales, son internacionales, neoliberales de la era global.

Cuadro II

FAMILIA BAILLERES			
AÑO	GOBIERNO	TÍTULOS	HECTÁREAS
1958 – 1964	López Mateos	1	13
1964 – 1970	Díaz Ordaz	1	28
1970 – 1976	Luis Echeverría	6	344
1976 – 1982	López Portillo	28	3,442
1982 – 1988	De la Madrid	29	2,040
1988 – 1994	Carlos Salinas	30	3,819
1994 – 2000	Ernesto Zedillo	89	38,533
2000 – 2006	Vicente Fox	756	911,366
2006 – 2012	Felipe Calderón		1,239,273
2012	Peña Nieto	21	62,339
	TOTAL	961	2,261,197

FAMILIA LARREA			
AÑO	GOBIERNO	TÍTULOS	HECTÁREAS
1876 – 1910	Porfirio Díaz	5	185
1934 – 1940	Lázaro Cárdenas	4	531
1958 – 1964	López Mateos	7	59
1964 – 1970	Díaz Ordaz	4	15
1970 – 1976	Luis Echeverría	11	381
1976 – 1982	López Portillo	45	5,305
1982 – 1988	De la Madrid	39	1,106
1988 – 1994	Carlos Salinas	65	16,171
1994 – 2000	Ernesto Zedillo	60	10,584
2000 – 2006	Vicente Fox	293	143,240
2006 – 2012	Felipe Calderón	118	271,500
2012 –	Peña Nieto	9	54,922
	TOTAL	660	503,999

Fuente: La Jornada, nota: Roberto González Amador, 6-IV-15. Con datos de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, del Servicio Geólogo Mexicano y de la Secretaría de Energía, Sistema de Administración Minera.

Cuadro: Sindicato Minero. Elaborado por Ramón Blancas.

Nota: Las cifras no incluyen los cambios que las concesiones mineras han tenido en los gobiernos, por ejemplo, la concesión de Rosita y Pasta de Conchos, a favor de Germán Larrea, en 1993 tenía 250 has., pero en 2013 aumenta a 455 has. Datos de la Dirección General de Minas, Secretaría de Economía. Parece un premio por la muerte de 65 mineros del 19 de febrero de 2006, ampliar las hectáreas sin producción de 9 años.

Comentario: es con los gobiernos panistas de Fox y Calderón los que hicieron las más “generosas” concesiones en 12 años, seguidos de Peña Nieto en un año. La propiedad de Bailleres en los dos sexenios sube al 95% de todas las concesiones mineras de la historia. En el caso de Larrea al 82% en 12 años y en un año de Peña Nieto el 11%.

Ambas familias son las más poderosas de la minería “mexicana”. Tienen además otras propiedades y negocios.

NOTICIA

CSA. PLATAFORMA JURÍDICA REGIONAL SOBRE ORGANIZACIÓN SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN AMÉRICA LATINA. CARIBE

1. Principios generales. 1.1. Reorientar la intervención estatal. 1.2. Ratificación de las normas internacionales de trabajo de OIT referidas a la libertad sindical y la negociación colectiva. 1.3. Reforzar el control de cumplimiento. 1.4. Incorporar el criterio de la responsabilidad solidaria en situaciones de doble empleador.
- 1.5. Eliminar las restricciones al ejercicio del derecho de huelga. 2. Organización sindical. 2.1. Utilización apropiada del registro sindical. 2.2. Promover la creación de federaciones. 2.3. Promover estructuras horizontales (territoriales). 2.4. Remover criterios de exclusividad en la representación. 2.5. Dar libertad a los sindicatos para que decidan el tipo de encuadramiento. 2.6. Eliminar la excesiva reglamentación para el funcionamiento de las juntas directivas y asambleas. 2.7. Ampliar el fuero sindical. 2.8. Promover la existencia de órganos de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo. 3. Negociación colectiva. 3.1. Promover la negociación colectiva y las consultas apropiadas de los trabajadores de la administración pública. 3.2. Promover la negociación colectiva de todos los trabajadores del sector privado. 3.3. Promover la negociación de trabajadores autónomos. 3.4. Promover negociaciones en ámbitos múltiples, con coordinación y descentralización organizada. 3.5. Enriquecer los contenidos de la negociación colectiva. 3.6. Incorporar un explícito enfoque de género a la negociación colectiva. 3.7. Promover la aplicación del criterio “erga omnes” (“para todos” o “general”) en la negociación por sector y empresa. 3.8. Establecer criterios firmes en cuanto a la titularidad de la negociación colectiva. 3.9. Modificar criterios de exclusividad de representación. 3.10. Regular adecuadamente modalidades inferiores de negociación colectiva. 3.11. Eliminar mecanismos que desestimulen la sindicalización. 3.12. Promover la obligatoriedad de negociación de los salarios mínimos. 3.13. Garantizar la ultractividad de los efectos del convenio colectivo. 3.14. Avanzar hacia un enfoque obligatorio de la negociación colectiva. 3.15. Promover la negociación colectiva por grupo económico/cadena productiva. 3.16. Avanzar hacia la negociación colectiva transnacional. 3.17. Avanzar en asesoramiento y formación sindical para la negociación colectiva.

Desde mediados del 2012, con el apoyo del Proyecto FSAL-OIT, CSA inició un estudio sobre la normativa latinoamericana y caribeña sobre las normas nacionales de trabajo referidas al derecho colectivo del trabajo, con eje en la negociación colectiva. Para ello se invitó a técnicos seleccionados en consulta con las centrales sindicales afiliadas a CSA, en relación a trece países (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Rep. Dominicana, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela).

El estudio fue realizado en sociedad con el CELDS, Centro Europeo Latinoamericano sobre Dialogo Social, adscripto a la UCLM, Universidad Castilla La Mancha de España, desde miembros españoles y latinoamericanos, para disponer de un análisis comparativo sobre el caso europeo. De este componente del estudio se tomaron elementos propositivos referidos a los niveles de negociación colectiva y a la consideración del enfoque de género.

La propuesta estratégica general derivada de este proyecto fue presentada por CSA a la reunión inicial de la Campaña sobre Libertad Sindical, Negociación

Colectiva y Autorreforma Sindical (San José, agosto 2013). Inmediatamente, la publicación integral del proyecto fue presentada en la segunda reunión regional de la Campaña (San Pablo, octubre 2013).

El texto fue revisada una vez más de manera definitiva por los autores de los estudios, con cierre en abril del 2014.

La versión final de la Plataforma ha sido publicada por CSA en la Cartilla de la Campaña sobre el Programa de Autorreforma Sindical).

El estudio general fue dirigido por dos miembros del CELDS por España (Joaquin Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau) y A. Latina (Hugo Barretto y Guillermo Gianibelli).

Los otros especialistas participantes fueron:

- Por España; Nunzia Castelli, Amparo Merino Segovia y Francisco Trillo,
- Por ALatina: Carlos Ayala Montero (Panamá), Hugo Barretto (Uruguay), Luis Campos (Argentina), Ramón Centurión (Paraguay), Francisco Cermeño (Venezuela), Ericson Crivelli (Brasil). Claudia Espinoza (Nicaragua), Francisco Iturraspe (Venezuela), María X. López (México), Suarez Dubornay, Julio César (Rep. Dominicana), Héctor Vázquez (Colombia), Rodrigo Vázquez Silva (Chile), Alfredo Villavicencio Ríos (Perú), Giovani Villela (Guatemala).

También fueron invitados, en una segunda etapa, Francisco Iturraspe (Venezuela), Marta Pujadas (Argentina), Mario Rojas Flores (Costa Rica)

El documento final fue elaborado por Barretto, Campos, Gianibelli y Alvaro Orsatti (por CSA)

1. PRINCIPIOS GENERALES

1.1. REORIENTAR LA INTERVENCIÓN ESTATAL

El común denominador en la región es la falta de autonomía y libertad sindical plena, derechos que con frecuencia son fuertemente restringidos por la excesiva intervención estatal, la proceduralización de la negociación, las limitaciones a la constitución de organizaciones y a la actividad sindical y la huelga.

Como señala el informe peruano, el modelo intervencionista-restrictivo de relaciones colectivas del trabajo determina que el protagonismo “*no se centra en los actores sociales sino en la actividad estatal, ya sea normativa o administrativa. Esto ha significado, desde sus inicios, una fuerte restricción al surgimiento y actuación de los sujetos sindicales. El Estado regula prácticamente todo lo concerniente al surgimiento, configuración y actuación del sujeto colectivo, dejando a la autonomía sindical y a la autonomía colectiva un espacio verdaderamente estrecho y limitado. En*

otras palabras, es una regulación totalizadora y carente de toda autonomía externa de parte de los actores sociales frente a las normas estatales".

Se necesita aguzar la capacidad de análisis y el distanciamiento crítico de los sindicatos para debatir con mayor perspectiva acerca del papel y el alcance de la intervención del Estado y de la legislación en la actividad sindical.

En muchos casos los sindicatos están de tal modo imbuidos de esa forma de incidencia del poder político en las relaciones de trabajo que no logran percibir con claridad la índole perniciosa de esa intervención, quedándose en el análisis superficial de lo "actitudinal" de la autoridad de turno en el manejo de los registros, etc.

El problema radica en la internalización cultural de la reglamentación sindical como si se tratara de un dato de la naturaleza. Muchos sindicatos son fuertemente críticos del uso que de la reglamentación hace la autoridad laboral, pero no son suficientemente conscientes de que el problema es la existencia misma de la reglamentación como instrumento de interferencia en la actividad sindical.

En este marco, el Estado debe tener un papel activo en campos que lo exigen, como:

a. las situaciones laborales legalmente ambiguas, que dan lugar a fraude empresarial mediante la simulación de relaciones de dependencia como si fueran autónomas (con base en la Recomendación 198 de OIT). Ello incluye también la distinción de relaciones semi-autónomas, en que el trabajador aparentemente independiente sostiene su actividad en vínculos permanentes exclusivos o casi con un demandante;

b. las situaciones de tercerización (vía subcontratación de empresas y de utilización de agencias de trabajo temporal), que necesitan la recomposición de las nociones de representación (y ámbitos de negociación) a partir de las nuevas realidades de la configuración empresarial, en tanto los procesos productivos (como lo menciona el informe sobre Argentina) *"han dislocado el sistema de representación tradicional, fragmentando el colectivo y generando una heterogeneidad normativa desigual"*.

Asimismo, en la región se encuentra un caso extremo, el de los sindicatos de simulación y los "contratos de protección patronal" de México, que tienden a ser "exportados" a otros países, producto de normativas que los estimulan indirectamente.

En relación a los mecanismos autónomos (fundamentalmente la huelga), es necesario superar una concepción que la entiende como una patología del sistema, y que como tal debe ser disciplinada, limitada, y hasta prohibida.

La huelga constituye un medio coactivo y de presión para hacer valer los contenidos adoptados en el convenio y para la obtención de los acuerdos pretendidos por los trabajadores organizados.

Toda consideración o valoración del fenómeno huelguístico debe quedar en manos de sus legítimos titulares, que son los trabajadores, y en último caso, de ningún modo debe concebirse que sea un órgano estatal el que dirima todo asunto sobre la legalidad de la medida o su eventual limitación.

Una concepción democrática de las relaciones laborales en general debe tener en cuenta lo señalado en el informe de Perú cuando se dice que “*se debe comprender y difundir una concepción dialéctica de las relaciones de trabajo y asignación al conflicto de un papel funcional dentro del esquema constitucional. Se parte del principio fundamental de que trabajadores y empleadores son portadores de intereses diferenciados que se encuentran en contraposición y conflicto, y que precisamente el ordenamiento jurídico-laboral se propone integrar*”.

En relación a la negociación colectiva, el problema es más complejo: su promoción a través de la ley puede resultar paradojal, en la medida que se reclama mayor autonomía a través de una mayor intervención estatal, y atar estos dos principios no es tarea sencilla. Así, el informe panameño señala que “*la legislación no debe constreñir, limitar o dar pie a la posibilidad de que sea interpretada de manera restringida, en vez de promover la negociación colectiva; por eso, la legislación debe ser flexible, en el sentido de permitir a los interlocutores de la negociación acordar las reglas previas de la negociación (normas sobre duración de la negociación; cantidad de delegados, lugar y horario de reuniones, etc.), dándole validez a los acuerdos a que se arriben en ese sentido*”. Se trata de un difícil equilibrio que debe guardarse entre la obligación de fomentar la negociación colectiva, prescripción que tiene fundamento en el C98, y la necesidad de hacerlo sin afectar la autonomía colectiva de los interlocutores sociales.

1.2. RATIFICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE TRABAJO DE OIT REFERIDAS A LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Además de los C87 y 98, que están ratificados por todos los países analizados, excepto Brasil en cuanto al primero y México con relación al segundo, debiera promoverse la ratificación (y adecuación de las normas internas) de los C141 (negociación de trabajadores rurales), C144 (consulta tripartita), C151 (relaciones laborales en el sector público), C154 (negociación colectiva), C158 (terminación de la relación de trabajo). Son también parte de este conjunto básico las normas referidas a la representación en el lugar de trabajo (ver más adelante). Puede agregarse además el C131 sobre salarios mínimos. Las recomendaciones vinculadas son: R91 (contratos colectivos), R149 (organización del trabajo rural), y R163 (negociación colectiva).

Es indispensable también atender los pronunciamientos del CLS y el CEACR.

1.3. REFORZAR EL CONTROL DE CUMPLIMIENTO

Es necesario mejorar el desempeño y la dotación de recursos de los servicios de Inspección del Trabajo, de manera que garanticen la efectividad de los derechos y obligaciones pactadas en los convenios colectivos y en la normativa laboral en general.

1.4. INCORPORAR EL CRITERIO DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN SITUACIONES DE DOBLE EMPLEADOR

Debe generalizarse en la región el enfoque ya puesto en práctica en varios países sobre una corresponsabilidad entre la empresa principal y la secundaria en procesos de tercerización, en los campos laborales y sociales. En tal sentido, la empresa principal debe responder por todas las obligaciones laborales incumplidas por sus contratistas, sin importar las características de las tareas que sean realizadas. Esta extensión de responsabilidad puede impulsarse tanto a nivel legislativo como en la negociación colectiva.

1.5. ELIMINAR LAS RESTRICCIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

Las recomendaciones de los órganos de control de la OIT han cuestionado la interpretación excesivamente restrictiva del derecho de huelga en la mayoría de los países latinoamericanos. En particular, deben eliminarse las restricciones contenidas en las legislaciones de varios países que refieren, entre otros aspectos: a. su reconocimiento en caso de falta de acuerdo entre los interlocutores (observado en el informe panameño); b. la necesidad de eliminar los trámites burocráticos previos que retardan la huelga; c. la imposición de arbitrajes obligatorios; d. La obligación de reanudar el trabajo; e. La sustitución de huelguistas.

2. ORGANIZACIÓN SINDICAL

2.1. UTILIZACIÓN APROPIADA DEL REGISTRO SINDICAL

Debe evitarse que la existencia de registro sindical –el cual en principio no es contrario a la libertad sindical– se constituya en un mecanismo de control social y de cooptación política de las organizaciones de trabajadores. El acceso al registro debe facilitarse y desburocratizarse. Un capítulo especialmente importante es el referido al establecimiento de un número mínimo de afiliados a los sindicatos de empresa como requisito para su registro. No debieran colocarse tales “pisos” de tamaño al momento de integrar un sindicato, ya que esa decisión es autónoma de los trabajadores. En aquellos casos en que se generen pseudo sindicatos con un número mínimo de trabajadores, es también la autonomía sindical la que debe combatir esas formas, en el marco del fomento y protección de la actividad sindical.

La CEACR no considera que en sí mismo este requisito sea contrario a los principios de libertad sindical, pero sí señala que el umbral fijado suele ser demasiado alto como para constituir razonablemente un sindicato. Por su parte, el informe peruano argumenta que si no existieran límites, es decir, si con dos trabajadores pudiera constituirse un sindicato, el resultado tampoco sería positivo, llevando a una extrema fragmentación.

2.2. PROMOVER LA CREACIÓN DE FEDERACIONES

Este punto complementa el anterior, en el sentido de que la promoción de sindicatos de trabajadores ocupados en micro y pequeñas empresas vaya junto con la promoción de su integración en estructuras más amplias. También debe cuidarse que el piso de organizaciones miembro de las federaciones no sea excesivo.

2.3. PROMOVER ESTRUCTURAS HORIZONTALES (TERRITORIALES)

Junto a las estructuras verticales (sector), estas otras permiten una cobertura de colectivos laborales con mayores dificultades para organizarse, lo que se proyecta también a la negociación colectiva y a la propia participación sindical en las políticas estatales que se desarrollan en ese plano.

2.4. REMOVER CRITERIOS DE EXCLUSIVIDAD EN LA REPRESENTACIÓN

Se necesita salvaguardar el valor del pluralismo sindical garantizando, al mismo tiempo, la vigencia de criterios ligados a la mayor representación efectiva, principalmente en materia de negociación colectiva..

2.5. DAR LIBERTAD A LOS SINDICATOS PARA QUE DECIDAN EL TIPO DE ENCUADRAMIENTO

La lista sobre tipos de organizaciones autorizadas debe ser abierta, de manera que los sindicatos tengan autonomía para adecuarse a situaciones derivadas de la descentralización y dispersión del colectivo laboral, mediante tercerización. Los sindicatos podrían entonces optar por el tipo de organización que más convenga a sus estrategias, además de la representación directa de los trabajadores de la empresa. Es el caso de la configuración de sindicatos de “grupos de empresas” y de “cadena productiva” para generar un efecto de representación ampliada más allá de las unidades empresariales singularmente entendidas. Es también el caso de las estrategias sindicales de representación de los trabajadores tercerizados, idealmente por medio de su incorporación al sindicato de trabajadores permanentes de la empresa principal.

Este punto se proyecta a la negociación colectiva, tal como se desarrolla más adelante.

2.6. ELIMINAR LA EXCESIVA REGLAMENTACIÓN PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS Y ASAMBLEAS

Este punto se refiere a situaciones como las que se presentan en Nicaragua, donde la reglamentación del Código establece criterios respecto del quórum para asambleas, las facultades y autoridad de las juntas directivas, la obligatoriedad que solo participen en asambleas los miembros que no sean morosos, etc. Este tipo de cláusulas impuestas constituyen afectaciones a la autonomía sindical y al C87.

2.7. AMPLIAR EL FUERO SINDICAL

Siguiendo los C98 y C158, es necesario ampliar el llamado “fuero” sindical, extendiéndolo a todos los miembros de las juntas directivas y a todos los trabajadores con responsabilidades sindicales. El fuero no debe estar limitado a impedir la terminación del contrato de trabajo, sino también a la modificación de las condiciones en que se ejecuta.

2.8. PROMOVER LA EXISTENCIA DE ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL LUGAR DE TRABAJO¹

Es una política complementaria y no sustitutiva de la negociación colectiva. La principal norma es el C135, junto a otras recomendaciones: R92 de conciliación y arbitraje voluntarios, R94 de colaboración en el ámbito de la empresa, R113 de consulta por ramas de actividad económica y ámbito nacional, R129 de comunicaciones dentro de la empresa, R130 de examen de reclamaciones, R143 de representantes de trabajadores.

La designación de representantes en los lugares de trabajo debe ser impulsada por las organizaciones sindicales, quienes deben organizar las elecciones y disponer los mecanismos para garantizar la participación de los trabajadores. La actividad de los representantes en los lugares de trabajo debe enmarcarse en el ámbito de las organizaciones sindicales preexistentes, a través de las cuales se debe canalizar su participación en ámbitos de negociación colectiva.

3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3.1. PROMOVER LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS CONSULTAS APROPIADAS DE LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La situación regional en esta materia es muy variada, generalmente con prácticas limitativas del derecho a la negociación colectiva. La necesidad de reformas

¹ Los consensos del GTAS en 2010 han establecido el eje “Estructuras en la empresa”, con el siguiente contenido: “junto a las estructuras de la propia Central/Confederación, la Autoreforma requiere la creación o profundización de estructuras ubicadas a lo interno de la empresa (comités, secciones), cuando se trata de colectivos de cierto tamaño, como forma de acción sindical directa en el lugar de trabajo. La existencia de organización sindical en la empresa es fundamental para desarrollar la negociación colectiva en ese ámbito y para poder incidir en la organización del trabajo, apuntando, si ese es el caso, a fórmulas de cogestión o autogestión. Sin relaciones sociales, la empresa queda limitada al espacio físico y a las relaciones técnicas de producción.

en esta dirección ha sido planteada por los informes de Colombia, Chile y Panamá.

Las particularidades de este sector han llevado a que OIT (mediante los C151 y 154, y comentarios de los organismos de control) acepte tanto modalidades particulares de negociación, como también laudos arbitrales y otros mecanismos diferentes, centrados en la consulta de carácter legislativo o directamente observados en la práctica nacional. Las modalidades específicas tienen particularidades en lo referido a las partes en la negociación, a las materias abarcadas y los niveles de negociación de ciertos contenidos, así como respecto de la naturaleza, el rango y los efectos jurídicos que tienen o no tienen los acuerdos colectivos celebrados. Con mucha frecuencia, los sistemas nacionales presentan peculiaridades también en relación a las cláusulas de los acuerdos colectivos que tienen repercusiones presupuestarias.

En cuanto a algunas categorías específicas de trabajadores públicos, la OIT considera que se debe incluir al personal de establecimientos penitenciarios, y bomberos, sector educativo (personal docente, directivo, con funciones técnicas y administrativas), y no se debe excluir automáticamente al personal civil de las fuerzas armadas. Asimismo, OIT deja abierta la posibilidad de que se integren las fuerzas armadas y la policía, siendo este último camino el seguido por Uruguay.

3.2. PROMOVER LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE TODOS LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO

En varios países se dificulta o excluye de la negociación colectiva a ciertos colectivos de trabajadores del sector privado, principalmente los tercerizados, así como en el sector agrario. Por el contrario, una lectura combinada del C98 y el C154 sustenta una política sin limitaciones, a lo que se agrega en la misma dirección la perspectiva de los protocolos internacionales sobre derechos humanos. A partir del C189 este enfoque debe proyectarse a los trabajadores remunerados en el hogar, en lo que ya existe una práctica nacional (en Uruguay)

3.3. PROMOVER LA NEGOCIACIÓN DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Este punto se refiere principalmente a los trabajadores “económicamente dependientes” (“semi-autónomos”, “independientes-dependientes”, “parasubordinados”), que en Europa tienden cada vez más a ser incluidos en la negociación colectiva, especialmente a nivel sectorial, por iniciativa sindical.

El enfoque se proyecta también a los autónomos “típicos” o “simples” que trabajan en espacios públicos (calles, plazas, mercados) de las ciudades, mediante negociaciones con las autoridades locales, lo que es una práctica habitual en muchos países de la región.

La fundamentación normativa es la misma que en el punto anterior. En la misma dirección, se ha propuesto visualizar diversas disposiciones del derecho administrativo, que establecen regulaciones referidas a estas modalidades de trabajo como un quasi-derecho laboral.

3.4. PROMOVER NEGOCIACIONES EN ÁMBITOS MÚLTIPLES, CON COORDINACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN ORGANIZADA

Este es un aspecto central para modificar el cuadro general de la región, que presenta actualmente una amplia mayoría de casos nacionales con negociaciones limitadas al nivel de la empresa, estando incluso (como en Chile) prohibida la negociación a nivel federal o nacional.

Debería promoverse, atendiendo a especificidades nacionales, una diversidad de ámbitos para la negociación, además de la empresa: nivel sectorial/rama de actividad, intersectorial (bi o tripartita), territorial (provincial, regional, y sus combinaciones, interprovincial, interregional) e interconfederal, llegando a acuerdos marco con participación estatal). Obviamente, este es un esquema de máxima, en que el ámbito indispensable es el primero (sectorial). El convenio sectorial y el territorial deben ser el referente en la ordenación de la estructura de la negociación colectiva.

Este modelo facilita la descentralización de una manera organizada, mediante la articulación y distribución de materias y competencias entre niveles de negociación. La coordinación supone una combinación centralización-descentralización en una estructura negocial caracterizada por su simplificación, articulación y apertura de un espacio propio para los mecanismos de negociación descentralizada.

Complementariamente:

- Parece más adecuada una coordinación voluntaria que una intervención legal reordenadora de la negociación. En todo caso, esta última debe ir en la dirección marcada y demandada por los actores sociales, de apoyo a la racionalización de la estructura desde la propia autonomía contractual, facilitando con ello además un objetivo de seguridad jurídica para la clase trabajadora y sus representantes.

- La negociación sectorial debería: a. determinar con precisión las actividades que quedan comprendidas o reguladas; b. ampliar su ámbito funcional de aplicación, para evitar que determinados colectivos de trabajadores queden fuera de la cobertura que ofrece la negociación colectiva; c. centrar su regulación en materias que requieren una uniformación de materias básicas, evitando vacíos de regulación, para el conjunto del sector (modalidades de contratación, clasificación profesional, formación, salud laboral) o un tratamiento mínimo, dejando al nivel de empresa competencias de desarrollo o adaptación al contexto empresarial (tiempo de trabajo, salario, clasificación profesional, movilidad geográfica

y funcional); d. fijar reglas mínimas sobre estructura, articulación y solución de conflictos, e introducir reglas precisas que prevengan o soluciones los eventuales conflictos de concurrencia motivados por una insuficiente identificación de unidades de negociación o una regulación genérica de distribución de materias entre ámbitos de contratación.

- La negociación territorial, apoyándose en las estructuras sindicales horizontales, puede jugar un papel decisivo tanto en el sentido centralizador como descentralizador, ante tejidos productivos de empresas de pequeña dimensión en ámbitos territoriales reducidos. Por esta vía se adapta la regulación sectorial, cerrando las puertas a toda pretensión de regulación totalizante del convenio. También permite ocuparse de figuras “mixtas” o “móviles” de trabajadores.

3.5. ENRIQUECER LOS CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Aún en los países de la región que muestran mayor dinamismo en la negociación colectiva, la misma se concentra en ajustes nominales de salarios y en la categorización laboral, no profundizando otras materias propias del mundo del trabajo. Un aspecto extremo es el mencionado por los informes paraguayo y mexicano, en cuanto a que los convenios suelen limitarse a reiterar los contenidos ya previstos en la legislación ordinaria, lo que entonces es un contrasentido con el objetivo negocial.

Existe en Europa una tradición que lleva décadas, desde la disciplina jurídico-laboral y la reflexión y práctica sindical, dirigida a ampliar los contenidos de la negociación colectiva (se destaca el aporte del dirigente italiano Bruno Trentin). Por esta vía se combina el ejercicio de los derechos laborales básicos, de derechos que rebasan el marco estricto de las condiciones de trabajo, de derechos referidos a la relación de los trabajadores con la propia empresa, y una nueva generación de derechos civiles. La noción de condiciones de trabajo utilizada por los órganos de control de OIT va en la misma dirección. Un esquema integral incluye los siguientes capítulos:

- Jornada laboral, horas extraordinarias, periodos de descanso, salarios, seguridad y salud en el trabajo (incluyendo la prevención de riesgos del trabajo), despidos, ascensos, reintegración, derecho al ejercicio del conflicto, recurso al teletrabajo.
- Conocimiento y formación permanente, para la igualdad de oportunidades.
- Control de la organización del trabajo, incluyendo el trabajo en grupo y el derecho a formular propuestas de soluciones alternativas a las adoptadas por las empresas.
- Información preventiva, consulta, comunicación y concertación entre las partes sobre los temas vinculados a las transformaciones de la empresa, mediante reestructuración: reducción de personal, supresiones de puestos,

movilidad geográfica o funcional, cambios de horario, traslado de establecimientos, jubilación anticipada.

- Solución de conflictos: órganos paritarios, acceso a la dirección, facilidades concedidas a los representantes sindicales, reglas de trabajo.
- Tutela medioambiental.
- Programación negociada del tiempo de trabajo y de su uso (para el trabajo, el estudio, vida privada).
- Reclutamiento sindical, disponibilidad de espacios en la empresa, permisos sindicales, métodos electorales autónomos, cartelera de avisos, distribución y venta de libros y periódicos en la empresa, realización de encuestistas sobre seguridad, salubridad y organización del trabajo.

Un enfoque más amplio, que combina distintos elementos, es el del reparto de la productividad mediante la negociación colectiva. El punto “Productividad, salarios y beneficios compartidos” de las Conclusiones sobre Empresas Sostenibles del 2007 afirman: ”Los trabajadores tienen que poder participar en el éxito de las empresas y obtener una parte justa de los beneficios derivados de las actividades económicas y del aumento de la productividad. Esto ayuda a contribuir a una distribución más equitativa de los ingresos y la riqueza. La negociación colectiva y el diálogo social son medios importantes para lograrlo”.

El informe panameño agrega el derecho a la privacidad y la libertad de pensamiento y de expresión.

De esta nómina, varios informes nacionales del proyecto destacan el capítulo de la capacitación, en cuanto a que se ha pactado el aporte del empleador a las instituciones gubernamentales especializadas (Panamá), la creación de órganos bipartitos de formación profesional (la construcción en Uruguay), y el apoyo a las acciones formativas de los propios sindicatos (Argentina y Brasil). En el caso uruguayo se ha experimentado la creación por negociación tripartita de comisiones sectoriales de análisis de la situación de los mercados internacionales, de las necesidades de capacitación y de agregación de tecnología y otros mecanismos de promoción (compras estatales, aspectos tributarios, etc).

Otra cuestión mencionada por el informe de Brasil es que el diálogo social y el tripartismo pueden actualizar el cuadro de actividades y profesiones, reduciendo significativamente la judicialización de los conflictos de representación sindical.

3.6 INCORPORAR UN EXPLÍCITO ENFOQUE DE GÉNERO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El principal impulso debe venir de políticas públicas, algunas de las cuales pueden ser reforzadas por la negociación colectiva:

- Dinamizar las políticas de igualdad, reforzando los mecanismos de diálogo y participación, y articulando instrumentos que doten de mayores garantías y seguridad el cumplimiento de lo pactado.
- Garantizar la incorporación y presencia activa de las mujeres en la actividad sindical e introducir las demandas de género en las estrategias sindicales.
- Revisar los sistemas de clasificación profesional y de valoración de puestos de trabajo, implantando criterios objetivos para la correcta aplicación del principio de igualdad retributiva por trabajos de igual valor.
- Introducir medidas de acción o discriminación positiva y sistemas de promoción profesional articulados a través de criterios técnicos y objetivos que no sean excluyentes ni contengan elementos discriminatorios.
- Mejorar los niveles de formación profesional, favoreciendo la participación de las mujeres en los cursos formativos e incorporando estos derechos en períodos de excedencia por atención a personas dependientes.
- Eliminar la discriminación en el acceso al empleo, expulsando en los procesos de contratación la segregación ocupacional. Dar cumplimiento al principio de no discriminación en el empleo y la permanencia en él, con medidas de incentivo a la contratación de las mujeres, especialmente en aquellas profesiones donde su presencia es muy reducida y con criterios de preferencia en la contratación, cuando se cumpla el requisito de idoneidad para desempeñar el puesto de trabajo.
- Fomentar la armonización de responsabilidades familiares y laborales entre mujeres y hombres, y conseguir un reparto equilibrado en la vida profesional y en la privada, superando el binomio tiempo de trabajo/género, que configura una de las principales fuentes de desigualdad en el seno de las empresas.
- Activar políticas transversales conciliatorias que incidan sobre los diferentes ámbitos materiales que conforman la relación de trabajo, evitando la existencia de discriminaciones por razón de género, como consecuencia de la asunción en exclusiva por las mujeres de tareas que impiden o, cuando menos, dificultan compatibilizar vida personal con vida familiar y laboral.
- Suprimir los obstáculos que dificultan una participación plena de las mujeres en el mercado de trabajo y combatir los arraigados estereotipos sexistas, que no hacen sino marcar en la sociedad los roles de mujeres y hombres. Un reparto desigual de las responsabilidades familiares induce a las mujeres a optar por acuerdos de trabajo flexible e interrumpir sus carreras profesionales, con efectos negativos en sus ingresos, protección social e independencia económica.

- Garantizar que las políticas reconciliatorias permitan a trabajadoras y trabajadores ejercitar libremente sus opciones individuales, en relación con los acuerdos sobre trabajo flexible, reducción de jornada y excedencias.

Para la aplicación de esta perspectiva en la negociación colectiva, se necesita además:

- Promover la presencia de las mujeres en las mesas de negociación, así como en las comisiones paritarias de los convenios colectivos, u otros organismos mixtos *ad hoc*, constituidos convencionalmente para garantizar el cumplimiento de lo acordado.
- Capacitar a los trabajadores de ambos sexos en la negociación de cláusulas sobre promoción de la igualdad de trato y oportunidades, priorizando esta cuestión en las políticas sindicales.
- Exigir a los negociadores y negociadoras un mayor compromiso y posicionamiento respecto del acoso sexual, principalmente en los ámbitos inferiores de contratación, donde es infrecuente obtener respuestas a situaciones de violencia de género.

Dicho esto, hay que aclarar que las políticas públicas y la negociación colectiva con una finalidad niveladora de la desigualdad formal y material desde una perspectiva de género, no son suficientes para contrarrestar hábitos culturales, instituciones y prejuicios históricos típicos del patriarcado.

La desigualdad entre mujeres y hombres es un acontecimiento cotidiano que requiere para su superación una acción social y cultural, no simplemente regulativa. Es evidente, sin embargo, que la vertiente normativa en clave igualitaria es una pre-condición para avanzar en esa perspectiva de nivelación de las desigualdades. En este escenario, a la negociación colectiva le queda mucho por aportar.

3.7. PROMOVER LA APLICACIÓN DEL CRITERIO “ERGA OMNES” (“PARA TODOS” O “GENERAL”) EN LA NEGOCIACIÓN POR SECTOR Y EMPRESA

Se deben extender automáticamente (y no por voluntad del empleador) los beneficios del convenio al trabajador que no forma parte del proceso de negociación colectiva.

3.8. ESTABLECER CRITERIOS FIRMES EN CUANTO A LA TITULARIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Se necesita: a. Declarar la nulidad de la negociación efectuada con grupos inorgánicos de trabajadores que terminan posibilitando maniobras discriminatorias antisindicales, como ocurre en Chile, Colombia y Costa Rica; b. limitar la negociación con representantes de los trabajadores al caso de ausencia de sindicato en la empresa, siguiendo el procedimiento establecido en el C135 y R91.

3.9. MODIFICAR CRITERIOS DE EXCLUSIVIDAD DE REPRESENTACIÓN

Algunos ordenamientos establecen altos porcentajes para autorizar la negociación exclusiva (50%, o la mayoría absoluta, como en Rep. Dominicana), lo cual es contrario a los principios de libertad sindical. La OIT recomienda, por un lado, reducir ese porcentaje y, por otro, cuando ningún sindicato de una unidad de negociación específica lo reúna, recomienda otorgar los derechos de negociación (conjunta o separada) a todos los sindicatos de la unidad, al menos en nombre de sus propios afiliados, para una negociación conjunta o separada.

3.10 REGULAR ADECUADAMENTE MODALIDADES INFERIORES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Ante la situación que se presenta en varios países (Colombia, Chile, Costa Rica, Guatemala) en que se autorizan modalidades inferiores de negociación, sin participación de organizaciones sindicales (pactos colectivos, arreglos directos), debe: a. garantizarse que esas formas de negociación sea autorizada solo ante la ausencia de una organización sindical en el nivel de empresa o actividad; b. asegurarse un mecanismo de elección democrática de la representación de trabajadores para la negociación del acuerdo; c. evitarse todo tipo de simulaciones a través de una activa acción de los mecanismos inspectivos.

3.11. ELIMINAR MECANISMOS QUE DESESTIMULEN LA SINDICALIZACIÓN

Es el caso chileno, en que se permite la “adhesión” del trabajador no sindicalizado al convenio colectivo mediante el pago de una cuota. Pudiera ser también un efecto no deseable de normas que promueven la representación en el lugar de trabajo mediante estructuras formadas por trabajadores no sindicalizados (lo que está permitido en Perú, Brasil, México).

3.12. PROMOVER LA OBLIGATORIEDAD DE NEGOCIACIÓN DE LOS SALARIOS MÍNIMOS

El C131 establece la obligación de consultar a las organizaciones de trabajadores y empleadores en relación a los salarios mínimos nacionales. Ello no implica la obligación de negociar, pero puede ser de utilidad para «fundamentar» la obligación de hacerlo, como es el caso uruguayo, en que se establecen convocatorias periódicas no obligatorias, ante las cuales si el empleador no comparece es el poder ejecutivo el que tiene potestad para fijar los salarios mínimos.

3.13. GARANTIZAR LA ULTRACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO COLECTIVO

El modelo adecuado parece ser el que establece que las cláusulas del convenio colectivo seguirán aplicándose hasta que se negocie un nuevo convenio, a

menos que el convenio hubiere estipulado lo contrario (que es la fórmula utilizada en el caso argentino). Es una necesidad destacada por el informe chileno. Con todo, una disposición de este tipo ha sido observada por el Comité de Libertad Sindical respecto del caso uruguayo, como reacción a la queja presentada por las cámaras empresariales contra el proceso de reforma laboral protectora ocurrido en ese país entre 2005 y 2009.

3.14 AVANZAR HACIA UN ENFOQUE OBLIGATORIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Partiendo de que la negociación colectiva es un componente esencial de la libertad sindical, la negativa a negociar un convenio colectivo es un desconocimiento a la libertad sindical. En tal sentido, deben promoverse normas que obliguen a las empresas a negociar colectivamente con las organizaciones sindicales, tanto a nivel de empresa como de actividad.

3.15. PROMOVER LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR GRUPO ECONÓMICO/ CADENA PRODUCTIVA

Se deriva de lo mencionado en el punto 3.5 en el plano organizativo. Se trata de un reconocimiento a la actual conformación de buena parte de las unidades productivas. La recomendación pretende evitar manipulaciones empresariales dirigidas a fragmentar la unidad de negociación, frecuentemente con el objetivo de dejar fuera del convenio a trabajadores tercerizados. Lo paradójico resalta cuando se verifica que, no obstante, las diversas unidades productivas permanecen vinculadas a un mismo proceso de producción o explotación de un recurso principal. La representación debería comprender a la totalidad de los trabajadores involucrados, reforzando así la capacidad negociadora y estableciendo cuerpos normativos convencionales mínimos. Es un tema destacado por los informes de Chile y República Dominicana.

3.16. AVANZAR HACIA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

En la misma lógica que el punto anterior, pero en una mayor dimensión geográfica, que involucra a las distintas sucursales y filiales de empresas mundiales. Es de especial aplicación en el marco de procesos de integración subregional, cuando en el área se encuentran empresas mundiales (incluyendo latinas) que operan en todos los países, y cuando ya existe una negociación colectiva sectorial bastante desarrollada (como en el Mercosur). La inexistencia de estos procesos acentúa la debilidad institucional y social de los propios sistemas de integración, haciéndolos meramente retóricos en lo social y laboral. Es un aspecto señalado por los informes de Brasil, Panamá y Argentina, éste último destacando la posibilidad de potenciar acuerdos marco internacionales ya fir-

mados, en carácter de diálogo social, entre empresas mundiales y federaciones sindicales internacionales.

3.17. AVANZAR EN ASESORAMIENTO Y FORMACIÓN SINDICAL PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Muchos de los informes se han demostrado críticos de las posiciones, estrategias y hasta falta de formación de los cuadros sindicales. Es necesario trabajar en la formación sindical. Por ejemplo, en el informe de Colombia, se plantea la creación, por parte de los sindicatos de industria, de federaciones, centrales y confederaciones, de entidades especializadas para asesorar y acompañar la negociación colectiva de los sindicatos. El informe guatemalteco destaca la necesidad de que se elaboren estudios estadísticos.

En general la autonomía reclama un cambio cultural apreciable en las prácticas sindicales existentes. El informe nacional panameño considera necesaria *“una actividad constante de los sindicatos por la concienciación acerca de los beneficios de la solidaridad y el colectivismo en la dimensión laboral”*.

Se necesita una eficaz acción de tipo formativo hacia los cuadros técnico-sindicales para crear mayor conciencia de los problemas del reglamentarismo e intervencionismo excesivo de la autoridad laboral y del Estado en general en las relaciones colectivas de trabajo.

NOTÍCIA

II ENCONTRO DA RENAPEDTS E CARTA DE CURITIBA

Carta De Curitiba.

Em setembro de 2016 ocorreu na Universidade Federal do Paraná o II Encontro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisa e Extensão em Direito do Trabalho e Seguridade Social –RENAPEDTS–, promovido pela UFPR e pela UniBrasil, com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal no Ensino Superior –CAPES–, organizado pelos professores Aldacy Rachid Coutinho (Núcleo de Pesquisa Trabalho Vivo/UFPR) e Leonardo Wandelli (Núcleo GPTREC/UniBrasil), tendo como comitê científico os professores Jorge Luiz Souto Maior (USP), Daniela Muradas Reis (UFMG), Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (UFRJ); Dra. Juliana Teixeira Esteves (UFPE), Gabriela Neves Delgado (UNB) e Maria Cecília Máximo Teodoro (PUC Minas).

O Encontro reuniu pesquisadores em torno de temáticas metodológicas relevantes para o conhecimento e produção crítica sobre o Direito do Trabalho, tendo sido apresentados mais de 40 trabalhos oriundos dos seguintes grupos de pesquisa que a integram: *Configurações Institucionais e Relações de Trabalho* (CIRT - UFRJ); *Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica* (UFPE); *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional* (GP-TREC-UniBrasil/PR); Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC-USP); Núcleo de Pesquisa Trabalho Vivo (UFPR); *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB); Retrabalhando o Direito –RED– (PUC-Minas); *Trabalho, Luta e Dignidade* (FURB); *Trabalho e Resistências* (UFMG); *Direitos Humanos, Centralidade do Trabalho e Marxismo* (USP) e ainda o núcleo *O Trabalho além do Direito do Trabalho: dimensões da clandestinidade jurídica laboral* (USP). Diante da singularidade da conjuntura sócio-política brasileira foi lançada pela Rede a seguinte Carta de Curitiba.

CARTA DE CURITIBA

A Rede Nacional de Grupos de Pesquisa e Extensão em Direito do Trabalho e da Seguridade Social, entidade que congrega pesquisadores e pesquisadoras de várias instituições de ensino jurídico do país, que se dedicam a compreender criticamente as relações jurídicas trabalhistas e sociais, durante o seu II Encontro, realizado em Curitiba, nos dias 29 e 30 de setembro, após intensos debates

motivados pelas apresentações de inúmeras pesquisas e estudos, deliberou pela publicação da presente Carta pública, para:

1. DENUNCIAR: que se explicita no país uma forte articulação para destruir, por vias transversas, a Constituição Federal de 1988, especificamente na parte pertinente aos direitos trabalhistas e sociais;
2. POSICIONAR-SE CONTRA: as “reformas” trabalhista e previdenciária defendidas expressamente por representantes do governo, com instrumentalização da grande mídia, tendo como objetivo reduzir direitos trabalhistas sob o eufemismo de “flexibilização”, vez que tais iniciativas provocam maior acumulação do capital e, consequentemente, agravam os problemas econômicos estruturais, além de trazerem mais sofrimentos à classe trabalhadora, com reflexos no custeio da Seguridade Social e, por conseguinte, na eficácia dos direitos sociais, retroalimentando o argumento em prol de novas reduções, sendo que este foi, ademais, o caminho percorrido pela política econômica brasileira, desde 1964, sem qualquer efeito positivo, como se sabe;
3. ADVERTIR: que, em razão do aparente recuo do governo diante da manifestada e necessária resistência da classe trabalhadora, se tem evidenciado o risco de que as “reformas” pretendidas venham a ser implementadas pelo Supremo Tribunal Federal, até porque o STF já se posicionou no sentido regressivo dos interesses dos trabalhadores nos processos: ADI 3934 (05/09); ADC 16 (11/10); RE 586.453 (02/13); RE 583.050 (02/13); RE 589.998 (03/13); ARE 709.212 (13/11/14); RE AI 664.335 (9/12/14); ADI 5209 (23/12/14); ADI 1923 (15/04/15); RE 590.415 (30/04/15); RE 895.759 (8/09/16); e ADI 4842 (14/09/16); e deu indicações de que poderá seguir o mesmo direcionamento nos processos: ADI 1625; RE 658.312 e RE 693.456. É preciso, pois, estar atento, dando a maior visibilidade social possível, às sessões do STF em que se discutirão questões cruciais para a classe trabalhadora: dispensas coletivas (ARE 647.561); direito de greve (AI 853.275/RJ); ampliação da terceirização (ARE 713.211).

Curitiba, 30 de setembro de 2016.

Disponível em <http://www.renapedts.com.br/>

NOTICIA

PROMESAS DE AUSTERIDAD PERMANENTE Y COLONIALISMO: RECETAS DEL CONGRESO DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (EUA) PARA PUERTO RICO

Carlos Alá Santiago Rivera

Catedrático de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Universidad de Puerto Rico. Escuela Graduada de Administración Pública.

1. En la peor tradición imperialista. 2. Crisis Económica y Medidas de Austeridad. 3. Alcance de PROMESA.
4. Promesa de 10 años de Intervención. 5. El Plan Fiscal. 6. El Grupo de Trabajo "Task Force". 7. Cierre.

“Mamita llega la Junta, pero no llega de Roma. Mamita ya hay quien afirma, que es cosa linda y es cosa mona.

Mamita llega la Junta, impuesta por tío Sam. Mamita la Junta llega a machetearnos el ñam, ñam, ñam.

Mamita son siete sabios, que nos vienen a educar, pues dicen que en la colonia, lo mismo da sumar que restar. Mamita no me regaños, porque diga colonial, mamita esa palabreja, el Tío Sam la volvió legal.

Mamita busca maletas, compra pasaje en Jet Blú. Que en cuanto llegue la Junta, aquí se forma el gran revolú...

Temporal, temporal, la Junta es un temporal. ¿Qué será de Puerto Rico, si no se da a respetar?”

Pieza Musical en el Género de Son Plena compuesta
por Luis Rafael Sánchez¹.

1. EN LA PEOR TRADICIÓN IMPERIALISTA

En la peor tradición imperialista del siglo pasado, el Congreso de los Estados Unidos le impuso al pueblo de Puerto Rico un gobierno externo a través de la Ley para la Supervisión, Gerencia y Estabilización Económica de Puerto Rico, que eufemísticamente componen el nombre de PROMESA, por sus siglas en inglés². Con esta ley, que funciona por encima del Gobierno y de todos los funcionarios

¹ Afamado escritor puertorriqueño, quién se quejaba de que miles de puertorriqueños esperaban con entusiasmo la llegada de la Junta a pesar de que ésta venga a oscurecer sus destinos y amarrar sus esperanzas. Éste considera un vano empeño la creencia popular de que la Junta meterá en cintura a la minoría de políticos y ladrones que sumió al país en esta situación. Eso porque ellos no serán juzgados ni condenados. SÁNCHEZ, L. R., “Al Son de Plena”. El Nuevo Día, 17 de julio del 2016. p. 46.

² Puerto Rico Oversight, Management and Economic Stability Act.

electos de la isla, el Congreso de Estados Unidos propone aliviar la crisis fiscal que sufre el archipiélago caribeño y del que Puerto Rico es la isla de mayor tamaño y población. La Ley impone una Junta Federal de Control Fiscal (JFCF) con amplios poderes para intervenir en la gestión pública gubernamental e impulsar procesos de restructuración de la deuda pública acumulada de 68 billones de dólares, sin contar con la anuencia de los puertorriqueños o aún perjudicándoles económica y socialmente. Esto con la finalidad de regresar a Puerto Rico el acceso a los mercados financieros en el menor tiempo posible. Ese acceso se perdió a partir del 2014 y más concretamente, luego de que en dos ocasiones en el 2016 (mayo y agosto) el gobierno incurrió en impagos de parte de la deuda pública acumulada, con el fin de preservar sus operaciones. Concurrentemente, el Banco Gubernamental de Fomento (BGF), su agente fiscal, falló en pagar los intereses adeudados al 1ro. de agosto del 2016 para realizar otros desembolsos de muy alta prioridad porque incidían de forma directa en la prestación de servicios esenciales a la ciudadanía³.

La posición del gobierno de Puerto Rico era clara y en relación a los impagos se expresaba de la siguiente forma:

En cuanto a los demás vencimientos, se actuó conforme a las disposiciones establecidas por las órdenes ejecutivas que cobijan esas agencias y que establecen que se preservará el dinero que hubiese estado destinado a esos pagos para dar prioridad a la provisión de servicios esenciales como salud, seguridad y educación⁴.

Por esa razón, además, aprobó la Ley Núm. 21 del 6 de abril del 2016, que estableció la Ley de Moratoria de Emergencia y Rehabilitación Financiera de Puerto Rico y que autorizó al Gobernador a tomar las acciones extraordinarias necesarias para el manejo de fondos públicos de forma que se sostuvieran los servicios esenciales y de ser necesario desviarlos del pago de la deuda pública. El gobierno de Puerto Rico recurrió al Congreso en Washington para buscar alternativas de desarrollo económico y un mecanismo justo para renegociar su deuda, pero el liderato del Congreso optó por hacer cumplir la isla con las disposiciones federales vinculadas a la emisión de bonos de la Comisión de Bolsas y Valores. Por

3 El gobernador de Puerto Rico, Alejandro García Padilla, vetó el proyecto sustitutivo cameral 2959 aprobado por la legislatura como parte del presupuesto del país y que establecía una partida de 450 millones para el pago de intereses a la deuda constitucional en julio del 2016. El mandatario optó por incumplir el pago de principal de la deuda constitucional correspondiente al mes de agosto del 2016, para no imponer más medidas de austeridad al pueblo. Los pagos correspondientes a varias corporaciones como la Autoridad de Acueductos y Alcantarillados y la Corporación para el Financiamiento del Impuesto de Venta (COFINA) fueron honrados, como también lo fueron el pago de intereses a los bonistas de Obligaciones Pendientes. Desde el 2014, la Autoridad de Energía Eléctrica y la Corporación para el Financiamiento Público incumplen con el pago de intereses y en el 2015 se sumaron a los impagos a bonistas la Autoridad de Carreteras y Transportación (ACT) y la Autoridad del Distrito de Convenciones (ADCC). En el año fiscal vigente, que corresponde al periodo entre a la julio 2016 y junio 2017, Puerto Rico está obligado a pagar a sus acreedores otros \$3,396 millones en intereses. GONZÁLEZ, J., “Crece la lista de impagos”. El Nuevo Día, 3 de agosto del 2016. p. 20-21.

4 Grace Santana Balado, Secretaria de la Gobernación. Ibid. p. 21.

eso, PROMESA no ordena a la JFCF procurar el desarrollo económico de Puerto Rico sino restaurar la capacidad de éste de acceder al mercado financiero a tasas razonables. Paso importante para que el país continúe pagando a sus acreedores como si nada hubiera pasado. De acuerdo a los informes del Congreso, Puerto Rico estaba incumpliendo con la obligación de divulgar la información financiera que requiere la regla 15c2-12 de la Comisión de Bolsas y Valores y que es un requisito de ley para todas las entidades que emiten deuda en el mercado de valores estadounidense.

De acuerdo a algunos expertos el atraso en la publicación de los estados financieros fue el factor detonador, la excusa que utilizó el Congreso para establecer la Junta Fiscal⁵. Sin embargo, el Congreso no examinó a profundidad las razones del supuesto incumplimiento. Veamos. Entre el 1995 y el 2004, Puerto Rico recibió premios de excelencia en la presentación de sus estados financieros a la Comisión de Bolsas y Valores. De hecho, en toda su historia, el Estado Libre Asociado ha cumplido con el deber de divulgación financiera impuesto por ley y siempre se consideró como normal un atraso de entre 150 y 200 días de la fecha de radicación de sus estados financieros anuales consolidados (CAFR, en inglés). ¿Qué sucedió entonces a partir del 2004?

Varios sucesos incidieron en la capacidad de Puerto Rico de rendir su CAFR. En primer lugar, a partir del 2004, el dinero asignado en Hacienda para preparar los estados financieros auditados fue decreciendo paulatinamente, hasta reducirse de 9.7 millones en el 2004 a menos de 2.5 millones en el 2015. Una baja de 74% que impactó en el número de personas dedicadas a esta tarea y que permitió la obsolescencia de los sistemas de información necesarios para cumplir con la encomienda a tiempo. En segundo lugar, la adopción constante de nuevos pronunciamientos de contabilidad (GASB en inglés), es decir, de nuevas pautas técnico-administrativas para rendir los estados financieros contribuyó al retraso en la radicación de los mismos. Por esa razón, entre el 2006 y el 2009, los atrasos fluctuaron en alrededor de un año. De ahí en adelante vinieron los recortes de fondos federales, las políticas de austeridad, la congelación de plazas y los despidos masivos de empleados públicos, que afectaron duramente al Departamento de Hacienda. Con esto, se creó gran incertidumbre en el sector público, muchos empleados se acogieron al retiro temprano, otros se mudaron al sector privado, algunos se pensionaron, entre una situación y otra, se perdió capacidad técnica, al punto de que a partir del 2011 la tarea de preparar los estados, una vez a cargo en una persona, terminó en manos de una persona diferente cada año. El resul-

⁵ José R. Oyola. (Economista. Presidente del Banco Gubernamental de Fomento entre el 1985-86; director auxiliar de la Oficina del Contralor de los EU por espacio de 20 años y en la actualidad consultor del Banco Interamericano de Desarrollo, de la Organización de Cooperación para el Desarrollo (OECD en inglés) y de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Análisis de la Junta de Control Fiscal. Asamblea Anual de la Asociación de Economistas de Puerto Rico (AEPR). Universidad Interamericana de Puerto Rico, Recinto Metropolitano, 2016 y según reseñado por González, J., "En manos de la junta federal por incapacidad local". El Nuevo Día, 27 de agosto del 2016. p. 32.

tado, dos años de atraso en la radicación de los estados financieros del 2014 y la imposición de una Junta Federal de Control Fiscal⁶.

Nuevamente, reiteramos que el Congreso pudo ser más receptivo a la solicitud de ayuda de Puerto Rico. En vez de ayudar, por ejemplo solventando la falta de liquidez del BGF para cumplir con su finalidad social, lo que colocaba a la entidad entre pagar intereses a sus bonistas o servir a la ciudadanía, el Congreso de mayoría republicana intervino para controlar un gobierno considerado “muy liberal” en los estándares estadounidenses. Por eso, aprobó esta ley para “ayudar” a Puerto Rico, reformar sus operaciones y reestructurar su deuda. Y reformarlo significa hacerlo responsivo a los bonistas por encima del interés de la mayoría de sus habitantes. La agenda política conservadora es clara, su interés era colocar a Puerto Rico “en el camino a la salud fiscal y se quiso hacer sin dar un rescate financiero a nombre de los contribuyentes”⁷. Rescate que las autoridades estadounidenses aprobaron para bancos corruptos y aseguradoras que desaparecieron millones de dólares de los ciudadanos estadounidenses hace unos años y que negaron ahora a un gobierno, cuyos errores administrativos y políticos no son excusables, pero que no quiso castigar más a su pueblo con nuevos impuestos y políticas de austeridad.

En definitiva, para la cosmovisión del gobierno estadounidense, los retos fiscales y económicos que enfrenta la isla requerirán grandes recortes económicos y políticas de ajuste severas que ellos están dispuestos a imponer para favorecer a los bonistas⁸. Las implicaciones políticas de tales medidas, la violencia contra la democracia alcanzada por los puertorriqueños a pesar del gobierno de Estados Unidos, fue una parte efímera e inmaterial del debate. Las consideraciones fiscales sobrepasaron las sociales y políticas, el clamor de mayor crecimiento económico, democracia y autogobierno del pueblo de Puerto Rico ha sido aplastado.

PROMESA se aprobó el 29 de junio del 2016, poco más de cuatro meses antes de la celebración de las elecciones generales del archipiélago, el pasado 5 de noviembre del 2016. El estatuto promete mucho dolor de cabeza a los isleños, cuando menos propone la continuidad de más políticas de austeridad, ahora de forma permanente, en el contexto de un arreciado y vergonzoso colonialismo. El Congresista puertorriqueño, Luis Gutiérrez (Demócrata, por Illinois), quién desde su escaño combatió y se opuso a la legislación, sentenció que el costo contra la democracia era muy alto y que se podría ofrecer un mecanismo para

6 Ibid.

7 DELGADO, J. A., “Completan el “task force” sobre la isla.” El Nuevo Día, 16 de julio del 2016. p. 8.

8 Esa visión contrata con los cabilderos de Puerto Rico en Washington D.C., capital de EUA, que exigen paridad de trato para los puertorriqueños, que a partir del 1917 y desde su nacimiento son ciudadanos de EU, aunque tratados como ciudadanos de segunda clase por vivir en Puerto Rico, dado que no disfrutan de todos los derechos que corresponde a su estatus ciudadano. La exigencia de éstos es la elaboración de propuestas que permitan incentivar el desarrollo de la economía de Puerto Rico, el acceso a los créditos federales por ingresos devengados (EITC) y de niños dependientes (CTC), como cualquier otro ciudadano, entre otros beneficios.

reestructurar la deuda pública que fuese menos oneroso para los derechos sociales de los ciudadanos.

La acción del Congreso fue la respuesta imperial a una crisis fiscal y la deuda pública acumulada, ambas gestadas en parte como consecuencia de las políticas públicas federales. La preocupación del Congreso estuvo dirigida a proteger los intereses de los bonistas inversionistas en Puerto Rico, mostrando mayor indiferencia y parquedad para aprobar aquellas disposiciones de la Ley que dimensionan el desarrollo económico. La iniciativa del Congreso respondió a algunas de las determinaciones del gobierno isleño saliente. Entre éstas, el reconocer como prioridad a los servicios sociales ofrecidos al pueblo y optar por mantener los mismos, aunque esto significó el incumplimiento con algunos de los pagos de una deuda, que es considerada por muchos como inmoral e impagable. Deuda que es resultado, además, de políticas públicas y procedimientos administrativos errados e impuestos por el gobierno federal e irresponsables acciones por parte del gobierno isleño y que han contribuido grandemente a la crisis fiscal actual⁹.

2. CRISIS ECONÓMICA Y MEDIDAS DE AUSTERIDAD

Desde finales del 2006, Puerto Rico sufre una crisis económica que ha sido influenciada por variados factores. En primer lugar, el archipiélago es una colonia de los Estados Unidos y la brecha salarial alcanza un margen que oscila entre el 40 y 60 % de diferencia en el salario devengado en ambas jurisdicciones. Como parte de su condición, el archipiélago tiene limitados poderes de intercambio comercial internacional siendo obligado a utilizar la marina mercante de los Estados Unidos para esas gestiones aprecios poco competitivos y onerosos al archipiélago. Éste, además, ha sido vulnerable a la crisis inmobiliaria originada en los Estados Unidos, fue impactado por la expiración de los incentivos

⁹ Deudas problemáticas y sin fuente de repago real. Créditos antiguos habilitados por leyes que fallaron en proporcionar una fuente de repago estable y confiable. También, leyes aprobadas que imponían el compromiso de una asignación del presupuesto gubernamental del gobierno central que no se materializó o se incumplió a largo plazo, provocando la acumulación de deudas millonarias. Por ejemplo, la Ley núm. 183 del 23 de julio de 1974; la Ley Núm. 173 (ASES) y 174 (ASEM) del 2010 y la Ley Núm. 242 del 2011. González, J., “Irresponsible condonar deuda de agencias con el BGF.” El Nuevo Día, 28 de julio del 2016. Un ejemplo reciente de estas prácticas se puede observar en el Proyecto Substitutivo de la Cámara 2962, aprobado el 1ro. de julio del 2016 y que eximió a 39 agencias y corporaciones públicas de pagar o recibir la condonación de 40% de sus préstamos al Banco Gubernamental de Fomento (BGF). Esto se realizó, consolidando en un solo préstamo todas las deudas, las cobrables y las incobrables, de esas entidades y otorgar un financiamiento al Fondo General del Gobierno, que asumió las mismas, a un plazo de 35 años con un interés fijo del 5%. Esta acción, ciertamente, afectó la liquidez del principal vehículo de financiación del gobierno. En total, el recorte de 40% supuso condonar \$1,746 millones. La medida su justificó en la necesidad de crear un mecanismo para reestructurar parte de la deuda del gobierno estatal y atender las necesidades apremiantes y sufragar la prestación de servicios esenciales a la ciudadanía. Sin embargo, el problema es que la acción afectó la capacidad de pago del banco, entre éstos los \$4,000 millones adeudados a los bonistas del patio, de los cuales 500 millones era capital de entidades sociales como son las cooperativas de ahorro y crédito. También afectó el rendimiento en intereses a pagar por depósitos realizados por algunos municipios en el BGF. El acuerdo definitivo con estos acreedores está por verse, pero se anticipa que todos sufrirán ajustes en sus reclamos de pago. Situación que enfrenta a diferentes sectores de la sociedad puertorriqueña.

contributivos federales, como fue la Sección 936 del Código Federal de Rentas Internas, y que una vez promovieron el establecimiento de factorías y empresas en Puerto Rico. En el renglón de la manufactura solamente, entre el 2007 y el 2015 se perdieron el 31% de los empleos en ese sector¹⁰.

En segundo lugar, a eso abría que sumar el impacto de la emigración masiva. Puerto Rico ha perdido 400,000 personas que han emigrado desde el 2005, mayormente a los Estados Unidos, cosa promovida por el gobierno de ese país. Mano de obra barata y educada que recibe la metrópolis, descapitalizando de su capital humano al archipiélago. Eso implica una pérdida de millones de dólares para el erario boricua como resultado de la pérdida poblacional producto de la emigración. Éxodo que ya no es mitigado por el crecimiento natural de la población porque al presente las defunciones están ya a la par con los nacimientos en Puerto Rico. Sólo en el 2014, esa disminución poblacional implicó una pérdida de 817 millones de dólares en la economía puertorriqueña. Ciertamente, el efecto de la migración en los balances de cuentas gubernamentales en agencias y corporaciones públicas es enorme. En teoría, unas 400, 000 personas consumen menos electricidad que vende el gobierno, no abastecen sus autos con gasolina, no consumen bebidas alcohólicas, y por lo tanto no se cobran los impuestos y arbitrios que pagan estos últimos dos. Además, éstos no compran lotería, ni marbetes, ni pagan peajes, seguros u otros servicios¹¹.

En tercer lugar, los ajustes contributivos producidos por la legislación estatal durante la crisis no han proporcionado los resultados esperados, aunque en su mayoría significaron mayores sacrificios para la población. En ese periodo, se impuso un impuesto general sobre las ventas y el uso, que hasta hoy ha aumentado al 10.5% a la partida estatal y que se complementa con otro 1% para los municipios. A la tributación del IVU se han incluido una serie de servicios que antes no tributaban, eliminando la exención provista a varios programas gubernamentales y encareciendo en general el costo de la vida. También, se impuso una sobretasa sobre el impuesto de la propiedad y se legisló un tributo, aunque temporero y de corta duración, para las empresas foráneas que operan en el archipiélago. Este último vence en el 2018 y representa un porcentaje substancial de los ingresos de Puerto Rico¹².

En cuarto lugar, desde el 2008 y hasta el presente se ha mantenido una política de reducción de la nómina gubernamental mediante la congelación de plazas y el despido masivo de empleados públicos. También y durante la última década,

10 Negociado del Censo de Puerto Rico. Centro de Información Censal del Recinto de Cayey de la UPR. 2016.

11 CORTÉS CHICO, R., "El Roto en el bolsillo que deja la emigración." El Nuevo Día, 20 de Julio del 2016. págs. 4-5.

12 A partir del 2012 y contradictoriamente, el gobierno de Puerto Rico ha promovido intensamente los incentivos contributivos durante la crisis y que permiten ventajas contributivas sustanciales a las compañías basadas en Puerto Rico que exporten servicios y a los inversionistas que fijen su residencia en Puerto Rico. Ver las Leyes Núm. 20 y 22 del 2012.

se han suspendido sistemáticamente derechos laborales y sociales para favorecer a la parte patronal. Todos estos programas de austeridad han sido justificados en la creación de unos empleos que nunca llegan.

En gran parte, los ajustes tributarios no han rendido fruto para la población y han sido malogradas por la insistencia de los gobiernos coloniales de brindar más exención contributiva a las multinacionales que operan en Puerto Rico y dejan de pagar por lo menos 2,000 millones de dólares anuales. En fin, el gobierno ha dejado de recaudar miles de millones en tiempo reciente a pesar de las alzas en impuestos a los trabajadores y las políticas de austeridad implantadas por los decretos de excepción y de emergencia contenidos en la Ley Núm. 7 del 2009, la Ley Núm. 3 del 2013, la Ley Núm. 66 del 2014 y otros estatutos similares¹³. Reflejo de esta producción legislativa a favor de los grandes negocios fue la derogación en el 2015 del aumento tributario que significaba el impuesto del IVU en los servicios entre negocios (business to business).

3. ALCANCE DE PROMESA

Entre sus disposiciones, PROMESA incluye cinco grandes componentes que afirman un supra poder, si consideramos que no es una agencia federal, ni una entidad gubernamental puertorriqueña y sus miembros gozan de total inmunidad legal. Ésta es un supra-gobierno compuesto por siete personas fieles al Congreso de los Estados Unidos. Entre sus componentes están: (1) el establecimiento de la Junta Federal de Control Fiscal (JFCF); (2) la creación de un mecanismo para renegociar la deuda; (3) la paralización temporera de cualquier acción legal relacionada al impago de la deuda; (4) el establecimiento de un Grupo de Trabajo del Congreso para evaluar medidas de desarrollo económico y (5) el nombramiento de un Coordinador de Revitalización de Proyectos de Infraestructura¹⁴.

En concreto, la Junta tiene autoridad para solicitar la revisión o en su defecto revisar y aprobar, vía la aprobación de Certificaciones, el Plan Fiscal sometido por el gobierno de Puerto Rico y el presupuesto del país que emana del mismo. También puede solicitar, y está solicitando, informes de progreso semanales, trimestrales y anuales al gobernador, relacionados con los gastos e ingresos del gobierno. Todo, con el poder de paralizar aquellas transacciones o leyes que generen gastos no contemplados o que no sean afines al plan fiscal que se apruebe. Es decir, que puede requerir informes del impacto fiscal y compatibilidad con el Plan Fiscal de cada proyecto de ley sometido y aprobado por la Legislatura de Puerto Rico. Eso desde mayo 2016, es decir 5 meses previos a la fecha de efectividad de PROMESA que fue en octubre del 2016 cuando se nombró la Junta.

13 Ibid. p. 5.

14 Zaragoza, J. [Secretario de Hacienda saliente, Partido Popular Democrático, Colonialista] “De la promesa vive el cautivo.” El Nuevo Día. 20 de Julio del 2016. p. 53.

Para lograr las metas fiscales, la JFCF puede evitar que se ponga en efectividad cualquier ley o “recomendar”¹⁵ la privatización y comercialización de actividades gubernamentales. La Junta podría vender terrenos protegidos y propiedad del gobierno para convertirlo en efectivo y así contar con dinero para pagar la deuda. También, podría derogar cualquier legislación ambiental que interprete como nociva al “desarrollo” económico de la isla. De esta forma, Puerto Rico podría perder terrenos de alto valor agrícola y ecológico a cambio de liquidez para el pago de la deuda¹⁶. Por otro lado, la Junta puede emitir certificados autorizando la reestructuración de la deuda, aprobar nuevas emisiones de deuda o cambios a la estructura de la misma; evaluar la condición financiera de los planes de pensiones, reducir los beneficios de éstos e intervenir en pleitos contra el Estado.

Especificamente, la sección 205 de PROMESA autoriza a la JFCF a intervenir en las siguientes áreas:

1. El manejo de los asuntos financieros del gobierno territorial, entre ellas las previsiones económicas y la capacidad de previsiones fiscales de más de un año, la información tecnológica, la implantación de controles en los gastos de personal, la reducción de los costos de los beneficios, la reforma de las prácticas de adquisición y, la implantación de otros controles a gastos;
2. La relación estructural de los departamento, agencias y agencias independientes del gobierno territorial;
3. La modificación de la estructura de los recaudos existentes o el establecimiento de estructuras de recaudos adicionales;
4. El establecimiento de alternativas para satisfacer las obligaciones de pago para las pensiones para los empleados del gobierno territorial;
5. Las modificaciones o transferencias de tipos de servicios que son la responsabilidad de, y son prestados por el gobierno territorial;
6. Las modificaciones de tipos de servicios que prestan entidades distintas del gobierno territorial mediante mecanismos de prestación de servicios alternos;
7. Los efectos de las leyes y órdenes judiciales del territorio en las operaciones del gobierno territorial;
8. El establecimiento de un sistema de personal para los empleados del gobierno territorial que esté basado en los estándares de los desempeños de los empleados;

¹⁵ La naturaleza de la recomendación se discute en la sección 205 de PROMESA. Allí se establece que “la Junta no puede obligar que se adopten las recomendaciones directamente y con autoridad legal. No obstante, el gobernador y la legislatura tendrán que dar explicaciones al Congreso y al Presidente de Estados Unidos si no adoptan las recomendaciones que haga la Junta de Supervisión.

¹⁶ ALVARADO LEÓN, G. E., “Advierten impactos al entorno.” El Nuevo Día, 27 de Julio del 2016 páginas 1 y 5.

9. El mejoramiento de las capacitaciones y competencias del personal, el ajuste de los niveles de la plantilla laboral y el mejoramiento de las capacitaciones y desempeño del personal administrativo y de supervisión; y,
10. La privatización y la comercialización de las entidades del gobierno territorial.

Es decir, que la Junta tiene autoridad plena para intervenir en todos los aspectos de la estructura operacional, política y financiera del gobierno de Puerto Rico. La lista es tan amplia como para hacer “recomendaciones” sobre los efectos de las leyes y órdenes judiciales del territorio en las operaciones del gobierno territorial, sugiriendo que ésta puede cambiar el contenido y alcance de determinaciones y precedentes judiciales.

La Junta Federal puede además, ejercer su avasallador poder de reglamentación y de gestión sobre cualquier instrumentalidad del gobierno que desee. Entre éstas, la Junta ha determinado intervenir en la gestión de la Administración de los Sistemas de Retiro (ASR), el Sistema de Retiro para Maestros (SRM), el Banco Gubernamental de Fomento (BGF), la Universidad de Puerto Rico (UPR), la Autoridad de Acueductos y Alcantarillados (AAA), la Autoridad de Energía Eléctrica (AEE) y la Autoridad de Carreteras y Transportación (ACT). Otras agencias bajo el control de la JFCF son la Corporación para la Supervisión y Seguro de Cooperativas, la Autoridad para el Distrito de Convenciones, la Autoridad de Edificios Públicos, la Autoridad para el Financiamiento de la Infraestructura, la Corporación para el Fondo de Interés Apremiante (COFINA) y el Fideicomiso de los Niños. De hecho, la Junta tomó control de la Corporación para la Difusión Pública, que es una corporación que no emite deuda y que en principio no requiere de reorganización.

4. PROMESA DE 10 AÑOS DE INTERVENCIÓN

La sección 209 de PROMESA no es específica sobre el tiempo de operación para la JFCF en Puerto Rico. De acuerdo a ésta, la Junta continuará operando hasta que ocurran los siguientes eventos: (1) el gobierno de Puerto Rico tenga acceso adecuado a los mercados de crédito a corto y largo plazo, con una tasa de interés adecuada; (2) que el gobierno de Puerto Rico sea capaz de desarrollar sus presupuestos de acuerdo a las normas de contabilidad aceptadas [de acumulación modificada] por lo menos en 4 años fiscales consecutivos y (3) que los gastos del gobierno no hayan excedido sus ingresos para cada uno de esos períodos fiscales, según determinado por esas normas de contabilidad antes mencionadas. El cuestionamiento es ¿cuánto tiempo tomará eso?

Probablemente una década. Eso porque el primer reto que enfrenta la Junta será ajustar con éxito el presupuesto vigente (2016-2017) que no contiene partidas asignadas para el pago de la deuda que vence en este año fiscal y que ronda en

el orden de los 3,500 millones de dólares. Por otro lado, el Plan Fiscal sometido por el gobierno saliente, como veremos, no contempla todos los ajustes fiscales y políticas de austeridad esperados por la Junta y de paso la nueva administración política de la colonia, conservadora y pro unión con los Estados Unidos, quiere revisar el mismo y expresar su posición al respecto. Finalmente, la JFCF necesitará tiempo para ejercer plenamente sus funciones. Eso sin considerar la efectividad que pueda tener la oposición de los actores sociales que ya ha comenzado a enfrentar.

Considerando la magnitud del déficit estructural del gobierno de Puerto Rico, las inconsistencias del presupuesto vigente y la necesidad que tiene la JFCF de ajustar la deuda a niveles razonables para poder balancear ese presupuesto, es necesario que el gobierno de Puerto Rico presente un caso de ajuste de deudas bajo el Título III de PROMESA, y esto podría tomar aproximadamente entre dos y cuatro años. Basado en matemática simple, es muy probable que la Junta tenga que intervenir en el gobierno de Puerto Rico entre 7 y 9 años.

Peor aún, si el gobierno entrante no puede ponerse de acuerdo con la Junta, será ésta la que defina el Plan Fiscal y muchos serán los ajustes peyorativos a los pocos derechos sociales protegidos dentro del Plan del gobierno saliente que no incluyó partidas para el pago de la deuda. Es obvio que el Plan será ampliamente enmendado para pagar la deuda. En decir y en palabras claras, si el mejor escenario social para los trabajadores y trabajadoras de Puerto Rico son todas las políticas de ajuste contenidas en el Plan Fiscal presentado por el gobierno saliente, entonces lo que le espera a la antilla menor de las mayores y mayor de las menores, es un futuro incierto, repleto de violencia estructural e institucional, pérdida de más derechos civiles y sociales e inestabilidad social, política y económica. Lo que no resulta posible obviar ahora, es la incertidumbre que enfrenta el pueblo puertorriqueño y el deber de luchar por los ideales democráticos que han marcado la historia de nuestro pueblo.

5. EL PLAN FISCAL

La sección 201 de PROMESA dispone que el gobernador tiene la opción de someter el Plan Fiscal o trabajarlo en consenso con la Junta. El Plan tiene que cumplir con exigencias específicas de lograr responsabilidad fiscal, es decir, que los gastos del gobierno no excedan sus ingresos. Si el gobernador incumple con esa responsabilidad, la Junta preparará el plan fiscal y será obligatorio para Puerto Rico o la instrumentalidad o entidad gubernamental correspondiente. Los planes deben cubrir un período no menor de 5 años fiscales y tendrán entre los requisitos más significativos:

1. Contener un estimado de ingresos y gastos, en conformidad con los estándares de contabilidad acordados.

2. Garantizar los fondos para los servicios esenciales.
3. Proveer fondos adecuados para los sistemas de pensiones.
4. Eliminar los déficits estructurales
5. Proveer el pago sostenible de la deuda para los años fiscales en los cuales no aplique la paralización automática de los pleitos legales contenidos en los Títulos III y IV de la Ley.
6. Respetar las prioridades legales y los gravámenes de la constitución y las leyes que estaban vigentes antes de la aprobación de la Ley.
7. Asegurar que no se hagan transferencias que violen las leyes o las disposiciones sobre reestructuración de la deuda.
8. Establecer medidas de control, contabilidad, gobernanza fiscal, análisis de sustentabilidad de la deuda, en conjunto con la información que requiera la Junta y que adopte las recomendaciones que haga la Junta para el establecimiento y cumplimiento de los planes fiscales.

Es decir que la Junta revisará el Plan Fiscal y certificará su cumplimiento con los requisitos de la Ley. Si no cumple, lo devolverá cuantas veces sea necesario con una notificación de incumplimiento. También, incluirá las recomendaciones necesarias para adecuarlo a PROMESA y un término establecido para someter el plan revisado. Si el gobernador falla en su encomienda de someter o corregir el Plan Fiscal a satisfacción de la Junta, ésta preparará el mismo y lo remitirá al gobernador y la legislatura, que tendrán que aprobarlo. Una vez la Junta prepare el plan fiscal, se dará por aprobado y será obligatorio para el gobierno.

Ciertamente, el plan fiscal determinará el proceso de la distribución de los fondos en el presupuesto. Reconociendo la delicada situación económica y fiscal, que atraviesa Puerto Rico, será muy difícil mantener un equilibrio entre cumplir con el pago de la deuda y el gasto producido por ofrecer los servicios esenciales a la ciudadanía y la responsabilidad por los servicios de pensiones. Ello si tomamos en consideración que la Constitución puertorriqueña impone gravámenes legales relacionados a la prioridad del pago de la deuda por encima de otros compromisos, lo que representará una responsabilidad fiscal anual ante los bonistas de al menos mil millones de dólares anuales que tendrá que ser considerada en la elaboración del plan fiscal y el presupuesto que emane de éste.

Antes de la aprobación de PROMESA, el gobernador saliente Alejandro García Padilla nombró un Grupo de Trabajo para la Recuperación Económica y Fiscal (GTREF) para elaborar un plan de acción gubernamental para atender la crisis. Ese Grupo desarrolló y presentó al mandatario un Plan Fiscal y de Crecimiento Económico (PFDE) en septiembre del 2015. El mismo contenía unas 55 medidas de austeridad administrativa que, entre reformas, cambios substanciales en la gestión de agencias públicas y corporaciones gubernamentales y consolidacio-

nes, incluyó una buena dosis de ideas para aprobar legislación conservadora, entre las que destaco sin ser exhaustivo: (1) una reforma de las leyes laborales; (2) la reducción de licencias de enfermedad y vacaciones a los empleados públicos; (3) extender los ajustes y las suspensiones laborales de la Ley de Sustentabilidad Fiscal (Ley Núm. 66, 2014) por cinco años más o hasta el 2022; (4) modificar para reducir los beneficios marginales a los empleados públicos; (5) consolidar agencias con la reducción de plantilla que ello representa y (6) reducir la nómina gubernamental en 2% anual¹⁷. A éstas medidas y otras de austeridad, el Grupo le fijó fecha de implantación que en su mayoría, alrededor del 75%, no fue cumplida por la renuencia de los legisladores en someter ese tipo de legislación de austeridad y ajuste fiscal¹⁸.

Una nueva versión de ese Plan original fue revisado y sometido por el gobernador a la Junta. Sin lugar a dudas, los ajustes serán mucho más abarcadores y peyorativos a los derechos laborales y sociales de los trabajadores que lo propuesto en el 2015, no implementado y ahora revisado en el 2016. Sólo es lógico concluir que las determinaciones finales que tome esa Junta, cuya mayoría es conservadora, afectarán más los derechos de los trabajadores y retirados y favorecerán a los bonistas. Todo en final de cuentas dependerá de las preferencias ideológicas de cada una de esas siete personas, impuestas por el poder de Estados Unidos y no elegidas democráticamente por los puertorriqueños. Eso será así cuando definan, porque la ley no lo hace, qué son los servicios públicos esenciales y cuáles de éstos recibirán prioridad durante la escasez económica que enfrentará el país en los próximos años. También, será ideológica su determinación sobre ¿qué significa proveer fondos adecuados a los sistemas de retiro? ¿Qué será más convincente para estos siete, el argumento de los pensionados de que sus pensiones son salarios diferidos que ellos devengaron durante su empleo en el gobierno o el de los bonistas que defenderán que las pensiones son obligaciones subordinadas al pago de la deuda pública?

El gobierno de Puerto Rico no es el actor principal de esta tragicomedia. Lo es la Junta y el Congreso que representa. Ese Plan Fiscal, lo definirán ellos a gusto y sin consideraciones. La Junta respetará y cumplirá aquellas disposiciones de la ley que sean claras, el problema es que existe mucho margen para la interpretación de disposiciones que no son tan claras y contienen lagunas sustantivas y procedimentales. Allí entonces reinará la ideología conservadora. De hecho, la misma Ley se asegura de que se cumpla la voluntad de la Junta por encima de una posible preferencia gubernamental. Eso porque la sección 205(a) de la PROMESA dispone que es requisito incluir en el plan fiscal las “recomendaciones” hechas por la Junta. Es más, en la sección 201(b)(1)(K) se establece que la Junta puede exigirle al Gobierno de Puerto Rico que incluya cualquiera de sus reco-

¹⁷ GONZÁLEZ, J., “Inconcluso el 75 por ciento del plan fiscal.” El Nuevo Día, 2 de septiembre del 2016. p. 5-6.

¹⁸ Editorial. El Nuevo Día, 6 de septiembre del 2016. p. 24.

mendaciones en el plan fiscal, aún cuando éste se haya opuesto a implementarla previamente. Más aún, la Junta podría no aprobar el plan fiscal si sus recomendaciones no son incorporadas. El escenario no podría ser más triste y desolador y sobre todo claramente representa una derrota a la democracia.

6. EL GRUPO DE TRABAJO “TASK FORCE”

En el Congreso, se estableció por disposición de la sección 409 de la ley PROMESA, un grupo de trabajo “task force” (GT) del Congreso¹⁹ que estudia posibles iniciativas destinadas a mejorar la economía de Puerto Rico, incluyendo recomendar la enmienda de aquellos impedimentos legales de la normativa federal que afectan el desarrollo económico del archipiélago. El GT debería entonces recomendar cambios legislativos y administrativos que promuevan el crecimiento económico, comenzando y sin limitarse a corregir las disparidades en la aplicación del Medicaid y Medicare en la isla, la creación de empleos, la reducción de la pobreza infantil y la atracción de inversión de capital en Puerto Rico. El GT fue un logro del cabildeo de los sectores más liberales de la política norteamericana, incluyendo a los puertorriqueños del archipiélago y la diáspora.

El Grupo de ocho miembros es bipartidista y bicameral, formando parte del mismo, los puertorriqueños Nydia Velázquez (Congresista Demócrata por Nueva York) y Pedro Pierluisi (Comisionado Residente de Puerto Rico en el Congreso)²⁰. El GT tiene la encomienda de rendir un informe al Congreso ante de que finalice el 2016. En la preparación del informe, el GT tiene que consultar al sector privado, la Asamblea Legislativa y el Departamento de Desarrollo Económico y Comercio de Puerto Rico²¹.

La efectividad de las recomendaciones del CT enfrenta la elección reciente de una mayoría republicana conservadora tanto en el poder ejecutivo, como en el legislativo de los Estados Unidos. Ese grupo de congresistas de ideología

19 El Grupo de Trabajo es un mandato de la Ley PROMESA que establece que tanto el líder de la minoría demócrata del Senado, como los líderes republicanos de Cámara y Senado tienen que nombrar dos representantes cada uno para formar parte del Comité. El primero nombró a los senadores Robert Meléndez (New Jersey y oriundo de Cuba) y Bill Nelson (Florida). José A. Delgado. “Pierluisi y Velázquez al “task force.” El Nuevo Día, 15 de julio del 2016. p. 14. Otros miembros del Grupo son Orrin Hatch (Senador Republicano, Utah, presidente del poderoso Comité de Finanzas del Congreso); el cubano Marco Rubio (Senador Republicano, Florida y vinculado a los republicanos de Puerto Rico); Sean Duffy (Congresista Republicano de la Cámara, Wisconsin y autor de PROMESA. La versión original del estatuto permitía al gobierno de Puerto Rico ratificar o rechazar la Junta, que se creaba a cambio de dar acceso a Puerto Rico al capítulo 9 de la Ley Federal de Quiebras) y Tom MacArthur (Congresista Republicano de la Cámara, Nueva Jersey y relacionado a la Coalición del Sector Privado). Estos cuatro tienen relaciones de trabajo con autoridades de Puerto Rico o sectores industriales del archipiélago. Excluidos del GT fueron dos puertorriqueños, el Congresista Republicano Raúl Labrador (Idaho) y el Demócrata José Serrano (New York). DELGADO, J. A., “Completan el “task forcé” sobre la isla.” El Nuevo Día, 16 de julio del 2016. p. 8.

20 El pueblo de Puerto Rico elige cada cuatro años un representante al Congreso de los Estados Unidos. Éste participa de los Comités del Congreso con plenos derechos, pero ante el pleno del Congreso sólo tiene voz.

21 Pierluisi se une a Talk Force requerido por la Ley Promesa. Primera Hora. 15 de Julio del 2016. p. 14.

conservadora será el que reciba las recomendaciones del GT y ciertamente no están obligados a aceptar sus propuestas o recomendaciones sobre el desarrollo económico de Puerto Rico. La existencia del grupo es una esperanza, pero bien podría resultar en una gran decepción porque la finalidad principal de PROMESA es que se pague la deuda, relegando el crecimiento económico de Puerto Rico a un plano secundario, por decir mucho.

7. CIERRE

La Junta Federal de Control Fiscal tiene poder, recursos económicos provistos por el mismo gobierno de Puerto Rico, a razón de 2,000,000 mensuales, y tiempo para poner en práctica un catálogo amplio de acción conservadora y contra-reforma laboral. La Junta controla a Puerto Rico y nuestro gobernador no es más que un secretario glorificado que entrega informes a quien tiene el poder y ha usurpado la tarea de regir el destino de los puertorriqueños sin haber sido elegidos democráticamente para esa seria encomienda.

Ciertamente, éstos pueden actuar honorablemente y reformar el sistema de personal para implantar rigurosamente el sistema de mérito, dando coherencia a la contratación en el empleo público o violentar sus disposiciones para consolidar agencias y achicar el alcance de los servicios prestados por el gobierno. También, pueden reducir la nómina gubernamental responsablemente, y por la reducción del sistema, o a la brava mediante despidos masivos. En su repertorio pueden reducir las pensiones, la jornada laboral, los salarios, especialmente a los jóvenes por disposición de la ley, o los beneficios de los empleados. Esas medidas son tan sólo un ejemplo de las repercusiones que pueden tener las determinaciones de los siete “pro-americanos” que hoy gobernan a Puerto Rico.

Pensar que la aceptación de esta atrocidad administrativa es la única alternativa es renunciar a la defensa de los derechos civiles, sociales, laborales y culturales. Por eso, es necesario encontrar respuesta a esta encrucijada más allá de la inmoble tolerancia a la realidad que vive nuestro pueblo.

NOTICIA

NÉSTOR DE BUEN LOZANO, PRESTIGIADO JURISTA, LITIGANTE Y AMIGO

Oscar Alzaga

Abogado Laboralista del Sindicato Minero. Miembro de la Asociación Nacional de Abogados Demócraticos (ANAD) de México.

Porque más que la ceniza me importa la sangre.

Efraín Huerta, *Amor, patria mía*

Llegó a México a los 15 años de edad con su familia en 1940, como otras miles más, al concluir la guerra civil española que huían del fascismo al exilio. Gracias a la política de puertas abiertas de Lázaro Cárdenas los republicanos llegaron aquí, marcando la diferencia con Francia que los reclusa en campos de concentración. Esa política de Cárdenas duró hasta los años 70, de abrir las puertas a personas progresistas y de izquierda de Europa, Latinoamérica y el Caribe: a peronistas, varguistas, sandinistas, castristas, allendistas, etc. La que se ha ido perdiendo con los gobiernos neoliberales de 1982 a la fecha actual. Sin que hayan logrado la ruptura con Cuba que tanto han deseado.

El exilio trajo al país muchos y enormes talentos de la cultura, ciencias, política y universidades españolas, entre los abogados, destacan el papá de Néstor, Demófilo de Buen, presidente de la Sala de lo Civil y de la Sala de lo Social en la República, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hijo del primer presidente de la segunda República en 1931, Rafael Altamira Crevea, Fernando Arilla Bas, Constancio de Bernaldo de Quirós y Pérez, Ricardo Calderón Serrano, Rafael Pina Milán, Francisco Nenclares Carmona, Francisco Javier Elola Fernández, Ramón de Ertze Garamandi, José Gaos, gran filósofo y maestro de derecho, José María Gallegos Rocafull, Luis Jiménez de Azúa, Victoria Kent, mariano Jiménez Huerta, Javier Malagón Barceló, Manuel Pedroso, José Medina Echeverría, Wenceslao Roces, traductor de *El Capital* y maestro de derecho, Luis Recasens Sichez muy reconocido, José Miranda, Mariano Ruíz Funes, Emilio González López, Manuel López Rey y Arrojo, entre otros.

Como Néstor, llegaron casi niños Carmen Merino, Carlos Fernández del Real, Juan B. Climent y otros desatacados abogados que, en conjunto con los primeros, enriquecieron la vida jurídica de México.

Néstor de Buen trabajó 65 fructíferos años y cuenta con una obra muy amplia: más de 28 libros de su autoría, de los que destacan tres: los dos tomos de Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal del Trabajo, reeditados más de 25 veces, por tanto lectura de varias generaciones de abogados. Más de 79 libros colectivos en México, Latinoamérica y España. Cientos de ensayos publicados en revistas y otros cientos de artículos en La Jornada y otros diarios. Conferencias y panelista de incontables ocasiones en Universidades y otras tribunas. En su despacho, que hoy tiene a Carlos de Buen al frente –excelente abogado y amigo–, aún no acaban de contar los libros y obras completas de Néstor.

La obra escrita y oral de Néstor se encuentra entre las más vastas e importantes de Hispanoamérica. Ni qué decir de su obra académica como profesor de derecho civil y del trabajo durante más de 60 años. Y cabe destacar su obra como litigante en tribunales desde 1948 hasta 2015. Entre sus últimos asuntos estuvieron los sindicatos: el Minero y el Mexicano de Electricistas (SME). En 2015 todavía se le veía caminar por los tribunales de amparo, vigilando sus asuntos a los 89 años.

El despacho de Néstor atendía obreros y patrones, pero lo distinguía la alta capacidad profesional y la honestidad a toda prueba, esta última es una cualidad difícil de encontrar en México, ya que se considera que más del 80% de los abogados practican la corrupción, peor aún, suelen ser el conducto de políticos y empresarios para ejercerla. Como el abogado de *Pedro Páramo* de Rulfo, los de *La Región más Transparente del Aire* de Fuentes o de los murales de José Clemente Orozco en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

En los sindicatos su contribución fue decisiva, a través de amparos y de la suspensión inutilizó la ofensiva patronal de la inexistencia de la huelga, de uso abusivo por los gobiernos neoliberales, lo mismo que con el Sindicato Minero impulsa los recuentos por voto secreto –antes eran frente al gobierno y el patrón– y que en el trámite de la toma de nota se limite la intervención de la autoridad invocando el Convenio 87 de la OIT, coincidiendo con el magistrado Héctor Mercado y la Junta Local de la ciudad de México encabezada por Jesús Campos Linas, que impulsó el voto secreto en los recuentos de titularidad y de huelgas.

Cuanto el SME fue atacado hasta el odio con un acto ilegal del presidente Felipe Calderón –decretar sin facultades para ello– la desaparición de la empresa Luz y Fuerza, fue por petición de la iniciativa privada, Néstor de Buen ganó el amparo a favor del SME con un alto nivel jurídico, pero la SCJN subordinada vilmente al poder ejecutivo y desapegada de plano a la ley, cumplió los deseos patronales. Estos notables apoyos a los sindicatos, concitaron una torpe y sucia reacción del mediocre secretario de Trabajo.

En uno de sus últimos artículos, Néstor afirmaba:

La toma de nota, prevista en el art. 692 (de la Ley Federal del Trabajo) se refiere exclusivamente a la obligación de la autoridad a expedir la certificación que les

permite acreditar en juicio su representación (sindical). Es como una acta de nacimiento de un recién nacido, que es persona desde antes del registro y éste solo sirve para constatarlo. El juez no es el padre de la criatura. Aunque así se considere la STPS (Secretaría del Trabajo y Previsión Social).

El problema es político porque nuestro sistema no tolera que los sindicatos puedan hacer uso del derecho de huelga que les confiere la Constitución e inventan patrañas de todo tipo para impedirlo. En el caso de los mineros y ahora de los electricistas, el tema es tratar de eliminar a los sindicatos independientes que no se sujetan a los caprichos del Estado, que en realidad expresa la total dependencia del sistema empresarial al que aquél sirve ciegamente. Y si el Estado es patrón, peor aún. (Contradicciones jurídicas y políticas, artículo de La Jornada, octubre de 2009.)

Néstor nació en Sevilla el 2 de diciembre de 1925 y muere en la ciudad de México el 25 de abril de 2016. Su amistad fue un prodigo e indudablemente su contacto con los sindicatos lo sensibilizaron mucho contra los neoliberales.

Precio es que nos sometamos a la carga de estas amargas épocas; decir lo que sentimos, no lo que deberíamos decir.

William Shakespeare. *El Rey Lear.*

EL TRABAJO COMO ELEMENTO DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ Y DEMOCRACIA EN EL MARCO DEL POSCONFLICTO COLOMBIANO

José Roberto Herrera, Iván Daniel Jaramillo Jassir, editores académicos. Editorial Universidad del Rosario, 2016, 252 págs.

El déficit de ciudadanía social, la inestabilidad jurídica, la precariedad en el trabajo, las dificultades de plantearse un derecho del trabajo en el posconflicto y la búsqueda de referentes garantistas que alienten la discusión para reanimar el Estado Social son el marco general en el que se desarrolla el libro cuyo título es ambicioso, igual que lo es la terminación del conflicto armado en Colombia.

Las contribuciones que en él se hacen ubican la discusión en dos perspectivas, la primera con una mirada precisa, contundente y pertinente sobre el trabajo y lo que significa el sistema de derechos laborales en el marco europeo, sus discusiones sobre los avances y retrocesos y su experiencia, en el caso particular español, sobre la ineficacia social del ensañamiento jurídico contra los disidentes políticos y, de otro lado está la postura de los autores nacionales, que sin caracterizar las relaciones laborales imperantes en Colombia, marcadas por la violencia, estigmatización y precariedad, se ocupan del qué hacer con los acuerdos que marcan el fin del conflicto armado y qué puede aprenderse de otras experiencias en la materia.

Para desarrollar la primera parte, el texto de Antonio Baylos expresa su idea sobre el *Modelo social europeo y sistema de derechos laborales*, haciendo transversal el debate la democracia social y la necesidad de superar la banalización del concepto de lo europeo, para darle sentido y contenido al sistema de derechos laborales más allá de una declaración formal de libertades y garantías, a través de la significancia de los trabajadores y de sus organizaciones como fuentes principales y materiales. Contrapone el constitucionalismo social al económico y destaca las nocivas implicaciones resultantes de subordinar el Estado al mercado. Aporta el escrito claridad en punto a la inexistencia del derecho social en el nivel europeo a la par que ubica a la autonomía colectiva como central en la configuración de lo democrático y en específico señala las dificultades de construcción de un sistema sindical europeo que se limita en el escenario regional al diálogo social y que se debilita con las interpretaciones judiciales dispares y lesivas en todo caso sobre el tema del trabajo.

Interesa el abordaje que realiza de la crisis y de su utilización para eliminar un modelo de equilibrio de derechos que cede a uno de excepcionalidad con implicaciones limitativas de derechos sociales y el consecuente afianzamiento de las libertades de mercado, desdibujando el contenido de los derechos y descartando el Estado Social Europeo y es pertinaz el desenmascaramiento que hace sobre la desnortativización que en la práctica es la anulación de la cláusula de derechos.

En ese mismo bloque de pensamiento se presenta Federico Martelloni, con *Derecho del trabajo, crisis económica y democracia la parábola italiana de la Constitución de 1948 a la "modernización del siglo XXI*, que apuntala en la dirección sugerente del problema del empleo, la segregación que el concepto ha sufrido por razón de lo que él denomina la superposición de la emergencia económica sobre la democrática y la declinación del derecho del trabajo y sus fundamentos, los cuales ubica en Italia pero sin duda trasciende a otras latitudes, así se explica con rigor y de manera pormenorizada a lo largo de su disquisición que bien vale la pena leer porque presenta, en términos actuales, la crisis y las respuestas en declive de derechos del trabajo que se han dado en clave de rupturas, retrocesos y limitantes, desmantelándose así la ciudadanía social y subvalorando su papel con el discurso economicista.

Como contribución al debate sobre disidencia política, que no es pacífico, está el aporte de Mikel de La Fuente Lavín que en *La negación de derechos a las personas presas y exiliadas vascas: problemas para asegurar sus derechos sociales* asume el tratamiento de un tema sensible pero a la vez indispensable y es descifrar el delito político y la forma en la que las sociedades en transición hacia la democracia deben actuar, o en el caso específico español, como no deben hacerlo. En terreno devela las dificultades de los presos políticos de reintegrarse socialmente y las limitantes jurídicas que han impedido el disfrute de garantías de seguridad social, más como resultado de una política retaliativa de confinamiento en libertad, paradójico pero cierto, y que gráficamente se encuentra descrito en el artículo.

El debate en la construcción de la paz: una mirada desde los retos que plantea el posconflicto para el Derecho laboral, escrito por José Roberto Herrera Vergara, *El trabajo como herramienta para la construcción del posconflicto* de Germán Gonzalo Valdés Sánchez y *De la confrontación a la negociación* de Javier Mantilla Rojas son coincidentes en su visión exploratoria de un tema que no se ha asumido en Colombia y es el de pensarse una legislación del trabajo para los tiempos de paz, inclusive si se analiza que la propia codificación laboral fue expedida en épocas convulsas y obedeció una medida de Estado de Sitio.

El primero de esta serie de artículos del segundo bloque encuentra interés en las experiencias de países con negociaciones de paz y se refiere a programas de reintegración económica, fomento del emprendimiento y capacitación técnica.

Con algunos matices en cada uno de ellos se presentan las posturas desde la normativa actual colombiana y la forma en la que esta se puede continuar engranando en el posacuerdo y se destacan las posibilidades que supone para el empresariado poder acceder a nuevos nichos de mercado en las áreas rurales, planteándose la posibilidad de establecer un marco de contratación alternativo haciendo eco de leyes como la 789 de 2002 y la 1429 de 2010, posturas contrastan con la primera parte de la obra, reflejando las tensiones constantes del derecho del trabajo a nivel global y fundamentalmente a nivel local y las dificultades de construir consensos o acuerdos medianos entre trabajadores y empleadores, con beneficio mutuo, en un sistema como el colombiano caracterizado por la exclusión política, cultural, económica y física de los trabajadores.

Destaca el texto sobre *El derecho del trabajo como elemento de construcción de paz y reconciliación* que hace Iván Daniel Jaramillo Jassir, en principio por la manera en la que plantea desde lo macro la dimensión posbética de los conflictos y cómo ejemplifica tal afirmación con los informes Brahimi, Ramos Horta, la Doctrina Capstone y las marcaciones de las agendas de paz, en esa línea plantea la ruta jurídica en el cumplimiento de las normas internacionales del trabajo y se ocupa en analizar los acuerdos de la mesa de negociación entre el Gobierno Colombiano y las FARC-EP, de los que se extrae la necesidad de implantar en el país la renta básica rural universal e incondicional, el fortalecimiento del régimen pensional de prima media, o sistema de reparto (en contravía de las directrices de la OCDE) el desarrollo de programas de agroecología y agricultura orgánica y el compromiso de respeto a la libertad sindical.

Se apresta al debate sobre el fracaso de las desmovilizaciones previas que se han hecho en el Estado colombiano, que es un aspecto polémico, pero que en todo caso le sirve de contexto para discurrir sobre los niveles de atención, capacitación y reincorporación a la vida civil, pero destaca como idea principal que la finalización del conflicto colombiano no se produce sobre la base de una victoria militar, sino que es el resultado de una paz constitucional e institucional, que es donde reside la necesidad de implantar los acuerdos en la legislación interna, por lo que se adscribe en mirar los acuerdos como un inicio, que no anulará los conflictos, pero que se tramitará por vías pacíficas, y eso es importante remarcarlo.

En esa misma dirección se encuentran las consideraciones interdisciplinarias de Juan Carlos Guataquí que bien se complementan con la disquisición sobre las experiencias internacionales y recomendaciones para la consolidación del empleo como instrumento de paz y desarrollo del posconflicto, que se ocupan de estudiar las estrategias de desarme, desmovilización y reconstrucción (DDR), las dificultades de su implantación en terreno, el contexto económico del conflicto y los desafíos institucionales que supone la implementación de una agenda laboral en el posconflicto, con reflexiones que son válidas desde la institucional-

lidad y que se nutren de las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que resultan de importancia mayúscula en la exploración de elementos normativos que habiliten las transformaciones insertas en la agenda de paz.

La línea argumental de trabajo y seguridad social, con el tema de las pensiones para las víctimas del conflicto armado y los desmovilizados, queda esbozada por Ana María Segura, podría decirse que en un esfuerzo para discernir el cómo son vistos estos derechos en el marco de los posacuerdos por una parte de la academia y de qué manera se hace necesario ahondar en la definición de medidas reparatorias como prestaciones de carácter especial, en un conflicto con enormes cifras de desplazados, desaparecidos y muertos en confrontación militar que acaba con una paz negociada.

Como todo trabajo colectivo no siempre permanece el hilo que le da título, pero aun así constituye un esfuerzo valioso al preocuparse en pensarse el derecho del trabajo como factor vinculante y estimulante de la paz y en ese contexto pone sobre el tapete aspectos relevantes para la discusión y otros tantos quedan abiertos tras la lectura, como el retraso en la consolidación del Estado Social propuesto en la Constitución Política de 1991 y el empuje que a este le dan las propuestas de paz de la Habana, en puntos como la regulación del estatuto de los trabajadores, las libertades sindicales y la adecuación a instrumentos internacionales del trabajo. También se revela la importancia de entender que los posacuerdos son el inicio de una época seguramente marcada por conflictos del trabajo, pero eso sí gestionados de manera distinta, porque ya no implica la anulación literal del otro, sino el espacio de debate y confrontación propio del trabajo y de sus reivindicaciones que sería sin duda un gran paso para una sociedad que aspira a reconstruirse en paz.

Karena Caselles H.

ELEMENTOS PARA O USO TRANSGRESSOR DO DIREITO DO TRABALHO

Souto Severo, Valdete, LTr, 2016, 188 p.

Dentro de los enfoques de estudios críticos del Derecho, y más particularmente del Derecho del Trabajo, la obra de Valdete Souto Severo emerge como un aporte singular para la comprensión (y transformación) del ordenamiento jurídico no desde la naturalidad de la aplicación de las reglas sino desde su *transgresión*, entendida por la autora como el cumplimiento radical y extremo de la norma hasta sus últimas consecuencias.

No se trata por tanto de *transgredir* en el sentido de promover un accionar anti-jurídico o menos aún, un uso alternativo del Derecho, sino de una búsqueda premeditada de generar una tensión al interior del fenómeno jurídico mediante

(un paradojal) cumplimiento integral, absoluto de los dispositivos legales, de modo de desnudar sus dicotomías, “revelar su propia imposibilidad” y reconducirlo así –como forzadamente– de la consabida función conservadora hacia la superación de las condiciones de vida y de producción.

Para llevar a cabo tal proyecto la autora parte de la construcción de la idea de *sujeto* en la modernidad y de las nociones de “contrato” y “propiedad”, las que desmonta recurriendo a la crítica de Marx y de Heidegger en una “aproximación que interesa más de aquello que distancia a ambos pensadores”. Para este último, el individuo es un ser-en-el-mundo, y esa contextualización permite “el encuentro de la crítica marxista con la construcción filosófica de Heidegger (...) El principal aspecto evidenciado por Marx en su crítica a Feuerbach es exactamente la ausencia de comprensión del ser humano en cuanto totalidad, en cuanto ser en relación a los otros seres. Por eso, Marx examina las relaciones sociales, para a partir de ellas, comprender el mundo y proponer cambios. Marx ya percibía, por tanto, lo que Heidegger desarrolló como propuesta filosófica: el hombre es ser en el mundo, ser entre otros seres, ser que se constituye en el tiempo y en las relaciones sociales” (p. 100-101).

Trabajar es justamente una forma de “estar” y realizarse en el mundo, pero en razón que en las actuales condiciones es necesario laborar para otro y mercantilizar el trabajo, se termina por esa vía cosificando y alienando al sujeto mismo, un sujeto que había sido elevado por la ilustración a centro mismo del acontecer. A concebir esta materialidad de las relaciones sociales no llega Heidegger, pero el encuentro de ambos enfoques filosóficos permite a Souto Severo elaborar confeccionar un fundamento sobre el que erigir su propuesta.

En el plano del Derecho del Trabajo, en lo básico, puede decirse que se trata de un discurso que funge como representación jurídica del intercambio de trabajo por salario, exhibiendo esa característica ambivalente ya sobradamente anotada por los estudios críticos. Pero lo particular de la obra objeto de estos comentarios es que en la concepción de la autora la vertiente protectora del Derecho del Trabajo se nutre y se proyecta a partir de las normas constitucionales y los Derechos Fundamentales, que expresan una dirección que puede conducir –mediante su uso transgresivo– a la construcción de una realidad diversa.

El uso transgresor del Derecho, al configurarse como “el cumplimiento integral de las normas laborales”, termina volviéndose “contra sí mismo”, en una contorción que, bajo la perspectiva de aplicarlo integralmente, es también, en alguna medida, una forma de negarlo. El Derecho, pensado para mantener las condiciones vigentes, se comporta como instrumento de cambio a través del simple expediente de su aplicación a ultranza, en un juego dialéctico en que se transforma en su contrario. Es este movimiento hacia el cumplimiento absoluto de la norma el que tensiona al Derecho vigente, cuya “condición de posibilidad”

aceptada es que solo admita el espesor de las declaraciones de derechos humanos laborables bajo la premisa que permanezca, en el fondo, inefectivo.

Por ello el antídoto de este dispositivo del derecho capitalista del trabajo es el uso transgresor del derecho, del cual son sus instrumentos elementales la *efectividad y la denuncia*.

Si las normas son erigidas para que no tengan real eficacia, el uso transgresor del derecho consiste, precisamente, en extraer su absoluta efectividad y a la vez, efectuar la enunciación explícita de las razones por las cuales esa aplicación es necesaria. Efectividad y denuncia. En palabras de la autora, “es preciso referir abiertamente la opresión mal disfrazada en contratos de trabajo, enunciar lo que envuelve una discusión sobre el pago de horas extras, reconocer los efectos sociales del despido” (p. 96-97).

Por ello resulta inevitable actuar no solamente en la fundamentación del Derecho del Trabajo desde el valor de la dignidad humana, sino que la estrategia discursiva del uso transgresor del Derecho demanda incursionar en el plano del lenguaje.

En este punto la obra se bifurca, nos parece, en dos direcciones: por una parte, hacia la construcción de un “habla” que se configure como posible en el ámbito jurídico y que sea capaz de desvelar ciertos mitos e integrar todos los sentidos del derecho, particularmente el referido a la protección laboral, verdadero fundamento del Derecho del Trabajo pero, a su vez, inevitable modo de naturalizar la subordinación del trabajador al patrono. El quiebre de esta superposición de significados ambivalentes se habilita haciendo “transparentes las pre/compreensiones” existentes, acudiendo para este costado de su construcción teórica al Gadamer de “Verdad y Método”.

En la otra vertiente de análisis, el uso transgresor del Derecho reclama una noción de *Principios* adecuada, que se aparte de las lecturas lineales que se han hecho de Alexy, una tesis que califica como “mal importada a la realidad brasileña” (p. 127), en tanto constituye un modelo que termina por fragilizar los principios vía su aplicación ponderada con base en la proporcionalidad de los derechos, lo que puede comportar, en definitiva, la propia negación del principio (protector) y dar por resultado la negación misma del derecho del trabajo.

Por fuera de esta compatible posición crítica (y saludablemente audaz) sobre ciertos saberes “canónicos” y su aplicación indiscriminada en nuestra disciplina, la autora también acierta en destacar que la proliferación de principios en la doctrina latinoamericana (cita alguna enumeración de más de veinte) también contribuye a debilitar su solidez jurídica. En este punto aparece también cierta mirada desafiante sobre el estado actual de los estudios dogmáticos del Derecho, que parecen encaminarse hacia un apriorismo sin decantación alguna.

El trabajo termina con el análisis de algunas posturas críticas respecto de fallos jurisprudenciales sobre temáticas tales como el tiempo de trabajo, la tercerización y los efectos sociales del despido.

En síntesis, la obra presenta un marco teórico con base en el pensamiento de Marx (no del pensamiento marxista) y en filósofos esenciales del siglo XX (como los referidos Heidegger y Gadamer y en su caso, Steck) para finalmente reconocer la función del lenguaje en los problemas jurídicos; en su conjunto, constituye una estructura que permite radicar la propuesta del uso transgresor del Derecho del Trabajo para que, mediante su aplicación sin fisuras (una especie de utopía de la efectividad), lleve a cabo el proyecto de emancipación de la alienación del trabajo.

ESTUDIOS

Desafíos al Derecho Laboral.

Wolfgang Däubler

A reconfiguração das relações laborais e da negociação coletiva no quadro da austeridade neoliberal: o caso português.

Maria da Paz Campos Lima

La respuesta de la Unión Europea a la crisis: el sacrificio de los derechos sociales.

Joaquín Aparicio Tovar

Justicia laboral mexicana ¿una reforma viable?.

Enrique Larios

Reforma da previdência: Aportes de direitos humanos para Regimes de Exceção e Cortes Orçamentários.

Daniela Muradas

Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y Derecho.

Hugo Barreto Ghione

Trabajo y derecho: Una relación conflictiva. Reflexiones laborales del proceso de transición hacia la paz en Colombia.

Karena Caselles Hernández

TENDENCIAS

1. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Direitos sociais e livre comércio - OIT x OMC.

Thereza Christina Nahas

2. DERECHO DE HUELGA

Ontología y titularidad del derecho de huelga. Algunos apuntes críticos a partir de una reciente sentencia de la Corte Suprema de la República Argentina.

Juan I. Orsini

La antigua y controvertida cuestión de la titularidad del derecho de huelga en un enfoque comparado italo-español.

Marialaura Birgillito

3. TRABAJO FORZOSO

Formas modernas de trabalho forçado. Reflexões a propósito da Lei portuguesa 23/2016.

Carlos Manuel da Fonseca Graça

4. CONTRATACIÓN TEMPORAL

La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo y el fracaso de la reforma laboral en España.

Antonio Baylos Grau y Joaquin Pérez Rey

CONFLICTOS

Las luchas mineras del siglo XXI en México.

Oscar Alzaga

NOTICIAS