

REVISTA DE DERECHO SOCIAL LATINOAMÉRICA

NUEVA ÉPOCA **DIGITAL**

N^º 1-2016

- ▶ Do direito e da exceção dentro do ajuste.
TARSO GENRO
- ▶ Crisis del modelo social y liberalismo autoritario en Europa.
ANTONIO BAYLOS GRAU
- ▶ Flexibilidad Laboral y Medidas de Austeridad en Puerto Rico.
CARLOS ALÁ SANTIAGO RIVERA
- ▶ El fin del patriarcado del capital: la masculinidad en tránsito.
LAURA MORA CABELLO DE ALBA
- ▶ Contra o neoliberalismo, a utopia do trabalho.
MANUEL CARVALHO DA SILVA
- ▶ Derecho a la resistencia y justiciabilidad de los derechos sociales en Ecuador.
ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
- ▶ Negociação tripartite: mecanismos híbridos na arena pública brasileira.
PAOLA CAPPELLIN
- ▶ Sindicalismo europeo y latinoamericano. Un análisis comparado de sus recursos de poder.
PERE J. BENEYTO Y ALVARO ORSATTI

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 **1-2016**

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 Judiciários).

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 Barretto 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 Carvalho Santaëlces, Abogado Laboralista, ALAL.

Andrea Soler, Jueza del Trabajo, Santiago.

PERU

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

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 1ª 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.

PANAMA

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 Carbuccion, 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 Barretto, Antonio Baylos, 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	
Do direito e da exceção dentro do ajuste. <i>Tarso Genro</i>	15
Crisis del modelo social y liberalismo autoritario en Europa. <i>Antonio Baylos Grau</i>	27
Flexibilidad Laboral y Medidas de Austeridad en Puerto Rico. <i>Carlos Alá Santiago Rivera</i>	41
El fin del patriarcado del capital: la masculinidad en tránsito. <i>Laura Mora Cabello de Alba</i>	67
Contra o neoliberalismo, a utopia do trabalho. <i>Manuel Carvalho da Silva</i>	77
Derecho a la resistencia y justiciabilidad de los derechos sociales en Ecuador. <i>Albert Noguera Fernández</i>	89
Negociação tripartite: mecanismos híbridos na arena pública brasileira. <i>Paola Cappellin</i>	111
Sindicalismo europeo y latinoamericano. Un análisis comparado de sus recursos de poder <i>Pere J. Beneyto y Alvaro Orsatti</i>	133
TENDENCIAS	
1. LIBERTAD SINDICAL EN AMÉRICA LATINA	
La libertad sindical andina: Colombia, Ecuador y Perú. <i>Miguel F. Canessa Montejo</i>	151
Normativa sobre libertad sindical y negociación colectiva en Centroamérica y el Caribe (Costa Rica, Guatemala, República Dominicana y Panamá). <i>Carlos Ayala Montero</i>	171
2. TERCIALIZACIÓN EN BRASIL	
O debate atual sobre a terceirização no Brasil – entre a mercantilização desenfreada e a limitada do trabalho humano. <i>Rodrigo de Lacerda Carelli</i>	193
CONFLICTOS	
Participación de la OIT en la Reforma a la relaciones laborales chilenas: pocos principios, mucho pragmatismo. <i>Daniela Marzi Muñoz</i>	209
NOTICIAS	
Red Euro-Latinoamericana de Análisis sobre Trabajo y Sindicalismo (RELATS)	219
El trabajo sindical en la relación UE-América Latina. Balance y perspectivas. <i>Juan Moreno Preciados</i>	223
Crisis del modelo social y liberalismo autoritario en Europa. <i>Antonio Baylos Grau</i>	227
LIBROS.....	235

REVISTA DE DERECHO SOCIAL-LATINOAMERICA N° 1 (NUEVA ÉPOCA)

I. LA PRIMERA ETAPA DE LA REVISTA (2006-2011)

La *Revista de Derecho Social-Latinoamérica* nació en el 2006 como una aventura americana de la editorial Bomarzo que pretendía construir en el espacio cultural latinoamericano un instrumento de comunicación y de debate entre iuslaboralistas americanos y europeos sobre la base de un intercambio de elaboraciones doctrinales y de interpretaciones de los diversos sistemas jurídicos, a mitad camino entre el comparatismo y la reflexión común sobre la regulación del trabajo y, más en general, sobre la preservación de los valores democráticos y ciudadanos en el espacio de poder acotado por la prestación de trabajo en una economía de mercado.

Este propósito se pudo cumplir por la presencia de Oscar Ermida Uriarte, espléndido jurista uruguayo y reconocido experto en todo el continente americano, que desempeñó el cargo de director de la Revista junto con Antonio Baylos. La iniciativa contaba asimismo con el apoyo decidido de otros excelentes profesores como Joaquín Aparicio, Hugo Barretto y Guillermo Gianibelli en los puestos ejecutivos de la Revista, pero la actuación de Oscar Ermida y su capacidad de planear y llevar a cabo el proyecto y saber realizarlo en cada número fue determinante para el éxito de la empresa.

La Revista quería ser bilingüe, de manera que se publicara en castellano y en portugués, aunque la proporción de artículos en una u otra lengua fue muy desigual en perjuicio de este último, pero siempre se mantuvo esta regla de incorporar al menos dos aportaciones en esa lengua en cada número de la Revista. Una revista que en la presentación de su primer número se reclamaba de la noción de Estado Social y del “rol sustantivo” de los sindicatos en la acción expansiva de los derechos laborales y su efectividad, y anunciaba que se implicaría en “la construcción cotidiana de un proyecto emancipador” que se habría de articular en todas las escalas posibles, reconociendo un “espacio común latinoamericano” de reflexión y de coordinación de los diferentes grupos que se identificaban con los valores e intereses que han generado el Derecho del Trabajo y los sistemas de Seguridad Social. Moviéndose en un “tiempo de derechos” sobre el trabajo

que habrían de converger en el diseño de un “modelo democrático de relaciones laborales” a partir de cada uno de los espacios nacionales, que se basara en el trabajo como eje de ciudadanía y en los derechos colectivos e individuales de los trabajadores como instrumento de la realización material de este proyecto.

A partir de la Revista, y bajo sus auspicios, se organizaron también seminarios de estudio bianuales siempre en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, en Montevideo, donde se dieron cita un amplio plantel de estudiosos del derecho del trabajo de toda Latinoamérica. El primero se celebró en el 2007 bajo el título “Después del neoliberalismo: cambio político y derecho del trabajo” y hacía referencia a los cambios políticos que se estaban realizando en el continente tras la década neoliberal que había culminado con el “corralito” argentino y había determinado la victoria de la izquierda en Uruguay y en Brasil, además del área andina (Bolivia, Venezuela, Ecuador). El segundo se hizo dos años después, sobre la temática de los “Derechos laborales como derechos humanos”, en donde asimismo participaron exponentes académicos de una gran parte de países latinoamericanos. Con los materiales de estos encuentros se pretendía realizar un libro colectivo, pero por problemas editoriales esta iniciativa no pudo completarse. El último de los encuentros se celebró en 2011, siempre en Montevideo, sobre “el rumbo de las reformas”, que realmente se convirtió en un seminario de homenaje a la memoria de Oscar Ermida, que había fallecido poco antes. A partir de ahí la revista no volvió a salir, incapaz de superar la desaparición de aquel que había sido su principal impulsor.

II. NUEVA ÉPOCA DIGITAL DE LA REVISTA

Han pasado cinco años desde entonces, y en el marco de la vigorización de la editorial Bomarzo, que comprende la construcción de una nueva página web y su salida a las redes sociales, se ha planteado la posibilidad de relanzar la *Revista de Derecho Social-Latinoamérica* en una nueva etapa, con cambios en el formato, haciéndola a partir de ahora una revista exclusivamente digital, y modificando en algunos aspectos su estructura.

¿Por qué es posible considerar esta nueva etapa de una revista de ámbito latinoamericano sobre el derecho social, y, más allá, sobre los estudios sociales en este ámbito? Son varios los motivos que permiten considerar este proyecto como algo viable y conveniente.

En primer lugar, por el contexto político en el que nos movemos, en el que la resolución de la crisis que ha afectado fundamentalmente a USA y a Europa se ha desarrollado a partir de la aplicación plena de los parámetros económicos, sociales y políticos marcados por el neoliberalismo, que se está afirmando de manera centralizada con independencia de las diferentes opciones de gobierno o, en el caso de Grecia, aplastando cualquier planteamiento discordante de base demo-

crática. En Europa, la aplicación de las políticas de austeridad ha generado efectos sociales y económicos extremadamente negativos, causando un incremento exponencial de la desigualdad y amplias zonas de pobreza laboral y social. Por su parte en América Latina, tras una década de cambios políticos en buena parte del continente, se desencadenan presiones muy fuertes hacia la involución con el apoyo pleno de unos medios de comunicación en manos de fuerzas económicas muy significativas que apuestan por terminar con las experiencias de una cierta nivelación democrática que se habían desarrollado, a la vez que se evidencian las señales de agotamiento del modelo político que se había implantado en países como Venezuela, Argentina o Brasil. El panorama del pensamiento crítico de lo que podríamos llamar izquierda política se encuentra en ebullición, ante la crisis de la socialdemocracia en Europa y la dificultad de concebir una profundización de los modelos políticos de fuerte base nacional estatal puestos en práctica en el marco latinoamericano, lo que es especialmente grave respecto de la izquierda social, ante la crisis del sindicalismo y el agravamiento de las cuestiones sociales por la embestida del neoliberalismo que no sólo se aposenta en Europa sino que tiende a expresarse como fuerza de recambio en Latinoamérica. Las experiencias de Portugal y de España frente a las políticas de austeridad y el caudal de aportaciones críticas –y de realizaciones concretas– que estos procesos han inducido, puede ser asimismo de utilidad.

En ese contexto, la búsqueda de elementos comunes de identidad metodológica y crítica respecto de los mecanismos de regulación jurídica del espacio social, con especial atención al derecho del trabajo y a la conformación de la estructura de protección que suministra la seguridad social, es un objetivo que merece la pena intentar, sin descuidar asimismo otras miradas del pensamiento social y del lenguaje político sobre las tendencias ideológicas y los procesos de reforma que se pueden ir cimentando en este comienzo de siglo a ambos lados del Océano.

Lanzar una revista que pretenda abordar el espacio cultural que habla en castellano y en portugués y que se especialice en el análisis de los procesos de regulación del trabajo y la construcción de ámbitos de ciudadanía social, privilegiando esa perspectiva comparada y, simultáneamente, pretendiendo extraer de las distintas realidades nacionales una cierta identidad basada en un proyecto de emancipación que vea en el trabajo el eje de construcción de un modelo de democracia social, contribuye por tanto a interrogarse sobre *los caminos de la libertad* que pueden ser surcados para la progresiva eliminación de las desigualdades económicas, sociales y culturales que permite la explotación del trabajo y la sumisión voluntaria de los ciudadanos a poderes irresistibles y despóticos.

Una iniciativa de este tipo puede por tanto ayudar a la consolidación de un espacio cultural que vaya generando una línea de pensamiento crítico con implantación significativa entre los juristas del trabajo de las distintas naciones que com-

ponen esa comunidad, con especial mención de los profesores de universidad, los sindicalistas y expertos en relaciones laborales, institutos de investigación sobre el trabajo y aquellos que desempeñan su actividad en las diversas agencias institucionales de mediación social, especialmente públicas –magistratura, administración laboral– pero también privadas como organizaciones no gubernamentales o diferentes grupos y movimientos sociales. En ese universo es muy frecuente la división ideológica y corporativa, además de la inexistencia de un hábito de cooperación constructiva en la determinación de líneas de análisis y de compartir resultados. La Revista quiere permitir el contraste libre y no condicionado de las diferentes miradas sobre la realidad social y la insatisfacción que producen las distintas experiencias habidas de resolución de la problemática planteada. Es en ese sentido en el que se puede hablar de un planteamiento pluralista como base de la acción cultural agrupada en torno a la Revista.

La Revista quiere presentarse como un lugar de encuentro entre las problemáticas de Europa y las que afronta América Latina, presentadas a través del filtro de los estudios sociales y del derecho social. La situación actual es especialmente comprometida, porque de una manera esquemática, se puede señalar que la gobernanza económica europea y las políticas de austeridad que la caracterizan han obligado a reconfigurar el marco constitucional del Estado social y a efectuar unas importantes reformas de las normas laborales aprovechando una extremada crisis de empleo en medio de una destrucción de empleo sin precedentes. Estas reformas han logrado una amplia devaluación salarial y una fuerte debilitación de las garantías del derecho al trabajo tanto en la dinámica del mismo como muy principalmente respecto del régimen del despido. Estas medidas no han logrado la tan esperada recuperación económica, por el contrario han sustituido empleo estable por temporal, han acentuado los procesos de precarización y de rotación del empleo entre el paro, el trabajo no declarado y el trabajo precario, y han degradado de forma muy incisiva el marco de la acción colectiva. Pero lo más significativo es que han conseguido imponer una situación de excepción que justifica la emanación de normas de urgencia sobre la base de la excepcionalidad económica que derogan elementos esenciales de los derechos democráticos reconocidos con carácter fundamental en la Constitución española y en una serie de Tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan a los Estados que lo han firmado. Este es el resultado especialmente grave que vive hoy Europa, secuestrada por el neoliberalismo su contenido democrático y social, promoviendo la transición a un modelo neoautoritario de relaciones laborales. Esta problemática europea se va a reproducir asimismo en el área política latinoamericana, y la circulación de los análisis críticos y de las propuestas de cambio puede encontrar en un medio como el presente una buena forma de expresión.

La presencia académica y la influencia de esta línea de pensamiento sobre la forma de producir teoría sobre el derecho social a la vez que analiza las experien-

cias prácticas que se están desarrollando sobre la regulación del trabajo y la protección social debería resultar vigorizada por la Revista como lugar de encuentro teórico y de examen de las realizaciones concretas en cada realidad nacional. Pero eso no debe interpretarse como un elogio de la autorreferencialidad del pensamiento doctrinal, sino que se trata de una forma de entender la producción de teoría en permanente diálogo no sólo entre las diferentes aproximaciones al objeto, la regulación del trabajo y su consideración central en la configuración de las sociedades, sino con los actores sociales cuya acción está modificando la realidad a la vez que afirman un proyecto de transformación de la misma. En concreto, el referente sindical es decisivo en este diálogo e interlocución en las páginas de la Revista. Ello además permitiría una cierta visibilidad de formas de enfocar los problemas de la regulación laboral y social –y la forma en la que ésta se despliega– que normalmente no se produce ni se resalta en otras publicaciones científicas. El predominio de enfoques decididamente neoliberales sobre estas cuestiones requieren un contrapunto fuerte, al cual puede servir en efecto la construcción de este espacio de debate y de elaboración teórica alternativa.

La Revista en definitiva debe favorecer el continuo intercambio de reflexiones y de ideas que corresponden a un pensamiento crítico en lo político y en lo social producido tanto en España y Portugal, como exponentes de un modo de construir teoría desde la experiencia europea, como en la América que habla español y portugués, desde los especiales condicionamientos nacionales de cada uno de los países que la componen, y de sus distintos proyectos de emancipación y de progreso en el contexto de un mundo plenamente globalizado. El perímetro que marca el uso de las dos lenguas, castellano y portugués, cualifica el espacio de la comunicación pretendida.

III. ASPECTOS POR RESALTAR EN LA NUEVA ÉPOCA DIGITAL

Las consideraciones anteriores explican por consiguiente las razones por las que vale la pena avanzar en el relanzamiento de esta Revista de Derecho Social Latinoamérica, en su nueva época digital. Una revista semestral cuyo primer número surge en marzo del 2016. La restructuración de algunas de sus secciones y el cambio de formato, reposando en lo sustancial en una página web y en su carácter electrónico, permite una mayor flexibilidad pero asimismo una mejor distribución y alcance. Un boletín de noticias permitirá asimismo dar continuidad a la presencia de la Revista entre sus suscriptores entre los seis meses que median entre la aparición de cada uno de sus números, y en el que se den noticias y se indiquen actividades que puedan resultar de interés para éstos. La interacción respecto de esta página y otros sitios de institutos de investigación, estudios jurídicos, observatorios sindicales, etc., se entiende muy interesante.

La Revista se someterá a las reglas generales de las publicaciones periódicas científicas, incorpora el sistema de evaluación externa de los textos que incluye,

y pretende su incorporación a los repositorios generales que acogen estas revistas.

La Revista ha fortalecido el polo portugués y lusoparlante, y se compone de un Consejo Editorial que pretende abarcar un amplio abanico de personas de diferentes países de Latinoamérica y del Caribe, representativas tanto del pluralismo ideológico y cultural que caracteriza a esta iniciativa como de las diferentes áreas geográficas y políticas de la región. Además de ese Consejo Editorial, se configura un Consejo de Redacción que garantiza y dirige la Revista con vistas a alimentar el contenido de sus diferentes números.

Entre el lanzamiento de este primer número y el siguiente se realizarán presentaciones públicas de la Revista en ambos lados del océano. Con ello se pretende fundamentalmente mostrar la utilidad de este instrumento de opinión y de información como espacio de circulación de análisis y de propuestas sobre nuestras respectivas realidades sociales. Las tendencias en acto, las principales problemáticas, las alternativas posibles.

V. EL CONTENIDO DEL PRESENTE NÚMERO

La Revista se estructura en cinco secciones. Tras el Editorial, se abre la parte destinada a los Estudios, en la que se expresan una serie de temáticas relacionadas con el objetivo principal de la Revista. Partimos de que es un hecho evidente, aunque todavía no muy comentado, que el sistema de democracia representativa está en crisis en Europa y en Latinoamérica. La crisis se sustancia en un conflicto directo entre las Constituciones nacionales que incorporan elementos esenciales de democracia social, y la fuerza normativa de las instituciones del capital financiero que quieren (re)escribir el tejido normativo transformando sus necesidades de reproducción de poder y de riqueza por medio del dinero en la necesidad de “reformas estructurales” o “políticas de ajuste”, que devalúen los derechos laborales y sociales de ciudadanía, disuelvan el poder de contratación sindical y contraigan el estado social y su aparato público. Las reglas que se han venido estableciendo en el marco de las llamadas “políticas de austeridad” responden a esta problemática. En esta Revista queremos proceder a un análisis permanente de estos procesos. Por eso en el primer número incorporamos una reflexión general de Tarso Genro sobre el verdadero estado de excepción no declarado que ampara la introducción de una nueva normatividad del capital financiero y que degrada de forma muy peligrosa las formas y los contenidos democráticos, y otra de Antonio Baylos sobre la crisis del modelo social europeo y de la propia forma democrática mediante la aplicación de las reglas de la gobernanza económica en un contexto ideológico y político de liberalismo autoritario. Junto a ello, un artículo de Carlos Alá Santiago examina la aplicación de las políticas de austeridad en un caso concreto muy llamativo, el de Puerto Rico, en el contexto de la crisis que se vive –y que se resuelve con la degradación

de derechos laborales y sociales– en la órbita de poder de los Estados Unidos de América. Esta serie de análisis la queremos prolongar en el siguiente número desde el lado europeo, mediante un examen de tales políticas en Portugal y en España.

Un aspecto fundamental de las relaciones sociales es el relativo a la denominada dimensión de género, que es especialmente relevante en la perspectiva de los derechos laborales y sociales. Por eso ha parecido especialmente oportuna una reflexión de Laura Mora sobre el sistema capitalista y patriarcal y su necesaria transformación. En ese mismo horizonte de reflexión, Manuel Carvalho habla de la posibilidad de las utopías realizables en un mundo desigual e injusto.

Siempre en la sección de Estudios, se ofrece un análisis de Albert Noguera sobre el derecho a la resistencia y la justiciabilidad de los derechos sociales en la constitución de Ecuador, el diseño de éste y las resistencias que encuentra, con el que la Revista aborda el tema de la encrucijada de los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo andino, y cierran este apartado dos trabajos directamente relacionados con problemáticas laborales. Por un lado, el examen, desde perspectiva sociológica, de los fenómenos de negociación tripartita en Brasil, que lleva a cabo Paola Cappellin, y un estudio comparado del sindicalismo en Latinoamérica, examinando su densidad y capacidad representativa, lo que sus autores, Pere J. Beneyto y Álvaro Orsatti denominan sus “recursos de poder”, en un texto que contiene una serie de datos poco o nada conocidos que resultan extremadamente significativos.

La sección de Tendencias busca expresamente concentrar intervenciones desde diferentes realidades nacionales sobre un mismo tema, valorizando la posible convergencia de las soluciones adoptadas en los respectivos ordenamientos internos, o mostrando por el contrario las líneas de divergencia que se planteaban y la relevancia doctrinal, política o ideológica de estas líneas de desarrollo. En este número se dedica un apartado de la misma al examen comparativo de la libertad sindical en los países andinos y en América central y el Caribe, respectivamente obra de Miguel Canessa y de Carlos Ayala, que traducen sendos informes que efectuaron sobre esta materia para ACTRAV-OIT. El segundo grupo de esta sección se dedica a un examen crítico de los proyectos de terciarización en Brasil, que ha realizado Rodrigo Carelli.

En el apartado de Conflictos queremos analizar determinados conflictos sociales con un cierto relieve y que permitan obtener indicaciones válidas sobre la apertura de nuevas opciones regulativas como consecuencia de los mismos, o que presenten innovaciones en cuanto a la organización colectiva del conflicto y su relación con las instancias “ordinarias” de representación o de movilización, pero también elementos o hechos que reflejen una conflictividad latente o explícita en procesos de re-regulación del trabajo o de la ciudadanía social. En este número traemos a esta sección una reflexión de Daniela Marzi sobre la inter-

vención de la OIT en el proceso de debate sobre la reforma laboral en Chile, que ha generado una enorme polémica en razón precisamente de su desafortunada toma de posición a favor del mantenimiento del statu quo de las leyes heredadas de la dictadura pinochetista.

Bajo el rótulo de Noticias se van a incluir documentos, manifiestos o sencillamente breves noticias de actividades que se puedan considerar de interés y que no requieran un análisis más detallado, así como manifiestos o tomas de posición sobre temas que pueden resultar de interés. En esta ocasión, la sección se abre con el guión de la intervención de Juan Moreno en el congreso de la CGT francesa en el que se expone la compleja relación entre el sindicalismo europeo y el sindicalismo de América Latina. Se añade además un manifiesto que crea y da a conocer una red de investigadores, estudiosos y sindicalistas para la realización de estudios y coordinación de actividades entre Europa y Latinoamérica, de la que naturalmente forma parte esta misma Revista, y en fin, el manifiesto de defensa del derecho de huelga en España contra la criminalización de la misma en el marco de un intenso proceso de movilización en torno al juicio penal de los 8 dirigentes sindicales de la empresa Airbus.

Por último, en la sección de Libros se presentan algunas obras que se han juzgado de especial interés para su comentario y valoración en una serie de recensiones firmadas por autores que resultan a su vez especialistas en los temas analizados por estos textos. En este número se examinan dos monografías –una brasileña y otra española– sobre temas jurídico-laborales de gran interés, el derecho fundamental al trabajo la una y la consideración de la autonomía individual, el consenso y la representación como ejes de una determinada construcción del derecho del trabajo la otra; se recupera una obra clásica sobre los principios de derecho del trabajo mediante la presentación de la misma en su cuarta edición, y se pasa revista a dos libros colectivos, uno que ofrece una visión crítica de elementos fundamentales de la construcción teórica y doctrinal del derecho del trabajo, y otro que abre nuevas perspectivas al relacionar una aproximación al trabajo desde la necesaria transición ecológica y las implicaciones que ello lleva consigo.

Esperemos que el número colme las expectativas que tenemos sobre su acogida y expansión. Son los lectores quienes tienen ahora la palabra.

Antonio Baylos

Marzo, 2016

DO DIREITO E DA EXCEÇÃO DENTRO DO AJUSTE

Tarso Genro

Advogado. Ex Ministro do Governo Lula e Governador do Rio Grande do Sul

Resumo: O autor discorre sobre processos de exceção não declarada, no âmbito da crise mundial e dos ajustes que lhe estão relacionados, apontando o convívio, no âmbito do Direito, da “força normativa” do capital financeiro com a Constituição formal, no qual esta vai processualmente cedendo à “exceção”. A centralidade é o exemplo brasileiro. Para tanto, refere a uma disputa conceitual, interna ao positivismo e ao jusnaturalismo, com remissões a Carl Schmitt e Robert Alexy.

Abstract: The author discusses unreported exception processes in the global crisis and the adjustments that are you related, pointing conviviality, under the law, the “normative force” of finance capital with the formal constitution in which this will procedurally giving the “exception”. Centrality is the Brazilian example. Therefore, it refers to a conceptual internal dispute positivism and natural law, with references to Carl Schmitt and Robert Alexy.

Palavras chaves: Estado de Direito, força normativa, Carl Schmitt, Alexy, exceção, positivismo, capital financeiro.

Key words: Rule of law, legal force, Carl Schmitt, Alexy, Exception, positivism, financial capital.

Roscoe Pound¹, no seu clássico “Introdução à Filosofia do Direito”, diz que foi no pensamento jurídico do século XIX que o “direito, como recurso para assegurar a igualdade natural, se transformou no direito como meio para garantir os direitos naturais” e a ordem jurídica, em consequência, passou a “existir para proteger e dar efetividade a estes direitos”.

A garantia do funcionamento desta ordem tornou-se mais complexa no século XX, a partir do momento que novos atores sociais e sujeitos de direitos come-

1 POUND, R., “Introduccion a La Filosofia Del Derecho”. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1972, pp. 57/58.

çaram a esculpir nas respectivas Constituições as marcas da sua presença na produção, na política, na cultura e na vida democrática das suas nações. Este é o movimento que vai da Declaração de Independência Americana (1776), Declaração dos Direitos do Homem e da Cidadania (1789) à Constituição Social da República de Weimar (1919).

Em 2010, na revista “El Cronista del Estado Social e Democrático de Derecho”² foi publicado um artigo do acadêmico Tony Ward, sob o título “Es en algum caso admissible la tortura”, que bem poderia ser titulado, “Uma micro ‘exceção’, dentro da democracia, pode ser legitimada pelo Estado de Direito?” Uma pergunta desta natureza tem um longo percurso, mas o seu lento questionamento na vida prática das nações, não deixou incólume sequer as ordens jurídicas do século XX, em países de capitalismo mais desenvolvido, como os EEUU, desde que se considere que o “apartheid” racial possa ser considerado uma tortura moral continuada.

Os seres humanos considerados como coisas ou animais permanecem por longo tempo no direito moderno. Os avanços, neste tema crucial, bem que poderiam ser examinados a partir do seguinte percurso: de uma sociedade em que a violência privada é admitida pelo Estado contra certos grupos humanos, como necessária para o seu funcionamento estável, como elemento integrante da ordem (escravidão no capitalismo americano), para uma sociedade em que Estado detém o monopólio da violência e só ele pode “excepcionar” o tratamento do outro –retirando-o da ordem– para defender-se de uma ameaça aos seus valores ou a sua segurança (torturas oficializada como “exceção” depois do terrorismo das “Torres Gêmeas”).

O debate estimulado pelo professor Ward, a partir de uma “ética dos casos excepcionais” (uma ética de “exceção”, portanto), é proposto a partir de um fato ocorrido em 2002, na Alemanha. O filho, ainda criança, de um alto executivo bancário, foi sequestrado por um estudante de direito psicopata, que pretendia um resgate em dinheiro. Magnus Gaefgen, o criminoso, foi submetido a interrogatório e não revelou o paradeiro da vítima. Temendo que a criança perdesse a vida, o oficial de polícia Wolfgang Dachner, encarregado da investigação, outorgou por escrito aos seus subordinados a permissão para que “infligissem dor, sempre sob supervisão médica», ao sequestrador. O procedimento foi executado com a vinda de um especialista em tais práticas, de Frankfurt. O objetivo da “coisificação” do criminoso, retirando-o da proteção da ordem jurídica formal, seria obter uma informação que permitisse ao Estado retirar a vítima do seu cativeiro e, provavelmente, salvar-lhe a vida.

Com a tortura, Magnus Gaefgen admitiu que a criança estava morta e revelou onde se encontrava o cadáver. O agente de polícia, representando o Estado, assume a volta ao “estado da natureza”, escudado numa particular interpretação

2 Ed. Portal Derecho SA - janeiro de 2010, p. 4 e segts.

da “legítima defesa de terceiro”, ou do “estado de necessidade” (ou da “inexigibilidade de outra conduta, tese supra legal que vem, aliás, do direito alemão) e assumiu o “risco” de tortura, que se mostrou inútil. Goefgen foi condenado à cadeia perpétua por sequestro e assassinato e Dashner foi condenado por coerção, face às instruções que deu aos seus subordinados, para cometerem um delito. O Tribunal rejeitou a legítima defesa de terceiro (Nothilfe) e a “emergência justificada” (Rechtfertgender Notstand).

Carl Schmitt (1888-1985)³ e Robert Alexy (1945)⁴, dois juristas alemães, separados por duas guerras mundiais e por posições jusfilosóficas diferentes, mas não diametralmente opostas, podem ser paradigmáticos para um debate, hoje, sobre os rumos da democracia e o seu convívio com a “exceção”. Igualmente sobre o desfecho que terá o Estado de Direito, na época que se encerra o ciclo das constituições sociais, que começaram com Weimar (1919) e se inicia um novo período do Estado de Direito Democrático, no qual a força normativa das Constituições (Konrad Hesse) enfrenta a força normativa do capital financeiro, que tende a sobrepor-se às constituições mais próximas às vertentes do Iluminismo europeu.

Em relação ao Brasil esta situação tem tipicidade, pois como diz Lenio Streck⁵, “no texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um ‘silêncio eloquente’ acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de ‘norma diretiva fundamental’. Numa palavra: sob o manto de uma ‘baixa constitucionalidade’, olvidou-se o constituir da Constituição; mas, muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele”.

Sergio Paulo Rouanet⁶, pensador brasileiro da filosofia política e da democracia, insuspeito de ser um “radical”, escreveu que “uma atitude reverente com a letra do patrimônio iluminista é a melhor maneira de trair o seu espírito”. Ninguém foi mais irreverente com este patrimônio no Século XX, –no campo da Teoria do Direito– do que o filósofo da “exceção”, Carl Schmitt. A sua irreverência, todavia, não cortejou o alargamento das liberdades e dos pressupostos de igualdade, originários das “luzes”, mas submeteu seus predicados a uma crítica virulenta.

A poderosa inteligência de Schmitt voltou-se para destruir os fundamentos jurídicos do iluminismo democrático, que tinham se projetado de algum modo

3 Uma boa análise das ideias do jurista Carl Schmitt podem ser buscadas em “Carl Schmitt e a fundamentação do Direito”, com textos de Schmitt, de autoria de Ronaldo Porto Macedo Jr. (Max Limonad, 1988).

4 As concepções de Alexy podem ser buscadas em seus livros: “El concepto y La validez Del derecho”. 2ª Ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004; “Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica”. 2ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2005; “Teoria de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002.

5 STRECK, L. L., “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002, p. 126.

6 ROUANET, S. P., “As razões do Iluminismo”. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 195.

nas grandes mudanças que começaram com a Revolução Francesa. Robert Alexy, por outro lado, que seria um “pós-positivista” -politicamente antípoda de Schmitt, deu pretensões de “cientificidade” crítica ao “cientificismo” positivista democrático, que tem na Teoria do Direito de Kelsen e Renner, seus representantes politicamente mais significativos.

Para Alexy, como os direitos fundamentais devem ser considerados “princípios” que na vida prática dos Tribunais podem “colidir”, é necessário praticar uma ponderação, para verificar qual o princípio (que ele identifica como “direito fundamental”), aplicável à situação concreta que os tribunais enfrentam. Para percorrer esta trajetória Alexy desprende-se, parcialmente, do positivismo, tanto clássico como lógico, passando a considerar os princípios como normas, que devem ser relativamente cumpridas, mas que sendo um “dever ser ideal”, apenas dizem como se deve pensar, para evitar “contradições”.

A filosofia de Schmitt acabou por justificar Hitler e os fascismos, que lhe antecederam e sucederam. A filosofia-metodologia de Alexy, ainda paira enigmática sobre o futuro do Estado de Direito em crise, pois a escolha entre um princípio e outro –em caso de “colisão”– permanecerá sempre uma decisão política e uma escolha soberana. Num conflito grave, entre buscar a aplicação de uma regra, como caminho mais difícil, que defenda a ordem democrática como totalidade, ou optar pela exceção, que resolva uma situação comprometendo a ordem democrática, como caminho mais fácil e rápido, temos uma “decisão” –Schmitt de novo– que não é despida de valores, cuja solução mais justa não virá por uma operação meramente lógica.

Criticar em profundidade a “exceção”, na ordem global do capital financeiro em curso, é imprescindível para resistir a uma saída conservadora da crise do Estado e da representação, irreverência democrática que ainda não cometemos. O ponto de partida metodológico para esta crítica exige que se considere que “o direito não é –simplesmente– o ‘resultado final’ da luta de classes, mas sua forma normativa ‘atual’” (...), pois “existe uma forte tendência dos marxistas a ver as normas como o resultado da contenda: o que ganha impõe a norma, sua norma. Como se no mundo moderno alguém ganhasse sem condições, ou como se não fosse necessário lutar para conservar o poder”⁷.

Sirvo-me do que escreveu um defensor do capitalismo “civilizado”, Thomas Piketty, numa carta à Angela Merkel: “A austeridade ‘que nunca acaba’ e que a Europa está forçando ‘goela abaixo’ ao povo grego simplesmente não está funcionando. Agora a Grécia disse ‘não mais’. (...) O impacto humanitário foi colossal – 40% das crianças agora vivem na pobreza, a mortalidade infantil sobe aceleradamente e o desemprego dos jovens chega perto de 50%. Corrupção, evasão de impostos e uma terrível contabilidade do governo grego anterior ajuda-

7 CORREAS, Ó., “Kelsen y los Marxistas”. México: Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 1994, p. 47.

ram a criar o problema da dívida. Os gregos cumpriram com muito do pedido de austeridade da chanceler alemã Angela Merkel – cortaram salários, cortaram os gastos do governo, reduziram as pensões, privatizaram e desregulamentaram e aumentaram os impostos. (...) O remédio prescrito pelo Ministério das Finanças alemão e Bruxelas sangrou o paciente, não curou a doença”⁸.

O direito que não é contrastado com a situação histórica real, sobre a qual as suas normas tem vigência, é como uma moldura vazia, num quadro cujo interior é um mero esboço da volta ao “estado da natureza”, no qual a força das “inimizades” em disputa –para utilizar uma categoria tão cara a Schmitt– resolve os impasses pela violência e assim o vencedor promove a sua própria força à condição de norma jurídica.

O conceito básico de Schmitt, do qual ele parte para justificar a supremacia do Estado sobre a lei, é que no conceito de “normalidade” está implícita a própria ideia de “exceção”. Face a isso, a decisão da “exceção” –a ser tomada pelo soberano em defesa da permanência do Estado– é que dá significado e funcionalidade à ordem jurídica, pois “regra” e “exceção” convertem-se, permanentemente, uma na outra, tornando o direito –em momentos de crise– uma soma de decisões autoritária do vencedor.

É verdade que a «exceção», furtiva ou abertamente, percorre qualquer ordem jurídica, já que as leis não podem prever tudo, para regularem a ação administrativa e política dos agentes públicos, mas o pensamento de Schmitt dá tal primazia às decisões fora de qualquer previsão constitucional, que o próprio sentido do jurídico e da legitimidade da ordem, ficam amparados apenas pela força.

No período atual, todavia, como salienta um honesto jornalista nada de esquerda (Paul Mason), isso só poderia ser realizado plenamente por uma volta ao nacionalismo “no estilo anos 30” (...) “para se opor a uma espécie de feudalismo tecnológico (dos países capitalistas dominantes) que multiplica as desigualdades”⁹. Nesta hipótese, o Estado Nacional, de costas para o mundo, sufocaria o direito e afirmaria a ditadura, seja qual for o regime econômico ou o sistema político escolhido.

Os valores cristalizados no texto constitucional –os seus fundamentos e princípios– que foram inspirados pelo poder constituinte do povo, assim deixariam de ter qualquer importância. A escolha “na colisão” –hipótese levantada por Alexy– já estaria resolvida pela visão “decisionista” de Schmitt, definida por aquilo que enseja a “exceção”: o domínio da força sobre as normas. Isso permitiu a Schmitt defender, de forma expressa, que “o Führer” protege o direito. Nele, falta Kant (valores), Kelsen (sentido de hierarquia das normas) e Bloch (humanismo democrático).

8 “A austeridade falhou: uma carta aberta de Thomas Piketty à Angela Merkel”. In: revista digital Carta Maior – 09/07/2015.

9 FARIZA, I., “Capitalismo: luces y (muchas) sombras”. In: El País digital, 29/02/2016.

Para a “exceção” cortejada por Schmitt, a inviolabilidade dos direitos, de uma parte, e o princípio da igualdade formal, de outra (fundamentos do Estado Democrático de Direito), não tem nenhuma importância para dar legitimidade à ordem jurídica: a necessidade da exceção, para Schmitt, é o que justifica a normalidade legítima, e esta só pode existir como coexistência, que autorize tomar decisões fora da lei. Para Alexy, quando esta contradição se apresenta, involuntariamente, o que se decide é qual o princípio a ser aplicado, que aponte para um “dever ser ideal”. E esta é uma escolha que é não meramente lógica, mas ideológica e cultural, com objetivo consciente de preservar as garantias da normalidade.

O chamamento do apelo à “exceção” aumenta com a gravidade das crises e com a asfixia do estreito caminho (“sem saída?”), a que nos levou o capitalismo financeiro, turbinado pelas novas tecnologias e pelo consumo predatório. A “exceção”, no contexto de crise, começa como uma pequena célula, torna-se semente e se transforma numa erva daninha que ataca todo o tecido democrático. Ela pode viabilizar políticas de Estado, então, que ofendem os direitos fundamentais em bloco (não permitindo ao julgador alternativas de escolha, entre um princípio e outro), com medidas que não poderiam ser implementadas num ambiente de normalidade, no qual a “exceção” tem um significado residual.

A obsolescência programada e a criação de necessidades artificiais, para as classes médias altas, são “programas” (decisões) econômicos naturalmente de “exceção”, se forem contrastadas com os critérios de normalidade econômica do capitalismo industrial e a elas deve corresponder um certo funcionamento da sua ordem jurídica. Gradativamente, porém, estas políticas vão compondo um cenário de nova “normalidade” jurídica, pela exceção, coerente com o que os economistas liberais apontam como o novo “padrão de acumulação”.

A “exceção”, tornada política de Estado, vai assim se legitimando independentemente de uma maior consciência ou convencimento dos seus operadores burocráticos. Ela passa a ser o “direito natural” defensivo do capitalismo financeiro numa determinada época, para o Estado que está sendo chamado a esgotar, pelas reformas, as suas funções públicas originárias.

A profundidade maior ou menor da crise aproxima mais, ou menos, a exceção da normalidade, no sentido de estimular mais, ou menos, que as decisões dos agentes públicos sejam, ou não, “naturalizadas”, sem mudar o direito positivo. Seus operadores políticos do direito são obrigados (ou tentados) a tomar medidas paralelas à Constituição escrita, fora da lei, optando pelas conveniências da economia e não pela escolha entres princípios. Não buscam um sentido para a totalidade da ordem jurídica, mas produzir o que é necessário para o seu funcionamento.

A concentração de renda e a desigualdade, amparadas por uma dupla força, a força da burocracia superior do Estado (que acolhe e processa a “exceção”

inclusive para reforçar o seu poder corporativo) e a força da mídia partidarizada (bancada pelas forças econômicas que promovem o ajuste), embora não formem um bloco homogêneo, compõem um pacto de hegemonia.

Não é novidade para ninguém, que o planeta não dispõe de recursos que permitam que países como Brasil, a Índia, o Paquistão, a África do Sul e a China, tenham o “modo de vida” e o nível de consumo dos Estados Unidos, do Canadá, da Europa Ocidental e da Inglaterra. Apenas um exemplo, também lembrado por Baumann¹⁰: a Tanzânia –um dos países mais pobres do mundo– gera, anualmente, 2,2 bilhões de dólares, para 25 milhões de habitantes; a Goldman Sachs, uma empresa financeira, gera uma renda de 2.6 bilhões de dólares, para 161 acionistas.

No relatório do “Estado da União Europeia”, publicado pela Fundação Ebert e pela Fundação Alternativas (2013, 219 pgs.) fica transparente a forma que o ajuste europeu escolheu para vencer a crise: “os bancos só utilizam (os recursos dos fundos europeus) para sanear os seus balanços e não para dar liquidez creditícia às empresas”. Esta informação tem um grande significado, pois ela sintetiza os reflexos dos ajustes nos países estrangulados pela dívida pública: o ajuste é fim em si mesmo, que ordinariamente precisa da “exceção” para viabilizar-se e para que o Estado se torne menos público. As reformas não visam repor o equilíbrio alcançado pelo Estado Social, já que -na melhor das hipóteses- ensejam a retomada do crescimento com menos empregos e mais concentração de renda. Surgem os descartáveis, os intermitentes, os precários, os “meia jornada” e a ordem jurídica deve ser excepcionada para dar suporte a este novo padrão de acumulação.

Este processo perverso não é uma questão europeia ou latino-americana, pois isso foi exatamente o que ocorreu nos Estados Unidos, depois da crise do “subprime”. Após a “estatização” (de “exceção”), para socorro inclusive de empresas automobilísticas e após o repasse de bilhões de dólares (como “exceção”) –para reerguer o sistema bancário que tinha enganado os poupadores, o fisco e o governo– o Estado americano, através de uma brutal ampliação do seu “déficit” público, tornou novamente “saudáveis” os bancos, prestigiou as agências de risco e repassou a conta para o mundo.

A democracia só sobrevive se ela se torna, como disse Pasolini –a respeito de um poema da sua autoria– “uma fonte de luz que possa vir a ter um valor retroativo”. Penso que o espaço político-jurídico sofrerá o impacto dos ajustes, implicando em formas novas de controle social e novas interpretações sobre o alcance dos direitos individuais, com aumento do autoritarismo de “exceção”, cujo resultado pode comprometer o Estado Social, como pacto que ainda mantém as classes sociais agrupadas em torno da Constituição.

10 BAUMAN, Z., “Medo Líquido”. Rio de Janeiro: Zahar – Jorge Zahar Editor, 2008, p. 98.

Face a este contexto, sustento que a questão da relação do Estado de Direito com a “exceção”, hoje, deve ser tema fundamental da pauta política nos regimes democráticos. Em momentos de normalidade econômica e social, nos quais as instituições funcionam com um padrão de estabilidade razoável –com problemas e soluções previsíveis– a política é discutida com as pautas específicas do ritual democrático: maioria e minoria, alcance das normas positivas para a proteção dos direitos políticos dos indivíduos e dos partidos, pequenos desequilíbrios no balanceamento dos poderes, influências do poder econômico. Em momentos de crise grave, a “exceção” invade o terreno próprio da política e contamina todo o edifício democrático.

A situação que é atravessada, com formas específicas, por diversos países capitalistas com democracia política, não é igual à crise da República de Weimar, mas são situações análogas. Guardadas as características nacionais e a diferença de origem, na formação das classes ricas em cada país, estas situações de crise devem ser contrastadas com o sistema democrático, que cada um destes países construiu, recentemente, nos respectivos períodos de formação dos seus Estados “modernos”. Por exemplo, a Alemanha com a república de Weimar, o Brasil com a Revolução de 30 e a Constituição de 88, a Espanha na transição pós-franquista e com o Pacto de Moncloa.

Em todas as crises atuais, respondidas pelos respectivos ajustes, é possível apontar duas semelhanças significativas: a destruição da esfera da política tradicional, como esfera de comunicação confiável entre partes adversas; e o surgimento de procedimentos e/ou decisões de “exceção”, que vulneram direitos fundamentais, com tendência a se tornarem “regras”. Buscam, de uma parte, isolar na sociedade as facções que possam ser apontadas como representantes dos “responsáveis” pela crise e, de outra parte, passam a debilitar as antigas conquistas dos “de baixo”.

Neste contexto, “a exceção”, tornada eficaz de forma paralela à Constituição, começa a fragilizar a política e os direitos individuais e coletivos da cidadania são corroídos pela propaganda e pela manipulação midiática. A medida do “direito igual”, passa a ser substituída por uma outra medida: a medida do “direito mais conveniente”, para manter o Estado funcionando, sem comprometer os fundamentos materiais das desigualdades, que o constituíram.

Walter Benjamin, falando sobre a arquitetura e a cultura da cidade moderna, disse que “todas as coisas submetidas a um processo inconstante de mistura e contaminação, perdem o que é a sua expressão essencial, de modo que o ambíguo ocupa (...) o lugar do autêntico”¹¹. A formulação de Benjamin pode servir para uma reflexão sobre a conversão do “direito em exceção”, e da “exceção em direito”, no âmbito da crise do Estado moderno, tal qual ele funciona hoje. Esta “contaminação” do direito democrático pela “exceção”, ocorre porque a crise

11 BENJAMIN, W., “Escritos Políticos”. Madrid: Abada Editores, 2012, p. 54.

grave abre lacunas, cuja regulação não foi nem poderia ser prevista pelo direito da Constituição: lacunas que só podem ser preenchidas por “decisões políticas”, tomadas para preencher um espaço cuja regulação está fora das leis.

Exemplo desta situação, não prevista de maneira formal e direta, é o conflito entre a “força normativa da constituição” e a “força normativa do capital financeiro”. Este necessita moldar o funcionamento do Estado para garantir, em primeiro lugar, os direitos dos credores da dívida pública, secundarizando a dívida do Estado com os credores dos direitos sociais e fundamentais. É um impasse não escolhido de antemão por ninguém, mas que se alimenta de silêncios tão eloquentes na ordem constitucional, que tem uma importância tão grande como certas regras constitucionais escritas.

Depreciar as regras jurídicas do Estado Democrático de Direito e a importância dos seus princípios, não foi um costume nem dos juristas reformistas democráticos da socialdemocracia, nem dos juristas marxistas revisionistas do leninismo que, baseados em releituras do próprio Marx, observaram com respeito as conquistas “dentro da ordem”, que hoje são levados à irrelevância pelo próprio positivismo lógico. Vejam a carta de Marx a Lincoln, marcando a importância da sua reeleição, mais de 15 anos depois do Manifesto Comunista: “Senhor, felicitamos o povo americano pela sua reeleição por uma larga maioria. Se a palavra de ordem reservada da sua primeira eleição foi resistência ao Poder dos Escravistas (Slave Power), o grito de guerra triunfante da sua reeleição é Morte à Escravatura”¹².

O exemplo não é de difícil compreensão: entre violar o “direito de propriedade” (dos “proprietários” da dívida pública, por exemplo), para tentar superar a crise, ou violar o “direito a um salário justo” (dos “proprietários da força de trabalho”, por exemplo) para superá-la, o que será escolhido para ser vulnerabilizado pela “exceção” será a violação dos direitos dos “donos” da força de trabalho. Não porque os governantes optem, livremente, por esta solução “humanista”, mas porque a garantia do direito ao salário justo, como elo mais forte da democracia social, só pode ser preservado enquanto garante a funcionalidade de todo o sistema.

Não é gratuito que Marx, na carta, exulta com a violação do direito de propriedade dos senhores de escravos sobre os escravos, como momento de celebração de um novo ciclo do capitalismo, com base no assalariamento. Marx sabe que a Constituição vai prever direitos só formalmente iguais, mas, a força material destes direitos, está criada fora da Constituição e anteriormente à Constituição. O trabalho assalariado liberta o indivíduo das correntes que lhe atam como “coisa” à propriedade e lhe colocam na condição de sujeito de direitos perante o Estado.

12 BELÉM, E. F., “Carta de Karl Marx para Abraham Lincoln”. In: Revista Bula digital, 15/05/2015.

Se a crise econômica e financeira desestrutura o edifício dos direitos e ela não pode ser superada sem que algo, neste edifício, seja sacrificado, de quem será o sacrifício já está resolvido fora da ordem jurídica formal, pelas relações reais de poder, que todas as constituições refletem. Não é difícil saber, por isso, contra quem a “exceção” vai se voltar, “naturalmente”, como poder do novo “direito natural” da força do capital financeiro.

O colonialismo francês, com a Guerra da Argélia, que perdurou até o fim dos anos 50, com a “exceção” não declarada -tanto na colônia como na metrópole- conviveu com a Constituição Democrática da IV República, e foi denunciada por intelectuais e artistas como Sartre, Trufaut, Marguerite Duras, Simone de Beauvoir, Simone Signoret e Henri Lefevre. No famoso “Manifesto dos 121 contra a Guerra da Argélia” os signatários “em nome da ‘moral’ e da ‘verdade’ alertaram a opinião pública nacional e internacional sobre as violências e as arbitrariedades cometidas pelas tropas francesas na Argélia”, em guerra colonial jamais declarada pelas autoridades francesas, num contexto de censura e de opacidade na metrópole¹³.

Na Alemanha, a partir de setembro de 1935, quando as chamadas Leis de Nuremberg revogaram os direitos de cidadania dos judeus e legalizaram o “antissemitismo biológico e racial dos nazistas”, todas as “exceções”, que já vinham sendo toleradas pelo Estado –mesmo antes da ascensão definitiva de Hitler ao poder– foram condensadas como “regras” com pretensão jurídica. Carl Schmitt, o teórico da “exceção”, as defendeu galhardamente.

Na verdade, cada um dos atos de “exceção”, tolerados pela maioria da sociedade antes da ditadura de Hitler –acolhidos por juristas como Schmitt– tinham sua singularidade justificada por argumentos de natureza política. E o foram, até serem ordenados num sistema de poder coerente, para fazer o Estado subsistir, como disse Ernest Bloch (no seu “Direito Natural e Dignidade Humana”), com o direito retrocedendo a um segundo plano: “como o estado de exceção é sempre distinto da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico uma ordem, ainda que não uma ordem jurídica”¹⁴.

No Brasil, já temos exemplos flagrantes abrindo o caminho à “exceção”: o Ministério Público pede a condenação do Prefeito Haddad (pasmem!) por ter feito ciclovias em São Paulo; o processo do Senador Aécio Neves é arquivado sem qualquer investigação séria, ao contrário dos inquéritos contra o ex-Presidente Lula, permanentes, manipulados e reiterados; o STF altera a regra do cumprimento das penas não transitadas em julgado, instituindo norma constitucional de “exceção”, paralela à norma escrita da Lei Maior; o juiz Moro consolida uma jurisdição nacional, fora de qualquer previsão e abrigo legal; as pessoas são

13 RODRIGUES, H., “Os 121 contra a guerra da Argélia”. In: Portal Ciência & Vida, 15/05/2015.

14 BLOCH, E., “Derecho Natural y Dignidad Humana”. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguillar, 1980, p. 154.

mantidas presas, sem qualquer condenação, confessadamente para fazerem delações premiadas (reféns do Estado de Direito); vazamentos indiscriminados de informações, em inquéritos contra o Presidente Lula, já integram o ritual de parte do MP e parte da Polícia Federal; o Tribunal Superior Eleitoral avoca-se a possibilidade de interromper o mandato presidencial; a mídia oligopolizada transforma os processos e as investigações sobre corrupção –com ou sem provas– numa rotina de espetáculos degradantes, tanto para a Justiça como para os investigados.

A segurança jurídica foi pelo ralo e o combate à corrupção, que deveria ser universal, torna-se um particularismo da “exceção” dentro do ajuste, cuja castração de direitos, se não for feita agora, será feita após a liquidação política das “facções” de esquerda ou centristas, que apoiaram a esquerda.

A guerra do Golfo, a ocupação do Iraque, a legalização da tortura fora do seu território, o “Patriot Act”, fizeram dos EEUU um modelo de experimentalismo de “exceção” e, internamente, centenas de decisões já têm coragem de mostrar abertamente a sua face. A condição de classe (superior), que era favorecida pelo mercado da fama de grandes advogados da área criminal, passa a formar escola interpretativa na “exceção” granular: “Ethan Couch, de 19 anos, evitou entrar na prisão em 2013 depois de atropelar e matar quatro pessoas quando conduzia sob o efeito do álcool. Seus advogados alegaram, então, que padecia de “*affluenza*”, o que aparentemente o impede de distinguir o bem do mal pela excessiva proteção de seus pais e pela riqueza que sempre desfrutou”. (...) “Os intelectuais lançaram à fama a “*affluenza*” –riqueza– e *influenza* –gripe– para converter em doença a abundância de recursos. (...) “O matrimônio, divorciado em 2007, está por trás de uma firma milionária do Texas”¹⁵.

Se o que ocorre no Brasil fosse uma mera conspiração seria fácil de ser denunciado e combatido, mas tudo é mais difícil e dramático. É possível verificar que distintos atores, de formações ideológicas e simpatias políticas divergentes –inclusive com enfoques diferenciados sobre o alcance do Estado de Direito– mudam de “lado”, conforme o tema, ora confortando a “exceção”, ora se rebelando contra ela.

Trata-se, portanto, não de uma conspiração, mas de um modo já “misto”, não autêntico, de funcionamento do Estado de Direito, no que refere ao alcance da “exceção”, e de forma concreta de partidarização do funcionamento do Estado. Nele, a “exceção” vai, paulatinamente, se tornando regra, com o apoio ou a passividade da maior parte da sociedade, que recebe uma carga inédita diária, de informações processadas e controladas pela grande mídia, abrindo espaços, como bem colocou Boaventura Souza Santos, também para um fascismo não declarado, o fascismo “societal”.

15 Elpais digital, 30/12/2015.

O que poderá barrar este processo é um novo contrato social, derivado da renovação do pacto político democrático, ainda que temporalmente acordado, através de um novo processo constituinte. Fora disso, tudo indica que caminharemos para uma situação propícia a uma guerra civil, ainda que não declarada, mas certamente a caminho de um regime autoritário, cujos contornos ainda são imprevisíveis.

CRISIS DEL MODELO SOCIAL Y LIBERALISMO AUTORITARIO EN EUROPA

Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UCLM

1. Democracia social y modelo europeo. 2. Centralidad democrática del principio de autonomía colectiva en la Unión europea y en los ordenamientos internos. 3. La crisis del modelo y el liberalismo autoritario.

Resumen: El modelo social europeo requiere un Estado social, reconocimiento de derechos y centralidad del principio de autonomía colectiva. Ha sido diseñado en tensión con la fuerza expansiva de la libertad de empresa y la consideración de la existencia de las personas como una mercancía. Su desarrollo ha sufrido vaivenes irregulares y retrocesos, pero a partir de la crisis económica del 2008-2010, se ha producido un cambio de paradigma, que ha anulado en la práctica la dimensión social de la Unión Europea y ha construido un modelo neoliberal y autoritario que degrada el propio sistema democrático. El artículo critica esta situación y propone como alternativa la democratización de Europa si se quiere mantener el proyecto europeo sin que éste se desmorone.

Abstract: Social State, declaration of rights and a principle of collective autonomy are required as a fundamental pieces of the European social model. It has been designed in tension with the expansive force of free enterprise and consideration of the existence of people as a commodity. Its development has been irregular ups and downs and setbacks, but from the economic crisis of 2008-2010, there has been a paradigm shift that has nullified in practice the social dimension of the European Union and has built a neoliberal and authoritarian model which degrades the democratic system itself. The article criticizes this situation and proposes as an alternative the democratization of Europe if you want to keep the European project without it crumbles.

Palabras clave: Unión Europea, modelo social europeo, liberalismo autoritario, democracia, derechos fundamentales.

Key words: European Union, European Social Model, Authoritarian liberalism, democracy, fundamental rights.

1. DEMOCRACIA SOCIAL Y MODELO EUROPEO

Desde la cultura jurídico-laboral española es obligado hablar de Europa y el proceso de construcción jurídica y política que se está verificando en este espacio

supranacional. Sin embargo el tipo de discurso que se utiliza en el ámbito de la discusión política es muy limitado porque se suele detener en unas consideraciones generalistas sobre la conveniencia “en última instancia” de aceptar el esquema político –organizativo europeo montado sobre la consecución de un mercado único y de un sistema monetario (que en ocasiones se transforma sorprendentemente en entusiástica aclamación del mismo), o en el rechazo del mismo bien sobre consideraciones nominalistas– la necesidad de encontrar el nombre para rescatar la cosa, hallar el *demos* de Europa como condición para la *democracia* europea –bien sobre la base de argumentaciones acerca de la escasa participación ciudadana en las políticas comunitarias, la divergencia entre las declaraciones políticas y su desmentido en la realidad económica, o en fin la frustración de proyectos de progreso para el entramado jurídico– institucional europeo, afirmaciones no por tajantes y reales menos genéricas que sus opuestas. El problema que se plantea cuando se habla sobre Europa es que resulta necesario situarse en un nivel del discurso que escape a la banalidad de la apreciación política y que simultáneamente se distancie del lenguaje administrativo y burocrático que se impone con la institucionalización europea. Lo que exige no sólo una valoración política orientada en ese nivel discursivo, sino fundamentalmente que las argumentaciones incorporen también la carga de tecnicidad que el proceso de construcción jurídico y política está llevando a cabo.

Esta problemática se acentúa si el objeto de reflexión es la tutela y el reconocimiento de los derechos sociales en este espacio supranacional, lo que se viene a conocer como la dimensión social del mercado unificado o, en su versión más académica, el derecho social europeo. Este es un elemento clave en la definición del nuevo orden político europeo, como muy claramente puso de manifiesto la discusión sobre la llamada Carta de Niza y su incorporación a la futura Constitución europea, confirmada felizmente por el Tratado de Lisboa del 2007, pero lo cierto es que muchos elementos del denominado *derecho social*¹ se encuentran ya en un avanzado grado de desarrollo en el ordenamiento comunitario, normativa y jurisprudencialmente, antes de la consagración de una Carta de Derechos que impone normativamente un modelo social a nivel supranacional.

Conviene recordar que en su origen, el sistema de derechos laborales surgió en un contexto social y económico generador de una inmensa conflictividad como fórmula ambivalente de legitimación del propio orden económico y de reconocimiento de ciertas condiciones de vida y laborales a la fuerza de trabajo en acción, a los trabajadores. Fue en efecto una respuesta al orden económico del libre mercado y a su construcción social y política. El orden económico del libre mercado imponía explotación, sometimiento e indignidad, y el secreto de la creación de ese sistema de derechos laborales, de lo que se conoce comúnmente

1 Sobre el tema, sigue siendo fundamental para la descripción y valoración del proceso de conformación del derecho social europeo, el pequeño gran libro de APARICIO, J., *Derecho Social Europeo*, Bomarzo, Albacete, 2007.

como Derecho del Trabajo fue el de encontrar un ligamen imprescindible entre la esfera de lo político –social y el ámbito de las relaciones económico– sociales. Es decir, interpretar la noción básica de la democracia como un concepto anclado en las relaciones sociales de producción, trascendiendo por tanto el plano formal de la declaración de libertad y de igualdad².

Desde entonces, el sistema de derechos laborales está adherido a la noción de democracia. No hay sistema democrático sin el reconocimiento de un sistema articulado de derechos y de garantías que haga realidad un nivel estándar de condiciones de trabajo y de vida a la clase social sobre cuyo esfuerzo se construye la riqueza.

Esta conclusión se articula a través de una construcción política y democrática más depurada que pone en relación estos dos grandes campos de realidad, el de la economía del libre mercado y el de la política que determina en lo social las nociones clave de igualdad y solidaridad.

De forma muy sintética, en este diseño cobra centralidad la progresiva construcción del Estado Social y su presencia en las relaciones sociales y económicas interfiriendo y limitando el orden económico del libre mercado mediante la creación de una amplia zona de desmercantilización de las necesidades sociales. En el eje de la constitucionalidad material, es decisivo el reconocimiento de un principio de igualdad sustancial que se inserta justamente en un contexto socio-económico desigual, marcando de esta manera una orientación político –democrática hacia la igualdad no sólo en la acción de los poderes públicos, sino en la propia actuación de los sujetos sociales representativos de la fuerza de trabajo global. Este esquema necesita del reconocimiento de un principio de pluralismo social que permite la definición desde el sistema jurídico– y a la vez fuera de él –de un sujeto colectivo que incorpora en su acción la mencionada tendencia político– democrática a la realización de la igualdad material y que se construye como representante general de la clase trabajadora. Y como consecuencia de esos procesos, el Estado viene a reconocer en el ámbito de una ciudadanía calificada como social una serie de derechos individuales y colectivos sobre la base de una concepción que sitúa al trabajo como elemento central de cohesión social y de referencia política.

Todo este tipo de elementos forman parte de lo que se suele llamar *constitución del trabajo* o *constitución social*, y que se define no sólo por la delimitación de un perímetro cada vez más extenso de desmercantilización de las necesidades sociales, asociado a la publicación del mismo, sino también, de forma más significativa, por la asignación constitucional de valor político al trabajo, que en consecuencia impregna la actuación normativa y de gestión de los poderes públicos y de los sujetos sociales y el reconocimiento de funciones tendencial-

2 Cfr. TRENTIN, B., *La ciudad del trabajo*, Fundación 1 de Mayo, Madrid, 2013.

mente polivalentes del principio de igualdad sustancial como objetivo y como guía del conflicto social. Como fenómeno histórico, se concentra en las constituciones nacional-estatales europeas que nacen de la derrota del nazi-fascismo al término de la Segunda Guerra Mundial, con la prolongación en los años setenta respecto del salazarismo portugués y del franquismo español. En ellos el componente social es muy intenso, y se considera al trabajo como centro de la vida social y política de un país, a la vez que se mantiene en el plano de las relaciones económicas la vigencia del sistema de economía de mercado, que debe ser respetado aunque corregido y encauzado sobre la base de estos imperativos sociales.

No es una solución fácil, porque este diseño implica la coexistencia no pacífica del trabajo y los derechos a él asociados, expresada cotidianamente de forma no armónica con un principio de libertad de empresa como otro elemento estructurador de la democracia, el reconocimiento del poder del empresario de organizar y dirigir los procesos de creación de riqueza junto con la afirmación de una extensa capacidad organizativa de la forma concreta en que puede encarnarse la figura de la empresa, y, en fin, el reconocimiento del espacio-empresa como un espacio en el que se desenvuelve un activo poder empresarial sobre las personas que trabajan. Estos principios son los que fundan la llamada *constitución económica* de un país.

La convivencia de lo que por comodidad se puede llamar *constitución social* y *constitución económica* de un país no ha sido nunca serenamente armónica ni sosegada, pero para la construcción democrática post-liberal resultaba una absoluta necesidad política. Las fricciones entre ambos órdenes se manifestaban en múltiples aspectos, aunque quizá convenga resaltar ahora que en la época de oro del Estado Social la confrontación se presentaba como un conflicto en el que destacaban tan solo dos figuras, como antagonistas: el Estado y la empresa, y no tanto por consiguiente, el Estado y el mercado. Y en ese conflicto los sujetos colectivos y su campo de acción propio, la autonomía colectiva, asumieron una posición subalterna, de manera que el sindicato delegaba en la fuerza y la capacidad normativa del Estado la gestión de gran parte de sus intereses, que encontraban satisfacción *a través de* la organización del poder público.

2. CENTRALIDAD DEMOCRÁTICA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

Se puede afirmar sin ningún género de dudas que el reconocimiento del principio de autonomía colectiva constituye el elemento caracterizador por excelencia de los sistemas democráticos de relaciones laborales europeos. La autonomía colectiva se presenta ante todo como fuente de derecho, en una relación con el ordenamiento jurídico estatal que ha sufrido diversos avatares y que conoce múltiples expresiones en función de las distintas realidades jurídicas naciona-

les. Pero es un poder social originario que se manifiesta como fuente material y formal del derecho del trabajo, confundándose con la negociación colectiva y el convenio colectivo como instrumento regulador por excelencia.

Junto a ello, y de manera muy relevante, la autonomía colectiva funciona como un principio político de autorregulación social, en paralelo al principio de pluralismo político, lo que le hace constituirse como un instrumento decisivo de gobierno del sistema de relaciones laborales en el que existen dos fuertes tensiones. La producida por el conflicto entre posiciones sociales –y políticas– enmarcadas en una referencia más o menos directa a la clase social, un conflicto en definitiva entre las fuerzas del privilegio económico y las que representan al trabajo asalariado, tensión que atraviesa y recorre el fundamento y el desarrollo de los fenómenos en los que se expresa dicho principio de autonomía colectiva. Y una segunda tensión derivada de la propia construcción de la regulación de las relaciones laborales sobre el reconocimiento de una situación de extrema desigualdad material entre personas sin embargo formalmente iguales ante la ley, para que, sobre la constatación de esa importante relación asimétrica de poder, el Estado asuma un compromiso en proceder gradualmente a la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad sustancial, de base económica y social (lo que determina su naturaleza política). En ese proceso gradual de nivelación social de las desigualdades no sólo está en juego la acción estatal o de los poderes públicos, sino que es justamente la autonomía colectiva de los interlocutores sociales, y en especial, la acción colectiva de los sindicatos, que debe insertarse en esa lógica que va cancelando las desigualdades.

Por eso la autonomía colectiva gana el protagonismo en la configuración de un sistema democrático de reconocimiento de derechos fundamentales. La materialización del mismo lleva aparejada que se reconozcan como derechos fundamentales al máximo nivel los de libre sindicación, huelga y negociación colectiva, así como el más impreciso de la “participación” en la empresa. Son derechos que están anclados en las relaciones laborales y que encuentran el mercado de trabajo y el perímetro organizativo de la empresa como los espacios naturales de su ejercicio. Pero ello no debe hacer olvidar que su función político-institucional se encuentra mediada por esa orientación sustancialmente igualitaria a la que se ha hecho referencia, de manera que no es posible configurar el sistema político democrático sin garantizar la presencia y la eficacia plena de estos derechos en el marco del sistema jurídico estatal o nacional.

Pero a la vez el papel de los sujetos colectivos que representan al trabajo es precisamente el de integrar el conflicto que lleva en sí el trabajo concreto, su rechazo ante la explotación, en el proceso de validación de las reglas sobre el trabajo que se presta en condiciones de explotación. Es este el valor político de las relaciones colectivas en las que se genera la normatividad del trabajo concreto, el reconocimiento de un poder social normativo que se basa precisamente en el

cuestionamiento del poder económico y social que impone su dominio sobre las personas en el marco de la acumulación del capital. Y este reconocimiento que se expresa en un intercambio de propuestas que disciplinan las relaciones de trabajo en un ámbito determinado y en el acuerdo que las recoge, toma su validez de esa aceptación del dominio sin anular el conflicto de fondo que alimenta el cuestionamiento del mismo.

La eficacia de estas normas colectivas depende del gobierno y de la administración de éstas no sólo por los sujetos colectivos, sino a través de la intervención muy incisiva de la norma estatal complementada por la interpretación judicial, pero la validez de las mismas y de todo el proceso depende directamente del elemento político-democrático según el cual la centralidad del trabajo proviene de la consideración de la relación salarial como una relación de explotación y de la representación del trabajo así conformado como la condición para su integración en un proyecto común de sociedad en el que gradualmente pueda expresarse su programa emancipatorio. El modelo reposa por tanto en esa ambivalencia, y no puede anularse la dimensión conflictiva y de rechazo de la explotación del proceso de cooperación a la regulación de la misma.

Naturalmente que los marcos jurídicos estatales de las diversas naciones de Europa incorporan de manera central en sus constituciones y normas de desarrollo el principio de autonomía colectiva y sus múltiples determinaciones. Forma parte de lo que se vienen a denominar “tradiciones constitucionales” de los distintos Estados miembros de la Unión Europea que “informan” el derecho de la Unión Europea como “principios” generales del derecho comunitario (art. 6º TUE). El paso inmediato es preguntarse si precisamente en la dimensión comunitaria europea entendida como un espacio supranacional de unificación de mercado, se encuentra también reconocido como elemento central este principio y de qué manera o forma se expresaba³.

La delimitación del espacio que se abre a la autonomía colectiva en esta dimensión supranacional, más allá por tanto de cómo venga configurada en los sistemas nacionales, depende estrechamente de un hecho no normativo, puramente material, es decir, las posibilidades de ir construyendo la subjetividad colectiva a escala europea, es decir, la medida en la que el sindicato encuentra una expresión organizativa de actuación en ese nivel, y otro tanto con las asociaciones empresariales. Este proceso material de construcción de un verdadero sistema sindical europeo ha sido lento y trabajoso y ha precisado de una profunda transformación cultural e institucional que ha producido no sólo una dinámica

3 A ese interrogante pretendía responder “La autonomía colectiva en el Derecho social comunitario”, en BAYLOS, A. (Coord), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 17 y ss., pero sobre este punto hay toda una serie de elaboraciones posteriores muy útiles. En especial, cfr. BOGONI, M., *El espacio europeo para la negociación colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2015, GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, A., *La negociación colectiva sectorial en Europa, ¿hacia un modelo autónomo de negociación colectiva en el nivel europeo?*, Tesis doctoral europea Ciudad Real, enero 2015.

organizativa unitaria en el plano europeo, sino muy fundamentalmente ha sido capaz de integrar –con mayor o menor fortuna en algunos casos– la dimensión europea entre las estrategias y los programas de acción de las respectivas confederaciones sindicales nacionales⁴, pero su materialización es lenta y muy dependiente de las iniciativas que lleva a cabo la Comisión, esto es, el aparato político-directivo de la Unión Europea, del que resulta plenamente condicionado⁵ y sin que se haya podido desarrollar una acción plenamente autónoma que unifique las distintas posiciones de los diversos modelos sindicales vigentes ni haya podido desplegar una acción colectiva coordinada y contundente en defensa de sus programas.

3. LA CRISIS DEL MODELO Y EL LIBERALISMO AUTORITARIO

Estas son las coordenadas entre las que se movía el modelo social europeo, progresivamente redefinido a la baja tras las orientaciones del Libro Verde para la modernización de Derecho del Trabajo, del 2006, que marca un hito en el cambio de dirección de las políticas sociales y la aceptación de modelos de análisis y de propuesta neoliberales⁶. Tras el gran choque de la crisis en los países desarrollados del año 2008, este cuadro de referencia no se puede mantener en esos términos de tensión y contrapeso de tendencias, el escenario cambia radicalmente y amplía su campo de actuación.

En efecto, es un hecho evidente, aunque todavía no muy comentado, que no solo el modelo social, sino el sistema de democracia representativa está en crisis en Europa. La crisis se sustancia en un conflicto directo entre las Constituciones nacionales que incorporan elementos esenciales de democracia social, y la fuerza normativa de las instituciones del capital financiero que quieren (re)escribir el tejido normativo transformando sus necesidades de reproducción de poder y de riqueza por medio del dinero en la necesidad de “reformas estructurales”, que devalúen los derechos laborales y sociales de ciudadanía, disuelvan el poder de contratación sindical y contraigan el estado social y su aparato público. Se produce entonces una declaración no explícita de un estado de excepción que legitima la imposición de un nuevo ordenamiento jurídico y social, paralelo al que establece la constitución, que se asienta sobre la desigualdad, el ejercicio del poder económico sin contrapesos y la acción del dinero que hace ineficaz y superflua la política más allá de su consideración como un espacio de opinión no vinculante.

4 LETTIERI, A., “La frontiera europea del sindacato”, en LETTIERI, A. y ROMAGNOLI, U., *La contrattazione collettiva in Europa*, Ediesse, Roma, 1998, p. 17.

5 Cfr. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, A., *La negociación colectiva sectorial en Europa, ¿hacia un modelo autónomo de negociación colectiva en el nivel europeo?...*, cit.

6 BAYLOS, A. y PÉREZ REY, J., “Sobre el Libro Verde: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, *Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios* nº 5 (2006).

El cambio que se produce en esta concepción de un estado autoritario para una economía de mercado libre tiene que ver en Europa con la creación de un marco institucional nuevo que interactúa con la clásica dimensión estatal-nacional. El liberalismo autoritario⁷ busca la neutralización de la democracia, es decir, pretende situar la economía de mercado fuera de las decisiones institucionales democráticas. El fortalecimiento de la represión ciudadana para lograr esta inmunidad democrática se ha relajado. Es más conveniente desplazar la política económica y las decisiones claves sobre ésta a un nivel “donde la democracia no la pueda seguir”⁸, diseñando espacios institucionales que no admitan cuestionamiento ni contestación, a los que se les dé una capacidad de decidir que no dependa de la autoridad de la fuerza, sino de la autoridad de la teoría económica científica, una nueva legitimación no democrática que es clave para profundizar en el proceso de despolitización del capitalismo que en la Unión Europea ha encontrado un marco de actuación muy acabado.

Es además conveniente señalar que el proceso de despolitización de la economía de mercado busca asimismo deslegitimar los espacios organizados colectivamente que interfieren en la relación de poder que está en la base de una relación económica y que se quiere inmune a estas mediaciones. Cobra más relieve el esfuerzo cultural para resaltar el carácter contraproducente de estos elementos de pluralismo social que se insertan en una lógica económica que es reacia a la mediación o contratación de las decisiones que la sostienen. Un consenso de opinión al margen de la ideología y de la posición social sobre la dirección que debe seguir el proceso económico “liberado” de las intromisiones de la política y guiado por consideraciones avaladas por la ciencia económica es asimismo un elemento importante en ese aislamiento democrático.

La crítica a la gobernanza económica surgida en la euro-zona con especial virulencia a partir del 2010 se inscribe en este discurso sobre autoritarismo y liberalismo⁹. Y establece una relación entre la “arquitectura institucional” de la gobernanza económica y la degradación democrática del Estado Social y del propio Estado de derecho en una perspectiva multinivel.

7 El término proviene de un artículo de HELLER, H., “Authoritarian Liberalism”, hoy republicado en *European Law Journal*, Vol. 21, No. 3, May 2015, pp. 295–301. La relectura del artículo de Heller se inserta en una perspectiva que da relevancia a la historia y a la memoria constitucional europea que ha sido olvidada en las últimas décadas, y especialmente desde el comienzo de la crisis en la eurozona, cuando se enuncia que la gestión de la crisis requiere medidas “radicalmente innovadoras”. El problema que se plantea es el de que en qué forma estas “medidas”, el nuevo marco institucional que las encuadra y la propia consideración de los actores políticos y económicos sobre este proceso, están inmunizando el capitalismo liberal respecto de la política democrática o, si se quiere, en qué medida el “proyecto Europa” no estará deviniendo un proceso de destrucción de la democracia y de la legalidad. Esta cuestión plantea de nuevo la vieja relación entre capitalismo y democracia y provoca ciertas dudas respecto a la noción de liberalismo que se maneja comúnmente. La presentación del número monográfico de MENÉNDEZ, A. J., “Herman Heller now”, *European Law Journal*, Vol. 21, No. 3, May 2015, pp. 285–294 es muy indicativa y sugerente.

8 STRECK, W., “Heller, Schmitt and the Euro”, *European Law Journal*, Vol. 21, No. 3, May 2015, p. 365.

9 Cfr. SCHEUERMANN, W. E., “Herman Heller and the European Crisis: Authoritarian Liberalism Redux”, *European Law Journal*, Vol. 21, No. 3, May 2015, pp. 302–312.

La alegación de un estado de excepción urgido por una panoplia de amenazas inminentes que tiene que legitimar medidas que “contravienen las normas y procedimientos establecidos”, disposiciones “cortafuegos” que tienen un dudoso estatus legal, es el medio mediante el cual se produce un no explicitado “estado de emergencia económico” que plantea cuestiones importantes respecto de la democracia y del Estado de derecho¹⁰. En esa excepcionalidad económica, se transfiere la autoridad sobre el presupuesto económico de un país y por tanto sobre las decisiones fundamentales en materia de gastos y de ingresos, de un nivel relativamente democrático –el nacional estatal– a instituciones europeas intergubernamentales –como el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEE)– creando un nuevo modelo de intervención sobre las políticas nacionales que expropian de alguna manera la soberanía nacional de éstas, puesto que imponen unas políticas –las que realizan las “reformas de estructura” sobre la base de la llamada austeridad– a cambio de permitir la solvencia y liquidez financiera del Estado. La administración de estos procesos se lleva a cabo a través de nuevos instrumentos institucionales, como el MEE, gestionados por principios claramente oligárquicos, al servicio por otra parte de las instituciones financieras más fuertes. Son los mercados financieros y los mayores bancos los directos beneficiados por las políticas de recorte que satisfacen los intereses de los “acreedores” –esencialmente los bancos– en el marco de la financiarización internacional, y estos intereses resultan más vitales e importantes que los derechos de los ciudadanos y el compromiso de los gobiernos en garantizarlos¹¹. El caso de Grecia es paradigmático al respecto, porque la posición del gobierno de Syriza de llegar a soluciones posibles que respetaran elementos mínimos del Estado social y de los derechos de las personas más vulnerables, pese a tener el apoyo mayoritario de todo el pueblo griego en referéndum, fue conscientemente combatido por el Eurogrupo y los “acreedores” para imponer, a través de la presión insoportable del BCE, un programa de “rescate” claramente humillante que castigaba la decisión democrática de la nación griega.

Contra lo que estamos acostumbrados a escuchar –y es un discurso que repiten el propio TJUE y el Tribunal constitucional alemán, entre otros distinguidos agentes– la constitucionalidad de la gobernanza europea no puede estar determinada por la referencia exclusiva a la estabilidad económica y monetaria sino que tiene que medirse con arreglo a parámetros más propios del Estado social como modelo social europeo. El carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea obliga a que cualquier acto de aplicación del derecho europeo observe estos derechos, y debería asimismo obligar respecto de los memorándums para el entendimiento de los países en crisis. ¿Qué efectos se cree que pueden producir en los ciudadanos de los países que ven desaparecer sus derechos básicos por la intervención de las autoridades europeas que

10 SCHEUERMANN, W. E., “Herman Heller and the European Crisis...” cit., p. 308.

11 STREECK, W., “Heller, Schmitt and the Euro”...cit., p. 369.

imponen esa degradación de las condiciones de existencia como condición del memorándum de entendimiento? ¿No pensarán que experimentan una degradación de sus derechos democráticos como ciudadanos por obra de un chantaje llevado a cabo por intereses oligárquicos?¹² Gran parte de estas medidas además han sido adoptadas sin seguir los procedimientos democráticos ni las exigencias constitucionales. La confrontación del liberalismo económico y financiero con la democracia es muy evidente.

Los sucesos que han rodeado a partir del 2010 la asistencia financiera a los estados-nación de la periferia sur de Europa tras el derrumbe del sistema bancario, las masivas inyecciones de dinero público para su saneamiento y el consiguiente endeudamiento público de éstos países, desembocan en la previsión de asistencia financiera a estos estados con dificultades de solvencia en los mercados financieros, lo que implica un cierto traslado de soberanía desde los estados-nación hacia las entidades privadas y públicas de inversión y financiación¹³. Los gobiernos adoptan esas decisiones por procedimientos de urgencia ante el cual los parlamentos se encuentran con el hecho consumado. Se impide así cualquier discusión política que discrepe o cuestione los criterios que acompañan a esa asistencia financiera en cualquiera de sus grados, como si fuera intangible la razonabilidad de las decisiones tomadas por las instituciones europeas e internacionales que refinancian al estado-nación y que imponen recortes sociales y derogaciones de derechos¹⁴.

Frente a la regla de derecho, en los procesos de la gobernanza económica se privilegia la noción de “confianza”. Es una noción definida de manera muy peculiar, porque la confianza parece exigir una base bilateral –la confianza mutua– mientras que aquí se presenta únicamente basada en la consideración que a un polo de la relación –el conglomerado político-financiero dominante, la *troika*, los “acreedores”– le merece la otra parte y sus compromisos asumidos. La “confianza” es un elemento de convicción apreciado unilateralmente sobre la certeza de que se van a asumir y a aplicar las políticas degradatorias de derechos consideradas el objetivo de las medidas de asistencia financiera, y es también el término que mide la reacción de los mercados financieros ante la solvencia del Estado sobre-endeudado que renegocia sus títulos de deuda. “Confianza” como sustituto semántico de imposición de las reformas legales exigidas, incluidas las constitucionales, y de los retornos monetarios recibidos, con independencia de cuál sea la orientación política del gobierno y de la composición parlamentaria. Como dramáticamente enseña el caso griego, la confianza se rompe si se recurre

12 Cfr. JIMENA QUESADA, L., “Sostenibilidad y efectividad de los derechos sociales, incluso y sobre todo en tiempos de crisis”, en JIMENA, L., ALFONSO, C. y SALCEDO, C., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 15 ss.

13 MENÉNDEZ, A. J., “Hermann Heller now”...cit., p. 292.

14 Cfr. GUAMÁN, A. y NOGUERA, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 85-112.

a decisiones democráticas para avalar la posición del gobierno en las negociaciones de la deuda del Estado con los “acreedores” y sólo se restablece si el acuerdo contraría expresamente la voluntad popular expresada democráticamente¹⁵.

Esta degradación democrática se puede también verificar en el funcionamiento de las instituciones “ordinarias” de la Unión Europea, no sólo acudiendo a las instituciones específicas de la gobernanza económica. El Parlamento europeo, por ejemplo, al margen de su escasa capacidad co-legislativa, está gobernado desde hace décadas por una gran coalición centrista en la que confluyen los cristiano-demócratas y los social-demócratas que desempeña funciones de *lobby* para socavar el poder de decisión que proviene de los respectivos países miembros convirtiéndolo en una aquiescencia a decisiones inmunizadas frente a cuestionamientos que puedan ser importantes y que provengan del ámbito nacional-estatal. La discusión sobre el TTIP actual puede ser un buen ejemplo de este funcionamiento que “despolitiza” el debate parlamentario al intentar “aplanar” las divergencias muy importantes sobre este texto, mantenido en secreto y presentado como una problemática técnica que no soporta la discusión política.

Iguals consideraciones negativas se pueden realizar respecto del Consejo – que concentra en sí el poder legislativo y el ejecutivo, no manteniendo la separación de poderes clásica de la democracia - y del poderoso Eurogrupo de los ministros de economía y finanzas, que es determinante en los procesos de gobernanza. También de la Comisión, que una vez confirmada su posición subalterna respecto del Consejo, deviene un órgano burocrático encargado de poner en práctica las decisiones adoptadas por el Consejo y vigilar el cumplimiento por los Estados miembros de sus compromisos contenidos en los Tratados. Pero asimismo del Tribunal de Justicia –que de hecho funciona como Tribunal Constitucional al interpretar los tratados y las cuatro libertades económicas fundamentales que constituyen la constitución económica material de Europa– se desliza hacia una orientación claramente neoliberal en sus pronunciamientos, como es de todos conocido, y dispone de poderosos instrumentos para intervenir en los espacios nacional-estatales e imponerles correcciones a sus políticas en función de su adecuación a la constitución material de las libertades fundamentales.

La institución europea más criticada desde estos planteamientos es, naturalmente, el Banco Central Europeo (BCE). Es la institución que detenta la soberanía sobre la moneda única, y resulta el banco central más independiente del mundo y su régimen monetario el más despolitizado. Su legitimación se basa exclusivamente en la especialización técnica de sus dirigentes en el tipo de política pública que requiere la economía de libre mercado en la Unión Europea. Ha tenido *de facto* el gobierno de una de las mayores economías mundiales emanci-

15 SCHEUERMANN, W. E., “Herman Heller and the European Crisis: Autoritarian Liberalism Redux”... cit., pp. 310.

pado de cualquier interferencia de la democracia pluralista, considerándose tan solo el guardián y el garante del libre mercado. Y en la crisis –con el apoyo de la FMI y de la Comisión– ha asumido amplísimas posibilidades para disciplinar a los estados soberanos con la finalidad de que éstos adopten reglas del sistema de mercado neoliberal y las “reformas de estructura” que éstas requieren para lograr la “estabilidad” económica y monetaria. El BCE sería así un buen ejemplo del “ideal dictador” schmittiano¹⁶, el agente capaz de tomar una decisión en la gestión de la crisis por encima de las constituciones y los intereses nacionales, entendidos como intereses particulares frente al interés general de preservar el gobierno de una economía al servicio de los intereses financieros europeos y globales¹⁷. En el caso griego, una vez más, su papel ha sido determinante, al negar liquidez a los bancos griegos y amenazar por tanto con el estrangulamiento financiero de la nación, para posibilitar la conclusión del acuerdo del tercer rescate sobre la base de condiciones claramente negadas y rechazadas por la mayoría del pueblo griego y de su gobierno. Es la institución que empuja a todos los países miembros a converger en el modelo social y político neoliberal –menos democracia, menos derechos, más desigualdad y más concentración de la riqueza– del capitalismo financiero triunfante en la crisis.

Esta crítica descripción del panorama europeo actual confirma la hipótesis sobre el liberalismo autoritario como forma predominante de la cultura y práctica política neoliberal que es hegemónica en el panorama actual europeo, y que resulta sostenida, en lo esencial, por el centro derecha y el centro izquierda europeo, demostrando la crisis profunda de la socialdemocracia que ha asumido este código destituyente de la política democrática sin reparar en que bajo la gobernanza económica en la zona euro se está desplegando una potente actividad de destrucción de las reglas democráticas y de degradación de derechos ciudadanos que edifica Europa sobre la imposición de un plan de apropiación de la riqueza por las oligarquías financieras sostenido por la imposición autoritaria de una política neoliberal. Definir como autoritario este devenir de la gobernanza económica europea es importante porque se sitúa mucho más allá del bien conocido “déficit democrático” de la Unión, supone un salto cualitativo que requiere una atención pormenorizada por parte de las fuerzas sociales y políticas que sí creen en la posibilidad de una Europa federal y democrática.

Es posible sin embargo apostar por la construcción de un *demos* europeo que permita traducir el ímpetu de la participación de la ciudadanía en la construcción de una Europa abierta, pluralista y social, en suma, que democratice Europa en el sentido más amplio de la expresión¹⁸. Reforzar la política como forma de

16 STREECK, W., “Heller, Schmitt and the Euro”...cit., p. 370.

17 STREECK, W., “Heller, Schmitt and the Euro”...cit., pp. 368-369.

18 En esa dirección camina DIEM-25, por la democratización de Europa, cuya presentación en Berlín el 9 de febrero pasado significó el lanzamiento de un movimiento paneuropeo que debe echar raíces “en todas las ciudades y en todas las naciones” de Europa, como señala su impulsor Yanis Varoufakis. No es un deseo genérico, que no encuentre una referencia temporal precisa. Pone ciertos plazos, una década para vencer la

enfocar la economía, reivindicar la “naturaleza policéntrica” de la construcción europea, re-democratizar los fundamentos constitucionales y organizativos de la Unión Europea, sin perjuicio de vigorizar los elementos democráticos de cada ordenamiento interno, comenzando por el uso más frecuente del referéndum como elemento de control de las relaciones entre el estado miembro y la política económica de la Unión, la construcción de un espacio cultural democrático transversal a fuerzas políticas de la periferia sur de Europa que asocie la progresión de la sociedad al mantenimiento de la democracia social, todas ellas son propuestas que se unen a algunas medidas concretas de reforma que implican el cambio de los presupuestos liberal-autoritarios que se han constituido en el motor actual de Europa.

En todo caso se requiere que las normas europeas que garantizan derechos, situaciones jurídicas que buscan reducir asimetrías de poder en el seno de las relaciones económicas, se proyecten también en el espacio económico financiero tanto en lo que se refiere a los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos como en el respeto a la construcción de los derechos nacionales en el marco de los respectivos estados sociales de los países de la periferia del Sur. Trabajar políticamente por la sustitución del autoritarismo que lleva a cabo el proyecto oligárquico que hegemoniza Europa por un proyecto alternativo que desarrolle los elementos democráticos, federativos y sociales que constituyen el mejor sueño europeo.

resistencia institucional al cambio democrático, hasta 2025. Después de ese momento, el proyecto europeo “se derrumbará bajo su arrogancia”, se llegará a un “punto de no retorno” y el resultado es una fragmentación y ruptura de ese espacio integrado con problemas muy importantes de ámbito económico, geoestratégico e ideológico. El manifiesto se puede consultar en <http://diem25.org/manifiesto-long/>. En cualquier caso, la reflexión sobre el movimiento por la democracia en Europa es el elemento que impulsa la coordinación de partidos, movimientos sociales y sindicatos, junto con personalidades relevantes, estudiosos y teóricos, profesionales y gentes de la cultura, en una lucha más allá del rechazo a las políticas de austeridad y a la gestión autoritaria y neoliberal de la crisis, con un proyecto de recomposición de Europa en torno a los derechos sociales y políticos que definen la idea de democracia. Es el momento de insertar este objetivo entre las prioridades de la movilización social, ampliar y visibilizar su existencia y su “arranque”, ayudar a conformar en la opinión pública esta necesidad de reconducir el proyecto europeo hacia la politización democrática de las instituciones que lo definen, controlar la deriva autoritaria del capitalismo financiero e impedir el incremento exponencial de la desigualdad, el sufrimiento y la pobreza en tantos ciudadanos y ciudadanas de los pueblos que componen la Unión Europea, rediseñar una arquitectura institucional que esté al servicio de las personas y no contra las mismas.

FLEXIBILIDAD LABORAL Y MEDIDAS DE AUSTERIDAD EN PUERTO RICO

Carlos Alá Santiago Rivera

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

1. Introducción. 2. Proyecto de Ley para flexibilizar el mercado laboral del Sector Privado en Puerto Rico. 3. Flexibilidad y austeridad gubernamental. 4. Alternativas a la austeridad. 5. Conclusión.

Resumen: En Puerto Rico de han implantado medidas de austeridad en la última década con la aprobación de la Leyes Núm. 7 del 9 de marzo del 2009; 66 del 17 de junio del 2014 y 3 del 4 de abril de 2013. Las mismas han fracasado en el ajuste fiscal y económico que pretendieron. La deuda pública se ha triplicado en ese mismo periodo. Todas las iniciativas han incluido reformas laborales neo-conservadoras que han sido muy efectivas suspendido derechos laborales, derogado derechos adquiridos y enmendando importantes leyes laborales que han impactado negativamente la estabilidad del empleo y el sistema comprensivo de relaciones laborales, sus interlocutores e instituciones. El 9 de octubre del 2015 se radicó el Proyecto 2696 de la Cámara de Representantes, que propone establecer la Ley para Flexibilizar el Mercado Laboral de Puerto Rico para enmendar 9 estatutos neurálgicos de contratos de trabajo y relaciones laborales en el sector privado, restándole derechos a los trabajadores. Contradictoriamente, la misma es parte de un nuevo Plan de Austeridad, Ajuste Fiscal y Económico a cinco años, que representaría el cuarto intento de imponer una reforma laboral conservadora.

Abstract: The Puerto Rican government have implemented austerity measures in the last decade with the approval of Laws No. 7 of March 9, 2009; No. 66 of 17 June 2014 and No. 3 of April 3, 2013. They have failed in the fiscal and economic adjustment sought. Public debt has tripled in the same period. All initiatives have included neo-conservative labor reforms that suspended effective labor rights, entitlements and amending important labor laws that have negatively impacted job security and the comprehensive system of labor relations, their social partners and institutions. On October 9, 2015, Project 2696 was submitted

1 Actualmente, destacado en el Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDS) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla La Mancha y el Departamento de Sociología del Trabajo II del Campus de Somosaguas de la Universidad Complutense de Madrid ambos en España. Una discusión más a fondo de estos temas se puede encontrar en la 2da. edición de libro del autor: Derecho Laboral: Leyes en Puerto Rico y su Jurisprudencia, 1900-2015. San Juan: Editorial SITUM (Biblioteca Jurídica), 2015.

for analysis on the House of Representatives. It wanted to establish a Labor Market Flexibility of Puerto Rico Act to amend nine statutes of labor contracts and labor relations in the private sector, taking away important workers' rights. Ironically, it is part of a new austerity plan, known as the Five Years Economic and Fiscal Adjustment Plan. This is the fourth attempt to implement a conservative labor reform in recent times.

Palabras clave: medidas de austeridad, flexibilidad laboral, nueva política pública laboral, anti-sindicalismo.

Key words: austerity measures, labor flexibility, new labor public policy, conservatism, union busting.

Abreviaturas: BGF: Banco Gubernamental de Fomento; BM: Banco Mundial; CASARH: Comisión Apelativa del Sistema de Administración de Recursos Humanos; CASP: Comisión Apelativa del Servicio Público; CCPR: Código Civil de Puerto Rico; CH.: Capítulo; CRTSP: Comisión de Relaciones del Trabajo del Servicio Público; ELA: Estado Libre Asociado; FICA: Seguro Social y Medicare Federal; FSLA: Fair Labor Standard Act/Ley de Normas Razonables de los Estados Unidos; FUTA: Seguro Federal de Impuesto por Desempleo JREF: Junta de Reconstrucción Económica y Fiscal; IRT: Servicio de Rentas Internas; JRT: Junta de Relaciones del Trabajo; JNRT: Junta Nacional de Relaciones Laborales/National Labor Relations Board; LPRA: Leyes de Puerto Rico Anotadas; OGP: Oficina de Gerencia y Presupuesto; OIT: Organización Internacional del Trabajo; OMS: Organización Mundial de la Salud; ONU: Organización de las Naciones Unidas; ORHELA: Oficina de Recursos Humanos del Estado Libre Asociado; P. de la C.: Proyecto de la Cámara de Representantes de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico; PNP: Partido Nuevo Progresista; Pub. L: Ley Pública Stat.: Estatuto; TSPR: Tribunal Supremo de Puerto Rico; U.S.C.: US Code/Código de Leyes de Estados Unidos.

1. INTRODUCCIÓN

Las últimas tres administraciones del gobierno de Puerto Rico han implantado medidas de austeridad gubernamental en la última década, a través de legislación de ajuste fiscal y económico que han impactado negativamente la estabilidad del empleo y el sistema comprensivo de relaciones laborales, sus interlocutores e instituciones². En general, el gobierno del archipiélago ha gobernado por decreto, exceptuando lo dispuesto en la normativa social ordinaria y decretando estados de emergencia y suspensiones de derechos laborales y garantías sociales.

2 Nos referimos a las administraciones de los gobernadores: Aníbal Acevedo Vilá (2005-2008), Luis Fortuño Burset (2009-2012) y Alejandro García Padilla (2013-2016).

La apuesta siempre ha sido favorecer a la parte empresarial. Un ejemplo claro de esta tendencia es el Proyecto de la Cámara de Representantes 2696, en adelante P. de la C. 2696, que tiene la intención de establecer la Ley para Flexibilizar el Mercado Laboral de Puerto Rico. El Proyecto fue radicado el 9 de octubre del 2015 y enmienda o deroga 9 estatutos neurálgicos de contratos de trabajo y relaciones laborales en el sector privado. El mismo quiere propiciar: “un ambiente favorable para la creación y retención de oportunidades de empleo; mayor certeza en los contratos y relaciones de empleo; permitir más flexibilidad en la contratación, retención y horarios de trabajo; establecer una concesión mínima de los beneficios de vacaciones, licencia por enfermedad y bono de Navidad; conceder a los patronos pequeños más flexibilidad bajo algunas leyes de empleo; armonizar nuestra legislación laboral con la legislación federal análoga y para otros fines”³.

El P de la C 2696 es el primer estatuto de los que se proyectan aprobar como parte de un Plan de Ajuste Fiscal a cinco años que elaboró la actual administración. El Proyecto es la cuarta propuesta de reforma laboral conservadora. Las tres primeras se materializaron con la aprobación de igual número de estatutos con un marcado y negativo impacto en el derecho del trabajo y la seguridad social, las relaciones laborales y el ofrecimiento de servicios en el sector público. Nos referimos: (1) a la Ley Núm. 7 del 9 de marzo del 2009, conocida como la Ley Especial Declarando Estado de Emergencia Fiscal y Estableciendo Plan Integral de Estabilización Fiscal para Salvar el Crédito de Puerto Rico; (2) la Ley de Sustentabilidad Fiscal del Gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, mejor conocida como la Ley Núm. 66 del 17 de junio del 2014; y (3) la Ley Núm. 3 de 4 de abril de 2013 que enmendó sustancialmente el Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno de Puerto Rico y sus Instrumentalidades, Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951⁴.

En conjunto, todos los estatutos que analizamos han causado un debilitamiento progresivo de la centralidad que ocupaba el trabajo en nuestra sociedad y constituyen un abandono de la tutela que le otorgaban los poderes gubernamentales a los pactos sociales de la mitad final del siglo XX, donde se constituyó el Puerto Rico moderno. En este artículo examinamos el alcance del Proyecto y el fracaso de las medidas de austeridad aprobadas en la última década.

2. PROYECTO DE LEY PARA FLEXIBILIZAR EL MERCADO LABORAL DEL SECTOR PRIVADO EN PUERTO RICO

El P de la C 2696 es una propuesta de reforma de la normativa del trabajo en el sector privado de Puerto Rico, de acuerdo a los desprestigiados parámetros de flexibilidad de la legislación laboral que surgen de las medidas de austeridad recomendadas por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).

³ P. de la C. 2696 (2015): 1.

⁴ 3 L.P.R.A. secs. 761 et. seq.

Lo propuesto intenta, según sus autores, ser el mecanismo esencial para crear nuevos empleos, retenerlos y fomentar una mayor competitividad, que se asume y nunca se describe en el estatuto. El diagnóstico de los legisladores ordinarios es que existe una reglamentación laboral excesiva y que ésta es la causa de que: (1) no se puedan crear nuevos empleos, (2) que se eleven los niveles del desempleo, (3) que se mantenga una inversión reducida por parte de los capitalistas y (4) que se perpetúe una baja participación de los “jóvenes, las mujeres y personas de mayor edad” en la tasa de participación del mercado laboral⁵.

El proyecto propone una nueva política pública laboral que se orienta a atender, en primer término, las necesidades de las empresas, relegando a un segundo plano la tutela de los derechos de los trabajadores. A este último grupo se le priva de las protecciones y derechos laborales existentes previamente en la normativa sujeta a enmienda para aumentar las garantías de gestión de los patronos y empresarios. Entre las medidas propuestas se pretende: abaratar el costo del despido y eliminar la presunción de que todo despido es injustificado hasta que el patrono pruebe lo contrario. Ahora se quiere establecer la presunción favorable al patrono de que éste actúa de acuerdo a la ley y sin perjuicio de los derechos sociales del trabajador. Al respecto, el lenguaje utilizado por el legislador es claro:

“...debe evitarse que dicha legislación sea excesivamente onerosa para la administración de la empresa [refiriéndose a la Ley de Despido Injustificado, Ley Núm. 80 del 1976], ni debe presumirse que en todo despido los patronos violan la ley. Por tal razón, se reconoce que los patronos deben tener la misma consideración que cualquier otro ciudadano, a quienes les aplica la presunción de que acataron la ley”⁶.

Esto no es otra cosa que descontextualizar el daño que produce el despido, de construirle un camuflaje a esa violencia del poder gerencial y despojar a los trabajadores de toda la normativa especial que nutre el principio de estabilidad del empleo y protege al trabajador contra la práctica cada vez más habitual de imponer una extinción caprichosa del contrato de trabajo. Más aún, es colocar las relaciones contractuales modernas en el ámbito de la suspensión de los contratos esgrimidos en la teoría general de los contratos del Código Civil, donde los acuerdos se presumen realizados por dos partes en igualdad de condiciones, cosa que no ocurre en los contratos de trabajo donde el poder de los patronos avasalla el de los trabajadores.

Para propiciar la anunciada flexibilidad laboral, el Proyecto propone reexaminar nueve normas que inciden significativamente sobre el mercado y lugar de trabajo. Tal iniciativa resulta en una mayor vulnerabilidad de los trabajadores ante sus patronos. En concreto, las enmiendas sugeridas inciden en los siguientes estatutos:

5 Exposición de motivos, P. de la C. 2696 (2015) op. cit. 2.

6 Ibid. p. 4.

1. Ley Núm. 379 de 15 de mayo de 1948, Ley para Establecer la Jornada de Trabajo en Puerto Rico.
2. Ley Núm. 289 de 9 de abril de 1946, Ley de Derecho a Descanso.
3. Ley Núm. 180 de 27 de julio de 1998, Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia por Enfermedad de Puerto Rico.
4. Ley Núm. 148 de 30 de junio de 1969, Ley de Bono a Empleados.
5. Ley Núm. 80 de 30 de mayo de 1976, Ley de Despido Injustificado.
6. Ley Núm. 45 de 18 de abril de 1935, Ley de Compensaciones por Accidentes del Trabajo.
7. Ley Núm. 139 de 26 de junio de 1968, Ley de Beneficios por Incapacidad No Ocupacional Temporal (SINOT).
8. Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, Ley Contra el Discrimen en el Empleo.
9. Ley Núm. 2 de 17 de octubre de 1961, Ley de Procedimiento Sumario para Reclamaciones de Obreros y Empleados.

Por otra parte, se considera derogar cualquier disposición que haga referencia al pago de horas de trabajo u horas extras contenida en los 43 decretos mandatorios de la antigua Junta de Salario Mínimo, que hoy están bajo la tutela del Secretario del Trabajo y Recursos Humanos⁷. Esta última medida, derogaría de un plumazo los estándares mínimos que fueron determinados para ciertas industrias en torno al establecimiento de jornadas de trabajo y la compensación por el tiempo de trabajo extra. Esto propicia que se incumplan los mandatos estipulados en los decretos y posibilita una mayor vulnerabilidad de los trabajadores ante sus patronos. Finalmente, el Proyecto propone enmendar las Secciones 1031.01(b)(3), 1032.06 (d) (3) y 1062.01(a)(1)(G) de la Ley Núm. 1 del 2011, mejor conocida como el Código de Rentas Internas para un Nuevo Puerto Rico. En la sección 1031.01 (b) (3) se enumeran las partidas económicas o de gastos que pueden ser excluidas de la definición del ingreso bruto para efectos del pago de contribuciones. El Proyecto 2696, propone que se enmiende esta sección para que se incluya entre esas partidas la “compensación o indemnización que se reciba por razón del despido de un empleado, independientemente de si hubo o no justa causa para el despido”⁸.

Tal enmienda permite al patrono reducir del pago de sus contribuciones el monto económico de la penalidad que le imponga un tribunal por una acción de despido, sea éste justificado o injustificado. En la sección 1062.01 (a) (1) G, la enmienda consiste en aplicar lo anterior a la definición de salario, de manera que lo que pague el patrono como penalidad al trabajador sea considerado parte

⁷ P. de la C. 2696 (2015) op. cit. : 1. Título.

⁸ Ibid. Capítulo IV, Sección 13: 64.

del salario de éste y poder reducir el monto de su tributación. En la enmienda a la sección 1032.06 (d) (3) se propone que se incluyan los “cafetería plans” contenidos en la sección 126 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, y que fueron aprobados por el Congreso, entre los beneficios cualificados para excluirse del ingreso bruto del empleado. Todo esto para que el patrono pague menos contribuciones al país.

La estructura del P de la C 2696 es una muy peculiar. El mismo está dividido en ocho capítulos. El Capítulo I establece el título abreviado del estatuto, es decir, Ley Para Flexibilizar el Mercado Laboral en Puerto Rico. Los capítulos del dos al cuatro incluyen las reformas más dramáticas y se refieren asimismo como leyes. Respectivamente, se trata del capítulo II Ley del Contrato de Empleo; el capítulo III Ley de Lugar de Trabajo y Beneficios Flexibles y el capítulo IV Ley de Normas de Retención de Empleo. No menos relevantes, aunque con “menor” alcance en comparación con los demás, son los capítulos V al VII que atienden cada uno, y exclusivamente, la enmienda de un estatuto particular de los mencionados anteriormente. El capítulo V se titula Normas de Reserva de Empleo por Razón de Incapacidad; el capítulo VI Discrimen en el Empleo y el capítulo VII Procedimiento Especial para Reclamaciones Laborales. El capítulo VIII incluye una disposición transitoria que limita la indemnización por despido injustificado a un máximo equivalente a nueve meses, o 45 semanas de salario, lo que ciertamente abarata el costo de despido en el archipiélago, análisis que retomaremos más adelante. Examinemos ahora algunos de los aspectos más preocupantes del estatuto.

La Ley del Contrato de Empleo incluida en el Capítulo II del P de la C 2696 contiene 18 artículos destinados a describir los “nuevos” contratos de empleo y las relaciones que de éstos emanan. Tanto al patrono como al empleado se les definen como personas naturales, aclarando que el primero puede ser una persona jurídica. Los contratos de empleo se definen como un acuerdo entre un patrono que contrata y un empleado o trabajador que presta sus servicios de forma voluntaria a cambio de una compensación. En éstos predominan servicios con características de ajeneidad, es decir, con cualidades de relaciones laborales por cuanta ajena o al servicio de un ajeno, “dentro del ámbito de la organización y bajo la dirección directa del patrono”⁹.

Estos contratos excluyen de las relaciones de empleo normadas en el estatuto a: “contratistas independientes, relaciones de franquicia, empleados gubernamentales o funcionarios públicos, prestaciones personales obligatorias, trabajos realizados de manera voluntaria y gratuitamente por mera amistad o benevolencia”. También, se excluyen a los trabajos realizados por parientes inmediatos¹⁰,

9 P. de la C. 2696 (2015): op. cit. Artículo 2.

10 Se considerarán parientes inmediatos aquellos que convivan con el patrono, su cónyuge, padres e hijos (incluyendo aquellos por adopción).

salvo que se pruebe la existencia de una relación obrero-patronal. A ninguna de estas relaciones de empleo les aplica la definición de “empleado” o “trabajador” dispuesta en el artículo 2¹¹.

En relación específica con los contratistas independientes, el Proyecto propone que no se utilice el “economic reality test” o la “prueba de realidad económica”, que se dispone en la Ley Federal de Normas Razonables de Trabajo en los Estados Unidos para establecer la naturaleza de la relación de empleo establecida. Todo ello en “aras de fomentar la gestión y espíritu empresarial”¹². Esa prueba, sin embargo, se utiliza por los tribunales para determinar si una persona contratada es un empleado o un contratista, de manera que se pueda establecer quién tiene la responsabilidad de tributar los impuestos sobre la base de los salarios pagados por un trabajo. Esto ha sido necesario porque muchos patronos clasifican a sus empleados como contratistas independientes para evitar el pago de esas contribuciones y otras responsabilidades sociales y beneficios de los trabajadores.

La prueba hace más difícil esa conveniente e ilegal desclasificación porque considera el grado de control que ejerce el patrono y la extensión de la dependencia económica del trabajador hacia la empresa. Cuando existe un alto grado de control y dependencia, el contratado se debe clasificar como empleado. Cuando ocurre lo contrario, el patrono no tiene que pagar los impuestos correspondientes al seguro social y la salubridad (Medicare, FICA) o los correspondientes al seguro por desempleo (FUTA). Finalmente, quedan liberados de retener para el gobierno el pago de las contribuciones federales, lo que posibilita la evasión de impuestos al no imputársele a nadie directamente la responsabilidad contributiva. El Servicio de Rentas Internas de Estados Unidos (Internal Revenue Service, IRS, equivalente a un Departamento de Hacienda en los países hispanos) estima que pierde billones de dólares anuales como consecuencia de esta errónea clasificación¹³. Obviamente, lo mismo ocurre en Puerto Rico.

En la nueva política pública laboral, los contratos de empleo pueden ser concertados verbalmente o por escrito. Si se hacen verbalmente no se podrán vindicar aquellas reclamaciones de incumplimiento contractual que sobrepase el monto económico de tres meses de compensación¹⁴. También, se podrán celebrar en cualquier idioma, estableciéndose la presunción de que una vez el empleado haya firmado “un contrato o documento de empleo”, tal acción afirma su “conocimiento del lenguaje utilizado y su contenido”¹⁵. Esto es muy peligro porque un gran porcentaje de los trabajadores en Puerto Rico no son bilingües y ciertamen-

11 P. de la C. 2696 (2015): op. cit. Artículo 3.

12 Fair Labor Standard Act [Ley de Horas y Salarios de los Estados Unidos]. (FLSA)(1938).

13 HOUMAN, SUSAN N. (2009): 9.1; FACT SHEET NO. 13. (2014): 29 y P. de la C. 2696 (2015): op. cit. Artículo 4.

14 P. de la C. 2696 (2015): op. cit. Artículo 5.

15 Ibid. Artículo 6.

te no manejan el idioma inglés, lo que permite la manipulación de sus contratos, la limitación de su formación y pone en peligro su salud ante el riesgo del manejo equivocado de productos peligrosos cuyas etiquetas éstos no comprenden, para citar sólo algunos ejemplos. Se propone, además, la equivalencia del efecto legal de las firmas generadas electrónicamente y las firmas de puño y letra¹⁶. Respecto a la plena capacidad para contratar como patrono o empleado, ésta se considerará existente según los parámetros establecidos en el Código Civil de Puerto Rico (CCPR) y en cuanto a “los menores de 21 años que sean mayores de 18 años de edad”, siempre que estén “autorizados para operar un negocio o trabajar en los Estados Unidos”¹⁷.

En los nuevos contratos de empleo la libertad de contratación de las partes sólo se podrá invalidar invocando el fundamento de ser contrarias a las leyes, a la moral y al orden publico, siempre que exista: (1) una disposición expresa en la ley o que (2) el mandato moral o de orden público sea generalmente aceptado en el comercio y la normativa laboral¹⁸. Dicha propuesta relativiza el poder de los tribunales de invalidar un acuerdo porque el mandato moral o de orden público tiene que ser aprobado por el comercio y la normativa laboral. Asunto delicado y un tanto problemático porque la propuesta distorsiona el alcance del artículo 1207 del CCPR¹⁹, que establece como límites a la autonomía de la voluntad al contratar, que los acuerdos de las partes “no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.” Este límite concreto está en la ley, ha sido definido así por la hermenéutica jurisprudencial y apoyado por la doctrina, sin necesariamente contar con la aceptación del comercio o la normativa laboral. Además, aceptar esta insólita propuesta es equivalente a que se deje en manos de una de las partes, en este caso los comerciantes, el arbitrio de la validez de un contrato lo que a su vez contradice lo dispuesto en el artículo 1208 del mismo Código²⁰. Es cierto que esta legislación puede ser considerada como una ley especial, en relación al Código Civil que es la norma general, pero es un tanto excesivo dejar en manos de los empresarios la definición de qué se concibe como moral, qué debe ser en relación a la concepción social dominante, o de orden público en el ámbito del Derecho del trabajo. Tal facultad no sólo resulta excesiva sino también incoherente en términos políticos, sociales y jurídicos.

Similar interpretación se le puede aplicar a los artículos 11 y 13 del P de la C. 2696. En éstos se pretende que la obligatoriedad del cumplimiento de lo pactado y las consecuencias que surjan del mismo se analicen tomando en consideración el elemento extraño a la normativa en Puerto Rico de las “costumbres del comercio

16 Ibid. Artículo 7.

17 Ibid. Artículo 8.

18 Ibid, Artículo 9.

19 31 LPRA § 3372.

20 El art. 1208 establece que “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. 31 LPRA § 3373. P. de la C. 2696 (2015): op. cit. Artículo 9.

generalmente observados”²¹. Lo propuesto es contradictorio con el artículo 1210 del CCPR que limita el análisis al cumplimiento de lo pactado y a “... todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”²². Las costumbres del comercio no obligan legalmente cuando se analizan controversias laborales, sobre todo las relacionadas a la libertad de contratación. Al tratarse de un valor normativo no autónomo establecido por mandato de ley, y no de uno que constituya en si mismo una fuente de derecho, debemos cuestionarnos: ¿dónde están definidos los parámetros que constituirán las denominadas “costumbres del comercio generalmente observadas?” Más aún, ¿quién será responsable de establecerlas? Tales cuestionamientos surgen del Proyecto, pero no se contestan en el mismo.

Las respuestas a estas interrogantes son modulares porque si la intención del legislador, que se infiere del propósito de la medida, es que sean los empresarios los que asuman esta responsabilidad para proveer mayor flexibilidad laboral y ayudarlo con su gestión de la empresa capitalista para ganar dinero sin responsabilizarse socialmente, tal pretensión sería contraria a la naturaleza misma del rol del legislador ordinario y socavaría la esencia, alcance y efectividad del contrato de trabajo. Una cosa es proteger el derecho a la propiedad privada, otra la gestión privada que ejerce el capitalista de su negocio y en este ámbito, el legislador no tiene que intervenir y mucho menos para favorecerlo. De hecho, de ordinario en el contrato de trabajo la parte más débil y en desventaja frente al poder del empresario es el trabajador, y es éste quien merecería la mayor deferencia del poder legislativo. Esta intención, además, significaría la quiebra al balance de poder que el Estado ha tratado de alcanzar mediante la legislación laboral protectora aprobada en Puerto Rico que rige las relaciones laborales y los contratos de trabajo.

De igual forma, para interpretar un contrato de empleo o una política o reglamentación interna del patrono en caso de ambigüedad, se incorporan los elementos de las “costumbres de comercio generalmente aceptados” y la “productividad”, en adición al “uso y costumbre del país” que el artículo 1239 del Código Civil de Puerto Rico utiliza para interpretar las ambigüedades de los contratos²³. ¿Cuál es la intención del limitar la interpretación del contrato de empleo o de las políticas o reglamentos del patrono a un grupo de costumbres particulares y convenientes a un sector, en vez de hacerlo a efecto de una concepción social reitera y amplia? No cabe duda que la intención de la enmienda propuesta es que los tribunales le adscriban al patrono discreción y deferencia en su interpretación de los contratos laborales, sus políticas y reglamentos internos. Este resultado socava el antiquísimo principio del “indubio pro operario”, donde ante

21 P. de la C. 2696 (2015): op. cit. Artículo 11.

22 31 LPRA § 3375.

23 Ibid. Artículo 12 y Artículo 1239, 31 LPRA § 3477.

la duda en la interpretación se opta por resolver a favor de la parte más débil, el trabajador.

El artículo 10 de este Capítulo II es igualmente inquietante porque alude a una forma de evadir la declaración de nulidad determinada por un tribunal ante un contrato laboral que le requiere a un empleado que renuncie por anticipado a un derecho concedido en una ley. Ese asunto repugna a nuestro estado de derecho donde, en torno a los derechos laborales, se defiende su irrenunciabilidad. La idea es lograr que se viabilice legalmente lo que se han concebido como contratos de transacción leoninos altamente irregulares. A través de éstos, cuando se despiden injustificadamente al empleado, se le ofrece una suma de dinero para “comprar su puesto” pero por un monto económico inferior a lo que tendría derecho como compensación por despido, siempre que renuncie a los diversos derechos laborales que les confieren diversas leyes del trabajo. De esta forma, se evade la declarada nulidad contractual y se autoriza la transacción de cualquier derecho laboral. Sin duda, un subterfugio más para efectar y violentar los derechos de los trabajadores.

Igualmente inconcebible es lo propuesto en el artículo 14 del Proyecto que pretende equiparar la jurisprudencia vinculante con aquella que resulta ser meramente persuasiva. Se entiende que como las relaciones obrero-patronales se reglamentan tanto por las leyes laborales de Puerto Rico como de los Estados Unidos, deben ser objeto de consideración las interpretaciones judiciales que sobre éstas efectúa el Tribunal de Distrito Federal con jurisdicción en Puerto Rico. Todo bajo la alegada justificación de “asegurar interpretaciones consistentes.” Tal iniciativa legislativa es contraria al orden de prelación de nuestras fuentes de derecho en la medida en que en términos jurisprudenciales sólo nos pueden resultar vinculantes las opiniones del Tribunal Supremo de Puerto Rico y las del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, estas últimas en controversias relacionadas con cuestiones federales. Las decisiones de los tribunales inferiores son un referente meramente persuasivo. Siendo el Tribunal de Distrito Federal en Puerto Rico el órgano judicial de primera instancia, dentro de la estructura judicial de los tribunales federales, sus determinaciones sólo pueden ser consideradas de forma persuasiva y nunca vinculante. Entonces, la propuesta sólo busca adaptar el conservadurismo que sobre temas laborales, y en específico a los derechos de los trabajadores, ha asumido el Tribunal de Distrito Federal si lo contrastamos con las determinaciones que sobre estos asuntos han emitido los tribunales puertorriqueños.

Los artículos 15 y 16 establecen, respectivamente, los derechos y deberes de los empleados en un lenguaje general. En el artículo 17 se incluye un listado de razones que justifican la extinción del contrato de empleo. Varias de éstas requerirían mayor especificidad, por ejemplo y entre aquellas, el artículo 17(b) que consigna como una razón de extinción: “las causas consignadas en el con-

trato de empleo” y el 17 (d) que menciona la “renuncia.” En el primero, se podría añadir una limitación como sería que las causas consignadas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. En el caso de la renuncia, sería aconsejable limitarlo a que para hacerse efectiva debe mediar un aviso, lo que señalen los convenios colectivos o el uso y la costumbre, entre otros. Esto impediría que se pueda presumir la renuncia de un empleado en situaciones donde las versiones sobre los hechos sean confusas o estén controvertidas por el testimonio de las partes.

En el artículo 18 se propone que se aplicarán las normas de Puerto Rico en los casos en que un empleado de otra jurisdicción de los Estados Unidos sea asignado a trabajar temporalmente para el beneficio de un patrono en Puerto Rico, pero manteniendo su relación con su patrono original. Esto siempre y cuando el destaque temporero en Puerto Rico no exceda de cinco años consecutivos y las partes no definan el derecho aplicable en el contrato, de forma que “los derechos y obligaciones contractuales y legales se interpretarán conforme a lo acordado.” Se excepciona de esa regla, “las leyes de contribución sobre ingresos de Puerto Rico, el discrimen en el empleo y la legislación que cubra accidentes y enfermedades ocurridos en el curso del empleo.” Durante esos cinco años del destaque, sino se ha definido el derecho aplicable o si se adopta el marco normativo del patrono externo, la relación contractual entre el empleado objeto del destaque y su patrono en Puerto Rico se llevará a cabo en un marco de confusa excepcionalidad a la normativa puertorriqueña.

Finalmente, el Artículo 19 reduce a un año la prescripción de las acciones o beneficios derivados de un contrato de empleo, salvo que lo contrario “se disponga expresamente de otra manera en una ley especial o en un contrato de empleo.” Este periodo comenzará a partir del momento en que se pueda ejercer la acción. Dos comentarios sobre este asunto Primero, este texto puede entrar en contradicción con otras leyes laborales que establecen términos prescriptivos más extensos para instar acciones ante los tribunales. Por ejemplo, la Ley de Despido Injustificado y la de Reclamaciones Salariales conceden un término de tres años. Segundo, se pretende equiparar las disposiciones de una Ley Especial, respecto a los términos prescriptivos para instar una acción y el alcance de las cláusulas que puede contener el nuevo contrato de empleo que reglamenta el Proyecto. Tal pretensión es equivocada en derecho puesto que en un contrato de trabajo no se pueden incluir válidamente acuerdos que sean contrarios a la ley, la moral y el orden público. Es decir, si la ley dispone un periodo de prescripción de tres años, será nula cualquier cláusula del contrato de trabajo que establezca un periodo menor. El problema es el desconocimiento del trabajador. Podría legalmente, sin embargo, establecerse un periodo mayor de prescripción.

El Capítulo III del P de la C 2696 se conoce como Ley de Lugar de Trabajo y Beneficios Flexibles. Éste incluye 24 secciones, de las cuáles 15 se dedican a enmen-

dar igual número de artículos de la Ley Núm. 379 de 15 de mayo de 1948, según enmendada y mejor conocida como Ley para Establecer la Jornada de Trabajo en Puerto Rico. El estatuto vigente reglamenta una jornada de trabajo limitada a ocho horas de trabajo diario y garantiza el pago doble de salario por las horas trabajadas en exceso de esa jornada legal. Cuarenta horas de labor constituyen la jornada semanal de trabajo. El periodo de trabajo tiene que completarse de forma consecutiva y sin fraccionamiento. Sin embargo, se puede establecer por acuerdo entre el empleado y el patrono un sistema alterno u opcional de horario flexible de trabajo que permita adelantar o atrasar la hora de entrada de la jornada diaria de trabajo y el periodo destinado para tomar alimentos. Todo acuerdo debe proveer un periodo de descanso no menor de 12 horas consecutivas entre horarios de trabajo. La Ley prohíbe que un patrono despida, suspenda o afecte la tenencia del empleo o condiciones de trabajo de cualquier empleado por la única razón de negarse a aceptar una propuesta de horario flexible. Si esto sucediera, el patrono puede ser responsabilizado civilmente por el doble del importe de los daños causados al empleado, se le podrá ordenar su reposición y que cese y desista de sus acciones ilegales. La Ley vigente le impone otros deberes a los patronos y su propósito general es proteger la vida, la salud y seguridad de los empleados.

El Proyecto 2696 propone una reglamentación mucho más flexible en los horarios de trabajo que nuestra Constitución ha descartado, por ser contraria a los mejores intereses de la preservación de la salud y la seguridad de los trabajadores. También, se ha rechazado que la flexibilidad de la jornada de trabajo pueda ser controlada unilateralmente por el empresario por impedir la conciliación entre el trabajo y las responsabilidades familiares. La propuesta crea excepciones para evitarle al empresario tener que pagar horas extras. Además, en algunos supuestos se reduce la compensación de horas extras de pago doble a tiempo y medio del tipo de salario convenido para las horas regulares. De hecho, se propone derogar una serie de artículos que, entre otras cosas, hacen referencia al pago doble para compensar por tiempo extra trabajado y donde se dispone que este derecho no es renunciabile. Finalmente, se suavizan las daños punitivos a los empresarios que tomen represalias, despidan, suspendan o en alguna forma afecten “la tenencia de empleo o condiciones de trabajo de un empleado por... negarse a aceptar un horario flexible de trabajo.” Medidas que no son sólo punitivas al trabajador sino que invitan a convertir en relativa la garantía de la irrenunciabilidad de los derechos.

El Proyecto dispone un aumento significativo en la cantidad mínima de horas requeridas a un trabajador para acceder como derecho al pago del bono de navidad anual. La supuesta intención de la enmienda, de acuerdo a los legisladores, es incentivar el aumento de contrataciones, aunque realmente no se ofrece garantía legal alguna al respecto. Por otro lado, el aumento del número de horas de trabajo se otorgan en empleos claramente precarios, como son los contratos a tiempo parcial que están exceptuados de una protección comprensiva de la

legislación protectora que disfrutaban los trabajadores con contratos indefinidos a jornada completa. Dicho sea de paso, se propone una reducción porcentual significativa al pago de ese bono de Navidad²⁴. Además, el Proyecto se aventura a reducir las tasas de acumulación para el disfrute de licencias por vacaciones y enfermedad durante los primeros años de empleo para supuestamente incentivar la contratación de desempleados. Enmienda propuesta en proyectos de reforma laboral anteriores y que han sido descartados porque no hay forma de asegurar su cumplimiento por parte de los empresarios. En términos objetivos, la propuesta revela un prejuicio contra los empleados más jóvenes que nuestro estado de derecho proscribiera por resultar discriminatorio y en violación de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico y otros estatutos²⁵.

En el Capítulo IV del Proyecto 2696 se propone reducir la indemnización y la indemnización progresiva adicional que el artículo 1 de la Ley Núm. 80 del 1976 de despido injustificado provee a los empleados despedidos sin justa causa, por una sola indemnización equivalente a dos meses de sueldo y dos semanas de sueldo por cada año completo de servicio. Esta indemnización se limita al sueldo correspondiente a seis meses de trabajo. En la ley vigente, la indemnización es mucho más alta y corresponde a dos meses por concepto de indemnización, si el despido ocurre dentro de los primeros cinco años de servicio; tres meses si el despido ocurre luego de los cinco años hasta los quince años de servicio y seis meses si ocurre luego de los quince años de servicio. Además, esta suma se complementa con una indemnización progresiva adicional equivalente a una semana por cada año de servicio, si el despido ocurre dentro de los primeros cinco años de servicio; dos semanas si ocurre luego de los cinco años hasta los quince años de servicio y tres semanas por cada año de servicio, luego de haber completado quince años o más de servicio²⁶. La reducción propuesta en la indemnización por despido injustificado es sustancial, no tiene ningún fin social de amparo al trabajador, no mejora las relaciones laborales en el trabajo, incentiva el despido e incluso premia al empresario que despide injustificadamente.

Se proponen, también, nuevas formas de contratación, incluyendo, y sin limitarse, a la que aumenta la duración del periodo probatorio (de prueba) de seis meses a un año y a utilizar contratos temporeros, más precarios aún que los contratos a tiempo parcial, “para incentivar la contratación de jóvenes con poca experiencia; personas de mayor edad que tienen que regresar al mercado en búsqueda de empleo; y para llenar ocupaciones que requieren periodos extensos de capacitación o evaluación.” De acuerdo a los legisladores autores de la medida, ampliar la flexibilidad de “estas tres formas de contratación ha demostrado ser beneficioso en otros países”, aseveración que no se sustenta en la exposición de motivos de la

24 Ley Núm. 148 de 30 de junio de 1969.

25 P. de la C. 2696 (2015): op. cit, Capítulo III, Sección 17, 18 y 22.

26 Ibid. Capítulo III, Sección 1.

ley donde no se mencionaron los nombres de esos países, como tampoco se aclaró para qué grupo resultaron en beneficio²⁷. Más aun, se recomienda derogar la distinción entre la indemnización provista por la Ley Núm. 80 y las compensaciones de liquidación que reciben los empleados de sus patronos en virtud de la normativa interna de las empresas, lo que reduciría el monto de compensación global que reciben los empleados despedidos injustificadamente²⁸. También, se reduce en el Proyecto como expuesto anteriormente, de 3 a 1 año el periodo de prescripción de los derechos que concede la Ley Núm. 80²⁹.

Hemos presentado variados ejemplos de flexibilidad laboral contenidos en el Proyecto de la Cámara 2696 que ciertamente conforman una nueva política pública laboral que favorece la empresa y abarata el costo del despido a los empresarios. Son muchas más las recomendaciones contenidas en el mismo y que están encaminadas a reducir los derechos adquiridos de los trabajadores. Éstas no han podido ser objeto de nuestro comentario por razones de espacio. Las mismas impactan negativamente, entre otras cosas, la protección de la reserva del empleo por razón de incapacidad; las garantías legales contra el discrimen en el empleo y la efectividad de los procedimientos especiales para procesar reclamaciones laborales.

Esos derechos están contenidos, respectivamente en la Ley de Compensaciones por Accidentes del Trabajo (Ley Núm. 45 de 18 de abril de 1935); la Ley de Beneficios por Incapacidad No Ocupacional Temporal (SINOT, Ley Núm. 139 de 26 de junio de 1968); la Ley Contra el Discrimen en el Empleo (Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959) y la Ley de Procedimiento Sumario para Reclamaciones de Obreros y Empleados (Ley Núm. 2 de 17 de octubre de 1961). Evidentemente, las enmiendas que hemos analizado reducen derechos, excluyen de su protección a sectores obreros y facilitan el camino de los empresarios ante las controversias que generan en su afán por debilitar la estabilidad del empleo para obtener más ganancias.

Finalmente, el proyecto de ley intenta armonizar la legislación sobre el empleo en Puerto Rico con legislación federal similar, lo que constituye un despropósito en todos los sentidos³⁰. Esto porque la esencia del federalismo norteamericano no llama a la uniformidad de la legislación laboral estatal sino a garantizar unos mínimos necesarios para la nación que pueden muy bien ser rebasados por los Estados Federados que tengan las condiciones para hacerlo. Por tal razón, esta pretensión del legislador, le impone, innecesariamente, a la legislación laboral de Puerto Rico, unas limitaciones, generalidades y conservadurismos que caracterizan la legislación federal y le son extraños al estado de derecho laboral del archipiélago.

27 Ibid. Capítulo IV, Sección 6.

28 Ibid. Sección 9.

29 Ibid. Sección 10.

30 Proyecto de la Cámara Núm. 3181. (2011).

En todo caso, de haber algún referente práctico para adoptar la legislación estadounidense, éste debería provenir de los estatutos estatales correspondientes y que son resultado de la aplicación de la legislación federal en esos Estados. Más aún, por estar la economía de Puerto Rico insertada en la región económica que comprenden los estados del noreste de los Estados Unidos, la implantación o préstamo legislativo debería provenir de esos estados de la Unión que mantienen un espíritu libertario en su legislación laboral muy parecido al de Puerto Rico, como es el caso de New York, New Jersey, Wisconsin, Maine, Massachusetts, Connecticut y Pennsylvania.

3. FLEXIBILIDAD Y AUSTERIDAD GUBERNAMENTAL

El Proyecto de la Cámara de Representantes 2696 que propone la aprobación de la Ley para Flexibilizar el Mercado Laboral de Puerto Rico es una medida más de austeridad gubernamental. Se pretende, como en el pasado, la implantación de una reforma laboral conservadora que aboga por una normativa extraña al estado de derecho laboral del archipiélago, por ceñirse inescrupulosamente y de manera evidente a proteger los intereses de la gran industria nacional y multinacional y sus negocios jurídicos, dejando más desprotegido a los trabajadores de sus derechos contractuales. El estatuto se estructura en forma de un “mini código laboral” que reduce derechos para dar a luz un cuestionable contrato de empleo diseñado convenientemente con la enmienda de un seleccionado grupo de estatutos. Por esa razón, a sus capítulos se les designa como leyes que oportunamente atienden las preocupaciones principales de los empresarios en torno a las relaciones contractuales, sean éstas en el ámbito individual o colectivo de las relaciones laborales.

El estatuto es parte de las recomendaciones del Plan de Ajuste Fiscal y Económico 2015 de cinco años³¹ que fue comisionado por el Gobierno de Puerto Rico³², diseñado por tecnócratas especialistas al servicio del Grupo de Trabajo para la Recuperación Fiscal y Económica de Puerto Rico, utilizando las recomendaciones de expertos consultados del Banco Mundial³³ y otras propuestas de la

31 Working group for the fiscal and economic recovery of Puerto Rico. (2015).

32 Orden ejecutiva OE-2015-22 (2015a) y Orden ejecutiva OE-2015-23 (2015b).

33 El Banco Gubernamental de Fomento (BGF) del Gobierno de Puerto Rico contrató a la compañía V2A Strategic Management para que ofreciera servicios técnicos y de consultoría al grupo de trabajo, nombrado por el gobernador Alejandro García Padilla durante la elaboración e implementación de plan de ajuste fiscal y económico de cinco años del 2015. El plan tuvo como base las políticas de austeridad recomendadas por los economistas Anne Krueger, Ranjit Teja y Andrew Wolfe en un informe que costó \$400 mil a los contribuyentes de Puerto Rico. El producto de estas iniciativas se ha estado utilizando para convencer a los bonistas a renegociar las diferentes deudas del gobierno. El V2A ha facturado varios millones de dólares al gobierno, siendo el autor real de la Ley Núm. 7 del 2009 y la Núm. 66 del 2014 que analizamos anteriormente y que en definitiva han evolucionado hasta convertirse en una propuesta de austeridad permanente para el archipiélago. El informe propone que las medidas de austeridad contenidas en la Ley Núm. 66 se mantengan hasta el 2025. KRUEGER, ANNE O., TEJA RANJIT Y WOLFE ANDREW. (2015): 1-29.

Coalición del Sector Privado³⁴. Un somero análisis de esta medida de austeridad revela los elementos de flexibilidad laboral contenidos en el Plan. El propósito es claro, las políticas de austeridad propuestas quieren acabar con los pactos sociales de solidaridad, con la movilidad social, con las oportunidades de promoción del trabajo juvenil, con la protección de los enfermos y ancianos o con los “sospechosos” reclamos de los retirados por sus pensiones, de los padres que quieren la mejor educación para sus hijos o los desempleados que quieren trabajar. Todo ello justificado en la necesidad de ajustar los desmanes del Estado benefactor y recortar los gastos públicos que representa para garantizar un mayor crecimiento económico y el aumento del empleo.

El Proyecto 2696 incluye parte de las propuestas contenidas en el Plan. Entre éstas se elaboran: (1) la extensión del periodo probatorio (prueba) a un año; (2) cambiar la fórmula constitucional para calcular el tiempo extra y establecer la jornada de manera que prevalezcan formas de flexibilidad laboral que terminan siendo unilaterales en su implantación y nocivas a la salud de los trabajadores; (3) justificar otros causales para la reducción de los empleados del sector público; (4) reducir la indemnización por despido injustificado a 6 meses, que no es otra cosa que abogar por el “despido libre” haciéndolo más sencillo y barato; (5) flexibilizar más aún el pago del bono de Navidad; (6) limitarle a los nuevos empleados los derechos al periodo mandatorio de vacaciones; (7) ajustar a favor del patrono la normativa de retención de empleados durante los procesos de reorganización empresarial y (8) reducir a un año el periodo que tienen los trabajadores para demandar por reclamos laborales.

El Plan, sin embargo, es más abarcador y nocivo. Éste pretende alcanzar mayores medidas de austeridad: (1) congelar el salario mínimo para los jóvenes menores de 25 años; (2) pedir una moratoria de 10 años al Congreso de Estados Unidos en la implantación del salario mínimo a Puerto Rico; (3) reducir la nómina del Departamento de Educación; (4) el despido de maestros; (5) el cierre de escuelas; (6) el control de gastos en los programas de salud pública; (7) la eliminación del salario mínimo federal; (8) extender el periodo probatorio de los empleados nuevos a dos años y (9) la eliminación del derecho a horas extras. Más aún, pretenden extender hasta el 2025 las medidas de austeridad ya aprobadas por las disposiciones de la Ley Núm. 66 del 2014, que originalmente estarían vigentes por tres años, es decir, hasta el 2017.

Como sabemos, esas medidas han congelado nuevas contrataciones; afectado negativamente las asignaciones presupuestarias por fórmula constitucional, como son los fondos de la Universidad de Puerto Rico (con miras a eliminar el subsidio gradualmente) y de los Municipios en el archipiélago. También, con-

34 Esta entidad agrupa a una veintena de asociaciones empresariales de Puerto Rico que busca enmendar las leyes laborales con el fin de que se asemejen a la normativa laboral más conservadora que existe en los Estados Unidos de América. Entre sus miembros están las Asociaciones de Bancos, de Hospitales, de Productos, de Comercios, de Hoteles, de Industriales y Farmacéuticas.

gelaron los costos de contratos de servicios gubernamentales, los incrementos salariales y las partidas económicas de los convenios colectivos. Por otro lado, se insiste en la reducción de puestos abriendo más ventanas de retiro temprano, estrategia que ha resultado nociva para la salud fiscal de los sistemas de retiro. Estas medidas de austeridad, entre muchas otras, son contrarias al interés de las mayorías que brindan, reciben y financian los servicios gubernamentales.

Una característica de los programas de ajuste, como hemos expuesto, es limitar la estabilidad y seguridad del empleo en el sector privado por el costo que esta distribución de riqueza genera. Como hemos visto, los patronos siempre han aspirado al mantenimiento de su prerrogativa de optar por el despido libre, sin consecuencias económicas ni ataduras legales. En otras palabras, se han obstinado en que los legisladores le faciliten la gestión de sus negocios y se reduzca el costo del despido. Por eso, les es tan importante que se mantenga la libertad de que gozan para resolver el contrato de trabajo en periodo probatorio y dónde, salvo limitadas excepciones legales fundamentadas en algún tipo de discrimin o la violación de derechos constitucionales fundamentales, el trabajador no puede defenderse contra la unilateralidad patronal de dejarle sin empleo, simplemente advirtiéndole que no se cumplió con el periodo de prueba. Indudablemente, este periodo es el límite a la política pública laboral de despido causal o despido justificado por unos causales válidos que están presente en la normativa social de la mayoría de los países civilizados. Mientras más amplia la duración del periodo de prueba mayor inestabilidad del empleo.

La realidad es que la austeridad, lejos de pagar esa deuda, la sigue aumentando y crea más injusticia social a través de una gestión gubernamental por decreto que adopta nuevos programas de austeridad de forma permanente y unilateral³⁵. En realidad, la historia reciente de Puerto Rico y muchas de las opciones político-económicas que han tomado sus dirigentes y sus ciudadanos han avalado en las urnas, eso independientemente del partido en el poder, ha sido una crónica de lo que NO se debe hacer para recuperarse de una recesión económica.

Las medidas de austeridad adoptadas en la última década sólo han probado ser eficientes para provocar que se pierda gran parte del producto interior bruto del archipiélago; se disparen los índices de desempleo; se contraiga la población activa³⁶, se pierda el poder adquisitivo y se reduzca el salario y otros derechos laborales sistemáticamente. Todo esto sin que se incremente para nada el empleo, a pesar de tanta incentivación por parte del erario a un sector priva-

35 El nuevo Plan de Ajuste Fiscal y Crecimiento Económico, concebido originalmente a 5 años, se propone extenderlo hasta el 2022. Si recordamos, lo mismo sucedió con la suspensión de derechos laborales, políticos, económicos y sociales que se implantaron con la Ley Núm. 7 del 2009 por 2 años y se extendieron a 4. De forma similar, los 3 años iniciados con el mismo fin por la Ley Núm. 66 en el 2014, y que se deberían cumplir en el 2017, ahora se proponen para que tengan vigencia 8 años más a partir de esa fecha.

36 Los jóvenes, profesionales y trabajadores diestros abandonan a Puerto Rico en busca de su porvenir en Estados Unidos u otras partes del mundo. Anualmente, más de un millón de puertorriqueños se desplaza entre Estados Unidos y Puerto Rico.

do que luce inerte económicamente hablando y cada vez más indiferente a la inequidad social. En fin, que lo que se consolida es una economía donde la única certidumbre es la incertidumbre acompañada por la destrucción del empleo estable y su substitución por formas de contratación precarias y desprovistas de seguridad social y laboral, que parcial y contradictoriamente financia el Estado de forma indirecta. Por eso, la creciente informalidad del mercado de trabajo.

4. ALTERNATIVAS A LA AUSTERIDAD

Ciertamente, hay alternativas a la austeridad. Una de éstas es diseñar un Ajuste Económico y Fiscal Equitativo donde todos los sectores sociales se aprieten el cinturón, especialmente los bancos, los ricos y los poderosos. Ese Plan debería ser diseñado en las universidades por científicos sociales objetivos y al servicio de los intereses de Puerto Rico y no por consultores privados cuya fidelidad social ha sido comprada con mucho dinero de los mismos contribuyentes. La mejor alternativa para los programas de austeridad gubernamental es no aplicarlos y punto. Alternativamente, gobierno de Puerto Rico tiene un mar de opciones que no se implantan porque no son políticamente convenientes para los políticos al servicio o temerosos del poder del capital.

La alternativa a la deuda pública de Puerto Rico no son los recortes ni las reformas laborales o dismantelar la seguridad social. En realidad, la alternativa es el crecimiento económico. Para crecer económicamente hay que ser solidario con las mayorías y reprimir a una minoría que controla y ha disfrutado enormemente de la liberalidad del modelo de funcionamiento de los bancos y otras instituciones financieras. La idea es que tales instituciones paguen el mayor porcentaje de los impuestos que capta el país. De igual forma, es necesario aumentar las tasas contributivas de los sectores más ricos, que en términos generales han pagado muy poco en el último medio siglo, visto proporcionalmente y en relación a lo pagado por los trabajadores y trabajadoras asalariados. En este afán, hay que cobrar y no condonar las deudas contributivas de esos millonarios que ya han sido identificados y a los que hasta ahora han comprado su “intocabilidad”. También, imponerle mayores contribuciones a los ricos y poderosos, algunos de éstos figuras y profesionales reconocidos, que se organizan en Sociedades para aprovecharse de los mecanismos legales, aunque dudosamente morales y francamente intolerables, que hoy día le permiten evadir el pago completo de su responsabilidad contributiva.

Hay que hacer cumplir los contratos de exención contributiva y poner toda la energía de los auditores del Departamento de Hacienda en verificar que las corporaciones multinacionales de alta tecnología y capital intensivo (industrias químicas, farmacéuticas, electrónicas, entre otras) cumplan con la cuota de empleo al que están obligadas por los decretos de exención contributiva que disfrutan. También, que respeten nuestra legislación social y no puedan tan

libre e injustamente despedir a miles de trabajadores para evadir el pago de sus contratos de retiros. Alternativas a la austeridad sobran y muchas otras opciones de imposición tributaria están disponibles para recaudar impuestos, por ejemplo las contribuciones sobre la propiedad y las reparaciones de inmuebles en general, las segundas y terceras propiedades residenciales, los artículos de lujo y otras que el gobierno no ejecuta, tolerando la evitación de los impuestos, influenciado por los que ostentan el poder económico en Puerto Rico.

En fin, es tiempo de que los legisladores, entre muchos gestores del gobierno de Puerto Rico, cumplan con su deber de proteger la dignidad y prosperidad de los débiles de la sociedad. Algo que puede sonar abrasivo y excesivo para ciertas personas, pero que emana de la misma esencia de justicia social que, aunque quieran algunos, no se puede ocultar en la sinfonía democrática que toca sin descanso la Constitución. En la campaña política que se avecina el próximo año, si realmente se están defendiendo los intereses de Puerto Rico, no deberían ser persuasivos los argumentos de extender mayores medidas de austeridad, que no han servido sino para agravar la situación del archipiélago. Esto porque simplemente no funciona. Por el contrario, deberían considerarse y someterse a escrutinio serio la implantación de las alternativas disponibles para hacer que el sector privado cumpla con el pago de sus contribuciones y se garantice legalmente que los gastos y deudas en que incurra el gobierno tengan, sobre todo, un fin de amparo social a los desposeídos y excluidos de la sociedad.

5. CONCLUSIÓN

El Proyecto 2696 de flexibilidad y reforma laboral conservadora, de aprobarse, representaría la cuarta ocasión en que el gobierno de Puerto Rico opta, en la última década, por adoptar medidas de austeridad con un gran impacto en el sistema comprensivo de relaciones laborales y la estabilidad del empleo. Como mencionamos, los primeros ensayos fueron la Ley Núm. 7 del 2009, la Ley Núm. 3 del 2013 y la Ley Núm. 66 del 2014, que son pertinentes a la normativa del sector público. Si los programas de austeridad fueran eficientes para reparar las economías, otra sería la historia reciente de Puerto Rico, que tiene más deuda pública hoy que hace 12 años y es en términos generales, una sociedad con muchos más de sus ciudadanos excluidos socialmente. Actualmente, la deuda pública de Puerto Rico asciende a 76 billones de dólares, de los cuáles más de 50 billones se acumularon a partir del cuatrienio 1996-2000³⁷.

37 La responsabilidad administrativa recae en las administraciones de Pedro Roselló (PNP-1996-2000) que aumentó la deuda en 10,000 millones de dólares; le siguió Sila M. Calderón (PPD-2001-2004) con un aumento de 10,020 millones; también, Aníbal Acevedo Vida (PPD-2005-2008) con 12,990 millones adicionales y finalmente Luis Fortuño Burset (PNP-2009-2012) con 17,828 millones. Este último implantó las medidas de austeridad gubernamental más agresivas en la historia de Puerto Rico, adoptando una reforma laboral neo conservadora que despidió miles de empleados del sector público y fomentó la transferencia indiscriminada de los ahorros producto de la atricción de la plantilla de servidores públicos al sector privado, que nuevamente recibió los fondos pero fracasó en producir los empleos necesarios. Economía Política de

La perspectiva que cuestionamos en este trabajo es aquella que plantea que la “crisis económica” se puede solucionar a través de reformas laborales conservadoras que enmienden la legislación social que garantiza la protección del empleo. Por otro lado, señalamos la incongruencia existente entre las medidas de austeridad propuestas y lo dispuesto en normativa internacional del derecho del trabajo. En otras palabras, no se trata de seguir acríticamente las directrices económicas y muchas veces anti-humanas provenientes de los sectores más conservadores de la política norteamericana, del FMI, el BM o la Organización Mundial del Comercio, entre otras instituciones, sino de armonizar los requerimientos económicos de estas instituciones, que son reales y no se pueden obviar, con la protección de la dignidad de los seres humanos que trabajan y sus familiares, atendiendo de igual forma y con la misma seriedad la normativa y directrices en torno al trabajo humano, provenientes de la ONU, la OIT, los Pactos y Tratados Internacionales, mundiales o del ámbito regional que forman parte del compromiso propuesto en el amplio embalaje que significa el desarrollo económico. Por eso, aunque irremediablemente nos vemos obligados a convivir con el pragmatismo, reconociendo lo que haya de bueno de todas las propuestas, no podemos sucumbir a la tentación de reducir la praxis gubernamental o patronal y mucho menos las reflexiones académicas al respecto de estos asuntos en los estrechos confines de sobrevivencia del más fuerte.

BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN DE MAESTROS DE PUERTO RICO V. SISTEMA DE RETIRO PARA MAESTROS DE PUERTO RICO. (2014a) (CT-2014-2), 14 de enero de 2014. 2014 TSPR 4.

ASOCIACIÓN DE MAESTROS DE PUERTO RICO V. SISTEMA DE RETIRO PARA MAESTROS DE PUERTO RICO. (2014b) (CT-2014-2, CT-2014-3), 6 de marzo del 2014. 2014 TSPR 31.

ASOCIACIÓN DE MAESTROS DE PUERTO RICO V. SISTEMA DE RETIRO PARA MAESTROS DE PUERTO RICO. (2014c) (CT-2014-2)) 11 de abril del 2014. 2014 TSPR 35.

BAYRÓN TORO V. SERRA (1987); 119 DPR 605.

BRAU GERMÁN J. V. ELA DE PR (2014) (CT-2013-21) 21 de febrero de 2014. (Consolidado con el caso Asociación Puertorriqueña de la Judicatura v. ELA.). 2014 TSPR 26.

CONSTITUCIÓN DE PUERTO RICO. (1952) Leyes Anotadas de Puerto Rico, Título Primero.

EDUCADORES POR LA DEMOCRACIA, UNIDAD, CAMBIO, MILITANCIA Y ORGANIZACIÓN SINDICAL, INC. POR SI Y EN REPRESENTACIÓN DE SUS MIEMBROS V SISTEMA DE RETIRO PARA MAESTROS DE PUERTO RICO (2014) (CT-2014-3). 11 de abril. 2014 TSPR 35.

EMPLOYEE RETIREMENT INCOME SECURITY ACT (1974) 29 U.S.C. sec. 1001 et. seq. (ERISA, por sus siglas en inglés).

FACT SHEET NO. 13. Am I an Employee: Employment Relationship Under the Fair Labor Standards Act (FLSA). (2014) U.S. Department of Labor. Washington D.C: Government Printing Office.

FAIR LABOR STANDARD ACT (1938) [Ley de Horas y Salarios de los Estados Unidos]. (FLSA) Pub. L. 75-718, ch 676, 52 Stat. 1060. June 25. 29 U.S.C. Chapter 8.

HOUMAN, SUSAN N. (2009) Who is an employee? Determining Independent Contractor Status. Future Work (Trends and Challenges for Work in the 21st. Century). U.S. Department of Labor. Washington D.C: Government Printing Office.

INFORME POSITIVO al P. de la C. 1922. (2014) Comisión de Hacienda y Presupuesto y la Comisión de Gobierno. Cámara de Representantes, 17ma. Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 3ra. Sesión Ordinaria. 13 de junio.

KRUEGER, ANNE O., TEJA RANJIT Y WOLFE ANDREW. (2015) Puerto Rico: A Way Forward (Informe Krueger). San Juan: Estudio Comisionado por el Banco Gubernamental de Desarrollo del Gobierno del ELA de Puerto Rico. 29 de junio.

LEY REFORMA FISCAL DEL GOBIERNO DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO (2006). Ley Núm. 103 de 25 de mayo.

LEY ESPECIAL DECLARANDO ESTADO DE EMERGENCIA FISCAL Y ESTABLECIENDO PLAN INTEGRAL DE ESTABILIZACIÓN FISCAL PARA SALVAR EL CRÉDITO DE PUERTO RICO. (2009) Ley Núm. 7 del 9 de marzo.

LUCIANO MONTALVO, INDIRA; GORRÍN PERALTA, CARLOS IVÁN Y SANTIAGO RIVERA, CARLOS ALÁ. (2009) Seminario: “Análisis sobre la Constitucionalidad, Impacto Laboral y Económico de la ley Núm. 7, 2009.” Instituto de Educación Práctica, Colegio de Abogados de Puerto Rico. 169 Asamblea Anual: Hotel El Conquistador, Fajardo. 11 de septiembre.

ORDEN EJECUTIVA OE-2015-22 (2015a). Para Crear el Grupo de Trabajo para la Recuperación Fiscal y Económica de Puerto Rico y Asignarle Responsabilidades y Facultades. 29 de junio.

ORDEN EJECUTIVA OE-2015-23. (2015b) Para Implementar las Recomendaciones del Grupo de Trabajo para la Recuperación Fiscal y Económica de Puerto Rico 14 de julio.

PROYECTO DE LA CÁMARA Núm. 2696. (2015) Para establecer la Ley para Flexibilizar el Mercado Laboral en Puerto Rico, estableciendo en sus primeros 18 artículos la Ley del Contrato de Empleo. Cámara de Representantes de Puerto Rico, 17ma. Asamblea Legislativa, 6ta. Sesión Ordinaria. Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 9 de octubre.

PROYECTO DE LA CÁMARA Núm. 3181. (2011) Para aprobar un Código Laboral para Puerto Rico. Cámara de Representantes de Puerto Rico, Asamblea Legislativa, Sesión Ordinaria. Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 4 de febrero.

SANTIAGO RIVERA, CARLOS ALÁ. (2010) Ley Núm. 7 del 9 de marzo del 2009. ¡Adiós a la Utopía Democrática! San Juan: Biblioteca Jurídica, Editorial SITUM.

TORTUERO PLAZA, JOSÉ LUIS Y RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ. La dimensión constitucional de la Seguridad Social, la salud y la asistencia sanitaria” p. 375-390 en Homenaje al profesor Alfredo Montoya Mergar “Los derechos de contenido sociolaboral en la Constitución.” (2009) Foro (Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales-Nueva Época). Número Extraordinario. Madrid: Marcial Pons y Universidad Complutense de Madrid.

TRINIDAD HERNÁNDEZ V. ELA. (2013); 2013 TSPR 73 del 24 de junio.

WORKING GROUP FOR THE FISCAL AND ECONOMIC RECOVERY OF PUERTO RICO. (2015) Puerto Rico Fiscal and Economic Growth Plan. San Juan: Gobierno del ELA de Puerto Rico. 9 de Septiembre.

APÉNDICE 1

EL ARCHIPIÉLAGO DE PUERTO RICO, EUA.

Puerto Rico es un archipiélago compuesto por la isla grande, dos más pequeñas habitadas, conocidas como los Municipios de Vieques y Culebra, y otros islotes adyacentes no habitados. Como nación está organizado bajo un régimen constitucional cuya autoridad política se extiende a todo su territorio que consta de unas 3,600 millas cuadradas rodeadas en todo su perímetro por aguas internacionales del Mar Caribe y el Océano Atlántico³⁸.

Puerto Rico es un territorio no incorporado de los Estados Unidos de América. Entre Puerto Rico y los Estados Unidos, existe un “convenio” conocido como la Ley Pública 600 del Congreso de Estados Unidos³⁹. Éste sienta las bases de gobierno propio. Sin embargo, impone una serie de limitaciones al ejercicio de ese poder. Por ejemplo, ésta no faculta a Puerto Rico a considerar a los Estados Unidos como un país extranjero y sus ciudadanos y residentes pueden entrar libremente a Puerto Rico, con derecho a todos los privilegios de un ciudadano. También dispone que muchas leyes federales, incluyendo diversas leyes laborales, ocupan el campo judicial en Puerto Rico y, por lo tanto, tienen preeminencia sobre las leyes nacionales, según lo disponga el Congreso de Estados Unidos.

En esencia, Puerto Rico funciona administrativamente como un Estado de la Unión, tiene representación limitada en el Congreso y derecho a recibir partidas económicas de esta entidad. Sin embargo, sus poderes políticos y económicos son menores que los que disfrutaban los Estados. En fin, el archipiélago es una colonia forzada por las circunstancias de subordinación política impuestas por los Estados Unidos de América (EUA) desde su invasión en 1898.

La forma de gobierno en Puerto Rico tiene algunas características particulares. Sus habitantes son ciudadanos de EUA, escogen sus gobernantes en Puerto Rico directamente, en elecciones cada 4 años, y cuando residen en Estados Unidos tiene derecho pleno a trabajar, recibir ayudas gubernamentales y participar efectivamente en las elecciones de ese país e incluso postularse para las mismas. Por otro lado, los puertorriqueños tienen una Constitución que es mucho

38 Constitución de Puerto Rico, supra, Artículo I, Sección 3.

39 El Estado Libre Asociado tiene su génesis en la Ley Pública 600, 81 Congreso titulada “Ley proveyendo para la Organización de un Gobierno Constitucional por El Pueblo de Puerto Rico” que en su preámbulo dice: “POR CUANTO, el Congreso de los Estados Unidos por medio de una serie de acciones legislativas ha reconocido, progresivamente, el derecho que el pueblo de Puerto Rico tiene al gobierno propio; y POR CUANTO, bajo los términos de esta legislación congresional, Puerto Rico ha ido obteniendo una medida cada vez mayor de gobierno propio.

POR TANTO, Décretese por el Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en Congreso, Que, reconociendo ampliamente el principio del gobierno por consentimiento de los gobernados, se aprueba esta Ley, con el carácter de un convenio, de manera, que el pueblo de Puerto Rico pueda organizar un gobierno basado en una constitución adoptada por él mismo.” 1 LPRA, págs. 144-145.

más progresista que el estatuto federal y tiene gobierno propio, como cualquier estado de la Unión.

Por su condición de archipiélago, Puerto Rico tiene un mercado reducido de empleo que hace difícil asegurar el trabajo remunerado de todos sus ciudadanos. Esta situación se agrava porque la isla no controla su tráfico aéreo que transporta la inmensa mayoría de quienes entran y salen. Los que son ciudadanos o residentes legales de Estados Unidos son potenciales miembros de nuestra fuerza laboral y de hecho tienen derecho de ser considerados para puestos de trabajo en igualdad de condiciones que cualquier puertorriqueño. En otras palabras, en Puerto Rico existe una demanda patronal de empleos limitada en un país con fronteras aéreas abiertas a los estadounidenses. Esta situación se agrava con la presencia, cada vez mayor, de trabajadores inmigrantes indocumentados provenientes de otras islas del Caribe y otros países del mundo, que son protegidos en ambos casos por disposiciones sociales de la Constitución de Puerto Rico y la de los Estados Unidos.

Tradicionalmente, el gobierno de Puerto Rico ha asumido como misión la responsabilidad de proteger el empleo existente y proveer más y mayores empleos para ofrecer una oportunidad a sus ciudadanos de conseguir trabajo. Esa posición gubernamental de dación, promoción y facilitación de empleos ha estado bajo ataque feroz en la última década, al punto que ahora muchos administradores en el servicio público coinciden en que existe un gigantismo gubernamental y que es necesario reducir el número de empleados que tiene el gobierno. Por esa razón, en la última década se han implantado programas sucesivos de medidas de austeridad que han incluido sin limitarse a despidos masivos de empleados públicos y una vuelta al despido libre en el sector privado con el relajamiento de la legislación protectora.

Mientras se acusa al gobierno por hacer lo que tiene que hacer, es decir generar empleos, muy poco se habla del fracaso del sector privado generando empleos. Tampoco se ha estudiado a fondo su carácter especulativo y dependiente de ayudas gubernamentales para crear empleos, de forma que es argumentable que muchos de los empleos que se adjudican al sector privado sean realmente financiados por el gobierno. De ser cierto, habría que repensar los deberes sociales de este sector y adscribirle una mayor carga de responsabilidad en la generación de empleos y en la distribución de la riqueza que genera. Esto reduciría la especulación de fondos públicos y forzaría a este sector a cumplir con parte de la responsabilidad de crear empleos.

En el sistema de relaciones del trabajo en el sector público de Puerto Rico existen tres sistemas o subsistemas de relaciones laborales. El sistema corporativo, iniciado por la Ley Núm. 130 de 1945, que rige las relaciones laborales en las instrumentalidades del gobierno que funcionan como entes privados y se conocen como corporaciones públicas. El sistema de relaciones laborales bonafide que

está presente en algunas agencias del gobierno central y en los municipios de Puerto Rico. Éste es de carácter voluntario y se encarga de proteger el derecho de asociación de los empleados pero no garantiza la negociación colectiva. Su mayor finalidad es el descuento de cuotas. El tercer sistema es el abierto que se caracteriza porque el empleado pueda afiliarse al sindicato u optar por no ser miembro al momento del proceso de organización sindical. Éste está presente en las agencias del gobierno central y fue establecido con la aprobación de la Ley Núm. 45 de 1998.

Por otro lado, forma parte de nuestro estado de derecho del trabajo, mayormente en el sector privado de la economía, toda la legislación de relaciones laborales y la legislación social de los Estados Unidos que ocupa el campo jurídico y desplaza la legislación laboral puertorriqueña, en las áreas que el Congreso de los Estados Unidos estime conveniente. Por tratarse de cuestiones de seguridad nacional al ser negocios con un volumen alto de rendimiento económico o porque afectan el comercio interestatal de los Estados Unidos. A pesar de esta situación, existe una frondosidad legislativa en el marco de las relaciones laborales y contractuales donde impera la normativa del archipiélago en cuestiones nacionales y en otras que aunque relacionadas con asuntos federales, el Congreso ha optado por no intervenir.

Finalmente, el sistema judicial de Puerto Rico es autónomo del de los Estados Unidos. El máximo y último interprete de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico es el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Éste coordina el poder Judicial como una jurisdicción separada del Sistema Judicial de los Estados Unidos (como hacen otros estados federados) y tiene a su cargo la administración de los Tribunales de Primera Instancia y el Tribunal Apelativo. Las cuestiones federales de ciudadanos de Estados Unidos en Puerto Rico se atienden en el Tribunal de Distrito Federal en San Juan. Cualquier puertorriqueño, por ser ciudadano de Estados Unidos, puede plantear controversias ante los tribunales federales en Puerto Rico y los Estados Unidos por virtud de la protección que les brinda la Constitución Estadounidense.

EL FIN DEL PATRIARCADO DEL CAPITAL¹: LA MASCULINIDAD EN TRÁNSITO

Laura Mora Cabello de Alba

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha.

1. Que las palabras digan 2. *Dos en uno* o el moderno Prometeo 3. De vuelta a casa.

Resumen: Este trabajo se guía por la intuición de que hay que discernir cuál es la relación entre patriarcado y capitalismo para poder tener la capacidad de mirar la diferencia masculina libre. La diferencia original de ser hombre encierra un misterio, una aportación de sustento a la civilización, que es invisible a los ojos de muchas mujeres que intentan vivir desde la mediación del amor y, para los ojos de aquellos hombres que, conscientemente o no, se encuentran incómodos en el rol que el patriarcado les ha asignado.

Desde esa perspectiva, el texto indaga sobre la diferencia original de ser hombre desde una mirada femenina parcial del presente y del pasado, sabiendo que la relación entre los sexos y de cada sexo consigo mismo es la brújula que guía cada movimiento trascendente de la historia.

Abstract: This work is guided by the intuition that it is necessary to discern the relationship between patriarchy and capitalism in order to be able to watch free male difference. The original difference of being a man holds a mystery, a livelihood contribution to civilization, which is invisible to the eyes of many women who try to live from love mediation and in the eyes of those men who, consciously or not, are uncomfortable in the role that patriarchy has assigned them.

From that perspective, the text explores the original male difference from a female partial perspective of the present and the past, knowing that the relationship between the sexes and for each sex with itself is the compass that guides every transcendent movement of history.

Palabras claves: Patriarcado, capitalismo, diferencia sexual masculina, hombre, mujer, padre, orden simbólico.

Key words: Patriarchy, capitalism, free male difference, man, woman, father, symbolic order.

1. QUE LAS PALABRAS DIGAN

Cuando se escribe acerca del régimen de poder patriarcal capitalista o del capitalismo patriarcal, hay algo que me indica que no se utiliza la lengua con propiedad al nombrar el des-orden dominante. Es perceptible –porque es una sensación de que las palabras se empecinan en decir algo– que lo escrito o dicho no casa con la realidad del todo, dando algo por supuesto que no es tal y sustantivando o adjetivando de una manera jerárquica en función de lo que en cada momento o contexto viene mejor resaltar a quien habla o escribe: es decir, se utiliza patriarcal como sustantivo o como adjetivo del capitalismo y viceversa... como si entre ellos hubiera solo una relación de jerarquía en función del contexto del que formen parte.

Para aclarar el panorama, podría ser razonable volver al origen de ambos vocablos, que es el camino más seguro para conocer el sentido de las cosas, de un fenómeno, de una relación humana o de un régimen de poder. Respecto del surgimiento del patriarcado hay muchas hipótesis que intentan desentrañar cómo se instala un sistema de dominación de una mitad de la humanidad respecto de la otra mitad, que precisamente es aquella que garantiza la perpetuación de la especie, teniendo la capacidad de ser dos².

En tiempos recientes, el pensador chileno Claudio Naranjo se aventura a proponer que las poblaciones sedentarias originales, frente al calentamiento de la tierra y para poder sobrevivir, tuvieron que desplazarse y los hombres de esas comunidades se volvieron bárbaros, violentos, predadores e insensibles. El dominio de los hombres sobre las mujeres se produjo para acallar la parte femenina de la naturaleza frente a la brutalidad que fue necesaria para no perecer y competir con los elementos y con otros pueblos. Así, explica que, en todas las religiones, hubo la necesidad de sacralizar la violencia. Se instauró la retórica de matar, el rito de los sacrificios, para idealizar la violencia³ y así hacerla soportable frente a la sacralidad de la vida transgredida o profanada. Este autor mantiene que nos hemos quedado pegados a aquella mentalidad patriarcal hegemónica e insensible que sirvió hace 6000 años⁴.

Sea como fuere su origen, algo que no es baladí porque podría ofrecer indicios para rastrear una masculinidad original, es evidente que el régimen de poder patriarcal está más allá del capitalismo, muchísimos siglos más allá. Sin embar-

1 El título de este trabajo es un reconocimiento al texto de finales de los años 90 del siglo pasado de la *Libreria delle donne* de Milán en el que anunciaron el final del patriarcado. En “El final del patriarcado ha ocurrido y no por casualidad” (enero 1996, *Sottosopra* rojo), *La cultura patas arriba*, trad. de María-Milagros Rivera Garretas, horas y HORAS, Madrid, 2006, pág. 185.

2 Es clásico en esta línea el libro de Engels (1884), *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, en http://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf

3 Actualmente, asistimos a la naturalización de la violencia en el cine, los videojuegos o los juguetes a través de rituales repetitivos, modernos y cotidianos, inmersos en la sociedad de la aparente banalidad del entretenimiento.

4 *La mente patriarcal*, RBA Libros, 2010.

go, se suele decir en ámbitos feministas que el capitalismo, hijo de la modernidad, hizo un pacto con el patriarcado que les ha traído muchos beneficios a ambos⁵. Esta puesta en escena no resulta del todo convincente, pareciendo que fueron unos nuevos ideólogos económicos los que se aliaron con viejos teóricos machistas para explotar más a la humanidad hombre y aprovecharse de la clásica explotación de la humanidad mujer y, por supuesto, para explotar de manera intensiva los recursos del Planeta. Que el joven capitalismo se sostiene y se aprovecha de un pacto sexual antiguo entre hombres para someter a las mujeres parece claro, pero hay que profundizar en ese aparente encuentro utilitario entre capitalismo y patriarcado para desentrañar la verdadera relación entre uno y otro y establecer con palabras veraces cuál sea su vínculo.

Por otro lado, cuando asistimos a la decadencia de las democracias igualitarias con millones de personas sin trabajo, leyes electorales fraudulentas porque favorecen sin ambages a los poderosos, el acoso al Estado social o el aumento de la violencia contra las mujeres y sus hijos e hijas, ¿cuál es el escenario en el que vivimos? : ¿La decadencia solo de la democracia? ¿O quizás la decadencia del pensamiento único patriarcal capitalista?

Una democracia es un sistema de convivencia pacífica y digna que se sostiene en una pluralidad de ideas, valores y relaciones. Cuando todo eso se intenta resumir en una única manera de pensar y vivir, en el imperio del uno que disimula impudorosamente ser plural, abierto y reconocedor de las diferencias, la decadencia de ese sistema de convivencia está servida. Esa única manera es el patriarcado capitalista que, en su caída, puede arrastrar la democracia que en parte ha sostenido y alimentado en Europa y en algunos otros lugares del mundo. Por eso, cuando asistimos, por ejemplo, al espectáculo de ver cómo algunos gobernantes europeos mienten, traicionan, roban y desgobiernan en nombre de la democracia, estando adscritos a ese pensamiento único de la barbarie y la avaricia, no solo estamos ante unos antidemócratas, que como vampiros son capaces de llevar a un pueblo o a un conjunto de pueblos al desastre en mor de las directrices de instancias internaciones –de expoliación mundial en favor de una oligarquía global– a las que seguramente pertenecieron antes de ser designados o elegidos como nuestros gobernantes. Estamos además y sobre todo ante hombres y mujeres en crisis en cuanto tales y respecto de las relaciones que mantienen entre sí.

Es decir, la democracia está degenerándose porque muchos hombres y bastantes mujeres que la conforman están en procesos de caída libre, es decir, se enfrentan a la muerte del otro/a, la falta de contacto, interés o ilusión por la alteridad que irremediamente desemboca en un desamor hacia la propia individualidad y todo lo que la rodea, que sola, aislada y muchas veces violenta por ajena a la vida, la lucha feminista ha puesto sobre la mesa. La política de las

5 En este sentido, el interesante libro de FEDERICI, S., *Calibán y la Bruja, cuerpo y acumulación originaria*, Traficantes de sueños, Madrid, 2010.

mujeres ha conseguido poner en solfa el régimen de poder predominante desde hace unos seis mil años que es el patriarcado. Con el patriarcado en ruinas o “en camino” aquí y allá, por mucho que se resista y dure su persistencia sanguinaria⁶, los valores que sostenían qué era ser un hombre y una mujer hasta ahora y la relación de sometimiento de una hacia el otro ya no sirven y están cambiando con sudor, sangre, lágrimas y también con mucho gozo y esperanza verdaderamente civilizatoria.

Hay muchos patriarcas –mayoritariamente hombres, pero también algunas mujeres– que se resisten, que siguen dando de lado a la vida, lo que implica una degeneración hacia el esperpento antes o después. Eso se mide en suicidios de hombres después de asesinar a sus mujeres, en el asesinato de sus criaturas para hacerle daño a la madre o, en el mundo de lo público, se calcula en corrupción humana y ominoso espectáculo mediático.

En definitiva, este trabajo propone que patriarcado, capitalismo y democracia están en profunda relación, siendo el primero, como régimen de poder que asigna el lugar de cada hombre y cada mujer en la sociedad, el sustento sobre el que se asientan el sistema económico dominante y la forma política e institucional de convivencia del presente. Eso no quiere decir que el sistema patriarcal haya ocupado y ocupe toda la realidad, por lo que cabe y de hecho se da otro piso de relaciones humanas que pueden o no sustentar el capitalismo y/o la democracia. Por eso, es en este escenario posible y real desde donde se pueden pensar otras formas de ser hombre y de ser mujer, que lleven a una regeneración de la democracia y a otras formas posibles de economía que tienen como pilar básico un sentido libre y respetuoso de la vida⁷.

2. DOS EN UNO EL MODERNO PROMETEO

La relación que hay entre patriarcado y capitalismo es la relación que existe entre política y economía. Política y economía sexuadas, es decir, teniendo en cuenta o dando sentido al ser mujer y al ser hombre dentro de dichos marcos de actuación humana. La política es la manera de gobernar la *ciudad*, y la economía, siendo un instrumento al servicio de la primera –como el derecho, la educación o el cuidado de los cuerpos–, tiene que ver con el modo de administrar sus recursos. Si se gobierna fuera y dentro de las casas en un régimen de sentido que somete a las mujeres respecto de los hombres, el resultado ya sabemos cuál es. Y cualquier mediación al servicio de esa forma política estará marcada por dicha sexuación de sentido. Es decir, que el régimen de poder patriarcal se ha servido

6 “El final del patriarcado ha ocurrido y no por casualidad” (enero 1996, *Sottosopra rojo*), en Librería de Mujeres de Milán, *La cultura patas arriba*, trad. de María-Milagros Rivera Garretas, horas y HORAS, Madrid, 2006, pág. 185.

7 MORA CABELLO DE ALBA, L., “El trabajo a favor de la vida: la superación del empleo”, *Revista Ecologista*, nº 80, mayo 2014.

a lo largo de la Historia y en la mayoría de las civilizaciones de las mediaciones sexuales oportunas para perpetuarse.

En definitiva, el *quid* de la cuestión es que no hay dualidad patriarcado/capitalismo, no hay pacto entre unos hombres y otros. Se trata de una elección política sexual, como son siempre todas las decisiones que atañen a lo humano. El patriarcado del capital es una transformación de un sistema de poder en el que cambian en un momento dado, y no hace mucho tiempo, las formas de producción y de trabajo.

Entonces, ¿qué relación hay entre dicho régimen de poder y su sistema económico predominante de la modernidad? Hay la relación entre el Doctor Frankenstein y su creación, es decir, una relación de paternidad. Padre e hijo que conviven amigablemente *dos en uno*, pero que no se reconocen jamás públicamente en relación de familia.

En la excelente y visionaria novela de Mary Wollstonecraft Shelley⁸, el engendro ni siquiera tiene nombre, aunque la creación de Frankenstein como alegoría esperpéntica y amenazadora del deseo patriarcal de dar vida ha tenido tanta fuerza en nuestra cultura corriente que conocemos al monstruo con el nombre de su creador, que así ha sido fagocitado por su propia obra⁹. La novela se titula curiosamente *Frankenstein o el Moderno Prometeo*. Prometeo es en la mitología griega el hombre-titán que osa robar el fuego a los dioses, es decir, que se atreve a poseer lo divino. Y también, con el mismo sentido profundo, Prometeo es el hombre capaz de crear a otros hombres del barro, enfrentándose a Zeus. En la metáfora de una jovencísima Shelley de 19 años, ese moderno Prometeo es el hombre que se atreve a emular la vida, a usurpar el lugar de la madre. Un hombre que inmediatamente se avergüenza de su creación, no reconociéndola como propia, lo que será su sino de vida y su condena de muerte.

En cierta forma, *Frankenstein*, escrita en 1818, durante los inicios de la revolución industrial y por tanto del sistema de producción capitalista, y dentro del marco clásico de poder de los hombres sobre los cuerpos de las mujeres, es la alegoría temprana y visionaria de la perversión que podría traer un modo consumado de hacer política y economía que no respetara la vida y pensara que, con el avance científico, podría definitivamente emular su creación. Así, el desapego –o la envidia– que en el fondo muestra el Doctor Frankenstein por las mujeres y por la naturaleza puede ser considerado como la alegoría del delirio que desató el patriarcado cuando enloqueció con su criatura capitalista naciente, que en ese momento tenía a su servicio la máquina de vapor o la electricidad, que revolucionaron efectivamente las formas de producir y reproducir la vida. Electricidad

8 Mary Shelley era hija de Mary Wollstonecraft, la famosa defensora de los derechos de las mujeres en Inglaterra.

9 Algo que ocurre únicamente con aquellos grandísimos personajes de obras de arte que nombran o representan con veracidad y de forma universal algo esencial de lo humano, como ocurre con el Quijote y Sancho o con personajes de la literatura infantil.

poderosa que, a ojos del Doctor Frankenstein, podía incluso devolver la vida a los cuerpos humanos inertes.

En ese sentido, el capitalismo se lo inventarían unos patriarcas por necesidad. ¿Pero necesidad de qué? ¿Cuál es la necesidad-delirio del Doctor Frankenstein? La necesidad de ser dios –o mujer–, de dar vida. Algo propio de un hombre ilustrado de su época de finales del siglo XVIII y principios del XIX, en la que la modernidad “humanista” puso al hombre en el lugar de dios, previa caza de las brujas, de todas aquellas mujeres que durante la Edad Media europea habían vivido con cierta libertad y reconocimiento siendo mujeres¹⁰. Así, la modernidad se inauguraba con la culminación de un proceso de concentración violenta del poder en manos de los hombres a todos los niveles, incluso el religioso. Y se asentaba, entre otras cosas, en la caza de brujas –en contra de su magisterio– o, lo que es lo mismo, en un plan sistemático de erradicación en Europa de muchas mujeres –y algunos hombres– que alcanzaron durante la Edad Media cotas altísimas de independencia simbólica del patriarcado¹¹, custodiando la relación entre la escuela, la política y el orden simbólico de la madre o, lo que es casi lo mismo, un orden de vida mediado por el amor.

Además, los patriarcas de la modernidad fueron una clase social –la burguesa– que desbancó en el centro del poder a la aristocracia –unos hombres desbancando a otros–, y que tuvo que generar riqueza para sí porque no la tenían de nacimiento. Por tanto, ese proyecto patriarcal burgués de la modernidad necesitó dotarse de una nueva forma de economía que explotara al máximo la capacidad de trabajo de hombres y mujeres de clases sociales subalternas y los recursos naturales en forma de materias primas de los pueblos conquistados. Para ese proyecto, tendría que garantizar la opresión de las mujeres con formas antiguas y nuevas, que al mismo tiempo aplastaran la libertad femenina conseguida en siglos anteriores. Y, además, a través del imperio de la razón, ocupar el lugar de dios y jugar a dominar la naturaleza y, si podía ser, la creación de la propia vida.

Definitivamente, el sistema de dominación patriarcal es el régimen de poder que más ha durado a lo largo de la Historia y el que más se ha extendido en casi todas las civilizaciones más allá de la división de la sociedad en clases. A lo largo de la Historia se ha ido transformando en colonialista, imperialista o socialista. Pero una de sus grandes transformaciones y, quizás, quién sabe, su destino mortal, lo marca su propia invención del capitalismo. Como le ocurrió al Doctor Frankenstein¹².

10 Al respecto, RIVERA GARRETAS, M. M., *El amor es el signo*, Sabina Editorial, Madrid, 2012, pág. 221-236.

11 La independencia simbólica proviene de la capacidad de tener pensamiento y práctica autónoma respecto del orden dominante del poder de la fuerza y, por tanto, implica la posibilidad de poder construir otro orden de vida que se aleje de la violencia y se sostenga en la convivencia pacífica de los seres humanos consigo mismos y entre ellos y ellas.

12 Sobre el fin del patriarcado capitalista, MORA CABELLO DE ALBA, L., “El trabajo con sentido en proceso constituyente. Un cambio de civilización: qué trabajo, para qué sociedad, para qué planeta”, *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, nº 122, 2013.

En la actualidad, se sigue mayoritariamente viviendo el patriarcado capitalista como una dualidad. Miramos, pensamos y escribimos sobre el patriarcado y el capitalismo como si fueran, en el mejor de los casos, regímenes de poder complementarios. Así, resulta impensable el fin del patriarcado para buena parte del movimiento de las mujeres y el fin del capitalismo para gran parte del pensamiento anticapitalista. Lo que no deja de ser una paradoja. Una paradoja que aterriza en la tierra y se desvanece cuando se reconoce la relación íntima de parentesco entre patriarcado y capitalismo.

Resulta que la parte fundante del sistema de dominación está herida de muerte por la libertad femenina y la incipiente masculina; y su vertiente económica dominante lo está de la misma manera y por la misma causa, y porque además la explotación que supone de recursos no renovables y de gestión de los deshechos que genera ha llegado a su límite por los propios límites del Planeta. Un hijo espurio, que usurpa y depreda la matriz de la vida y que ya no puede controlar la violencia y la basura que todo eso genera, está condenado a no tener vida. El patriarcado ha masacrado siempre a seres humanos y territorios, pero desde que se transforma en capitalista, esa forma de hacer economía ha puesto en riesgo el propio mantenimiento de la vida humana.

En definitiva, el patriarcado al convertirse en capitalista consume la expulsión del amor, de la vida, de su régimen de poder, lo que es una operación suicida porque, antes o después, ordenarse de espaldas a la vida lleva a la destrucción.

3. DE VUELTA A CASA

*“Excepto el amor, no tengo otro trabajo;
Salvo el amor tierno,
no siembro otra semilla”.*

Yalal ad-Din Muhammad Rumi (1214)

De la política –y por tanto, de la universidad, que es parte importante de la ciudad– se echó a la madre hace muchos siglos en nombre de una ley injusta, una ley que dice que los hombres son propietarios de los cuerpos de las mujeres y que entre ellos se intentan regular para que la competencia no les destruya des- cuidando la vida. Pero la madre nunca se fue del todo del mundo de lo público; estaba como Antígona enterrada viva y desde la tierra, desde las casas, ha permitido que la civilización siga adelante¹³. ¿Es tiempo de desenterrar a la madre y llevarla libremente y por su nombre a la polis, a la universidad, al derecho del trabajo, a las relaciones de pareja?

¿Qué significa desenterrar a la madre? Significa dar tiempo y luz al orden simbólico de la madre, un orden de presentación y acción de la realidad que

13 En este sentido, MORA CABELLO DE ALBA, L., *Un derecho del deseo, un derecho sexuado*, Icaria, 2015, pág. 93.

descansa en la mediación del amor. El orden simbólico de una civilización es, en muy pocas palabras, la lengua que la nombra. O, en otras más simples, el sentido libre de las cosas y las relaciones. Y para nombrar el mundo o relacionarse con él, hay solamente dos mediaciones disponibles: el amor o la fuerza¹⁴. El patriarcado del capital optó por la consumación de la expulsión del amor de la ciudad; optó por la mediación de la fuerza en la política. Pero, como se ha dicho anteriormente, un régimen de poder por dominante que sea nunca ocupa todo el espacio de la realidad. Siempre ha habido hombres que han elegido la mediación del amor consigo y con las mujeres como forma de vida y, por tanto, de hacer política. Han sido, son y serán hombres que saben que la vida la da la madre con el concurso del padre. Es evidente que son ellos quienes tienen que decir cuál está siendo su transformación y cuáles son sus deseos. Pero, entonces, ¿cómo se atreve una mujer a enfrentar la operación política de escudriñar sobre el sentido libre de ser hombre, de un cuerpo que no es el suyo? Es un atrevimiento respetuoso que nace de la necesidad de ser en relación con otro ser, que es la otra mitad de la humanidad. Es el atrevimiento que nace de una necesidad de hacer política sexuada, estando el mundo sexuada en femenino y en masculino.

Muchas mujeres procuran tener confianza en los hombres que protagonizan un re-pensamiento práctico de su masculinidad. Como los hombres con sentido libre de sí confían “en las madres en todo lo relativo a la autoría de la vida”¹⁵. Y con esa confianza respetuosa de los procesos del otro afronto estas últimas reflexiones de mi trabajo. Llevo años preguntándome por el *más* masculino, aquello que de forma genuina los hombres aportan a la verdadera civilización. La experiencia de algunas mujeres que se acompañan de hombres mediados por el amor indica que quizás esa aportación masculina que, en la actualidad está en ocasiones oculta bajo siete velos, sea que el hombre original –en el sentido de que responde al origen o al sentido rector de su ser hombre– aporta semilla y sostiene, recoge, atiende, alberga, da asilo, soporta, escucha, hace reposar, protege al amparo del cielo, guarda, atesora y defiende la obra de civilización de la mujer, colaborando así en el sostenimiento de la vida. Son palabras que se presentan con verbos resignificados amorosamente, que no llevan al tópico sino a poder observar que, como mujeres, como seres creativos, deseamos esa potencia masculina que amamos y acompaña en el concurso de la vida, manteniendo nuestra independencia simbólica¹⁶.

Eso quiere decir que hay una razón primordial de estar enraizada o enraizado en los orígenes de cada cuerpo de mujer y cada cuerpo de hombre que no puede ser

14 WEIL, S., *La gravedad y la gracia*, en <http://bibliotecasolidaria.blogspot.com.es/2009/07/la-gravedad-y-la-gracia-de-simone-weil.html>

15 RIVERA GARRRETAS, M. M., “La diferencia de ser hombre”, en *La diferencia sexual en la Historia*, Publicacions de la Universitat de València, 2005.

16 En este hilo de pensamiento, es bien interesante, MURARO, L., *La indecible suerte de nacer mujer*, traducción de María-Milagros Rivera Garretas, Narcea, Madrid, 2013, pág. 114-115.

obviada, ocultada, enajenada o alienada porque, si es así, los cuerpos enferman y hacen enfermar por tanto las relaciones, como es evidente que ocurre en la actualidad. Un presente enfermo de cuerpos que se quieren autodestruir –las enfermedades asociadas a una alimentación deficiente o excedente, o tantas enfermedades autoinmunes en las que un organismo se reconoce como enemigo de sí mismo–; desde luego, hombres que quieren someter y aniquilar –si lo primero no es posible– a las mujeres; y de mujeres resentidas en el fondo de su alma con los hombres por heridas antiguas y contemporáneas.

La cuestión de desvelar cuál es el sentido libre del ser mujer ha sido fundante para muchas mujeres, esas mujeres que hemos querido salir de la miseria simbólica de ser sólo víctimas del patriarcado. Como un punto de partida para hacer política, para hacer cualquier cosa, nos preguntamos: ¿cuál es el sentido de que yo sea una mujer? Y algunos hombres se están ya empezando a hacer esta pregunta ante su disconformidad con el sentido del ser hombre imperante y su necesidad de rescatar un origen masculino amoroso que sea la plataforma desde donde empezar a caminar una nueva historia corriente del ser hombre¹⁷.

Sin embargo, la potencia masculina original pareciera estar bajo llave en las alacenas del poder. Está oculta y enmarañada en el entramado construido durante tantos siglos para usurpar el lugar de la madre, sacralizando la vida y practicando la muerte. En esa estrategia estafadora del patriarca, el hombre se resituía en otro lugar –fuera entonces de su manera original de convivir y de su capacidad de trascender– en el que se decanta paradójicamente como un ser ajeno a la vida, en un ser absolutamente finito por independiente y autárquico. Ha podido ser tanto el deseo de poder materno, que muchos hombres han acabado desdeñando su propia fuerza, su lugar irrenunciable –aunque degradable como observamos en tiempos del fin del patriarcado–, en la creación y sustento de la vida, abandonando su propio y verdadero sentido libre de ser¹⁸.

En el presente, vivimos la posibilidad extraordinaria e histórica de poder compartir con hombres la necesidad de inventar otra manera de ser y de relacionarnos, pero eso ocurre –claro, por eso ocurre– en una situación de mucha necesidad, de habernos salido de madre en las relaciones entre los hombres y las mujeres, de cada sexo consigo. Como no podía ser de otra manera, vivimos con desconcierto, ambigüedad, balbuceo y ganas el tránsito de dicho des-orden a otro lugar seguramente mejor, pero tenemos que resignificar lo libre usurpado, reconocer todo aquello que las mujeres y algunos hombres han aportado de

17 En este sentido, CANTONERO FALERO, J., “Habitando mis márgenes: ser hombre en relación de diferencia”, Revista *Duoda*, nº 28, 2005.

18 La idea de lo sagrado en María Zambrano implica que el objeto o el sujeto convertido en sagrado se convierte en inalcanzable para quien sacraliza. En *El hombre y lo divino*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007. En esa línea de pensamiento, el patriarcado, al volver sagrada la potencia de la vida, la convirtió en intocable para sí.

forma libre y original al sustento de la verdadera civilización e inventar todo aquello que es preciso cuando se vive desde el amor. Algunos hombres ya se están despojando de aquello que no les gusta del patriarcado y están en el proceso de re-experimentar y re-pensar su masculinidad, la diferencia de ser hombres y retomar el camino para volver a casa¹⁹.

19 En torno a la masculinidad y la figura del padre, es interesante ver la película “El camino a casa” (1999), del director chino Zhang Yimou, en la que el protagonista vuelve a su pueblo tras la muerte de su padre. Y “Despedidas” (2008), película japonesa del director Yōjirō Takita, en la que el protagonista también vuelve a su pueblo natal para buscar trabajo.

CONTRA O NEOLIBERALISMO, A UTOPIA DO TRABALHO

Manuel Carvalho da Silva

Centro de Estudos Sociais - CES, Universidade de Coimbra. Coordenador do CES em Lisboa e do observatório sobre Crises e Alternativas. Professor Catedrático convidado da Universidade Lusófona.

1. A União Europeia e o Neoliberalismo. 2. A Utopia do Trabalho. 2.1. Dispormos do Tempo: a utopia mais perene. 2.2. Valorização do salário. 2.3. Trabalho sofrimento e trabalho criativo. 3. Bibliografia.

Resumo: O trabalho, elemento de indispensável relevo na economia, tem fortíssimas dimensões sociais, culturais e políticas que o tornam central na sociedade. O neoliberalismo procura subjuga-lo aos mecanismos que garantem o domínio do poder financeiro/ económico. A União Europeia tem implementado a legitimação de sacrifícios em nome do combate às dívidas públicas e à redução dos custos unitários do Trabalho. Entretanto, o futuro projeta-se a partir da utopia do realizável, no trabalho e no não trabalho.

Abstract: Labour, key element in economy, has significant social, cultural and political dimensions that constitute it as a core aspect in society. Neoliberalism strives for the subjection of labour to the mechanisms enabling the financial/ economic power. The European Union has implemented the legitimacy of sacrifices in the name of the struggle against public debt and the reduction in the unit costs of labour. Nonetheless, the future is projected from the standpoint of the utopia of the achievable, be it in labour or in non-labour.

Palavras-chave: Neoliberalismo, Crise, Trabalho, Utopia, Futuro.

Key words: Neoliberalism, Crisis, Labour, Utopia, Future.

1. A UNIÃO EUROPEIA E O NEOLIBERALISMO

Em dezembro de 1998, José Saramago aproveitou o facto de a Declaração Universal dos Direitos Humanos completar 50 anos para, no seu discurso no banquete com que se encerraram as cerimónias da entrega dos Prémios Nobel, denunciar a esquizofrenia em que a humanidade está mergulhada, quando dispõe de tantos meios técnicos e científicos com que pode vencer desafios até há pouco impensáveis e não é capaz de cumprir deveres morais a que coletivamente está obrigada, deixando multiplicarem-se as injustiças e as desigualdades, ou assistindo indiferente a violentos sofrimentos humanos.

Disse Saramago: “Alguém não anda a cumprir o seu dever. Não andam a cumpri-lo os Governos, seja porque não sabem, seja porque não podem, seja porque não querem. Ou porque não lho permitem os que efetivamente governam, as empresas multinacionais e pluricontinentais cujo poder, absolutamente não democrático, reduziu a uma casca sem conteúdo o que ainda restava de ideal de democracia. Mas também não estão a cumprir o seu dever os cidadãos que somos. (...) Com a mesma veemência e a mesma força com que reivindicarmos os nossos direitos, reivindicuemos também o dever dos nossos deveres”.

Revindiquemos então, a obrigação coletiva e o dever de cada um de nós respeitar e fazer respeitar os direitos reconhecidos na Declaração Universal. E recordemos o conteúdo da Declaração de Filadélfia (1944) e a sua alínea a) “o trabalho não é uma mercadoria”, quando na evocação do centésimo aniversário da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que se aproxima (será em 2019), estamos convidados a discutir o futuro do Trabalho.

Nas mais diversas latitudes observamos intervenções das instituições, inclusive de Estados e conjuntos de Estados (o exemplo da União Europeia), que violam leis, tratados e importantes compromissos em nome de uma “realidade” que a tudo se sobrepõe. Ao mesmo tempo, as pessoas vivem debaixo de um constante apelo para que se adaptem acriticamente.

O que sustenta e alimenta essa “realidade”? É o “pragmatismo” que visa colocar todas as relações e atividades humanas debaixo do objetivo do lucro: mercadorizar tudo, começando pelo trabalho, mas chegando ao quadro geral dos nossos direitos e deveres.

Pode dizer-se que é criminoso expandir o primado das relações mercantis a todas (ou quase) dimensões da vida. Em múltiplas áreas será impossível obter resultados cumprindo os planos de negócios que nos são propagandeados: grande parte das descobertas científicas não se faziam; projetos de investigação absolutamente indispensáveis nas áreas das ciências sociais ou das humanidades e outras jamais se desenvolveriam.

As relações mercantis dissolvem laços sociais e destroem valores que desestruturam a família e outras importantes instituições e espaços da sociedade. Por outro lado, a empresa enquanto “comunidade” desaparece se o trabalho for um mero produto de troca. O trabalho, em todos os seus espaços e tempos, e as relações de trabalho, estão carregados de dimensões normativas e processuais que articulam o económico, o social, o cultural e o político.

Estamos, pois, perante a premência de repor e atualizar os lugares do Direito do Trabalho, do Sindicalismo e da negociação coletiva, tarefa que desafia uma intervenção articulada do pensamento e da ação de juristas, sociólogos, economistas, sindicalistas e políticos que não se submetam às inevitabilidades do neoliberalismo dominante. O desafio é gigantesco. No seio da sociologia

do trabalho, correntes progressistas que analisam com objetividade e rigor as profundas e complexas metamorfoses do trabalho, identificam novas formas de organização carregadas de novas noções de tempo e de espaços de trabalho como a realidade atual que substituiu as “velhas relações de trabalho”. Mas esta é uma parte da questão, pois as relações de trabalho são um processo onde além das formas de organização e prestação do trabalho estão atores, diretos e indiretos, com papéis e poderes concretos e existem contextos internos e externos que se cruzam e influenciam.

Da valorização do trabalho decorreram muitos dos principais progressos dos últimos duzentos anos – com a edificação do *Welfare State* e as suas importantes conquistas no campo dos direitos humanos (trabalho digno, direitos sociais, remuneração mais justa, segurança no emprego, progressão salarial, qualificação profissional, expressões de igualdade, etc.). Outras dimensões do Estado Social de Direito Democrático também emergiram daí. Isso foi devido, em primeiro lugar, ao longo e doloroso trabalho organizativo e mobilizador dos trabalhadores e do seu movimento sindical desde a era do capitalismo selvagem, marca forte do século XX e com impactos até aos nossos dias.

Os anseios de uma sociedade avançada e potencialmente mais global, que devia ser marcada pela multiculturalidade, pelo diálogo e cooperação entre povos e países assentes no respeito mútuo, em práticas solidárias e de maior justiça, são negados pelo egoísmo desmedido de uma minoria de privilegiados cada vez mais ricos, pelo saque de riqueza aos países e povos em condições mais frágeis, pela exploração desmedida do trabalho, pelo espicaçar de antagonismos a partir de naturais diferenças, em vários campos, pela proliferação de guerras que servem a acumulação da riqueza, pela transferência “anárquica” de poderes e de soberania dos países para entidades não responsabilizáveis, como os “mercados” que hoje corporizam o domínio do poder financeiro sobre o poder político.

Digamos não ao iminente retrocesso social e civilizacional em que nos encontramos, desde logo em amplos espaços da Europa. A União Europeia (UE) foi-se construindo, e continua a apresentar-se, como um projeto protagonizado por um conjunto de países –uma equipa– isto é, como um grupo voluntariamente constituído que age de forma coordenada para realizar objetivos comuns. A coordenação requer de cada um condições de participação, capacidade e vontade de cooperar e negociar, exige jogo de cintura e cedências de parte a parte. Mas não é assim que hoje vemos a UE. Por exemplo, para os portugueses e para muitos outros europeus, a União transformou-se num agente externo, um quase adversário. Em diversas matérias e ocasiões surge-nos como ameaça da qual temos de nos defender. Porque será? A resposta é simples. A UE, ao mesmo tempo que assume um papel que originalmente não lhe competia, em domínios de política que lhe estavam vedados (se necessário indo contra as escolhas democráticas dos povos), abstém-se de funções que lhe competem em assuntos onde seria absolutamente indispensável agir.

Nesta UE os povos sentem-se como que em subgrupos, desarticulados e em conflito, e constataam que o enfraquecimento da democracia ao mesmo tempo que cria descrédito em milhões de cidadãos que se veem todos os dias obrigados a encontrar respostas de emergência para sobreviverem, também impede a existência de líderes com autoridade política, ética e moral necessários à formação de uma equipa. A submissão dos mais frágeis aos mais fortes atingiu um patamar tal, que já se tornou comum vermos medidas injustas e violentas contra alguns países serem aprovadas por unanimidade. Por certo realizam-se reuniões de instituições europeias que, para os governantes dos mais frágeis, se assemelham a sessões de tortura.

Quais os papéis que a UE assume ativamente, que originalmente não lhe competiam?

- (i) Por força de novos tratados, ratificados de forma mais ou menos distante dos cidadãos, a definição das políticas monetárias e orçamentais. Faz o que quer dos nossos meios e recursos, obriga-nos a pagar pesadas faturas, embora não seja responsabilizável pelas medidas que adota.
- (ii) À revelia dos tratados, vai traçando e tentando impor, a partir de Bruxelas, as políticas sociais e o quadro de relações laborais, quando está estabelecido ser da competência de cada país definir as políticas de ensino, de educação, de saúde, de justiça, de segurança e proteção social, de organização do trabalho incluindo o quadro de direitos e deveres que o regula.

Ou seja, à força de tratados ou à revelia de tratados, a UE tenta decidir quase tudo, e fá-lo movida por lógicas alheias ao interesse coletivo dos cidadãos de cada país a quem aplica as suas decisões.

Entretanto, em questões cruciais que não podem (ou não devem) ser resolvidas por cada país isoladamente –pelo risco de se sucederem reações instintivas, como aquelas a que vimos assistindo, típicas de períodos de guerra– a UE mostra-se incapaz de decidir e agir. É manifestamente o caso da situação dos refugiados.

O que dizer da atitude da UE que obriga refugiados –seres humanos que fogem de guerras que as políticas europeias também ajudaram a desencadear, sempre em nome da democracia– a arriscar a vida em travessias, no fim das quais permite que se ergam muros sucessivos?

A UE já não se assemelha a uma equipa articulada, cooperante e solidária, mas sim a uma espécie de UE-rebanho, cheia de tensões internas e sem mínima perceção de destino, guardada por cães que sabem morder nas canelas dos recalitrantes, mas podem estar a conduzir a manada para o precipício.

Por detrás das políticas de austeridade castradora, que numa UE dicotómica têm sido impostas em particular aos países do Sul da Europa, estão objetivos

políticos externos e internos a cada país, a atuação de políticos, a intervenção acutilante de banqueiros (que bem sabiam dos negócios complicados e dos desfalques que tinham andado a fazer), está o trabalho de municiacção de argumentos para a construção de quadros de leitura da “realidade” dos países, feito por académicos neoliberais, esteve e está toda uma intervenção da comunicação social que ajuda à criação das “verdades” do contexto com que se culpabilizaram e submeteram os cidadãos desses países, como tão duramente aconteceu em Portugal. A persistência nas mensagens foi e é de tal forma intensa, que leva as pessoas a confundirem o conteúdo noticioso da “crise” (tornada instituição) com as origens, expressões e efeitos da própria crise.

Temos o dever de exigir princípios éticos e morais no exercício da política, no acesso a direitos sociais fundamentais ou ao conhecimento e à cultura, na relação com a natureza, com os patrimónios coletivos, nas relações de trabalho. A dignidade do ser humano e a sacralidade dos seus direitos têm muito valor, mas não são mercadorizáveis.

2. A UTOPIA DO TRABALHO

A Utopia de Thomas More, escrita em 1516 (More, 2009), surgiu como contrapon-tamento a uma sociedade semifeudal, de servos e senhores, em que a noção dos direitos, desde logo o direito ao trabalho com direitos, estava longe de ter emergido. Cinco séculos depois, deparamo-nos com a cartilha neoliberal que nega direitos universais e nos quer impedir de exercer o dever de lutar pela sua efetividade. Esta constatação não anula os avanços extraordinários conquistados, que projetam no futuro novos desafios, com a certeza de que nenhuma conquista é definitiva. Um grande contributo que More nos legou é, no meu entender, a ideia de que há alternativas às narrativas e às práticas instituídas: não nos devemos nem podemos conformar com a “realidade” do presente.

Jamais podemos abdicar de um elemento essencial para o ser humano: a possibilidade de sonhar sobre o realizável e o ainda não realizável e de, a partir daí, construir projetos. Uma das maiores contradições dos tempos que vivemos é, como já mencionei, a tentativa de, pela contínua gestação e invocação de riscos e medos, gerar a negação do futuro, em particular às gerações mais jovens. Os mais velhos, sujeitos à narrativa que toma o aumento da esperança de vida como um fardo para toda a sociedade, também veem negado o direito a viver mais tempo e com saúde enquanto direito universal.

Neste momento, um exercício para perceber para onde vai o futuro do trabalho –nas suas dimensões económica, social, cultural e política–, surge-me organizado em três componentes. A primeira implica debruçarmo-nos, com o máximo de objetividade possível, sobre quais são os traços dominantes de requisitos de vida que se perspetivam –sem ficarmos presos à sobrevivência *ad eternum* do

sistema capitalista– e, nessa projeção, identificar as necessidades básicas das sociedades do futuro.

Há requisitos de vida que não vão mudar tão cedo: vamos continuar a vestir, a calçar, a ter necessidade de sistemas de comunicação e de deslocação, vamos continuar a habitar principalmente nos grandes centros urbanos. E a forma de nos alimentarmos talvez também não se altere assim tanto. O trabalho, incorporando conhecimentos e tecnologias diversas, vai situar-se, em grande parte, na garantia desses fatores determinantes do estilo de vida que as sociedades adotarem.

A segunda componente tem a ver com a aquisição de conhecimentos, a formação necessária para o desenvolvimento dessas atividades e, em particular, para uma interação humana, que nos surge muito mais desafiadora em consequência da presença crescente das tecnologias e do digital e, sobretudo, de uma inovação social que há-de responder a crescentes anseios de igualdade e aos impactos, nomeadamente, do aumento da esperança de vida, do peso quantitativo e qualitativo das mulheres no trabalho e nas organizações da sociedade, da reinvenção de novas formas de relacionamento entre as gerações, da reformulação das instituições em que se organizam, desde logo a família.

O aumento da esperança da vida e o papel das mulheres no trabalho e na sociedade são, para mim, duas enormes mudanças do último século e vão, imperiosamente, marcar presença no futuro que se pode projetar neste início do século XXI. Conforme a sociedade vai envelhecendo, é inevitável a consciência de que o facto de os indivíduos serem mais velhos não os torna despidos de direitos, logo surgirão novas agendas reivindicativas. O mesmo se pode imaginar em relação ao papel das mulheres.

A terceira componente tem a ver com a utilização das tecnologias e do conhecimento.

Em Davos, a estância de inverno das elites financeiras e políticas mundiais, falou-se muito, este ano, de uma quarta revolução industrial. Segundo estudo do World Economic Forum, em consequência da automação serão destruídos, nos próximos anos, cinco milhões de empregos em todo o mundo e surgirão fortes perturbações nos “mercados de trabalho” que poderão causar crescentes desemprego e desigualdades.

O domínio desses grandes avanços na automação surgirá concentrado num pequeno número de empresas (multinacionais). Para a esmagadora maioria das empresas, que como sabemos são pequenas e médias, vão sobrar, por muito tempo, novas dependências e acrescidas instabilidades. As tecnologias e outras capacitações que emergem de novos conhecimentos são importantes, enquanto instrumentos que os seres humanos podem manipular para melhorar o funcionamento das organizações e a vida das pessoas, para servir o bem comum. Mas

elas vêm sempre carregadas de riscos e desafios que geram medos e subjugações. Contudo, em Davos, não se discutiu como lhes dar resposta. Deixou-se a sua gestão aos “mercados” e a interesses egoístas instalados. Direi ser necessário levar a sério as premonições de Davos. Ter presente que os trabalhadores se encontram bastante desarmados no que respeita à força organizada e aos mecanismos necessários para defesa dos seus direitos, e do direito ao emprego em particular.

São bem conhecidos contextos em que a automação se traduziu em desemprego e abaixamento do valor atribuído ao trabalho e, por consequência, em fator de fragmentação e fragilização das condições de trabalho e de declínio social prolongado.

Em geral a automação permite, ao mesmo tempo, “poupar” trabalho humano, obter maior volume de produção no mesmo tempo de laboração e aumentar a riqueza produzida. Rompe portanto três equilíbrios: 1) o equilíbrio entre o número de pessoas que precisam e querem trabalhar e o número dos que são requeridos para pôr a “máquina da produção” em movimento; 2) o equilíbrio entre o valor da produção e o rendimento suscetível de ser transformado em poder de compra, designadamente pelo desemprego provocado e por não se refletir nos salários o aumento da riqueza conseguido; 3) o equilíbrio entre o conjunto de atividades instaladas e o potencial de atividades úteis que se poderão desenvolver para utilizar, de forma digna, todo o trabalho humano disponível.

Para repor equilíbrios é indispensável que: i) os tempos de trabalho sejam distribuídos por todos os que querem e precisam de trabalhar, sem perda de salário (que pesa cada vez menos nos custos das empresas), organizando-se as empresas e os serviços por forma a rentabilizar capacidades sem a exploração excessiva de uns e o desemprego de outros; ii) o aumento da riqueza produzida se reflita com justiça no aumento do salário de quem a produz e na contribuição para a sustentabilidade de sistemas de segurança e proteção social solidários e universais; iii) se aumentem os impostos sobre o capital para uma mais justa distribuição do rendimento; iv) os sistemas fiscais sejam efetivamente progressivos; v) se faça investir parte da riqueza existente na criação de emprego útil, quer para a satisfação de necessidades e direitos fundamentais das populações, quer para resolver graves problemas ambientais e ecológicos, ou para utilizar mais racionalmente o uso da terra e do mar, ou ainda para desenvolver formas mais racionais de organização da economia e do modo de vida das pessoas.

O trabalho requer ensino, informação, comunicação, cultura. Reclama saúde física e equilíbrio emocional. Exige participação e o dispor do tempo, o que nos convida a lembrar que a vida tem dois pressupostos fundamentais: saúde e tempo. Põe em evidência a necessidade de outras atividades, realizações e lazer. Potencia a utilização mais equilibrada do não trabalho, espaço/ tempo que se valorizará e ampliará em várias dimensões com o desenvolvimento das sociedades.

Vai ser preciso, com uma outra utilização da riqueza e novas concepções de desenvolvimento, encontrar novos trabalhos, reformular o conceito de emprego com uma boa operacionalização do valor do trabalho, desenvolver novas formações. Os tópicos que aqui registo conduzem-nos a uma reconsideração do que devem ser as trajetórias e as carreiras profissionais. A Escola e outras instituições de formação e de aquisição de conhecimentos ao longo da vida, estão desafiadas a trabalhar essas formações numa perspetiva universal (permitindo acesso a grandes massas) e bem para além dos desafios das premências do presente.

2.1. DISPORMOS DO TEMPO: A UTOPIA MAIS PERENE

Com base nestas três componentes, pode projetar-se um grande debate em torno da organização e da prestação do trabalho e o tempo de trabalho vai estar –inevitavelmente– no cerne da discussão. Esta é, talvez, a utopia mais perene.

O texto de More tem uma componente bastante atual face ao que atrás enunciei, quando propõe que se reduza o tempo de trabalho de forma significativa. Preconizava ele seis horas de trabalho por dia –utopia a colocar desde já na agenda do realizável– e concebia espaços de aprendizagem para as profissões, para a formação plena dos indivíduos, e para o lazer. More concebe o trabalho como um direito/dever universal.

Estou plenamente convencido que o rompimento com o pensamento neoliberal, que por agora está instalado, coloca entre outros desafios e em lugar muito destacado, uma nova discussão sobre o tempo de trabalho. O debate vai estar aí, motivado pela necessidade de responder ao desemprego, às desigualdades e, sobretudo, à inatividade e à pobreza.

Por outro lado, há um conjunto de alterações que se produziram na sociedade, que não estão a ser assumidas mas que se irão impor. Refiro-me aqui apenas a duas: o facto de as instabilidades e inseguranças atuais (as precariedades) não serem sustentáveis, e a constatação de que o aumento da esperança média de vida altera toda a nossa concepção de preparação para o trabalho e de formação ao longo da vida, altera o conceito de vida ativa e de reforma, altera, como já observei, as relações entre as gerações ou o quadro de estruturas necessárias na sociedade.

Na atualidade, constata-se uma certa convergência entre a velha concepção de que o Estado se deve afastar das relações laborais para imperar a vontade das partes na estruturação das relações laborais –como se elas estivessem em pé de igualdade–, com uma perspetiva pretensamente pós-moderna, em que o grande anseio dos trabalhadores se situa na “libertação das dependências da contratualização”. Essa perspetiva não tem futuro. Trata-se, tão só, de uma visão cínica que pretende colocar a inatividade, o desemprego, a degradação da qualidade do emprego, as precariedades, as instabilidades e inseguranças como decorrên-

cias, naturais e passageiras, de um processo de libertação dos trabalhadores a ser concretizado pelo “individualismo responsabilizador” e por uma espécie de “agencialização” de cada trabalhador feita por organizações (empresas) especializadas do “mercado”.

É preciso trabalhar novos equilíbrios entre o individual e o coletivo, mas não enfraquecer ou eliminar este. E nessa reconstrução há que assumir, com toda a determinação, que o tempo é das pessoas: ele é elemento fundamental da sua vida no espaço do trabalho e fora dele.

Sabemos bem que a redução do tempo de trabalho tem sido uma das batalhas mais difíceis nas sociedades modernas. “As crises” como acontece com aquela em que Portugal tem estado mergulhado, têm propiciado uma brutal transferência de rendimentos e de poder do trabalho para o capital, e contribuído para eliminar o direito ao trabalho a muitos milhões de seres humanos, enquanto coloca outros a trabalharem mais tempo. A primeira convenção da OIT, de outubro de 1919, estabeleceu as 48 horas de trabalho e vemos que foi preciso um século com sindicalismo ativo, com Direito do Trabalho, com contratação coletiva, para chegarmos aproximadamente às 40 horas de duração semanal de trabalho, embora ainda longe da sua universalização: não há uma convenção que estabeleça as 40 horas como o limite máximo!

A redução do tempo de trabalho foi diminuta, se comparada com a alteração dos meios tecnológicos e comunicacionais e das capacitações introduzidas nos mecanismos de trabalho. Sem dúvida, será possível trabalhar menos horas e criar mais emprego, organizando as empresas e serviços com processos inovadores na prestação e organização do trabalho. Pode dizer-se que até a partir das capacidades hoje instaladas nas empresas facilmente se conseguirá produzir mais e melhor, desde que se alterem alguns pressupostos da gestão, se organize o tempo de trabalho com mais humanismo e com o objetivo de criar emprego. Ao mesmo tempo há que mexer com justiça na repartição de sacrifícios e da riqueza produzida.

2.2. VALORIZAÇÃO DO SALÁRIO

Então, como resolver o problema da desigualdade na distribuição de riqueza? É preciso adotar uma precaução à partida: se na produção da riqueza não se garantir uma distribuição justa que se reflecta no salário, dificilmente a justiça será recuperada depois através do sistema fiscal. Tem de haver compromissos coletivos que assegurem sistemas fiscais e de redistribuição que corrijam situações injustas, mas não podem fazer mais do que corrigir, não podem substituir-se à distribuição inicial da riqueza produzida com o trabalho. É por isso que há uma enorme luta a travar para que não se esvazie o conceito de salário, e para que se faça a sua valorização em linha com o aumento da riqueza que o trabalho propicia.

Em Portugal, como noutros países, os custos do trabalho não pesam mais, em termos médios, de 20% a 21% nos custos globais das empresas. Tem sentido o espremer dos custos salariais sem limites, que coloca milhões de seres humanos no desemprego e na pobreza? Não! Há que parar a loucura! Por certo esta discussão estará presente nos debates sobre os novos “paradigmas” para a economia e para o emprego. E seguramente associada a uma forte polemização sobre conceitos como a produtividade, a competitividade e outros.

A outra questão-chave para o futuro do trabalho é a criação de mecanismos de responsabilização dos indivíduos na sociedade, a partir do trabalho, entendido este como direito/ dever social. Um dos elementos que ameaça o futuro parece-me ser o de, em nome de constrangimentos e riscos, se eliminarem direitos no trabalho. Numa sociedade democrática –e espero que aquilo a que hoje chamamos sistemas democráticos não continuem a perder densidade e surja uma verdadeira reinvenção da democracia–, quando se retiram direitos aos indivíduos está-se-lhes a gerar uma desresponsabilização perante a sociedade, seja no espaço do trabalho, seja fora dele. Ora, o trabalho vai continuar a ter lugar central enquanto fator de produção, fator de socialização, ancoradouro de direitos sociais e de qualificações, ou como elemento vivo nas preocupações ecológicas; enquanto direito universal ou até como fator de alienação que obriga a precauções específicas. Não se pode afirmar a cidadania, a participação cívica e a democracia sem olhar a sério para o trabalho e garantir-lhe dignidade.

2.3. TRABALHO SOFRIMENTO E TRABALHO CRIATIVO

Daqui decorre uma discussão sobre a valorização do tempo de trabalho e do tempo de não trabalho que se apresenta premente. No século XVI o trabalho tinha uma elevada carga de sofrimento, mas More introduz o conceito de lazer, projetando já nesse tempo dimensões que mantêm, cinco séculos depois, uma grande atualidade e, por consequência, a necessidade de novas abordagens.

Na ilha da Utopia, lazer não é sinónimo de estar parado. É a realização do indivíduo para lá do trabalho, o que reclamava uma discussão projetada para o futuro: precisamos pois de valorizar o trabalho porque o nosso tempo e o nosso quotidiano para além do trabalho são o fundamental da nossa vida. Quanto mais espaço e conteúdos vamos conseguindo ganhar para as dimensões da cidadania, mais importante se torna o que hoje podemos designar de não trabalho.

Precisamos que o trabalho seja remunerado de forma justa, que seja executado em condições que respeitem a nossa dignidade, que seja um espaço de relações entre iguais – com o reconhecimento à partida de que são bem diferentes os poderes das partes que intervêm no estabelecimento das relações de trabalho. Acima de tudo, que nos permita criar condições base para nos podermos realizar e para construirmos outras dimensões da nossa vida: a família, as relações

sociais, a intervenção na construção dos mecanismos de funcionamento e de organização da sociedade, a cidadania e a política. E ainda propiciar-nos aquilo que noutros tempos era exclusivo de alguns, que é podermos pensar. Pensar dá trabalho e ocupa tempo, mas vale a pena e é um dever, cuja efetividade é indispensável para o agir, individual e coletivo, que transforma a sociedade.

O desafio que se coloca à sociedade da utopia do realizável é como articular a carga de sofrimento associada ao trabalho, que hoje persiste em excesso com expressões de criatividade, com dimensões de prazer e a efetivação da dignidade e da realização humanas.

As sociedades do futuro têm extraordinárias possibilidades de gerir melhor a carga de sofrimento do trabalho, reduzindo-a, e de ampliar as outras componentes. Os conhecimentos e múltiplos meios descobertos pela ciência, se colocados ao serviço da sociedade, propiciam-nos uma afirmação clara de que se deve fazer o percurso de redução do tempo de trabalho, de o organizar noutras condições menos penosas e bem mais solidárias.

O trabalho tenderá, provavelmente, a ser mais autónomo e poderá até haver mais identificação de responsabilidades individuais na determinação das formas de trabalhar e da sua organização. Mas, quanto mais autonomia se quiser, mais têm de se desenvolver os compromissos coletivos e a cooperação entre indivíduos. Caso contrário, isola-se o indivíduo apenas para o responsabilizar pelos seus fracassos.

Não há autonomia e não há liberdade individual se não houver predisposição para mais articulação e cooperação entre os indivíduos.

Com que instituições, com que poderes, com que organizações vamos fazer estas caminhadas? Essa será por certo outra reflexão, que convocará obrigatoriamente a análise do sindicalismo, da construção e articulação das agendas sociais e políticas.

3. BIBLIOGRAFIA

ESTANQUE, E.; COSTA, H. A.; SILVA, M. C. DA (2015), “O futuro do sindicalismo na representação sociopolítica”, in André Freire (org.), *O futuro da representação política democrática*. Lisboa: Nova Vega, 119-142.

MORVS, T. (2009), *UTOPIA ou A melhor forma de governo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

REIS, J. (org.) (2014), *A Economia Política do Retrocesso. Crise, causas e objetivos*. Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, J.; SANTOS, A. C.; TELES, N. (2016), *A Financeirização do Capitalismo em Portugal*. Lisboa: Actual.

SARAMAGO, J. (1999), *Discursos de Estocolmo (Discurso pronunciado no Banquete Nobel, em 10 de Dezembro de 1998)*. Lisboa: Editorial Caminho. Também disponível em: <http://www.josesaramago.org/discurso-pronunciado-por-jose-saramago-no-dia-10-de-dezembro-de-1998-no-banquete-premio-nobel/>

SILVA, M. C. DA (2012), *Vencer o Medo - Ideias Para Portugal*. Lisboa: Temas e Debates.

SILVA, M. C. DA (2007), *Trabalho e Sindicalismo em Tempo de Globalização – Reflexões e Propostas*. Lisboa: Círculo de Leitores/Temas e Debates.

“Utopias – ‘Reduzir o tempo de trabalho é das batalhas mais difíceis e um debate inevitável’”, *Jornal Público*, 9/01/2016.

Artigos de opinião do autor publicados no *Jornal de Notícias*. Disponíveis em: http://www.jn.pt/opiniao/default.aspx?content_id=5074439.

DERECHO A LA RESISTENCIA Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ECUADOR

Albert Noguera Fernández

Profesor de Derecho Constitucional. Universitat de València

1. Introducción: resistencia y estado de derecho. 2. El derecho a la resistencia en la Constitución de Ecuador. 2.1. Antecedentes: la Asamblea Constituyente de 2007-2008. 2.2. Derecho a la resistencia y justiciabilidad de los derechos sociales en la Constitución de 2008. 2.2.1. El tratamiento constitucional del derecho a la resistencia. 2.2.2. El tratamiento de los derechos en el marco del Estado constitucional ecuatoriano. 3. Cultura jurídica y operadores generales del derecho. 3.1. El derecho a la resistencia en los tribunales ordinarios. 3.1.1. La sentencia del caso Luis Oswaldo Tamayo c. Rodrigo Ricaurte Marín, de 29 de septiembre de 2009, del juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha. 3.1.2. Otros casos. 4. ¿Hacia un desarrollo legislativo del derecho a la resistencia? 5. Conclusiones.

Resumen: La aceptación jurídica del derecho a la resistencia como mecanismo de justiciabilidad de derechos sociales se ha planteado, históricamente, como irrealizable tanto en el interior de la forma Estado de derecho como en gran parte de los Estados constitucionales. Sin embargo, la Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce el derecho a la resistencia e intenta garantizar su uso incorporándolo al interior de una nueva regulación de los principios de interpretación y aplicación de los derechos que abre la posibilidad de que la resistencia pueda ser eficaz y justiciable repetidamente en el interior de un Estado políticamente estable. El presente artículo analiza como la Constitución ecuatoriana de 2008 intenta compatibilizar resistencia y Derecho en el interior del ordenamiento jurídico. Sin embargo, veremos también como el choque de culturas jurídicas entre nueva Constitución y poder político y judicial ha imposibilitado en la práctica esta armonización.

Abstract: The legal acceptance of the right of has emerged historically as unrealizable inside the Rule of Law as well in the majority of Constitutional States. However, ecuadorian Constitution of 2008 recognizes the right of resistance and attempts to ensure its use incorporating it into a new regulation of the principles of interpretation and application of the rights that opens the possibility that the resistance can be effective and enforceable repeatedly within a politically stable State. This article will see the formula that the Ecuadorian Constitution of 2008 propose to reconcile resistance and Law within the legal system. However, also analyze how the cultural crash between new Constitution and political and judicial power have not made possible in practice this harmonization.

Palabras clave: Ecuador, Constitución, derecho a la resistencia, derechos sociales.

Keywords: Ecuador, Constitution, Right of resistance, Social Rights.

1. INTRODUCCIÓN: RESISTENCIA Y ESTADO DE DERECHO

Históricamente, la aceptación en términos jurídicos y justiciabilidad del derecho a la resistencia ha dependido directamente de las fuentes del derecho de las que partimos.

El derecho a la resistencia ha sido aceptado jurídicamente y justiciabilizado en aquellos momentos históricos en que se ha partido del Derecho natural como fuente del derecho, mientras que no lo ha sido cuando se ha partido del “imperio de la ley” como fuente del derecho. La propia evolución histórica de este derecho pone de manifiesto tal hipótesis.

El derecho a la resistencia se encuentra en los orígenes mismos del constitucionalismo. En una época donde el Derecho era derecho natural, la separación entre lo legítimo (derecho natural) y lo legal (voluntad del monarca) hacía de la resistencia o desobediencia al Derecho un instrumento aceptable en términos jurídicos. A nivel teórico, a finales del siglo XVII y de la mano de John Locke en sus *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1689), la rebelión contra la autoridad aparece ya como una de las ideas que distinguieron en sus orígenes al constitucionalismo¹. Estas ideas resultaron trasladadas luego a las dos grandes revoluciones del siglo XVIII: la norteamericana y la francesa. El derecho a la resistencia aparece en las Declaraciones norteamericanas² y en la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789³ o la Constitución francesa de 1793 (art. 33), como instrumento jurídico legítimo de reacción del pueblo frente al abuso de poder.

Varios autores⁴ han afirmado que el encaje del derecho a la resistencia en estas primeras Constituciones era posible sin generar ninguna tipo de contradicción

1 Locke plantea esta idea como reacción a los escritos de Robert Filmer. Como defensor de la Monarquía Absoluta, Filmer escribió el texto *El Patriarca o el poder natural de los reyes*, con el objeto de combatir a dos “ladrones” que querían crucificar a la monarquía: el Papa y el pueblo. El argumento de Filmer es sencillo: La monarquía es una institución natural, como la familia; así el Rey es un padre. Todo padre puede ser injusto y equivocarse, pero en sus actos prevalece siempre el amor por sus hijos, y por ello éstos le deben obediencia; así es el Rey para con su pueblo y no puede ser tirano. De modo que, concluye Filmer, es falso que el pueblo goce de una libertad natural originaria, puesto que la creación misma comienza con un padre y no con la elección del padre por los hijos. Por tanto, no tiene derecho el pueblo a deponer a los reyes, ni a limitar su gobierno con la ley. El libro, compuesto para defender la prerrogativa de Carlos I de Inglaterra, quien acabó ejecutado en 1649, fue publicado póstumamente en 1680 para defender los derechos dinásticos de Jacobo II (Ver: FILMER, R., *El patriarca o el poder natural de los reyes*, Alianza, Madrid, 2010).

2 Dentro de las Declaraciones norteamericanas que recogen el derecho de resistencia podemos hacer referencia al tercer apartado de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (12 de junio de 1776), la parte inicial de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776) (41), el artículo quinto de la Declaración de derechos de los habitantes del Estado de Pennsylvania (28 de septiembre de 1776), la Declaración de Maryland (11 de noviembre de 1776), el artículo séptimo de la Declaración de derechos de Massachusetts (1780) o el artículo décimo de la Declaración de Derechos inserta en la Constitución de New Hampshire (1784).

3 El artículo 2 de la Declaración señalaba: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

4 Sobre la distinción entre estas dos fases, ver: UGARTEMENDIA, J.I., “El derecho de resistencia y su constitucionalización”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 103, 1999, pp. 222-230; CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 25, 1989, pp. 44 y ss.

porque estos eran textos donde se recogían enunciados de derechos que no fueron concebidos como prescriptivos, esto es, como portadores de consecuencias jurídicas en sí mismos, sino como enunciados meramente asertivos, declarativos de derechos naturales. Esta primera fase del proceso de garantización de los derechos del hombre fue una fase de “iusnaturalización” y “formalización declarativa”, diferente de la segunda fase de “constitucionalización” de los derechos, momento en que ya si empezaran a parecer contradicciones entre resistencia y Derecho positivo.

A partir del siglo XIX el derecho a la resistencia va perdiendo fuerza hasta terminar desapareciendo del constitucionalismo. El factor que propicia el fin del derecho a la resistencia como aceptable en términos jurídicos fue la conversión, en el siglo XIX, del imperio de la ley como nueva fuente jurídica por excelencia, lo cual elimina la separación entre lo legítimo y lo legal tan fundamental para el derecho a la resistencia.

La expresión “Estado de Derecho” es introducida por Robert Von Mohl en una obra de 1829⁵. En ese contexto el “Estado de Derecho” surge como un concepto político de lucha contra el Estado absolutista, donde el rey estaba desvinculado de las leyes (*legibus solutus*), que propugnaba la sujeción del poder público al Derecho. Ello hizo que el llamado “imperio de la ley” o sometimiento de los poderes públicos y los ciudadanos a la ley, constituya la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho.

Y es por esto que, el Estado de Derecho puso el énfasis principal de su justificación, de su legitimidad, no tanto en su conformidad con una ley natural superior de justicia emanada del pueblo, como en el hecho de haber impuesto en todos los ámbitos de su jurisdicción el primado de la ley positiva y el estricto sometimiento de todos los actos de las instancias estatales a esta ley positiva. El especial énfasis en este aspecto supuso que progresivamente se fuera produciendo un tránsito o evolución de la idea de soberanía como concepto político, hacia la soberanía como concepto jurídico⁶.

El tránsito evolutivo de la noción de soberanía de concepto político a jurídico lo completó contemporáneamente Kelsen. Aunque la idea originaria es de Kant en

5 La expresión “Estado de Derecho” (*Rechtsstaat*) se introduce en la discusión sobre la política y el Estado cuando Robert Von Mohl la utiliza en su *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* de 1829. Este había sido utilizado ya antes, por primera vez, por: WELCKER, C. Th., *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*. Giessen, 1813, p. 25; y reaparece luego en: FREIHERR von ARETIN, J. Ch., *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie I*, 1824, p. 11 (citados por: BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 1993, p. 19).

6 Este es un hecho que Max Weber apuntó como característico de las comunidades políticas contemporáneas, cuando afirmó: “la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad... –esto es– ...la obediencia a preceptos jurídicos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos” (WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, T.I, p. 30).

su *Fundamentos de la metafísica de las costumbres* de 1785⁷, es Kelsen, a través de su *Teoría General del Estado*, quien la completó⁸.

De acuerdo con la nueva concepción, por definición un gobierno legal se considera un gobierno legítimo. Si los actos de un gobernante están de conformidad con las disposiciones de los textos jurídicos vigor, son legales y, por lo mismo, se consideran legítimos⁹. Además, esta conversión de la soberanía de concepto político a jurídico, va de la mano del inicio de la codificación, ambas manifestaciones de un mismo proceso.

En consecuencia, la identificación entre los conceptos de legitimidad y legalidad, unido al surgimiento de la ley como fuente jurídica por excelencia, dio lugar a la idea de que todos aquellos comportamientos que se apartasen de lo jurídicamente regulado y permitido no sólo no tienen la categoría de “legitimidad” ni de “juridicidad”, son *no-legítimos* y *no-jurídicos*, sino que además, en tanto alguno de estos comportamientos puedan infringir lo establecido, pasan a ser delito, usurpaciones de funciones o sistemas normativos *anti-jurídicos* y por tanto, perseguibles mediante la violencia legítima del Estado.

En resumen, mientras el constitucionalismo se entendió como garantía jurídica de unos derechos naturales contra el absolutismo o como un medio de limitar el poder, el derecho a la resistencia fue aceptable en términos jurídicos. En el momento en que el constitucionalismo y, principalmente, la ley se convirtieron en la única y fundamental fuente del derecho, la doctrina de la resistencia empezó a perder importancia y aceptación en términos jurídicos¹⁰.

7 Acerca de la tesis kantiana sobre la contradicción entre Estado de derecho y derecho de resistencia, ver: BILBENY, N., “Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, pp. 23-31; SCHWARZ, W., “The right of resistance”, *Ethics*, 74, 1964, p. 126-134; CARPINTERO BENITEZ, F., “Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia”, *AFD*, VII, 1990, p. 404 y ss.

8 “(...) A medida que la democracia desplazó a la autocracia, el Derecho se ha ido colocando poco a poco por encima de aquél, hasta que, por fin, en el Estado moderno, la soberanía es del Derecho y no del Estado, pues sólo él es un *Estado de Derecho*. Ya que, si el estado se somete al Derecho, su propio orden jurídico, no puede ser propiamente soberano, porque la soberanía corresponde al Derecho. Al suprimirse le dualismo de Estado y derecho, desaparece también esta cuestión” (KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Ed. Nacional, México, 1965, p. 141).

9 Algunos autores que han establecido el paralelismo entre legalidad y legitimidad son Maurice Duverger, quien señaló: “La legalidad de un gobierno reside en su conformidad con las disposiciones de los textos o de las costumbres constitucionales anteriores a su establecimiento. Un gobierno es legal cuando está organizado de acuerdo a la Constitución en vigor, sea escrita o consuetudinaria. Ahora bien, para nosotros el problema de la legitimidad no se plantea más que cuando se está en presencia de un gobierno que no cumple las condiciones precedentes, pues un gobierno legal es siempre legítimo, por definición misma” (DUVERGER, M., “Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait”, *Revue du Droit Public*, 1945, pp. 55 y 73); o LEGAZ LACAMBRA, L., véase de este autor: “Legalidad y legitimidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, CEPC, Madrid, 1958, p. 6).

10 Desde el siglo XIX en adelante, el derecho a la resistencia y Estado de derecho basado en el “imperio de la ley” se han considerado, históricamente, incompatibles. En este sentido, Garzón Valdés señala: “El derecho de resistencia, no obstante su formulación positiva constitucional, se encuentra más allá del orden pacífico estatal. El derecho de resistencia es esencialmente lucha... La decisión acerca de la resistencia no sigue tanto la ratio jurídica cuanto la ratio política (...). La autorización constitucional del derecho de resistencia tiene tan poco sentido como una garantía de libertad en condiciones anárquicas. Los casos en los que se puede

No obstante, en contra de esta concepción generalizada, una de las novedades a destacar de la nueva Constitución ecuatoriana de 2008 no es sólo que constitucionaliza el derecho a la resistencia (no reconocido antes en el constitucionalismo ecuatoriano), sino que además, incorpora éste no el marco de un “Estado de derecho” lo que vaciaría de eficacia el derecho y lo haría incompatible con la legalidad, sino en el marco de una nueva forma de Estado (el “Estado Constitucional de derechos y justicia”), lo que abre posibilidades de que este derecho pueda ser eficaz y justiciable repetidamente en el interior de un Estado políticamente estable, como cualquier otro derecho subjetivo.

2. EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR

2.1. ANTECEDENTES: LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 2007-2008

El primer antecedente claro de reconocimiento normativo y justiciabilidad del derecho a la resistencia en Ecuador se da durante la Asamblea Constituyente (AC) de 2007-2008.

A través del art. 7 de su Mandato Constituyente No. 1, de 29 de noviembre de 2007¹¹, la AC había disuelto el Congreso y asumido sus funciones, entra las cuales estaba, de acuerdo con el artículo 130.15 de la anterior Constitución de 1998, la de conceder amnistías generales por delitos políticos e indultos por delitos comunes. De conformidad con ello, tanto el Presidente Rafael Correa como organizaciones de derechos humanos y ambientalistas presentaron a la AC peticiones en este sentido. Podemos referirnos al caso enarbolado por la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), Acción Ecológica y la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), que solicitó amnistías para “*los centenares de líderes sociales y comunitarios criminalizados sistemáticamente a causa de ejercer el derecho fundamental a protestar y resistir ante proyectos altamente destructivos de la naturaleza y violatorios de los derechos humanos*”¹².

Previo informe de la Mesa no. 10 de Legislación y Fiscalización, el Pleno de la AC aceptó algunas de las solicitudes. Fruto de ello podemos mencionar, por ejemplo, la resolución de amnistía de 22 de julio de 2008, que benefició aproximadamente 120 personas involucradas en los hechos acaecidos en el cantón

recurrir a él son precisamente aquellos en los que el poder constitucional ha desaparecido: o bien es ineficaz, o bien ha sido sustituido por un poder eficaz pero contrario a las normas constitucionales antes vigentes. O, lo que es lo mismo: dentro del marco jurídico constitucional, el derecho de resistencia es de realización imposible. Como sanción jurídica desaparece... y se pone de manifiesto su carácter suprapositivo” (GARZÓN VALDÉS, E., “Acerca de las limitaciones legales al soberano legal”, *Sistema*, 43/44, 1981, pp. 48-49).

11 De acuerdo con el art. 2.2 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la AC, los Mandatos Constituyentes eran decisiones y normas que expedía la AC para el ejercicio de sus plenos poderes. Estos mandatos tenían efecto inmediato, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo. Además, tal como señalaba el art. 3, éstos no eran susceptibles de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

12 Conjuntamente con las anteriores, algunos ex-funcionarios de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) y ex-presidentes de la República acusados por delitos de diversa índole, también presentaron solicitudes a la Asamblea.

Chillanes, provincia de Bolívar, en el paro nacional minero y en casos de criminalización por defender la territorialidad, derechos colectivos y de los pueblos y los recursos naturales tales¹³.

En el informe de mayoría que la Mesa no. 10 de Legislación y Fiscalización trasladó al Pleno de la AC solicitando la amnistía, se establecieron como criterios en que se fundamentaba la solicitud de amnistía la “legítima defensa de la naturaleza y los derechos humanos” y el “derecho a la resistencia o rebelión”.

Aunque el derecho a la resistencia no estaba todavía reconocido jurídicamente en el país, la AC reconoció implícitamente en su informe y resolución, el derecho a la resistencia ejercido por las personas amnistiadas como forma legítima de ejercicio de otros derechos fundamentales, en este caso de “defensa de la naturaleza y otros derechos humanos”.

Por la naturaleza de los casos amnistiados, la AC podía haber justificado jurídicamente la concesión de la amnistía a los activistas sociales sin necesidad de hacer referencia al derecho a la resistencia, fundamentándola simplemente en el ejercicio de derechos clásicos como la libertad de manifestación o de expresión y en la incorrecta aplicación de determinados tipos penales (terrorismo y sabotaje) que habían limitado inadecuadamente los primeros. De hecho esta última ha sido la manera utilizada en España por el Tribunal Constitucional para resolver determinados casos absolviendo activistas en una situación parecida sin necesidad de que esté reconocido el derecho a la resistencia ni hacer referencia al mismo (STC 59/1990)¹⁴. No obstante, el partido mayoritario dentro de la AC ecuatoriana (Acuerdo País) optó por fundamentar la amnistía en el reconocimiento del derecho a la resistencia queriendo visualizar éste y poner énfasis en la legitimidad de las luchas sociales. Además de este ejemplo, la AC concedió otras amnistías fundamentándose también en el derecho a la resistencia¹⁵.

13 Concretamente, la resolución se refiere a los casos por defender la territorialidad, derechos colectivos y de los pueblos (caso Comunidad “El barrio” o “La Togila”/intereses particulares; caso Comunidades de Saraguro/Comandancia de Policía; caso Pobladores de Taracoa/Fiscalía de Orellana; caso Cooperativa Vitelma Dávila), por defender bosques manglares y posesiones campesinas (caso Predlo Pambilar/ENDESA-BOTROSA; caso Pescadores artesanales/camaronera PUROCONGO), por intervención minera (caso Comunidades del sur del país/Estado y proyectos mineros a gran escala), por explotación petrolera (caso Pueblo Kichwa de Pastaza/Empresa AGIP; caso Cristalino/PETROBELL; caso Comunidad La Victoria/PETROPRODUCCIÓN; caso Comunidades de Sucumbíos/PETROPRODUCCIÓN y Fiscalía de asuntos petroleros; caso Comunidad 7 de julio/PETROPRODUCCIÓN; caso Campesino de Tiwino/Empresa PETROBELL) y por defender el agua (caso Comunidad Yuyauti Bajo/Alcaldía de Alausí; caso San pablo de Amali/Hidrotambo).

14 La STC 59/1990 resolvió un amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 24 de octubre de 1987 (recurso de casación 2548/1984), que casó y anuló la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia de Huelva, y condenó por delito de desórdenes públicos a parte de los asistentes a una manifestación convocada en 1984 por la Federación Estatal del Campo de Comisiones Obreras donde se cortó una carretera durante dos horas, fundamentando la condena en la vulneración del art. 246 del Código Penal que castiga “los que actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden, obstaculizando las vías públicas”.

El TC resolvió a favor el amparo, declarando la nulidad de la Sentencia de 24 de octubre de 1987 y absolviendo a los jornaleros, argumentando que el derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE había sido inadecuadamente limitado como consecuencia de una mala aplicación del tipo penal del art. 246 CP.

15 Podemos referirnos por ejemplo, a las tres resoluciones de amnistía dictadas el 14 de marzo de 2008. Una para las personas detenidas o en investigación por paralización, cierre de vías e interrupción de la

En resumen, las resoluciones de amnistía de la AC fueron el primer antecedente jurídico de reconocimiento jurídico del derecho a la resistencia en Ecuador.

Finalmente y de manera coherente con la justificación de las resoluciones de amnistía dictadas durante el proceso constituyente, la AC acabó incorporando en el artículo 98 del proyecto de Constitución el derecho a la resistencia¹⁶.

2.2. DERECHO A LA RESISTENCIA Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Para entender la voluntad del constituyente ecuatoriano respecto al derecho a la resistencia hay que detenerse en dos aspectos: uno es el tratamiento constitucional del propio derecho a la resistencia y otro es el tratamiento general de los derechos que en el marco del definido como “Estado constitucional de derechos y justicia” hace la Constitución. La vinculación entre ambos es de fundamental importancia para entender la voluntad del constituyente de compatibilizar derecho a la resistencia y Derecho positivo.

La incompatibilidad, mencionada antes, entre Derecho a la resistencia y Estado de derecho basado en el imperio de la ley, hizo que se fuera consciente que la única manera de conseguir que el reconocimiento de éste y otros derechos no fuera algo meramente retórico, exigía modificar también la regulación sobre la aplicabilidad de los derechos, superando la vieja forma basada en el “imperio de la ley”.

producción petrolera en Dayuma (Orellana) del 26 de noviembre al 2 de diciembre de 2007; otra para cinco ex trabajadores tercerizados de la empresa de Correos del Ecuador a quienes les habían imputado delitos por su lucha en contra de la intermediación y la tercerización laboral; y una tercera mediante la que se concedió amnistía general a 352 personas vinculadas a “*las acciones de resistencia y de protesta (...) en defensa de sus comunidades y de la naturaleza, frente a proyectos de explotación de los recursos naturales y que por ello han sido enjuiciados penalmente por delitos comunes tipificados en el Código Penal*”. Esta última amnistía hacía referencia, concretamente, a las personas procesadas por realizar actos de resistencia frente a la intervención minera (caso Intag/Ascendant Copper Corporation; caso Yantzaza/Aurelian; caso El Pangui/Corriente Resolurces (ECSA); caso Poblador/Minero industrial; caso Limón Indanza/Sipetrol; caso Echandia y Las Naves/Curimining o Salazar S.A.; caso Victoria del Portete/IAMGOLD; caso Molleturo/Ecuadorgold y EMC), a la intervención petrolera (caso Payamino/Perenco; caso Pindo/Petroriental; caso Técnico petrolero/compañía Petrobrás), por proyectos hidroeléctricos (caso San Pablo de Amalí/Hidrotambo; caso Pangua/PRODUASTRO; caso Pangua y La Maná/ENERMAX), por defender tierras comunales, derechos colectivos y espacios públicos (caso Salango/empresario hotelero; caso Las Acacias/Municipio de Quito; caso Centro Comunitario Lorenzo Voltoline/Provincia de Cotopaxi, cantón Latacunga), por defender el agua y la calidad ambiental (caso Tumbaco/EMAAP-Q; caso El Rosal/ADELCA) y por explotación maderera (caso Predio Pambilar/ENDESA-BOTROSA).

A las anteriores podemos añadir, la resolución de amnistía de 13 de junio de 2008, a favor de 62 personas integrantes de los comandos de Tauro, quienes participaron en los sucesos de alzamiento contra el gobierno de León Febres Cordero el 16 de enero de 1987. Y la resolución de amnistía del 4 de julio de 2008 a favor de todas las personas detenidas por el levantamiento de la Comunidad del cantón Vinces, de la provincia de Los Ríos, del 1 al 5 de febrero del 2007, contra sus autoridades municipales, reclamando incumplimientos de sus fines establecidos en la ley.

16 Art. 98: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”.

2.2.1. El tratamiento constitucional del derecho a la resistencia

Como he señalado, la Constitución de 2008 reconoce directamente el derecho a la resistencia en el art. 98. Este artículo no se encuentra en la carta de derechos o parte dogmática de la Constitución sino en la parte orgánica, concretamente, en la Sección segunda (Organización colectiva) del Capítulo primero (Participación en democracia) del Título IV (Participación y organización del Poder). Aunque a primera vista ello pueda parecer que la resistencia aparece en el texto constitucional no como un derecho estrictamente, sino como otro tipo de norma, no es así. Por la propia naturaleza de la Constitución ecuatoriana de 2008, la ubicación de este derecho fuera de la carta de derechos no supone que su tratamiento deba ser diferente, en cuanto a su pleno reconocimiento y justiciabilidad, que el del resto de derechos constitucionales. Ello, básicamente, por dos razones:

La primera, porque la Constitución ecuatoriana de 2008 supera el trato desigual entre grupos de derechos, eliminando la distinción entre derechos fundamentales y no-fundamentales y catalogando de todos los derechos sin distinción, incluidos los sociales, como derechos de igual jerarquía, todos con el mismo rango o categoría, esto es como derechos que vinculan en igual manera al Estado y a los particulares (arts. 11.3, 11.6 y 88).

Y, la segunda, porque a diferencia de sus predecesoras, la Constitución de 2008 no ubica las garantías constitucionales dentro del Título o la Parte de derechos, sino que las ubica en un Título totalmente independiente (Título III: “Garantías Constitucionales”). Ubicadas dentro del mismo título de los derechos, como sucede en todas las Constituciones, las garantías se convierten en instrumentos para garantizar sólo la aplicación de la carta de derechos, no del resto de la Constitución. En cambio, en la estructura de la Constitución ecuatoriana de 2008, con el objetivo de llevar a cabo una revalorización jurídica de las garantías y de extender el carácter garantista a todo el texto constitucional, no sólo a la carta de derechos sino también, por ejemplo, al Título IV (Participación y organización del Poder) u otros; lo que hace es, en lugar de reconocer las distintas garantías como parte del título de derechos, se realiza una unificación y sistematización, en un Título propio y diferenciado, de las formas o mecanismos concretos a través de los cuales se garantiza el carácter normativo y el cumplimiento de todo el texto constitucional en cualquiera de sus partes¹⁷.

En consecuencia, podemos decir que, a pesar de encontrarse ubicado en la parte orgánica de la Constitución, el derecho a la resistencia es reconocido en la Constitución ecuatoriana en igualdad de condiciones que el resto de derechos constitucionales.

17 Sobre ello, ver: NOGUERA, A., “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 83, IVAP, 2009, pp. 124-125.

2.2.2. El tratamiento de los derechos en el marco del Estado constitucional ecuatoriano

Las formas de Estado han evolucionado en el constitucionalismo europeo desde su creación, pasando del inicial “Estado legislativo de derecho” al “Estado constitucional de derecho”. Ambas formas de Estado se caracterizan por la sujeción de los poderes públicos a la ley, aunque el sentido de “ley” opera en cada uno de ellos en un sentido distinto¹⁸. Mientras en el primero la ley se entiende como ley ordinaria, en el segundo se entiende como ley constitucional.

Con el paso del “Estado legislativo de derecho” al “Estado Constitucional de derecho” se dan transformaciones importantes en el campo de las fuentes del derecho y en la propia naturaleza de la Constitución. La Constitución reemplaza a la ley en la cúspide del ordenamiento y del sistema de fuentes.

Sin embargo, si bien este reemplazo de la ley por la Constitución como fuente principal de derecho opera indiscutiblemente para los poderes públicos, nos encontramos que, en la práctica, dentro del modelo de Estado Constitucional de derecho no todas las Constituciones reconocen la misma aplicabilidad directa de los distintos grupos de derechos. Ello hace que a pesar de haberse cambiado el modelo de Estado, en el ámbito de determinados derechos no se haya logrado una superación absoluta del viejo imperio de la ley ordinaria en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria. Un ejemplo claro de ello es la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales en España.

En materia de derechos sociales, la Constitución española (CE) de 1978 incorpora la mayoría de los derechos sociales clásicos, sin embargo parte de la idea de que éstos no son “derechos” sino que son otro tipo de normas legales, concretamente, principios o directrices para guiar las políticas sociales, precisamente por ello ubica parte de estos derechos dentro del capítulo “Principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 al 52). Asimismo tampoco les otorga aplicabilidad directa, sino que de acuerdo con el art. 53.3 CE son principios de libre configuración legislativa, quedando su justiciabilidad condicionada a su desarrollo legislativo¹⁹.

Ello hace que las disposiciones referidas a los derechos sociales que la Constitución ubica fuera de la categoría de fundamentales, en tanto principios de

18 Nos referimos aquí a la clásica distinción entre “ley formal y ley material” o entre “ley ordinaria y ley constitucional” desarrollada por tantos autores. Vid. CARRÉ DE MALBERG, R., *La ley, expresión de la voluntad general: estudio sobre el concepto de la ley en la Constitución de 1875*, Marcial Pons, Barcelona, 2011; KELSEN, H., “Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale”, en *Dio e stato. La giurisprudenza comme scienza dello spirito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, pp. 221 y ss.; ZAGREBELSKY, G., *Manuale de diritto costituzionale, I: Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1991, pp. 8 y ss.; GUASTINI, R., *La fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, VIII.

19 La STC 80/1982, de 20 de diciembre, señaló que “el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3 de la Norma Fundamental” (FJ1). El art. 53.3 CE establece: “(...) los principios reconocidos en el Capítulo tercero (...) Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

políticas públicas de libre configuración legislativa, son mandatos normativos dirigidos al legislador, por tanto, solo afectará a los demás órganos del Estado y a los particulares en la medida en que sus preceptos hayan sido desarrollado mediante una ley²⁰. Prueba de ello es que en aquellas ocasiones en que en aplicación del Estado constitucional se procede a la justiciabilidad directa de derechos sociales, que efectivamente también las hay, se hace indirectamente por la vía de relacionarlos o considerarlos parte de otros derechos fundamentales pero no mediante su aplicación directa dada la dificultad de derivar *ex constitutione* una justiciabilidad absoluta e incondicional de todo el contenido de estos derechos²¹. Valga como ejemplo, la protección en repetidas ocasiones del derecho a la salud del art. 43 CE por la vía de vincularlo o considerarlo parte del derecho a la vida y la integridad física del art. 15 CE²².

En consecuencia, la eficacia indirecta de partes importantes de la Constitución que afectan a materias en relación a las cuales se dan a menudo episodios de movilización y resistencia popular (como son los derechos sociales) implica que la Constitución, como fuente jurídica suprema, sólo obliga en éstas directamente al legislador que se verá obligado a acomodar el contenido de sus leyes a la Constitución, siendo éstas objeto de control de constitucionalidad, de tal suerte que la Constitución solo estará presente en la vida jurídica por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad²³, pero no en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria que continuará estando mediada por la ley ordinaria²⁴. De acuerdo con el citado art. 53.3 CE un

20 Así lo considera el propio Tribunal Constitucional (TC). De un lado, a partir de identificar la inviable tutela directa a través del recurso de amparo con la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de los principios rectores, el TC da a entender que de los principios rectores no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo (ATC 241/1985). De otro lado, subraya el carácter no vinculante de los medios necesarios para cumplir los fines o las prestaciones constitucionales; por ejemplo, en relación al principio de protección familiar (art. 39) sostiene que “*es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado*” (STC 222/1992); y, lo mismo cabe decir de la seguridad social, pues si bien corresponde a todos los poderes públicos la tarea de acercar la realidad al horizonte de los principios rectores, de “entre tales poderes son el legislador y el gobierno quienes deben adoptar decisiones y normas...” (STC 189/1987).

21 Sobre ello, ver: NOGUERA, A., “El Estado social y el tratamiento de los derechos sociales en la Constitución Española de 1978”, en NOGUERA, A. y GUAMÁN, A. (dir.), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 197-210.

22 Ver como ejemplos las SSTC 119/2001, 5/2002, 62/2007, 160/2007 o 37/2011.

23 MONTAÑA, J., *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*, Cit., p. 26.

24 Si bien algunos autores han afirmado que en el caso español, el reconocimiento, en determinados casos, de la eficacia directa del derecho a la libertad de conciencia podría servir para eximir a los ciudadanos del cumplimiento de determinadas obligaciones independientemente de lo que establezca la ley, esta afirmación queda cuestionada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2009 (rec. 905/2008), en la que afirma que no existe un derecho constitucional general a la objeción de conciencia, ni siquiera como proyección del artículo 16 de la Constitución, porque éste encuentra su límite en la Ley. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo opone a la objeción de conciencia el artículo 9.1 de la Constitución y afirma que lo contrario supondría hacer depender las normas de su conformidad a cada conciencia individual. Sólo la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar se reconoce en la Constitución, de forma que, cualquier otro reconocimiento dependerá de la estricta voluntad del legislador. Además, autores como Francesco Biondo han presentado recientemente una crítica frente a toda una

ciudadano no puede exigir directamente por vía judicial muchos de los derechos sociales, aunque aparezca en la Constitución, si no existe una ley ordinaria que lo desarrolle.

El hecho de que la relación ciudadanos-justicia ordinaria en materia de justiciabilidad de derechos sociales no esté regida, en muchos casos prácticos, por una aplicabilidad directa de la Constitución sino mediada todavía por la ley ordinaria como fuente jurídica principal de aplicación, tiene como consecuencia que cualquier reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia que pueda darse, sólo tendrá en la práctica un significado retórico. La auto-ejecutibilidad de derechos sociales, por la vía de la resistencia y pasando por encima de la ley (el Código penal, por ejemplo), sólo podría justificarse judicialmente por la vía de la aplicación directa de derechos sociales constitucionales, pero nunca en el marco de una relación donde la ley ordinaria continua siendo la fuente jurídica principal.

Consciente de ello, el constituyente ecuatoriano lleva a cabo una transformación del tratamiento de los derechos sociales y sus garantías. Esta nueva regulación, basada en el principio de indivisibilidad y aplicación directa de todos los derechos constitucionales sin distinción persigue desplazar, también en materia de justiciabilidad de derechos sociales, a la ley como fuente del derecho por excelencia y convertir la Constitución en una norma suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debiendo ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares²⁵. La Constitución debe conformarse en fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que puedan entrar, refiriéndose también, directamente, a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. La Constitución debe establecer normas que pueden ser invocadas, cuando sea posible, como reglas, por ejemplo, para las relaciones familiares, en las relaciones en las empresas, en las asociaciones, etc.

Para conseguir este objetivo el texto constitucional ecuatoriano de 2008 incluye los siguientes aspectos:

tradición teórico jurídica que habría insistido en ubicar la resistencia o la desobediencia civil bajo el rótulo de derecho subjetivo de la libertad de conciencia. A diferencia de la libertad de conciencia, la resistencia señalan estos autores, no puede entenderse como una opción íntima, privativa, específica del sujeto que en nombre de la conciencia individual que, en el marco de una visión atomista de la sociedad y del sujeto individual, esgrime un derecho (en el terreno jurídico) o deber (en el campo moral) a desobedecer esta, esa o aquella norma. La resistencia debe entenderse como una suerte de virtud del ciudadano comprometido, concernido al menos, con las normas que le rodean, así como una acción colectiva (Ver: BIONDO, F., *Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio*, Giappichelli Editore, Torino, 2012).

²⁵ Como señala Zagrebelsky, la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley (ver el capítulo "La separación de los derechos respecto de la ley" en ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 1995).

Uno, un desarrollo largo y casi reglamentario de los derechos. La Constitución ecuatoriana tiene 444 artículos. Ello evita la indeterminación y permite una completud que hace del texto constitucional un instrumento didáctico y normativo mediante el cual los ciudadanos pueden resolver casi todos los asuntos.

Y dos, el reconocimiento del principio de aplicabilidad directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de todos los derechos que aparecen en la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 11.3). Así como la imposibilidad de ninguna norma jurídica de poder restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (art. 11.4).

Todo ello tiene como consecuencia una desvalorización de la ley y un fortalecimiento del papel de todos los derechos constitucionales en el sistema de fuentes del derecho, lo que es especialmente importante en ámbitos especialmente conflictivos como el de los derechos sociales. La relación entre ciudadanos y justicia ordinaria ya no está mediada principalmente por la ley sino por la Constitución. Este carácter de toda la constitución como norma directamente aplicable por encima de la ley abre la posibilidad que en base a la aplicación de la misma se pueda priorizar la aplicación de la Constitución por encima de la de las leyes, lo que resulta fundamental para la justiciabilidad del derecho a la resistencia²⁶.

En resumen, lo que hace la constitución de 2008 establecer un tratamiento novedoso de los principios de aplicación e interpretación de los derechos constitucionales que permita la aceptación jurídica y eficacia del derecho a la resistencia, incluso en ocasiones, por encima de las leyes.

3. CULTURA JURÍDICA Y OPERADORES GENERALES DEL DERECHO

A pesar de lo anterior, en la práctica, el reconocimiento jurisprudencia del derecho a la resistencia, desde 2008 hasta hoy, es casi inexistente tanto por parte de los tribunales ordinarios como de la Corte Constitucional.

Respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no existe todavía un reconocimiento del derecho a la resistencia. Hay tres sentencias donde la Corte trata casos vinculados con este derecho²⁷, no obstante, en todas ellas, el derecho

26 Con ello se rompe la concepción de la imposible justiciabilidad del derecho a la resistencia expresada por autores como Bobbio: "(...) jurídicamente el derecho de resistencia es un derecho secundario, del mismo modo que son normas secundarias las que procuran la protección de las primarias: es un derecho secundario que interviene en un segundo momento, cuando se conculcan los derechos de libertad, de propiedad y de seguridad que son derechos primarios. (...) el derecho de resistencia interviene tutelando los otros derechos pero no puede a su vez ser tutelado y, por tanto, debe ejercerse por propia cuenta y riesgo" (BOBBIO, N., "La revolución Francesa y los derechos del hombre", en BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 141).

27 Sentencia N°. 0004-09-SAN-CC, Caso N.º 0001-08-AN (Pambilar/ENDESA-BOTROSA), de 24 de septiembre de 2009; Sentencia N.º 008-12-SAN-CC. Caso N.º 0085-09-AN (El Rosal/ADELCA), de 17 de abril de 2012; y, Sentencia N°. 034-13-SCN-CC, Caso N°. 0561-12-CN, de 30 de mayo de 2013.

a la resistencia aparece en la sentencia de la Corte como mero *Obiter dictum* pues se resuelve el caso en base a la existencia de vicios procedimentales sin tener que entrar a pronunciarse sobre la resistencia como tal.

En el caso de los tribunales ordinarios, a pesar de que el derecho a sigo alegado en múltiples ocasiones, éste sólo ha sido reconocido y protegido en un caso. En el resto de casos, los jueces han hecho prevalecer la aplicación de la ley ordinaria, el Código Penal, por encima del derecho constitucional a la resistencia.

3.1. EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

El derecho a la resistencia ha sido alegado en múltiples ocasiones, desde el 2008 en adelante, por individuos y por colectivos. Desde entonces hasta hoy, sólo una sentencia en todo el país ha reconocido y protegido jurisdiccionalmente el uso del derecho a la resistencia. En el resto de casos, tanto cuando el conflicto se resuelve por vía política como por vía judicial, éste derecho no ha sido reconocido.

3.1.1. La sentencia del caso Luis Oswaldo Tamayo c. Rodrigo Ricaurte Marín, de 29 de septiembre de 2009, del juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha

La única sentencia en el país que ha reconocido y protegido el derecho a la resistencia es la sentencia, de 29 de septiembre de 2009, del Juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha (Quito) en el Juicio No. 2009-1028 (Resp. Dr. Tapia Paul Andrés). Se trata de un caso de “resistencia individual o del particular”²⁸. Los hechos versan sobre un contrato de compraventa con canje a tres partes, en el que ante la imposibilidad de cerrarse por desacuerdo entre las partes²⁹, acuden al mecanismo arbitral para intentar solucionar el problema, concretamente, se someten a juicio arbitral del Centro Nacional de Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito (CENAMACO) (Juicio arbitral 001-2008).

28 Junto a la figura del derecho de resistencia colectiva, es también posible encontrar la expresión derecho de resistencia calificada con el adjetivo “individual” o como “derecho de resistencia del particular”. Con esta expresión “derecho de resistencia individual” se suele hacer referencia a la existencia de una facultad de las personas para poder resistir legítimamente ciertas actuaciones del poder público (Sobre ello, ver: BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bolonia, 1984, pp. 452-457). A su vez, dentro de estas resistencias individuales legítimas es también posible distinguir entre aquellas resistencias originadas en un contexto de “relaciones de subordinación jerárquica” y aquellas otras que se generan en el contexto de unas “relaciones de mera subordinación” o de subordinación política de un particular respecto a los representantes del poder público (Sobre ello, ver: QUERALT, J. J., *La obediencia debida en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 71 y ss).

29 El caso versa sobre un contrato de compraventa con canje a tres partes, por el cual: 1) los cónyuges “Hidalgo-Vargas” prometieron transferir por 79.000 USD la propiedad de su departamento 2C6 del edificio Almirante ubicado en Atacames (Esmeraldas), a los señores “Granda-Krol”; 2) los cónyuges “Granda-Krol” prometieron transferir por 79.000 USD la propiedad del departamento B del edificio Marel ubicado en la Avda. la Coruña de Quito, a los cónyuges “Gallegos-Hidalgo”, a quienes voluntariamente entregaron las llaves para que lo habiten; y, 3) los cónyuges “Gallegos-Hidalgo” prometieron pagar en dinero efectivo los 79.000 USD del valor del departamento del edificio Almirante a los cónyuges “Hidalgo-Vargas”; El contrato de compraventa definitivo no se firmó porque los cónyuges “Gallegos-Hidalgo” al ocupar el apartamento del edificio Marel descubren que tiene vicio oculto que lo hace inhabitable y, además, por su divorcio, y por eso no lo quieren adquirir y lo desocupan.

En el marco del procedimiento de arbitraje, el árbitro solicita a las partes la entrega de las llaves de los apartamentos. Una de las partes, los cónyuges “Hidalgo-Vargas”, expresan por medio de su abogado Luis Oswaldo Tamayo, que si bien si permiten acceso al apartamento para realizar las inspecciones oportunas no van a entregar las llaves de su apartamento, argumentando que ellos nunca ofrecieron entregarlas y tampoco hay providencia escrita ordenándolo bajo prevención legal, lo que lleva al árbitro a imputar un primer desacato al abogado Luis Oswaldo Tamayo.

Posteriormente, el árbitro reclama a las partes propietarias de los dos apartamentos en litigio, el pago de los impuestos prediales como un aporte para la culminación del informe del Perito evaluador que debía ser entregado el día de 17 de julio de 2009.

Ninguna de las dos partes propietarias, los cónyuges “hidalgo-Vargas” y los cónyuges “Granda-Krol” no pagan los impuestos. El árbitro imputa un segundo desacato al abogado de los primeros, Luis Oswaldo Tamayo, y le impone una sanción de cincuenta salarios mínimos vitales generales al abogado Luis Oswaldo Tamayo, en base al art. 33 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), acusándolo de usar artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso del arbitraje. El árbitro no sanciona, sin embargo, al abogado de la otra parte propietaria que tampoco pagan los impuestos prediales.

Con la sanción, el abogado Luis Oswaldo Tamayo se encuentra ante un perjuicio que viene dado no sólo por el pago de 200 dólares sino también por su repercusión legal sobre su derecho a mantener su honor y buen nombre, derecho consagrado en el art. 66.18 de la Constitución, además que la sanción merma su posibilidad a ejercer funciones en donde sea requisito no haber sido sancionado para ejercer cargos públicos.

Asimismo, se encuentra a la vez en una situación de indefensión pues no puede usar la acción de nulidad que prevé el art. 31 de la LAM, ni acudir a la vía administrativa ni a la justicia ordinaria para defenderse de los derechos imputados.

No puede hacer uso de la acción de nulidad del art. 31 LAM porque la acción del árbitro no se encuentra comprendida dentro de las causas de nulidad que contempla el art. 31 de la Ley, que establece, que la nulidad es procedente cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; pero que en el presente caso se trata de una providencia y no de un laudo arbitral, y tampoco procede dicha acción, como lo menciona la norma señalada, más cuando el árbitro se excede en su competencia, sancionando a un abogado que no es parte procesal.

En cuanto a la vía administrativa, no puede recurrir ya que el art. 190 de la Constitución y los arts. 17.2 y 7.4 de la Ley Orgánica de la Función Judicial (LOFJ) sitúan el arbitraje como autónomo, sin que éste y sus resoluciones se encuentren

bajo control disciplinario ante órgano alguno ni al control del Consejo Nacional de Judicatura que es el órgano ante el cual en general, se puede presentar queja. Asimismo, el art. 30 de la LAM expresa: “Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de ese mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación. Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente ley”. Por tanto, una vez Luis Oswaldo Tamayo solicitó la revocación de la multa, denegada por el árbitro, la sanción quedó firme no pudiendo acudir a ninguna instancia. El abogado no puede intentar el reclamo administrativo por que el árbitro del CEMANACO no es funcionario u autoridad pública administrativa ni el recurrente tiene la calidad de administrado o su subordinado para intentar la acción contencioso-administrativa que prevé la Ley de la materia, cuyos jueces tampoco son competentes.

Tampoco puede presentar ante la justicia ordinaria una demanda que deje sin efecto la sanción del árbitro, pues ésta sería rechazada por falta de competencia. El art. 33 de la LAM señala claramente que la sanción se impondrá a las partes que promuevan incidentes. La sanción está claramente señalado que se impondrá a las partes procesales, lo que no se hace en este caso, donde por el contrario la sanción se impone al abogado, más cuando se trata de un hecho que tanto entregar las llaves como pagar el impuesto corresponde a las partes, no al abogado.

En consecuencia, no teniendo ninguna instancia donde recurrir en busca de amparo de sus derechos constitucionales vulnerados (derecho al honor y buen nombre, derecho a contradecir los hechos imputados, a poder acogerse a la revisión judicial, etc.), el accionante Luis Oswaldo Tamayo recurre al derecho a la resistencia del art. 98 de la Constitución, que en este caso se materializa en negarse a cumplir con la obligación de pagar la multa, como única vía para hacer efectivo el art. 75 de la Constitución que establece, en forma terminante, que toda persona tiene derecho al acceso a la justicia, a la tutela de sus derechos y que en ningún caso quedará en indefensión.

Ante estos hechos y al analizar la demanda presentada por Luis Oswaldo Tamayo contra el árbitro Ing. Rodrigo Ricaure Marín alegando el derecho a la resistencia para no pagar la multa, el juzgado vigésimo quinto de la civil de Pichincha llega a la conclusión de que, efectivamente, el abogado al no disponer de otros medios se encuentra en estado de indefensión, lo que lleva al juzgado a verificar “que no se trata de una interposición abusiva o fraudulenta de la acción constitucional de resistencia” sino de una acción legítima. Como señala el juez en su sentencia

“quedando como único recurso, el derecho a la resistencia, ante el estado legal, es decir cuando el ordenamiento legal en sí mismo es el que se constituye en obstáculo para el ejercicio de derechos e instrumento para su vulneración. Como en el caso que nos ocupa... “(...) se acepta el presente recurso del derecho a la resistencia, disponiendo se deje sin efecto la multa”.

3.1.2. Otros casos

Como hemos señalado, en el resto de casos, tanto cuando el conflicto se resuelve por vía política como por vía judicial, éste derecho no ha sido reconocido. De cualquier forma, resulta interesante revisar algunos casos relevantes en los cuales se invoca por parte de los afectados, el derecho a la resistencia.

El caso *Quimsacocha*, sería el primer juicio en Ecuador donde de manera indirecta se considera la alegación de los imputados en torno al derecho a la resistencia. El caso se refiere a la protesta de un grupo de alrededor de 150 indígenas y campesinos el 4 de mayo de 2010, organizada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE y la Confederación Kichwa del Ecuador, ECUARUNARI, con el objeto de resistir al proyecto de la Ley de Aguas y la explotación minera en la zona de Quimsacocha (Provincia del Azuay) y donde fueron detenidos tres dirigentes indígenas. A pesar de que los detenidos alegaron ejercicio de su derecho a la resistencia argumentando que “su pueblo se encuentra amenazado de la salud por la afección del agua” y que “por los convenios y tratados internacionales se dio el derecho a la resistencia, por lo que se ha dado una protesta pacífica” de comuneros de varias provincias; el juez acabó condenándolos por el delito de obstaculización de vía pública, previsto en el art. 129 del Código Penal. En su argumentación el juez se limita a aplicar el derecho penal sin referirse al derecho de resistencia alegado por las partes.

Otro ejemplo de caso resuelto por la vía política es la negativa, en el año 2009, de los maestros de la Unión Nacional de Educadores (UNE), amparándose en el art. 98 de la Constitución, a someterse a un examen de evaluación impuesto por el Ministerio de Educación para medir su capacidad para la educación. Frente a ello, el Gobierno argumentó que no se trataba de resistencia sino de “desacato a la ley” y el Presidente del Gobierno firmó el Decreto 1740/2009³⁰ por el que se modificó el art. 77 del *Reglamento General a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional* estableciéndose que los docentes que no asistieran a la evaluación serían convocados a un segunda llamamiento en el plazo de 30 días, siendo destituidos si no asistían a este sin causa justificada. Ello motivó a muchos docentes, temerosos de perder su trabajo, a asistir al examen, resolviéndose el conflicto por la fuerza.

Respecto a otros ejemplos de casos resueltos por la vía judicial, podríamos referirnos a diversos procesos de resistencia por parte de las poblaciones indígenas

30 <http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/ DECRETO-17401.pdf>

o campesinas en cuyos territorios se pretende establecer o se ha impuesto ya la ejecución de los proyectos que vulneran los derechos de la naturaleza³¹ o de la comunidad. Al parecer estas acciones de resistencia cumplirían todos los requisitos para ser consideradas como legítimas por estar confrontando actos del poder público o privado contrarios a la Constitución, sin embargo la respuesta por parte del Estado y de la judicatura frente a estas protestas y oposición de las comunidades a la ejecución de los proyectos mencionados, ha sido la el apoyo a las denuncias presentadas por las empresas y resoluciones judiciales que centradas en una concepción positivista normativista basada en el imperio de la ley, condenan a los acusados por vulneración de disposiciones del Código Penal (delitos contra la propiedad, contra el bien público, sabotaje, terrorismo, etc.). Como señala W. Guaranda, ninguna de las sentencias se han detenido a analizar los componentes políticos que giran alrededor de estos temas sino que aplican literalmente la ley y no realizan un ejercicio de razonamiento respecto a que estos actos son consecuencia de una expresión política legítima, por lo cual merecen un tratamiento más holístico que le diferencie de los actos penales, considerando que el sujeto, en el contexto de la resistencia social, no tiene como finalidad delinquir para beneficiarse, sino por el contrario, el delito que pudo haber resultado de la acción de resistencia fue producto de su intención de mejorar una situación de discriminación, vulneración o desconocimiento de un determinado derecho que le afecta gravemente³².

Para ver algunos ejemplos de cómo las movilizaciones de oposición a leyes y políticas estatales sobre el uso de recursos naturales son contestadas con detenciones e imputación de cargos penales de motivación política, puede verse el informe de Amnistía Internacional, *Para que nadie reclame nada: ¿criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?*³³, donde se analizan siete casos, que afectaron a 24 dirigentes de comunidades y organizaciones indígenas, de

31 El texto constitucional ecuatoriano reconoce, en su art. 10, a la naturaleza como sujeto de derechos autónomos y desarrolla estos en el Capítulo séptimo del Título II (Derechos de la naturaleza). Además, al otorgar a los derechos de la naturaleza aplicabilidad directa (art. 11.3) e igual jerarquía (art. 11.6) que el resto de derechos constitucionales, ubica los derechos de la naturaleza en posición de plena igualdad con los derechos de los seres humanos.

Después del reconocimiento por la Constitución de la naturaleza como sujeto de derechos, los jueces del país han emitido diversas sentencias donde se interpreta el daño ambiental *per se*, el daño causado a la naturaleza, como un daño autónomo y diferente del daño civil ambiental [puede verse, por ejemplo, el caso *Nelson Alcívar y otros contra oleoducto de crudos pesados (OCP) Ecuador S.A.* (2009); o *Marcelo Franco Benalcázar vs. Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A.* (2010)]. Y, otras donde se resuelve a favor de ríos y en contra de la Administración pública. Un ejemplo de ello es la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, de 30 de marzo de 2011, donde se resuelve a favor del río Vilcabamba y se condena al Gobierno Provincial de Loja por el impacto ambiental producido por la obra de ensanchamiento de la carretera Vilcabamba-Quinara que depositó grandes cantidades de piedras y material de excavación sobre el río.

32 GUARANDA, W., "La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia", en SAAVEDRA, L.A. (ed.), *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, INREDH, Quito, 2009, p. 162.

33 Amnistía Internacional, *Para que nadie reclame nada: ¿criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?*, Amnesty International Publications, Londres, 2012.

manifestaciones que tuvieron lugar entre enero de 2009 y junio de 2010 contra los Proyectos de Ley de Minería³⁴ y de Ley de Aguas.

Estos casos, y muchos otros, demuestran cómo a pesar del reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia y del diseño de la nueva forma de Estado constitucional, continua vigente en la cultura jurídica de los operadores generales del derecho (abogados, jueces, etc.) un positivismo legalista que impide la justiciabilidad del derecho a la resistencia.

Tanto desde el Estado como de la judicatura se olvida y niega, frecuentemente, el potencial normativo garantista de los principios de aplicación e interpretación de los derechos establecidos en la Constitución y que establecen una clara aplicabilidad directa de los derechos constitucionales. Frente a ello, se siguen considerando que justicia y ley son sinónimos, y defienden una interpretación de las fuentes totalmente dependiente de la voluntad del legislador³⁵, que lleva a que cualquier comportamiento de resistencia que desobedece el Código Penal o la ley debe considerarse anti-jurídico y punible.

Se produce por tanto, en el país, un choque de culturas jurídicas, la nueva cultura del nuevo constitucionalismo garantista establecido en la Constitución frente a una vieja interpretación originalista y omnipotencia de la ley extendida todavía en el Poder político y judicial, que impide cualquier ejercicio de activismo jurisprudencial para la aceptación jurídica y justiciabilidad del derecho a la resistencia, pues no puede pasarse por alto que, en última instancia, los encargados de aplicar y justiciabilizar los derechos son los jueces.

4. ¿HACIA UN DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA RESISTENCIA?

Ante la inaplicación del potencial normativo garantista del principio de aplicabilidad directa del derecho constitucional a la resistencia y la incapacidad de los operadores jurídicos de establecer una clara separación entre derechos y ley, algunos han empezado a plantear que la única manera para lograr la aceptación jurídica y justiciabilidad de tal derecho sería, de acuerdo con el art. 11.8 de la Constitución³⁶, un desarrollo legislativo del derecho que permitiera

34 El 14 de noviembre de 2008, el gobierno presentó en la Asamblea Nacional un *Proyecto de Ley de Minería*. Pese a las garantías constitucionales que establecen que las comunidades afectadas tienen derecho a ser consultadas, las comunidades alegaron que no se les había consultado adecuadamente antes de presentar la ley para su aprobación. La nueva ley abría el camino al desarrollo de una industria minera en gran escala. En ella se establecían los requisitos que tenían que cumplir las empresas para poder optar a concesiones, los permisos que necesitaban para operar en áreas protegidas, y las normas que debían seguir para contratar mano de obra local [ver: GUARANDA, W., "Diagnóstico legal de la minería en el Ecuador", *Biodiversidad en América Latina y el Caribe*, Argentina, 10 de julio de 2009 (<http://www.biodiversidadla.org/content/view/full/50457>)]. Estas tensiones terminaron estallando en protestas que se propagaron por todo el país, especialmente en las provincias del sur de Ecuador, entre diciembre de 2008 y enero de 2009.

35 Sobre ello, ver: MONTAÑA, J., *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*, Cit., pp. 96-99.

36 Art. 11.8: "El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio".

fijar, de manera clara, la naturaleza jurídica de las obligaciones que de él se derivan.

A pesar de que la Constitución prevé expresamente el desarrollo legislativo de los derechos constitucionales, esta ha sido respecto al derecho a la resistencia una postura no exenta de problemas, frente a ella se plantean dos tipos de oposición: una jurídica y una sociológica.

Desde el punto de vista jurídico se podría argumentar que normativizar el derecho a la resistencia, aparte de implicar por un lado, una desnaturalización del mismo en tanto la desobediencia a la ley no puede encontrar su fundamento en el derecho objetivo sino sólo en el derecho moral, por el otro lado no ayuda a favorecer, tampoco, la promoción de una nueva forma de entender la función de los jueces y de la jurisprudencia que se adecue al principio de aplicabilidad directa de la Constitución como regla para casos concretos. Defender el desarrollo legislativo del derecho a la resistencia como única manera de hacerlo efectivo conlleva no romper y perpetuar la vieja concepción del “imperio de la ley”, con lo que todo lo que ganas en regulación y eficacia del derecho a la resistencia lo pierdes en la consolidación de un modelo constitucional garantista superador del formalismo legal.

Frente a ello puede argumentarse que el principio de aplicabilidad directa de los derechos fue creado como una garantía para evitar los llamados fenómenos de “legislación negativa”, esto es que la falta de desarrollo legislativo de un derecho impidiera su eficacia, pero ello no parece ser incompatible con que los derechos puedan e, incluso deban, desarrollarse normativamente, sin que ello afecte a la plena vigencia del principio de aplicabilidad directa.

En cuanto a la crítica sociológica de la regulación mediante ley del derecho a la resistencia, han sido varios los autores que han argumentado que ello podría favorecer situaciones de parasitismo por parte de algunos ciudadanos o a un estado de anarquía donde cada grupo imponga por la fuerza y al margen de la ley sus aspiraciones³⁷. Sin embargo, no hay motivo para tal alarma, la manera de garantizar la plena vigencia del derecho a la resistencia con el mantenimiento del orden y la seguridad jurídica pasa por delimitar claramente: 1. quienes son los sujetos; 2. cuales las “necesidades” o “carencias”; y, 3. cuales las condiciones; que legitimarían para la activación y ejecución del derecho a la resistencia.

En cuanto a los sujetos, ¿Quién estaría legitimado para activar el derecho? De acuerdo con el art. 10 de la Constitución podrían ejercerlo todas las “personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos” ante la vulneración o amenaza de sus derechos por parte del poder público o terceros privados, o bien para demandar el reconocimiento de nuevos derechos. La formulación general de la

37 Sobre ello ver REALE, M., *Teoria do direito e do estado*, Saraiva, Sao Paulo, 1984, p. 263; y BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980, pp. 164 y 264-265.

Constitución parece ir mucho más allá de aquellas posiciones, como la de Roberto Gargarella, que dentro del debate teórico sobre el derecho a la resistencia han planteado que el criterio para determinar quién está legitimado para llevar a cabo este tipo de actos de desobediencia debería encontrarse en la definición internacional, propuesta por el PNUD, de “situación de extrema pobreza”. Según el autor, aquellas personas que se encuentran en situación de marginación severa y carencia de derechos básicos son las que sufren una situación de “alienación legal” legitimadora de la desobediencia³⁸.

Esta concepción plantea varios problemas de incompatibilidad con la propia Constitución. Uno es la jerarquización de derechos. El autor coincide con la famosa teoría de la jerarquía de necesidades elaborada por A. Maslow o M. Max-Neef, según la cual debe fijarse una diferencia entre determinados “bienes” y “capacidades” que, desde un punto de vista “primario” o “existencial”, serían más importantes y su violación más grave que la de otros³⁹, por eso se admitiría en este caso, pero no en el resto, la desobediencia y autoejecutibilidad del derecho. Otro elemento problemático de este planteamiento de Gargarella sería su incompatibilidad con el propio art. 10 de la Constitución que atribuye la titularidad de todos los derechos constitucionales a todas “las personas”, pues este planteamiento establecería una exclusión injustificada de los no marginados en la lucha por la defensa de los derechos. La posición de Gargarella es cuestionada por otros autores como Fernando Aguiar o Joshua Cohen, que plantean el siguiente supuesto y pregunta: si un grupo de personas que se encuentran en situación de carencia extrema tiene derecho a la desobediencia y autoejecutibilidad de sus derechos, otras personas no necesariamente excluidas pueden considerar que tienen la obligación moral de respaldar esta acción si el Estado no hace nada para aliviar la situación de quienes no tienen cubiertas sus necesidades. ¿Podría una persona integrada legalmente tratar de cambiar, por medios ilegales, el orden legal que excluye a otros? ¿Se puede desobedecer el derecho en solidaridad con otras personas? Ante ello responden que cuando un gobierno dicta normas injustas e ineficaces, lo hace en nombre de todos y empleando recursos que son de todos. Bajo estas condiciones, limitar el derecho de desobediencia a los marginados obliga a los otros a convertirse en cómplices de las violaciones gubernamentales. Quedaríamos aquí enfrentados a un conflicto político entre los pobres, que tienen el derecho a la resistencia, y el resto de la población que no lo tendría, éstos solo tendrían una obligación intacta de obedecer⁴⁰.

38 Gargarella utiliza el concepto de “alienación legal” para referirse a situaciones donde el carácter injusto e ineficaz del derecho oficial o estatal hace que, en lugar de garantizar la libertad y el bienestar para la gente, éste pase a trabajar en contra de los intereses populares (GARAGARELLA, R., *El derecho a resistir el Derecho*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005, pp. 22 y 34-35).

39 Esta concepción fue desarrollada posteriormente por otros autores como: NUSSBAUM, M. y SEN, A. (eds.), *The quality of life*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

40 COHEN, J., “¿Sufrir en silencio?”, en GARGARELLA, R., *El derecho a resistir el Derecho*, Cit. p. 86.

Por tanto, de acuerdo con la Constitución debería ampliarse la legitimidad para activar el derecho a la resistencia a todas las “personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos” que vean amenazados o reivindiquen cualquiera de los derechos constitucionales.

Otro elemento importante vinculado con el anterior, es determinar cuáles son aquellas necesidades que legitiman la activación del derecho a la resistencia. Muchas veces, cuando se piensa en tales necesidades hay una tendencia natural en enfatizar la lectura restrictiva⁴¹ o economicista de esta categoría priorizándose las necesidades sociales o materiales, sin embargo el bienestar y calidad de vida obliga a considerar también otras variables culturales, políticas, filosóficas o biológicas de las necesidades. También aquí y de acuerdo con el principio de indivisibilidad, interrelación e igual jerarquía del art. 11.6 de la Constitución debería partirse de la idea que el derecho a la resistencia debiera poderse usar para la defensa o reivindicación de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos⁴².

Finalmente, es indispensable también, fijar las condiciones que legitimarían para la activación del derecho a la resistencia. Estas condiciones pueden hacer referencia a: a) el deber de obedecer deberes morales básicos de respeto y reciprocidad; b) la obligatoriedad de tener que existir un vínculo entre las acciones

41 Para Rawls la desobediencia civil sólo es aceptable como reacción a la restricción grave del que, en Teoría de Justicia, define como primer principio de la justicia, del principio de libertad igual, y de violaciones manifiestas de la segunda parte del segundo principio, del principio de justa igualdad de oportunidades (RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1979, p. 413). Para Peces-Barba, las únicas razones que pueden apoyar la desobediencia civil son las mismas que fundamentan la obediencia y que para él se concretan en cinco: “cuando un sistema jurídico establece privilegios o cauces para eludir la obediencia a las normas para algunos, cuando establece normas que violan el consenso de la Constitución o liberan al gobernante del sometimiento a la Ley, cuando en la adopción de decisiones se establecen desigualdades entre los ciudadanos, y uno puede ser sacrificado en beneficio de otro que tiene ventaja, es decir, cuando se vulnera lo que Singer llama “el compromiso justo”, cuando se convierten en ilusiones los mecanismos de institucionalización de la resistencia o se violan los valores, principios o derechos fundamentales, los individuos o las minorías afectadas por esta discriminación, estarían legitimadas para la desobediencia. En definitiva cuando un sistema aparentemente democrático no hace posible que cada uno pueda pretender realizar su autonomía moral, con normas que dificulten el dinamismo de la libertad, la desobediencia está justificada” (PECES-BARBA, G., “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 5, Universidad Complutense de Madrid, 1988-89, p. 165-166).

42 Autores como C.A Wolkmer, han concretado, partiendo del principio de indivisibilidad de los derechos, una clasificación y listado de necesidades para cuya reivindicación estaría justificada el ejercicio del derecho a la resistencia. Estos serían: el derecho a satisfacer las necesidades existenciales (alimentación, salud, agua, aire, seguridad, etc.); derecho a satisfacer las necesidades materiales (derecho a la tierra –derecho de posesión, derecho de los sin tierra–, derecho a la habitación y a la vivienda –derecho al suelo urbano, derecho de los sin techo–, derecho al trabajo, al salario, al transporte, a guarderías infantiles, etc.); derecho a satisfacer las necesidades sociopolíticas (derecho a la participación, derecho de reunión, de asociación, de sindicalización, de desplazamiento, etc.); derecho a satisfacer las necesidades culturales (derecho a la educación, derecho de los sin tierra–, derecho a la habitación y a la vivienda –derecho al suelo urbano, derecho de los sin techo–, derecho al trabajo, al salario, al transporte, a guarderías infantiles, etc.); derecho a satisfacer las necesidades sociopolíticas (derecho a la participación, derecho de reunión, de asociación, de sindicalización, de desplazamiento, etc.); derecho a satisfacer las necesidades culturales (derecho a la educación, derecho de los sin tierra–, derecho a la habitación y a la vivienda –derecho al suelo urbano, derecho de los sin techo–, derecho al trabajo, al salario, al transporte, a guarderías infantiles, etc.); derecho de los pueblos, de las minorías y de las diferencias étnicas (derechos de las naciones, de la mujer, de los negros, de los indígenas, de los niños y de la gente mayor) (Esta es una clasificación establecido por: WOLKMER, C.A., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, MAD, Sevilla, 2006, p. 150; a partir de las contribuciones de: P. DEMO, *Participação é conquista*, Cortez/Autores Associados, Sao Paulo, 1988, pp. 23-24; JACQUES, P.M., “Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho”, *El Otro Derecho*, núm.1, Bogotá, 1988, pp. 23-24; y, LESBAUPIN, I. *As classes populares e os direitos humanos*, Vozes, Petrópolis, 1984, pp. 95-158).

que se realizan y las desventajas que se sufren; y, c) que la ejecutibilidad de un derecho no pueda vulnerar otros derechos o intereses que son considerados más importantes en el interior de la comunidad. La ejecutibilidad de un derecho no puede implicar violaciones de derechos más graves que aquellas que se pretenden remediar. En el caso de tratarse de derechos con igual estatus, la afectación causada por el ejercicio de uno, no debe ser más grave que aquella que se pretenda remediar.

En consecuencia, todas estas son cuestiones que debería desarrollar, en su caso, una futura ley del derecho a la resistencia.

5. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta aquí, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- A partir del siglo XIX, momento en que el imperio de la ley se convirtió en la única y fundamental fuente del derecho, la doctrina de la resistencia empezó a perder importancia y aceptación en términos jurídicos.
- El derecho a la resistencia, reconocido jurídicamente por primera vez en Ecuador durante el proceso constituyente de 2007-2008, es constitucionalizado en la Constitución de 2008. Esta Constitución intenta garantizar su uso incorporándolo al interior de una nueva regulación de los principios de interpretación y aplicación de los derechos que abre la posibilidad de que la resistencia pueda ser eficaz y justiciable repetidamente en el interior de un Estado políticamente estable.
- A pesar de este reconocimiento constitucional la cultura jurídica positivista normativista de los operadores generales del derecho impide, en la práctica, la justiciabilidad del derecho.
- Ante esta situación, se discute la opción que de conformidad con el art. 11.8 de la Constitución, se pueda proceder a un desarrollo legislativo del derecho que permitiera fijar la naturaleza jurídica de las obligaciones que de él se derivan. Opción que plantea luces y sombras.

NEGOCIAÇÃO TRIPARTITE: MECANISMOS HÍBRIDOS NA ARENA PÚBLICA BRASILEIRA¹

Paola Cappellin

AMORJ / UFRJ

1. Renovação de dispositivos e normas. 2. Globalização pelos direitos e não somente globalização pelo mercado. 3. Da irresponsabilidade à responsabilidade? 3.1. A introdução do Programa “Pró-Equidade de Gênero”. 3.1.1. Discursos, ações e práticas. 3.1.2. Um ponto de vista para implementar a equidade. 3.1.3. Limites e desafios. 3.2. O compromisso nacional para aperfeiçoar as condições de trabalho na cana-de-açúcar. 3.2.1. Discursos, ações e práticas. 3.2.2. Reivindicações e críticas. 3.3. O compromisso nacional para aperfeiçoar as condições de trabalho na indústria da construção. 3.3.1. Reivindicações e críticas. 3.3.2. Desafios para os sindicatos dos trabalhadores. 4. Conclusões: governar no pluralismo.

Resumo: O artigo tem como objeto de análise as primeiras experiências de programas de *Soft Law* no Brasil. São iniciativas promovidas pelo Estado com o fim de introduzir procedimentos para sensibilizar e “educar” a classe empresarial a respeito dos direitos no âmbito das relações laborais. Nas conclusões, sugerimos que esses programas, ao divulgarem os direitos adquiridos, ao mesmo tempo denunciam a profundidade das irregularidades e os impasses em tutelar os direitos dos(as) trabalhadores(as).

Abstract: The article takes as its object the first experiments of *Soft Law* programs in Brazil. Are initiatives promoted by the state in order to introduce procedures to sensitize and “educate” the business class to respect the rights under labor relations. The conclusions suggest that these programs at the same time publicize the rights and also denounce irregularities and impasses in protecting the workers’ rights.

Palavras chaves: Relações industriais no Brasil; *Soft Law*; condutas empresariais.

Keywords: industrial relations in Brazil; *Soft Law*; business conduct.

¹ Este artigo foi apresentado na sua primeira versão no seminário “Normes d’emploi et situations de travail face aux régulations marchandes et politiques: la globalisation vue du Nord et vue du Sud”, Universidade Federal do Paraná (UFPR), em 20 de setembro de 2013, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Núcleo de direito comparativo e cidadania, coordenado pela rede ZOGRIS, Université Paris-Dauphine, U-PEC-Créteil, CNAM-LISE (Paris), 2010-2014. A autora é socióloga e professora vinculada ao Arquivo de Memória Operária do Rio de Janeiro –AMORJ–, do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro –UFRJ–.

1. RENOVAÇÃO DE DISPOSITIVOS E NORMAS

No início do século XXI aumentam a difusão dos códigos de conduta, os selos sociais e o *audit social*². São todas iniciativas de caráter “híbrido”, já que se distanciam do itinerário de negociação coletiva³. A literatura internacional as considera modalidades da expressão *Soft Law* por apoiarem-se em procedimentos cuja natureza é explicitamente não obrigatória, não compulsória, de frágeis vínculos com penalidades, sem exigência de reparação⁴. Quais as contribuições no âmbito das relações industriais? O artigo mostra inicialmente, a emergência e o significado da introdução de procedimentos de sensibilização que buscam educar a classe empresarial a respeito dos direitos no âmbito das relações laborais. De fato, o sociólogo Adalberto Cardoso faz explícita referência ao fato de que “na economia brasileira é tradicional burlar a norma legal, por dois caminhos: a não aplicação os direitos rescisórios e a evasão dos direitos legais históricos”⁵.

Hoje se fala do pluralismo de recursos e de fontes do direito do trabalho em decorrência do mercado internacional, que torna mais complexos os itinerários de acordos, de pactos, de negociações capital-trabalho⁶. Nas recomendações e linhas de diretrizes, nos selos de qualidade, nos códigos de condutas, é implícito o convencimento de que as modalidades de autorregulação possam atingir a eficácia por meio de novos mecanismos – *a persuasão e a emulação*⁷. Essa nova onda de difusão de formas de *Soft Law* acompanha a substituição dos paradigmas organizacionais decorrente da crise sistêmica do sistema fordista⁸. A mundialização não somente modifica as condições de produção, mas também fomenta os desequilíbrios entre economia e política⁹. Assim, tudo indica que, enquanto as legislações nacionais já estão se esaurindo, a época da legislação global ainda não se iniciou completamente¹⁰. Resta-nos perguntar como se pode conciliar a esfera da economia global com a busca da ratificação dos direitos

2 ALES, E.; ENGBLOM, S.; JASPERS, T.; LAULOM, S.; SCIARRA, S.; SOBCZAK, A.; VALDÉS DAL-RÉ, F., *Transnational collective bargaining: past, present and future*. Commission Européenne, Février 2006.

3 As sanções legais se distribuem numa cadeia de relações: a ação, a infração, a reprovação e, finalmente, seu julgamento.

4 DELFINO, M., Il soft law nel diritto del lavoro italiano. Un’alternativa all’inderogabilità? In: SEMINARIO ITALO-SPAGNOLO SU L’INDEROGABILITÀ NEL NUOVO DIRITTO DEL LAVORO, svoltosi a Pontigiano 395 (SI) l’11e 12 ottobre 2002.

5 CARDOSO, A., *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 186.

6 VALDÉS DAL-RÉ, F., *La Globalización y el mundo del Trabajo*. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (Org.). *Transformações no mundo do trabalho e redesenhos institucionais; trabalho, instituições e direitos*. São Paulo: LTr, 2014, p. 23-30.

7 DI STEFANO, M., Origine e funzioni del Soft Law in diritto Internazionale. *Lavoro e diritto*, n. 1, 2003.

8 D’ANTONA, M., Diritto del Lavoro di fine secolo: una crisi di identità? *Rivista Generale del Lavoro e delle Politiche Sociali*, n. 1, 1998; MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L., Cambios producidos en el mundo del trabajo y transformaciones del ordenamiento jurídico-laboral español: El auge de los instrumentos de Soft Law. *Revista Internacional Comparada*, v. 3, n. 1, 2015.

9 PERULLI, A., *Globalizzazione e Rapporti di Lavoro*; a cura di Mario Napoli. Milano: Vita e Pensiero, 2006.

10 Id., *Diritto del Lavoro e globalizzazione. Clausule sociali, codici di condotta e commercio internazionale*. Padova: Cedam, 1999.

sociais¹¹. Di Stefano¹² e Valdés Dal-Ré¹³ oferecem importantes referências para compreender a expansão da *Soft Law* no campo laboral. Mais ainda, para o jurista Valdés Dal-Ré¹⁴, o direito do trabalho, de forma tímida nos anos 1970 e de modo mais aberto e sistematizado nos anos 1990, está sendo colonizado por uma série de atos muito heterogêneos em sua procedência, formalização, conteúdo e natureza, cujo denominador comum é a ausência de efeitos jurídicos vinculantes.

2. GLOBALIZAÇÃO PELOS DIREITOS E NÃO SOMENTE GLOBALIZAÇÃO PELO MERCADO¹⁵

Como caracterizar as formas híbridas de mediação no Brasil no início do século XXI? Como as entidades sindicais influenciam a elaboração dessas novas normas de proteção dos trabalhadores? As iniciativas no Brasil são variadas: o combate ao trabalho escravo e ao trabalho infantil, a filantropia, os investimentos de Responsabilidade Social Empresarial, iniciadas na década de 1990. Para compreender esse período, formulamos a hipótese de que a estratégia de Responsabilidade Social procurava camuflar, em parte, as consequências sociais das práticas empresariais de precarizar as relações de emprego¹⁶. Nos anos sucessivos (2003-2014), durante os governos dos presidentes Lula e Dilma, ajustam-se as estratégias: a outorga de selos às empresas é um estímulo para incentivar o aumento da qualidade das relações laborais. Essas iniciativas podem ser inseridas como modalidades de *Soft Law*.

3. DA IRRESPONSABILIDADE À RESPONSABILIDADE?

3.1. A INTRODUÇÃO DO PROGRAMA “PRÓ-EQUIDADE DE GÊNERO”

No Sul e no Norte, a fragilidade dos empregos abertos às mulheres e as persistentes fronteiras de segregação profissional, ainda que mutáveis entre os sexos, estimulam as organizações sindicais –em colaboração com grupos e associações feministas– para demandar intervenções para suprimir, corrigir e prevenir as

11 CARRIERI, M., Le relazioni industriali possono aiutare la regolazione del mercato globale? *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 1, p. 30, 2011.

12 DI STEFANO, M., Origine e funzioni del soft law in diritto internazionale. *Lavoro e diritto*, n. 1, 2003.

13 VALDÉS DAL-RÉ, F., Derecho del Trabajo y Orden Económico Globalizado: El Imparable Avance del Derecho Flexible. *Claridad*, n. 3, 2005; id. *Globalización y relaciones laborales: El Imparable Avance del Derecho Flexible*. Rio de Janeiro: UFRJ - Faculdade Nacional de Direito, 2011.

14 Ibid.

15 RODOTÀ, S., *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012.

16 CAPPELLIN, P.; GIULIANI, G. M., The Political Economy of Corporate Responsibility. In: *Brazil: Social and Environmental Dimensions. Technology, Business and Society*, Geneva, Programme Paper n. 14. United Nations Research Institute for Social Development, p. 1-67. Oct. 2004; e CAPPELLIN, P.; GIFFONI, R., As empresas nas sociedades que mudam: a responsabilidade social no Norte e no Sul. *Caderno CRH*, v. 20, n. 51, set./dez. 2007.

discriminações nos locais de trabalho. No Brasil, demandas nesse sentido receberam atenção especial nas instâncias institucionais estaduais e locais, antes que o governo federal assumisse a tarefa de promover políticas ou de fomentar linhas antidiscriminatórias no mercado de trabalho. Diferenciadas são as solicitações providas de diferentes ambientes sindicais que, inspirados na reforma constitucional de 1988, pressionam as empresas reivindicando correções em seu comportamento com a meta de alcançar a igualdade de oportunidades. Entretanto, os esforços se concentram para transformar o princípio de equidade em *norma social* nas organizações, a ser aplicada nas contratações e nas práticas de gerenciamento da mão de obra. As interpelações sindicais às grandes empresas têm definido como prioridade superar os tradicionais preconceitos que intervm nos itinerários de seleção, de qualificação e requalificação profissional, assim como modernizar os critérios de definição de promoções, espaços em que se evidencia, com maior ênfase, o uso de critérios subjetivos sexistas por parte da gerência de Recursos Humanos. Com efeito, atingir a igualdade de oportunidades e superar as discriminações entre homens e mulheres, entre trabalhadores brancos e negros, é uma alquimia bastante complexa, na qual o voluntarismo e o planejamento nem sempre chegam a proporcionar mudanças consistentes, permanentes e quantificáveis.

Raramente as correções das empresas conseguem atingir as políticas de remuneração e os critérios para unificar a definição das carreiras entre os homens e as mulheres. A recusa da alta gerência tem frequentemente como justificativa a afirmação de que o método de avaliação adotado se baseia no efetivo desempenho, independentemente do sexo dos trabalhadores. As promoções se ajustariam exclusivamente aos méritos, sendo, por isso, isentas das disparidades ou segregações horizontais ou verticais entre os sexos. Entretanto, a literatura internacional que orienta para a ativação de boas práticas (nesse caso denominada de ações afirmativas) enfatiza que o sucesso de políticas de igualdade de oportunidades depende da vontade política da alta gerência em abrir suas portas para identificar *as normas formais e informais* que prejudicam o equilíbrio de gênero nas contratações e na gestão da mão de obra. Isto é, depende muito da *permeabilidade das próprias organizações à equidade*¹⁷.

3.1.1. Discursos, ações e práticas

No Brasil, o valor de igualdade de tratamento é incorporado por agências do Estado como princípio, parte integrante dos direitos/deveres constitucionais, amparado por leis Celetistas e pela ratificação do governo brasileiro de diversas convenções da OIT¹⁸. Corrigir as discriminações de gênero tem origem nas contínuas pressões por parte da sociedade civil organizada junto ao Estado. Ou

17 DELGADO, D.; CAPPELLIN, P.; SOARES, V. (Org.), *Mulher e trabalho, experiências de ação afirmativa*. ELAS/Boitempo Editorial, 2000.

18 ALEXIM, J. C.; CAPPELLIN, P.; LETTIERI, C., *Experiência dos núcleos da promoção da igualdade de oportunidades e combate à discriminação no emprego e na ocupação*. Brasília: OIT, 2005.

seja, a voz dos movimentos de mulheres –ientes da atitude atávica do ambiente empresarial de reproduzir a discriminação salarial entre homens e mulheres, de manter reduzida abertura às carreiras femininas– se alia às organizações sindicais para reivindicar ao Estado a introdução de programas a favor da igualdade de tratamento nos locais de trabalho.

No início dos anos 1990, grupos de trabalhadoras mobilizadas pela dupla militância, feminista e sindical, conseguem elaborar uma série de denúncias: o sexismo decorrente da disparidade de tratamento, o *gap* de salário entre homens brancos e mulheres negras, chamando também a atenção das autoridades para as formas indiretas que dificultam os itinerários de carreira das mulheres trabalhadoras. O *telhado de vidro*, o trabalho precarizado e instável, somados aos empregos sem garantias, subqualificados, em um contexto de alta taxa de desemprego feminino¹⁹, convivem com os indicadores relativos à alta taxa de escolarização entre as mulheres.

Em 1992, as três centrais sindicais brasileiras (CUT, CGT e Força Sindical) encaminham à Conferência Internacional do Trabalho da OIT a denúncia de que o Brasil estaria descumprindo a convenção n. 111, “baseadas em dados do mercado de trabalho, que apontam as diferenças de remuneração entre homens e mulheres e entre brancos e negros”²⁰. Em 1995, o governo federal reconhece oficialmente sua responsabilidade. Esta é a primeira resposta do Estado brasileiro, que procura reagir a essa denúncia. Nesse ano, o governo, preocupado em superar essa situação, elabora o primeiro programa de luta contra as discriminações no trabalho e na profissão. Diante das iniciativas na América Latina, o Brasil, somente em 2004, inaugura, no Ministério do Trabalho e Emprego, a primeira Comissão Tripartite para a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento de Gênero e Raça no trabalho. Entretanto, já em 1995, a central sindical CUT havia lançado a primeira plataforma “Cidadania, igualdade de oportunidade na vida, no trabalho e no movimento sindical”. Logo em seguida, outras iniciativas movimentaram o cenário sindical. O Congresso da Confederação Nacional dos Bancários (CNB-CUT), na campanha salarial de 1999, introduz a questão da igualdade como um de seus eixos de debate. Por possuir alto grau de sindicalização e de mobilização, esta categoria decide suas campanhas salariais de forma unificada, ultrapassando na prática os próprios limites da legislação trabalhista. Em 2000, o tema da igualdade de oportunidades é novamente incluído na campanha salarial, sendo elaborada uma cláusula na convenção coletiva que abre um espaço de negociação com as direções dos bancos representadas pela Federação Nacional dos Bancos (Fenaban). No processo de negociação, a Fenaban alega não conhecer os dados da discriminação e lança o desafio para que a categoria os comprove. Assim, em 2001, a Confederação Nacional dos Bancários realiza a pesquisa “O

19 CAPPELLIN, P., Plafond, parois de verre ou ciel de plomb? De la persistance des inégalités. *Cahiers du Genre*, n. 48, p. 31-57, 2010.

20 Ver Relatório Nacional Brasileiro, Protocolo Facultativo CEDAW, Brasília, 2002, p. 158.

rosto dos Bancários – Mapa de gênero e raça no setor bancário brasileiro”, com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese). Depois de numerosos debates com as direções dos bancos, pela primeira vez, na negociação de 2001/2002, é introduzida num acordo coletivo a Cláusula Quinquagésima Segunda – Igualdade de Oportunidades de Gênero e Raça. As partes concordam entre si em criar a Comissão Bipartite, que desenvolverá campanhas de conscientização e orientação dos empregados, gestores e empregadores, no sentido de prevenir eventuais distorções que levem a atos e posturas discriminatórias nos ambientes de trabalho e na sociedade de forma geral.

Em 2002, as trabalhadoras brasileiras filiadas ao Serviço Público Internacional participam da campanha mundial para eliminar as diferenças salariais entre os sexos. Além disso, a rede intersindical Observatório Social²¹ implanta, em 2003, uma metodologia de monitoramento das empresas multinacionais, assumindo como diretrizes, entre outras, as convenções da OIT n. 100 (igualdade salarial) e n. 111 (luta contra as discriminações), incorporando a cooperação dos sindicatos locais, a assessoria de centros universitários e ONGs. Os resultados avaliados por empresa, além de evidenciarem a existência de um *gap* de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras (brancos e negros), são encaminhados ao *management* das empresas em suas sedes matrizes (Holanda, Alemanha, EUA, Itália, entre outros) a fim de salientarem a necessidade de ajustes internos de suas políticas de emprego. Esses resultados se transformam em denúncias do descaso por parte das gerências. Mesmo assim, as empresas não introduzem no Brasil as diretrizes em curso em suas matrizes nos EUA ou na U.E.

As gerências das empresas atualizam suas retóricas. Seus argumentos não fazem mais referência ao custo decorrente da eventual gravidez das trabalhadoras²², mas justificam a seletividade de contratação e a frequente exclusão das mulheres por uma série de outras razões: pela sua menor capacidade de mobilidade geográfica; pelo ambiente de trabalho muito masculinizado, que dificultaria sua rápida inserção; pela existência de comportamentos e atitudes hostis dos clientes; pela insegurança dos ambientes ligados à localização das usinas; pela resistência dos trabalhadores homens etc²³.

3.1.2. Um ponto de vista para implementar a equidade

O programa “*Pró-Equidade de Gênero: igualdade de oportunidades, respeito das diferenças*” é divulgado, em 2006, como programa nacional da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) e oferecido como percurso voluntário *de*

21 Instituto do Observatório Social. Disponível em: <<http://www.observatoriosocial.org.br>>.

22 ABRAMO, L. (Ed.), *Questionando um mito: custos do trabalho de homens e mulheres*. Brasília: OIT, 2005.

23 CAPPELLIN P., DELGADO, M. B.; SOARES, V., *As grandes empresas no Brasil: relações de gênero, trabalho, igualdade de oportunidades*. In: CONGRÈS INTERNATIONAL DE LATINOAMÉRICANISTES EN EUROPE, 3., 2002. Netherland Association for Latin America Study, 2002. Miméo.

responsabilidade social para as empresas estatais²⁴. Após diferentes reuniões, essa instância ministerial encampa a primeira iniciativa nacional governamental direcionada a interpelar as empresas²⁵. Esse programa busca sensibilizar e incentivar comportamentos virtuosos das empresas para aderir, encaminhando sua *compliance*²⁶. Isto é, as empresas, enquanto organizações, deveriam se engajar diretamente para averiguar no interior de sua organização a reprodução das discriminações diretas e indiretas, sabendo que já existe um conjunto de normas e de procedimentos legais que não consegue discipliná-las. A meta é incentivar as empresas a se autoavaliarem, para, dessa forma, encontrarem caminhos que promovam iniciativas direcionadas à igualdade de oportunidades nas carreiras, nas remunerações, no acesso à qualificação e no aprimoramento de segurança nos ambientes de trabalho.

A metodologia do itinerário segue algumas etapas desenhadas pela coordenação do programa da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) após várias reuniões promovidas com especialistas convidadas, para oferecer sugestões. A inscrição voluntária por parte da alta direção das empresas estatais se cumpre na assinatura de um compromisso junto à com a SPM. Segue a elaboração discricionária de um plano de intervenção para modificar alguns indicadores de disparidade de gênero em duas áreas específicas: na de gestão do pessoal e na de suas ações vinculadas à cultura organizacional. Nesse plano, são estabelecidos os prazos, os objetivos e as metas a serem atingidas.

A implantação e a evolução do conjunto das ações são todas realizadas pela empresa. Ela registra seu itinerário anual de aplicação do plano e seus resultados num relatório que passa pela avaliação da SPM. Nessa fase, há um monitoramento local, externo, encomendado a ONGs e às especialistas inseridas nos Núcleos de Gênero, existentes nas universidades federais. A empresa que cumprir pelo menos 80% das metas e das etapas prefixadas concorre para obter o selo de reconhecimento, válido pelo ano de inscrição ao programa. Em 2006, no primeiro ano, entre 16 empresas estatais inscritas, 11 alcançam os objetivos com resultados tangíveis e recebem o selo de reconhecimento.

Esse primeiro programa nacional brasileiro a favor da difusão da igualdade de oportunidade no mercado de trabalho pode ser lido como incentivo de autorregulação pelas empresas, um percurso de *Soft Law*. Inicialmente, porque abandona a vinculação jurídica da sanção como regra/princípio no controle das inobservâncias à legislação a favor da igualdade de tratamento e da igualdade de oportunidades. Sucessivamente, ao abandonar a autoridade das normas jurídicas, a empresa/empregadora escolhe de forma discricionária seus objetivos,

24 Muitas empresas estatais no período da ditadura militar foram geridas para e pelos homens.

25 CAPPELLIN, P., *Politique d'égalité des chances: les grandes entreprises en Europe et au Brésil*. In: HIRATA, H.; LOMBARDI, M. R.; MARUANI, M. (Org.), *Travail et genre. Regards croisés*. Paris: La Découverte, 2008.

26 EDELMAR, L. B., *Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Civil Rights Law*. *American Journal of Sociology*, n. 6, p. 1531-1576, 1992.

seleciona sua própria estratégia, retalha alguns âmbitos para ajustar seus comportamentos, organiza sua metodologia para conseguir notificar resultados, sem ter como parâmetro os direitos de trabalho.

Essa liberdade de ação das empresas advém depois de várias reformas internas nos espaços das estatais (Banco do Brasil, Furnas, Caixa Econômica, Petrobras, Eletrosul – S.A., entre outras) nos anos 1990/2000, que fortaleceram a cultura da “desregulamentação”, esquivando-as de atender às demandas sindicais. Assim, desde 1994, muitas trabalhadoras entram nas estatais, mas em condições e patamares de remuneração e com marcos de proteção e assistência flexibilizados.

3.1.3. Limites e desafios

Alguns limites demarcam o contexto promotor da SPM, interpelando as empresas. O programa ministerial convoca as empresas públicas a responder a um compromisso a favor da equidade de gênero. Mas, do silêncio e da resistência de muitas em responder a essa solicitação voluntária, surgem, embora muito reduzidos, casos de respostas virtuosas. Também o exíguo número de adesões ajuda a perceber as dificuldades das organizações de se adequarem às exigências que supõem o respeito das normativas em matéria de legislação trabalhista como base da contratação e do tratamento dos funcionários. Poucas são as empresas estatais que aceitam apresentar estatísticas enunciando a composição e salários de homens e mulheres. Poucas são as direções que enunciam os resultados tangíveis, as efetivas mudanças alcançadas após a execução do plano. Há a publicidade somente de iniciativas de sensibilização e debate sobre a formação da discriminação e/ou segregação de sexo e raça na sociedade em geral. Iniciativas imunes à preocupação em adotar novas práticas de efetivo impacto sobre suas estruturas internas. Por fim, nunca o registro das pautas de negociação sindical é considerado para complementar ou apoiar os planos das empresas, assim como nunca é aprofundada a cooperação com as entidades de representação sindical.

Tudo indica que a proposta de incentivar os planos de igualdade de oportunidades foi uma tarefa fora de moda, ou melhor, não ainda na moda, porque a cultura contratual das empresas estatais se mantém mais ancorada na cultura filantrópica, nas ações de Responsabilidade Social externas aos seus espaços organizativos, com a distribuição humanitária de bens e serviços à população residente nos bairros próximos às fábricas²⁷. Assim, a produção de valores e símbolos sobre a feminilidade, a imagem da família e da mulher não estreitam os elos que intercorrem entre o trabalho, a vida familiar e o respeito à dignidade.

O Ministério Público do Trabalho (MPT), instância do Estado, durante 2002 e 2003, segue outro caminho e outra trajetória de negociação em favor da promoção da equidade de gênero. A partir de sua estrutura interna, a Coordenação

27 CAPPELLIN, P.; GIULIANI, G. M., *Práticas privadas de bem-estar: algumas perguntas à luz do conceito sociológico de solidariedade*. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2006.

Nacional para Promover a Igualdade de Oportunidades e para Eliminar as Discriminações nos Locais de Trabalho interpela diretamente um setor empresarial em contínua expansão na economia brasileira: os bancos de Brasília, a capital federal do Brasil. É a primeira experiência nacional que formata um grupo de trabalho tripartite, que desenha o Pacto pela Diversidade no setor bancário. Como resultado, em novembro de 2006 a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf) divulga seu primeiro avanço: a Federação Nacional dos Bancos (Fenaban) assume o compromisso de ser parte ativa no Pacto pela Diversidade, comprometendo-se a realizar o Mapa da Diversidade do Setor Bancário, que investigará a admissão, a ascensão profissional e a remuneração por gênero, raça, etnia, e por geração. Esses critérios são discutidos com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicados (Ipea), e a execução é monitorada pela Comissão de Direitos Humanos. A partir daí, o MPT faz o acompanhamento da evolução dos programas de diversidade, banco a banco, para verificar o cumprimento do Pacto²⁸. É o primeiro passo que não só permite interagir especificando as negociações coletivas, mas intervém instaurando procedimentos, inquéritos e ações judicial e extrajudicial (Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta) para monitorar a introdução dos planos de promoção da diversidade. Esses são referências, como ferramentas juridicamente amparadas por “ações corretivas”, para aprimorar as políticas de recursos humanos nos estabelecimentos bancários.

3.2. O COMPROMISSO NACIONAL PARA APERFEIÇOAR AS CONDIÇÕES DE TRABALHO NA CANA-DE-AÇÚCAR

Outras iniciativas seguem o percurso que propõe “civilizar os empresários”, no tema da qualidade do emprego rural no Brasil. O setor de agronegócio do açúcar, em 2009, se apresenta como cenário paradigma para elevar as condições de trabalho. Dessa vez é a Secretaria da Presidência da República que promove um percurso exemplar nesse âmbito econômico, que é fortemente estratégico para fortalecer as exportações brasileiras e atrair investimentos internacionais²⁹. Desde 2006, fala-se de um novo ciclo da cana-de-açúcar brasileira num contexto internacional pelo aumento dos fatores que favorecem a venda do açúcar e do álcool brasileiros no mundo, que entram no mercado com um preço competitivo em face do preço do processamento da beterraba europeia. A assinatura do *Compromisso para aperfeiçoar as condições de trabalho na cana* é preparada desde junho 2008 pela instalação da “Mesa de Diálogo para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana-de-Açúcar”. Esta assume grande relevância midiática por expressar a proposta nacional de mudar a cultura tradicional desse setor

28 O Ministério Público do Trabalho dirige basicamente a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando são desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

29 PRESIDENTE Lula chama usineiros de heróis. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 20 mar. 2007. Notícias.

empresarial. A iniciativa, fomentada pelo então presidente Lula da Silva, recebe a adesão voluntária de 169 entre as 322 empresas brasileiras beneficiadoras da cana-de-açúcar. Entre as novidades, esse protocolo prevê, pela primeira vez, o engajamento de um amplo conjunto de instituições: sete ministérios e quatro organizações da sociedade civil do lado do segmento empresarial e a Confederação Nacional dos Trabalhadores Agrícolas (Contag) e a Federação dos Trabalhadores Rurais do Estado de São Paulo (Feraesp) do lado do segmento dos trabalhadores.

O pacto propõe a melhoria das condições de vida e de trabalho dos cortadores de cana, trabalhadores manuais sazonais incluídos no setor (agrícola e industrial), como parte da população mais vulnerável engajada pelas empresas. O itinerário dessa “boa prática” completa-se quando as empresas se submetem a nova metodologia: o *audit social*. Esse é um parecer positivo por parte de agências privadas, previamente autorizadas pela comissão governamental, mas escolhidas e contratadas pelas próprias empresas. Na conclusão, a usina recebe a certificação pela outorga do selo de “empresa compromissada com a melhoria das condições de trabalho”. Esse procedimento se aproxima das diretrizes para as indústrias de açúcar na Europa (desde 2003), que, com os *partenaires sociaux*, controlam a aplicação das normas de *direitos fundamentais do homem*³⁰.

A existência desse programa brasileiro é implicitamente uma denúncia de como a modernização agrícola é acompanhado por infrações normativas nas práticas e nas condições de vida dos cortadores sazonais de cana, o elo mais fragilizado da cadeia produtiva. Esse seu caráter de urgência fomenta a consultoria técnica da OIT no Ministério do Trabalho brasileiro.

3.2.1. Discursos, ações e práticas

A implantação desse protocolo, iniciada em junho de 2009, foi desativada em abril 2013, por demonstrar frágeis resultados e ter recebido críticas, desde sua formatação. Diferentemente do programa empresarial de equidade de gênero, esse pacto tem recebido intenso monitoramento por parte de organizações da sociedade civil e de organizações públicas federais que, mesmo não sendo inseridas no contexto do protocolo, desempenham a atividade de controle.

A retórica das promessas de melhorar as condições de trabalho soa como uma meta a favor da exportação do álcool brasileiro, inserido em um mercado mundial competitivo e exigente. Uma demonstração advém da declaração do presidente do Conselho da União da Indústria de Cana-de-Açúcar (Unica), que interpreta a outorga do selo/pacto brasileiro como iniciativa que contribui a “*reverter os mitos que circulavam no Brasil com referência a este setor*”³¹.

30 O “Code de Conduite sur la responsabilité sociale des entreprises” vigora desde 1 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.eurosugar.org/pdf/bro_fr.pdf>.

31 HASHIZUME, M., Usinas de álcool, empresas “compromissadas”? *Repórter Brasil*, 1 nov. 2012.

A modernização da produção agroindustrial proporciona transformações complexas e contraditórias. O crescimento impulsionado pelo programa governamental de subsídio empresarial ao Pró-Álcool, no início dos anos 1970, tem possibilitado a convivência de diferentes fases de mudanças. Já nos anos 1980, a incipiente mecanização teve como resposta patronal a greve dos cortadores de cana de Guariba (SP), ocorrida em 1984. Decorreram dessa greve algumas melhorias e conquistas. Por exemplo, o Dieese, em 2007, aponta que tratores monitorados por satélite, máquinas de adubagem com controle eletrônico e colheitadeiras de precisão já são usados em cerca de 25% das propriedades brasileiras de cana. Mais, a mecanização é também incorporada como parte das respostas do setor produtivo às manifestações dos trabalhadores assalariados, representando uma forma de intimidação para quem aderiu à greve.

Pelos representantes dos trabalhadores na agricultura (Contag), no período das negociações e da realização do pacto, há medidas que não são seguidas: a estrutura inapropriada de supervisão mantida pelo Ministério do Trabalho; a ausência de sanções ou de penas (por exemplo, interrupção dos incentivos, cancelamento da linha de créditos, revisão de empréstimos) quando os agentes econômicos violam as leis trabalhistas. Os resultados aparecem irregulares em decorrência da pouca homogeneidade na presença ativa das organizações sindicais dos trabalhadores no território e nas usinas locais. Assim, os acordos flutuam entre alguns bons exemplos de práticas corretas e casos de insucesso e de inadimplência da pauta e dos objetivos propostos pelo pacto.

3.2.2. Reivindicações e críticas

No setor do açúcar são bastante diferenciadas as formas de regulação social. Segundo vários documentos do Dieese, ao longo das avaliações das campanhas salariais, registra-se a persistência de denúncias de descumprimento de acordos e convenções³². A organização dos trabalhadores e a atuação dos órgãos fiscalizadores são determinantes para enraizar a legislação e para possibilitar a adoção da prática da negociação orientada a corrigir as irregularidades. Entretanto, observam-se diferenças até entre usinas pertencentes ao mesmo grupo, mas situadas em regiões distintas. Ainda em 2007, nos territórios do Paraná e de Minas Gerais, não havia o instrumento da convenção coletiva estadual; no Nordeste, onde começaram as lutas dos canavieiros no final dos anos 1970, as convenções coletivas têm abrangência estadual e têm incorporado novas cláusulas, como, por exemplo, as relativas ao trabalho da mulher no campo. Assim, dependendo da mobilização e de como são escolhidos e elaborados os direitos e as garantias na produção, os acordos e convenções são mais ou menos detalhados. As diferenças decorrem muito da história econômica e política da implantação da cana, nos diversos estados e regiões³³.

32 DIEESE. Desempenho do setor sucroalcooleiro brasileiro e os trabalhadores. *Estudos e Pesquisas*, n. 30, 2007.

33 SANTOS, A. M. Ferreira Tadeu dos; SOUZA, F. E. de. Cana doce, trabalho amargo: a superexploração do trabalhador canavieiro no município de Itaberaí-GO. *Revista Pegada UNESP*, v. 13, n. 2, 2012.

Para compreender os desafios na definição das pautas de negociações, torna-se necessário acompanhar o importante contingente de trabalhadores que ainda hoje atuam como cortadores manuais, cujas condições de trabalho e de vida demonstram a persistência da precarização e a contínua pressão para o aumento da produtividade. Apesar dos grandes avanços em tecnologia e dos ganhos de produtividade, não há aumento significativo da qualidade das condições de trabalho e das regras do emprego dos cortadores manuais. Em especial, as usinas ainda preferem contratar trabalhadores do nordeste do Brasil, porque são menos politizados, mais suscetíveis aos ditames do capital e, portanto, menos ameaçadores do ponto de vista reivindicativo de direitos³⁴.

Temos de lembrar que a profissionalização do setor e a busca de selos sociais e ambientais por parte das usinas para aumentar a exportação de açúcar, entre outros motivos, têm possibilitado nos últimos anos o crescimento da formalização das contratações da mão de obra, com maior ênfase em São Paulo. Mesmo assim, há mais de duas décadas, as críticas continuam sendo manifestadas considerando as defasagens entre a alta modernização e os contínuos acidentes de trabalho, os registros de morte, sobretudo na fase da colheita.

Pesquisas de diferentes fontes revelam, por outro lado, algumas melhorias. No transporte nos canaviais, os caminhões são substituídos pelos ônibus; a exigência do uso dos equipamentos de proteção (EPIs): botas, blusa com manga comprida, chapéus, luvas, perneiras e óculos³⁵. Mesmo assim, os novos EPIs fornecidos ao trabalhador não conseguem amenizar os altos riscos, uma vez que, segundo os trabalhadores, são de péssima qualidade e, às vezes, não apropriados às tarefas a serem executadas em ritmo acelerado.

Relatórios e observações procedentes do meio universitário têm acompanhado os ciclos de expansão da cana-de-açúcar. Pesquisadores da Universidade Estadual Paulista (Unesp) e da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) sustentam em seus artigos que o processo de exploração do trabalho, mesmo com as inovações tecnológicas, se mantém perigosamente inalterado³⁶. Prova disso são os baixos salários e a persistente remuneração por produção. Os pesquisadores denunciam as condições de trabalho que são marcadas pela altíssima produtividade exigida. Na década de 1980, era exigida a produtividade média de 5 a 8 toneladas de cana cortada/dia; em 1990, passa para 8 a 9 tn/dia; em 2000, para 10tn/dia; e em 2004 eram exigidas de 12 a 15 toneladas de cana cortada/dia.

34 NOVAES, J. R., Trabalho nos canaviais: jovens entre a enxada e o facão. *Revista Ruris*, Campinas-SP, v. 3, n. 1, p. 103-127, mar. 2009.

35 Segundo a pesquisadora Maria Cristina Gonzaga, da Fundacentro, órgão do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), entre 2004 e 2007 foram registradas 21 mortes por exaustão no corte da cana. Em 2005, outras 450 mortes de trabalhadores foram registradas pelo MTE nas usinas de São Paulo. Fonte: Estudos do Trabalho, n. 9, 2011.

36 SILVA, M. A. de M., Mortes e acidentes nas profundezas do “mar de cana” e dos laranjais paulistas. *InterfaceHS - Revista de Saúde, Meio Ambiente e Sustentabilidade*, v. 3, n. 2, 2008; e ALVES, F., Por que morrem os cortadores de cana? *Revista Saúde e Sociedade*, v. 15, n. 3, p. 90-98, set./dez. 2006.

Também não se registra melhoria nas condições de trabalho do corte da cana, mesmo com a progressiva mecanização. Muito pelo contrário, paralela a essa modernização há o desgaste físico-psicológico de quem permanece trabalhando no campo.

Algumas dinâmicas podem servir de exemplo desse desgaste. O sistema de corte manual estabelece um rodízio para descanso nas turmas de trabalhadores. Cada turma composta, em média, por 50 trabalhadores opera no sistema 5X1, qual seja, trabalha cinco dias e descansa um. Esse sistema prejudica a sociabilidade dos trabalhadores, que raramente se encontram para confraternizar e para participar de outras atividades coletivas. Por outro lado, a contratação direta pelas usinas – identificada como uma mudança decorrente dos pactos interprofissionais – não é fonte declarada de vantagens quando comparada à antiga estratégia da intermediação do “gato”. Algumas usinas engajam médicos que realizam os exames de admissão diretamente nas cidades de origens (Nordeste), selecionando os jovens cortadores pela capacidade de resistência ao esforço físico. Somente após essa prova, eles são contratados e seguem viagem no transporte fornecido pela usina para as áreas selecionadas.

Outra entidade histórica de assessoria do movimento dos trabalhadores rurais, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) assinala a persistência de irregularidades cometidas pelas usinas contra os trabalhadores cortadores de cana, num relatório em que evidencia que “o acordo não modifica a aplicação das normas em matéria de legislação e das pautas de negociação coletiva”³⁷. Seguindo o documento da CPT, esse *“acordo/pacto nacional busca tão somente superar a recusa internacional frente à exportação do etanol brasileiro”*³⁸. Várias são as entidades que, ao proporcionarem estudos sobre os processos que acompanham a expansão da área plantada de cana-de-açúcar para a produção de biocombustíveis, solicitam a intensificação da “fiscalização pública em prol da formalização do trabalho, para combater o trabalho escravo e as condições degradantes do corte manual da cana”³⁹.

Mais recentemente, é sublinhado que a aplicação das cláusulas estabelecidas pelas negociações é frequentemente negligenciada, mas há quem aponte para a ausência da renovação da própria legislação, que não soube atualizar-se e avançar de modo a superar a forma de remuneração por produtividade e a aprofundar o cumprimento das normas de segurança⁴⁰. Para Marcus Barberino, juiz federal do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no entanto, o grande problema não reside na qualidade da lei nem no grau de idoneidade do Poder Judiciário,

37 Disponível em: <<http://www.cptsp.com.br/trabalhoescravodiminui.html>>.

38 Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2009/08>>.

39 FREITAS, L. B. de, A aplicação dos princípios constitucionais pelo TST nos julgamentos dos trabalhadores canavieiros. In: ENCONTRO DA ABCP, IX., 2008. Rio de Janeiro: REBRIP/FASE, 2008.

40 Ibid.

mas na capacidade de “resistência” ao cumprimento da lei pelas usinas. “É um aspecto próprio da correlação de forças da sociedade brasileira”⁴¹.

As críticas mais contundentes provêm dos representantes do Ministério Público do Trabalho (MPT), que tem sido excluído do conjunto dos atores sociais participantes dos pactos estabelecidos pelo Estado. O MPT vinha monitorando para corrigir algumas práticas desse setor empresarial. Por exemplo, em 2007 o juiz de Capivari decidiu em sede de Tutela Antecipada pôr fim à terceirização de todos os serviços nas instalações do grupo econômico Usina S. José. No ano seguinte, é lançada pelo MPT a iniciativa “Programa Nacional de Promoção do Trabalho Decente no Setor Sucroalcooleiro”. O programa é iniciado em alguns estados do Nordeste – Alagoas, em 2008, e sucessivamente Pernambuco, Bahia, Rio Grande do Norte, Sergipe – e em seguida no Espírito Santo e no Mato Grosso. Amparados pelo monitoramento no território e pelas ações civis públicas, os escritórios da Procuradoria (MPT), em 2012, explicitam a enumeração de problemas, de insucessos, de erros, de algumas fraudes, no decorrer do processo de certificação e elencam os principais requisitos para a obtenção do certificado que não estariam sendo cumpridos pelas usinas⁴²:

- desconsideração das normas do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro);
- ausência de consulta a órgãos como o MPT;
- ausência de consulta a órgãos como o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE);
- ausência de consulta a órgãos da Justiça Trabalhista antes da disponibilização do selo;
- não verificação das informações repassadas pelas usinas.

Entre essas formulações dos escritórios da Procuradoria, há também críticas ao modelo do programa de certificação, em seus procedimentos administrativos, para obter o selo. Por exemplo, é declarado que 50% das atividades de *audits* nas usinas efetuados em São Paulo foram realizadas nos períodos de entressafra. Além disso, as entrevistas a serem feitas com os trabalhadores frequentemente são efetuadas na presença de representante patronal; finalmente, os contatos que os auditores e/ou técnicos deveriam manter com as organizações sindicais são substituídos pela relação direta com os trabalhadores e não com os sindicatos. Nesses termos, a autonomia da avaliação fica comprometida pela interferência patronal, e as próprias agências de *audits* não são confiáveis pelo fato de serem apresentadas pelas empresas/usinas à coordenação nacional do programa.

41 GOVERNO prepara protocolo; alimentação é cara, dizem usineiros. *Repórter Brasil*, 2 jun. 2009.

42 USINAS de álcool, empresas “compromissadas”? *Repórter Brasil*, 1 nov. 2012.

Ao citar esses “problemas, falhas, equívocos e fraudes” no processo de certificação, o MPT propõe anular o selo conferido pela presidência da República às usinas de cana-de-açúcar⁴³.

3.3. O COMPROMISSO NACIONAL PARA APERFEIÇOAR AS CONDIÇÕES DE TRABALHO NA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO

O *compromisso nacional na indústria da construção* visa ampliar, como os casos já citados, o respeito da legislação, já que esta tem pouca força para disciplinar e guiar as relações de emprego. Nos anos recentes, esse ramo industrial tem acelerado seu êxito econômico e ampliado as fontes de emprego. Esse mercado profissional é hoje muito heterogêneo em sua composição e em sua capacidade de negociação sindical.

Em março de 2011, a Secretaria da Presidência da República inaugura a coordenação do diálogo social. A pauta do programa é finalmente atingida após 18 reuniões e três plenárias, definindo as linhas diretrizes do pacto nacional em dezembro 2011. A formatação da Mesa Nacional Permanente para o Aperfeiçoamento das Condições de Trabalho na Indústria da Construção é criada em 1º de março de 2012, coordenada pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República e pelo Ministro do Trabalho e Emprego. Com esse suporte institucional, as metas são recomendações de adesão voluntária. O detalhamento diz respeito às normas de saúde e segurança nos locais de trabalho, ao recrutamento e seleção da mão de obra, à formação e qualificação profissional, incluindo o aprimoramento dos canais de representação sindical e das relações entre sindicato e empresa, e o fomento da inclusão social das comunidades nos territórios onde estão sediadas as obras. O objetivo de melhorar as condições de trabalho e de vida tem como instrumento o guarda-chuva do conjunto de convenções da OIT retificado pelo governo brasileiro. São inseridas explicitamente as diretrizes da OIT do “trabalho decente” que envolvem o conjunto da cadeia produtiva da construção civil, em especial os setores que preparam as infraestruturas a serem implementadas para a Copa do Mundo 2014.

A busca da elevação das condições sociais de trabalho acontece em uma conjuntura de especial desempenho da economia brasileira no ramo da construção. Nos últimos anos, esse mercado de trabalho é estimulado pelos recentes investimentos públicos e privados no âmbito de grandes projetos e tem possibilitado a expansão do contingente de trabalhadores engajados, incluindo até as mulheres. São obras públicas, realizadas em áreas afastadas dos grandes centros urbanos.

A inauguração desse pacto, que incentiva ajustes de condutas por parte das empresas/empregadoras, não se justifica apenas pelas obras da Copa do Mundo

43 MINISTÉRIO Público pede cassação de selo de qualidade de sete usinas. *Valor*, 4 out. 2012.

2014⁴⁴, mas também pelas grandes obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), principalmente a construção das usinas hidrelétricas. Essas obras incentivaram oportunidades para catalisar várias melhorias na infraestrutura, fomentaram novas edificações que conjuntamente dinamizaram os setores dos serviços (transporte, turismo, esportes), ampliaram as linhas de financiamento habitacional, como o programa *Minha Casa Minha Vida*, e possibilitaram a continuação da terceira etapa do Programa de Sustentação do Investimento (PSI). Finalmente, também o setor da construção pesada é relevante nesse cenário, pois garante o crescimento ao longo do tempo, além de ajudar a resolver problemas importantes na infraestrutura (social, urbana, logística etc.).

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2008, no setor da construção há 6.905.000 de pessoas ocupadas, ou seja, 7,5% de toda a população ocupada. O crescimento desse mercado de trabalho, no entanto, não corresponde a um saldo positivo na elevação das qualificações e funções, já que o maior número das contratações se dá no nível de servente de obras. Constata-se que, embora tenha crescido a formalização dos contratos de trabalho, ela não tem conseguido superar os altos índices de informalidade e de rotatividade, maiores na construção de edifícios (em 2011 é de 125,8%) do que na construção de obras de infraestrutura (105,0%). As condições de saúde e segurança também não têm apresentado grandes avanços. Ainda há uma alta ocorrência de acidentes, e os trabalhadores são submetidos, muitas vezes, a condições de trabalho e moradia muito precárias.

No fim de 2009, o Ministério Público do Trabalho (MPT) lança o “*Programa de fiscalização da segurança no trabalho e da regularidade do funcionamento de empresas da construção civil*”, para dirigir a fiscalização sobre a aplicação da legislação trabalhista. Portanto, são de extrema importância as negociações com o patronato no sentido de avançar na melhoria das condições e relações de trabalho existentes no setor⁴⁵. Como o Estado segue aperfeiçoando sua capacidade de gestão dos bens públicos e da proteção social nesse ramo da economia? O principal desafio do Compromisso é pôr em um novo equilíbrio interesses diversos: levar adiante o desenvolvimento das infraestruturas físicas e proporcionar a melhoria das garantias sociais dos trabalhadores diretamente envolvidos por meio da expansão dos seus direitos. Essa equação constitui um desafio de difícil solução, sobretudo porque tais empreendimentos se implantam em regiões onde tradicionalmente os trabalhadores dos canteiros de obra são sujeitos a contratações informais, a precárias condições que os expõem a acidentes muito frequentes⁴⁶.

44 Doze cidades sediam a Copa do Mundo em 2014, atingindo 13 estádios, 50 projetos de mobilidade urbana, 13 aeroportos e 7 portos.

45 DIEESE. *Estudos Setoriais*, n. 51, maio 2010.

46 O Ministério da Previdência Social registra mais de 62 mil acidentes – de diferentes gravidades – no setor da construção civil em 2012, isto é, um aumento de 12% em relação a 2010 e 2011.

Para compreender o complexo arranjo dessa Mesa de Compromisso, deve-se abrir o cenário das relações sociais nos diversos canteiros de obra. Desde 2011 se sucedem mobilizações nos canteiros de obra mais afastados e inseridos em áreas rurais em que os operários organizam diferentes movimentos de contestação, muitas vezes sem a mediação das organizações sindicais. Esses acontecimentos levam o governo federal a introduzir uma regulamentação das relações e condições de trabalho. São assim convocadas 390 entidades de categoria sindical dos trabalhadores, incluindo o segmento da indústria de construção civil e de construção pesada.

Ao longo de quatro reuniões em 2012 promovidas pela Mesa do Compromisso –grupo permanente desse diálogo social tripartite–, as entidades sindicais dos trabalhadores da construção civil, no plano nacional, sugerem incluir a convenção coletiva nacional como novo instrumento jurídico que possa definir: o salário mínimo do setor; a inclusão da cesta básica de alimentos seguindo os critérios do Dieese; a Participação nos Lucros e Resultados (PLR); o plano de saúde; o contrato de experiência probatória; a remuneração do tempo de trabalho noturno; a remuneração das horas extras; a introdução de igualdade de oportunidades; o salário família e as folgas por motivos familiares; a organização dos trabalhadores nos locais de trabalho; a saúde e a segurança.

Em 2013 essa densa proposta é apresentada para avaliação dos representantes dos empregadores.

3.3.1. Reivindicações e críticas

No decorrer dos primeiros meses de 2011, a conjuntura nacional é sacudida pelas manifestações de cerca de 160 mil trabalhadores, iniciadas em cinco canteiros de obras de grande porte –usinas hidrelétricas de Jirau e Santo Antônio (RO); refinaria Abreu e Lima, em Suape (PE); termoelétrica de Pecém (CE); e obras de montagem industrial em São Roque do Paraguaçu (BA)–, mais tarde propagadas em outras grandes obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)⁴⁷. Até abril de 2012, são registradas 20 mobilizações, paralisações e greves⁴⁸.

Consideramos a condução das manifestações de mobilização dos trabalhadores em dois casos: usina de Jirau e usina Santo Antônio, partes do projeto do Rio Madeira⁴⁹. As primeiras greves nos canteiros, em Jirau, situados a cerca de 150 km da capital de Rondônia, Porto Velho, ocorreram entre março e abril de 2011, paralisando em duas grandes obras aproximadamente 30 mil trabalhadores. As greves acontecem de forma conjunta e simultânea, e o Consórcio Santo Antônio, após esses conflitos, decide paralisar as obras. As manifestações concentram-se

47 DIEESE. *Estudo Setorial*, n. 56, 2011; id. *Estudo Setorial da Construção*, n. 65, maio 2013.

48 DIEESE/SAG, ICM-2012. Dossiê Comitês Populares da Copa 2011.

49 O projeto do Rio Madeira (principal afluente do Rio Amazonas) é constituído por duas enormes barragens hidrelétricas no estado de Rondônia.

basicamente nas condições de trabalho e no descumprimento de acordos anteriores; os trabalhadores reclamam da alimentação e do alojamento fornecidos aos que continuam morando na obra.

O acompanhamento dessas manifestações, realizado por diferentes entidades, permite a edição de documentos e relatos em que se torna visível a complexa configuração dessa realidade emblemática. Por exemplo, a Plataforma Dhesca Brasil publica em abril de 2011 um relatório das revoltas ocorridas na obra da hidrelétrica de Jirau em março (entre os dias 15 e 17), destacando o uso excessivo de força pela Polícia Militar e as violações de direitos humanos relacionados às obras das usinas⁵⁰. Por meio de entrevistas, é relatada a morte de seis trabalhadores em acidentes do trabalho; é informado que a Superintendência Regional do Trabalho tem enviado para cada uma das obras mil autuações por violação à legislação trabalhista; é denunciado o uso do chamado “cartão fidelidade” para o pagamento de vantagens fora da folha de pagamento “para empregados não faltarem, não tirarem férias, não adoecerem e não visitarem a família”; é revelado que as empresas violam os Direitos dos Povos Indígenas e das Comunidades Tradicionais.

Esses relatos permitem especificar a pauta de reivindicação dessa primeira onda de manifestações dos trabalhadores: aumento de 30% do salário; cinco dias de folga a cada 70 dias trabalhados (atualmente, a folga ocorre a cada 90 dias corridos de trabalho); aumento do valor da cesta básica de R\$ 170,00 para R\$ 350,00; plano de saúde gratuito extensivo a familiares; aumento do salário por periculosidade e insalubridade; e disponibilidade de um médico ginecologista no posto de saúde do canteiro de obras.

Em seguida, a segunda onda da greve nos canteiros da usina hidrelétrica de Jirau, em Porto Velho, em 2012 (março e abril), mesmo tendo sido considerada ilegal pela Justiça do Trabalho TRT-14, mobiliza muitos dos 20 mil funcionários. A pauta desse dissídio segue com as mesmas demandas: 30% de reajuste salarial; redução para cinco dias a cada 70 dias trabalhados; além da demanda de melhoria das condições de moradia e alimentação nos alojamentos⁵¹.

Em outubro de 2012, um relatório da rede Amigos da Terra Amazônia Brasileira⁵² aprofunda as denúncias nessa área amazônica, sistematizando as informações relativas aos financiamentos dos bancos a esses projetos de construção civil. Nesse relatório, as obras das duas usinas são avaliadas como “projetos polêmicos”, em razão de aspectos controversos referentes aos problemas sociais e ambientais denunciados por diversos atores sociais e organizações da sociedade

50 O relatório Dhesca foi solicitado pelo Movimento de Atingidos por Barragens (MAB) e pela Comissão Arquidiocesana de Justiça e Paz de Porto Velho.

51 CAMPOS, C. V., As rebeliões trabalhistas nas obras do PAC: o caso das usinas hidrelétricas de Jirau, Santo Antônio e Belo Monte. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL LUTAS SOCIAIS NA AMÉRICA LATINA, V., Universidade Estadual de Londrina, 2013.

52 Amigos da terra, Programa Eco-Finanças.

civil, pelo Ministério Público e por especialistas do meio acadêmico. Entre as 10 Ações Cíveis Públicas, são listadas: violação da garantia do direito de a sociedade rondoniense ser informada e ser participante na discussão do projeto; irregularidades no processo de compensação aos moradores da área de Mutum Paraná, removidos em virtude da instalação da usina de Jirau; falta de transparência no pagamento de indenizações referente à falta de infraestrutura básica no local de remanejamento dos moradores.

Em 2013, a greve assume um caráter diferente das anteriores. Nessa nova conjuntura, as entidades sindicais (Sindicato dos Trabalhadores da Indústria da Construção Civil, Sticcerro, Conticom e CUT) colaboram e participam da mobilização de cerca de 24 mil operários das usinas de Jirau e Santo Antônio. Após um mês de negociações, chega-se a acordo com a construtora Camargo Corrêa e com o Consórcio Construtor Santo Antônio, que contempla: aumento salarial, reajuste da cesta básica, aumento da Participação nos Lucros e Resultados (PLR) de 30 horas para 33 horas, aumento do auxílio creche de R\$ 150,00 para R\$ 180,00; reajuste no auxílio filho excepcional de R\$ 400,00 para R\$ 450,000; redução de cinco dias do período de aviso prévio, e uma nova conquista, a cesta natalina, a ser entregue em dezembro⁵³.

3.3.2. Desafios para os sindicatos dos trabalhadores

Os eventos durante a construção das usinas de Jirau e Santo Antônio são exemplos que demonstram as profundas tensões do contexto em que se implanta este “Compromisso Nacional”. O Dieese sugere uma tipologia para melhor compreender o caráter diverso das práticas de mobilização para regular o tratamento das relações de trabalho nesse setor. Em 2011, 84,6% das greves realizadas pelos trabalhadores da construção contêm reivindicações de caráter propositivo. Apesar do predomínio de propostas em busca de novas conquistas, 50% dos casos apresentam reivindicações de caráter defensivo, com destaque para o número de protestos contra o descumprimento de direitos (36,5% do total). Contudo, as duas principais reivindicações se referem à melhoria da alimentação (69,2%) e ao reajuste salarial (53,8%). Em seguida vêm as reivindicações ligadas às condições do local de trabalho, entre elas: instalação e manutenção de sanitários; locais para alimentação, repouso e troca de roupa; fornecimento de água potável e assistência médica; melhoria nas condições de trabalho e salubridade; aumento da remuneração de horas extras; fim do acúmulo de tarefas; redução de horas de trabalho; e introdução da representatividade sindical na Organização por Local de Trabalho (OLT)⁵⁴.

Em 2012, um estudo da Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada (Fenatracop) registra mais greves que envolvem cerca de

53 CUT-RO. Negociações de Rondônia estão próximas dos patamares de um dos melhores acordos fechados em todo o Brasil este ano. 4 abr. 2013.

54 DIEESE/SAG, ICM- 2012. Dossiê Comitês Populares da Copa 2011.

500 mil trabalhadores, em 19 estados brasileiros; 60% delas ocorrem no primeiro semestre, envolvendo refinarias, barragens, grandes estradas, ferrovias, plataformas petrolíferas, projetos de mobilidade urbana, portos, usinas de gás e de óleo, minas, aeroportos e infraestruturas esportivas. Entre as principais denúncias, repetem-se: as desigualdades salariais entre obras e regiões; o descumprimento de acordos e convenções coletivas; a ilegal atuação dos intermediários ou “gatos” nas contratações de mão de obra, enfim, as precárias condições dos alojamentos.

Esse retrato das reivindicações evidencia a fragilidade da sugestão do compromisso: as empresas construtoras podem se adequar voluntariamente à normativa da legislação trabalhista. Até 2012 (CUT 2012), a aplicação do “Compromisso Nacional” atinge aproximadamente 79.772 trabalhadores, aos quais são assegurados alojamento, transporte, refeições e primeiros socorros de urgência nos canteiros de obra, além de cursos de formação e de qualificação contínua. Estão envolvidas 22 empresas responsáveis por 24 canteiros, subdivididos em 16 grandes obras de construção pesada (seis centrais hidroelétricas, uma refinaria, três portos e o complexo petroquímico do Rio de Janeiro) e oito projetos de construção. O maior desafio do sindicato é atingir as práticas e o mercado de trabalho no nível local, isto é, conseguir modificar as “extremidades tradicionais” mais frágeis.

Um primeiro balanço das mobilizações evidencia que elas ocorreram acompanhando o percurso do programa governamental na modalidade tripartite. Mais ainda, os relatos registram o retardo da participação ativa das entidades sindicais, que se inserem somente em 2013, após diversas mobilizações espontâneas dos trabalhadores⁵⁵.

4. CONCLUSÕES: GOVERNAR NO PLURALISMO⁵⁶

A renovação dos modelos de relações industriais passou por desdobramentos significativos ao longo dos últimos 10 anos. A negociação coletiva como ambiente institucional clássico em busca de “disciplinar o poder” dos empregadores nem sempre se manifesta pela sua eficácia. De fato, no Brasil as práticas de negociações, que transformam a lei do trabalho em normas jurídicas e sociais no interior das práticas produtivas, têm se realizado, muitas vezes, em ambientes culturais de forte deslegitimação da lei trabalhista, ignorando ou sonhando a tutela dos direitos. Assim, a recusa, o descaso, ou até a evasão das normas, permanecem reproduzindo a face despótica da cultura empresarial⁵⁷. As plataformas –os acordos, os selos e os compromissos– se apresentam no início do

55 Em 2013 é realizado o I Encontro Nacional dos(as) Trabalhadores(as) da Construção, reunindo 350 delegados de 180 entidades sindicais.

56 VALDÉS DAL-RE, op.cit., 2011.

57 BURAWOY, M., Dos regimes fabris no capitalismo avançado. *RBCS*, ANPOCS: Vertice, n. 13, p. 29-50, 1990.

século XXI como os primeiros exemplos concretos de governar no pluralismo. A diversificação dos recursos jurídicos se justifica pela centralidade da perspectiva de atingir a eficácia de resultados, graças às dinâmicas de emulação no jogo de mercado⁵⁸. Mas, ao mesmo tempo, não se pode deixar de evidenciar que se fragiliza o modelo da negociação coletiva, que aplica a regulamentação dos direitos e deveres adquiridos pelo caminho legislativo. Enfim, fragiliza-se o modelo da negociação coletiva, já que se abandona o parâmetro de exigibilidade dos direitos ao introduzirem-se estratégias de precarização das condições de trabalho. Nesses termos, o procedimento de penalizar as violações é substituído pela difusão de iniciativas de “boas práticas” discricionárias. A noção de *Soft Law* é assim a nova referência. Sua adoção surge como recurso jurídico em contextos específicos⁵⁹:

- quando é frequente a postura de não respeitar e aplicar as normas vinculantes;
- quando o objetivo de alcançá-las não é ainda bem definido;
- quando as partes interessadas não atingiram um acordo apropriado.

Tudo indica que no contexto brasileiro que acabamos de apresentar, as agências do Estado têm clara noção da gravidade da erosão dos dispositivos e das dificuldades de aplicar as sanções de direitos adquiridos pelas disposições legais da CLT, da própria Constituição. Assim, abrir a via para experimentar o uso do direito frágil –na fronteira da configuração do direito do trabalho como conjunto de instrumentos normativos dotados “*de vinculidad jurídica y protegidos por una sancionabilidad en caso de inobservancia*”– poderá agir no enraizamento do respeito às normas entre os empresários? Essa inquietação motivou o interesse de compreender as novas práticas emergentes, inauguradas entre 2003 e 2013, num cenário empresarial de relevante significado e de importante valor no plano econômico e simbólico (empresas estatais, do agronegócio da cana e da construção civil pesada).

Cabe reconhecer que frear a contínua deslegitimação das normas trabalhistas requer hoje caminhos diferentes dos percorridos nos anos 1990. Naquela década, os programas de filantropia e de responsabilidade social empresarial estavam bem distantes de pleitear a aplicação da legislação trabalhista. Na fase atual, os processos de globalização dificultam a definição e a defesa dos *standards* das condições de trabalho, retardando até o enraizamento dos direitos sociais. Se as atuais políticas de investimentos promovidas pelo Estado brasileiro aumentam a proporção de assalariados com carteira assinada, ao mesmo tempo tendem a aceitar ajustes sempre mais flexíveis da proteção social.

58 HEPPLER, B., *Diritto del lavoro, diseguaglianza e commercio globale*. *GDLRI*, n. 97, p. 27, 2003.

59 BANO, F., *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*. *Lavoro e Diritto (LD)*, n. 1, p. 49-76, 2003.

Duas observações nascem como conclusões da análise que acabamos de apresentar. De um lado, as mobilizações no nível local em defesa dos(as) trabalhadores(as) continuam se manifestando. Isso evidencia quanto é profundo o *deficit* de direitos adquiridos. Será de grande relevância continuar os estudos sobre a composição das estratégias de ajuste dos comportamentos dos empregadores que insistem em desconhecer (pela fraude ou pela omissão) a legislação vigente. Por outro lado, a contínua renovação das pautas de reivindicação nos locais de trabalho sinaliza também que as instituições públicas deverão se capacitar para seguir interpelando as empresas em sua responsabilidade de empregadores em prol da qualidade do emprego e do nível de vida. Pela variedade dos sistemas de regulação estabelecidos pelos atores sociais (Estado, sindicatos, empresas, trabalhadores) manuseando a lei e os contratos, é preciso, pois, continuar acompanhando essas modalidades, a fim de verificar se e quanto elas podem promover a interpelação do Estado ao mundo empresarial e responder com eficácia às demandas elaboradas pela sociedade⁶⁰.

60 SUPLOT, A., Un faux dilemme: La loi ou Le contrat? *Droit Social*, p. 59-71, 2003.

SINDICALISMO EUROPEO Y LATINOAMERICANO

Un análisis comparado de sus recursos de poder¹

Pere J. Beneyto

Universidad de Valencia (España)

Alvaro Orsatti

Confederación Sindical de trabajadores y trabajadoras de las Américas

1. Presentación. 2. Indicadores socioeconómicos y laborales. 3. Indicadores sindicales: referencias conceptuales. 4. Indicadores sindicales: cobertura estadística. 5. Comentarios finales.

Resumen: Con un volumen de población activa similar (273 y 245 millones, respectivamente), que en conjunto representa una sexta parte del empleo mundial, así como profundas diferencias cualitativas respecto de su status laboral y regulación normativa, la Unión Europea y América Latina comparten una larga historia de lucha obrera y sindical dirigida a defender la dignidad del trabajo y los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Aun con las lógicas divergencias derivadas de sus respectivas trayectorias, modelos y culturas organizativas, dichas regiones aportan los dos principales núcleos del sindicalismo mundial, cuya contribución a la defensa y promoción de la libertad, la justicia y la solidaridad ha sido y sigue siendo decisiva. En el presente artículo se exploran las posibilidades de un análisis cuantitativo comparado sobre los recursos de poder sindical en ambas áreas, utilizando a tal efecto los indicadores de *presencia* (afiliación), *audiencia* (representación) e *influencia* (cobertura de la negociación colectiva) de las organizaciones obreras y su articulación en los respectivos sistemas de relaciones laborales.

Abstract: With a volume of active population similar (273 and 245 million, respectively), which together represents one sixth of the global employment, as

1 Este artículo refunde sendas comunicaciones de los autores presentadas en recientes congresos internacionales: "Densidad sindical y negocial en Europa y América Latina" (XXX Congreso de ALAS, Asociación Latinoamericana de Sociología, San José, noviembre 2015) y "Representación en el lugar de trabajo: modelos europeos y latinoamericanos" (I Congreso Iberoamericano de Relaciones Laborales, Sevilla, enero 2016). Da continuidad a un proyecto de investigación desarrollado en 2012 por profesionales latinoamericanos y españoles vinculados al sindicalismo, promovido por la CSA, y con la colaboración del CELDS (Centro Europeo Latinoamericano de Diálogo Social de la Universidad Castilla La Mancha), con el objetivo de identificar modelos organizativos y experiencias de acción sindical en ambas regiones, que, pese a sus diferencias estructurales, ocupacionales e institucionales, comparten culturas y estrategias reivindicativas similares en el campo sindical.

El documento está encuadrado en la participación de los autores en la RELATS, Red Euro-Latinoamericana de Análisis sobre Trabajo y Sindicalismo (www.relats.org). Cfr. el manifiesto de esta Red en la sección Noticias de esta misma Revista.

well as deep qualitative differences regarding their employment status and normative regulation, the European Union and Latin America share a long history of workers and trade union struggle aimed at defending the dignity of work and the rights of workers. Even with logical differences derived from their respective paths, models and organizational cultures, these regions provide the two main centers of world trade unionism, whose contribution to the defense and promotion of freedom, justice and solidarity It has been and remains critical. In this article explores the possibilities of a quantitative comparative analysis of power resources association in both areas, using for this purpose the presence indicators (Affiliation), hearing (representation) and influence (bargaining coverage collective) of labor organizations and their articulation in the respective systems of labour relations.

Palabras clave: Indicadores sindicales, afiliación, representación, influencia social.

Key words: labor union indicators, affiliation, representation, social influence.

1. PRESENTACIÓN

Los procesos de globalización y regionalización acumulados en las últimas décadas condicionan tanto el desarrollo económico como las formas de gobernanza política, institucional y social de los diferentes países, incluida la gestión de sus respectivos modelos productivos y mercados de trabajo, por la intervención decisiva de nuevos sujetos (empresas multinacionales) y métodos (financiarización, desregulación).

Por su parte, la actual crisis económica global y su desigual impacto regional han puesto de manifiesto la correlación existente entre los sistemas de relaciones laborales, desempeño económico y cohesión social, identificando como factores clave el marco normativo y la intervención sindical.

Históricamente el sindicalismo ha operado como *actor social* (agregación, representación y defensa de intereses de los trabajadores) y *factor de igualdad*, actuando tanto sobre la primera distribución de la renta (salarios, condiciones de trabajo, regulación del mercado laboral) a través de la negociación colectiva, como sobre los mecanismos propios de la segunda re-distribución (política fiscal, prestaciones sociales, Estado de Bienestar) mediante la presión social y participación institucional, según los casos². Recientes investigaciones y estudios

2 BENEYTO, P., "Situación actual del sindicalismo. Un análisis sociológico", en *Reivindicación del sindicalismo* (Coord. P.J. Beneyto), Bomarzo, Albacete 2012, pp. 59-106.

comparados acreditan la existencia de una correlación positiva entre participación sindical y equidad social³.

En la Unión Europea (UE en adelante), la actual crisis económica y su impacto sobre el mercado de trabajo y las relaciones laborales (desregulación contractual, descentralización de la negociación colectiva) ha reforzado la potencia de dicha correlación, si bien ahora en sentido contrario, evidenciando que el debilitamiento de las instituciones del mercado de trabajo y, más concretamente, la desindicalización resultante explican gran parte del incremento de la desigualdad⁴. En América Latina (ALC en adelante, incluyendo Caribe), el ciclo de expansión económica iniciado en los primeros años de la década pasada, ha sido acompañado en varios países por una mejora relativa de la presencia y acción sindical, aunque desde 2012 se registra un cierto retroceso, al comenzar a repercutir en dicha área la crisis mundial.

Uno de los vectores clave en la estrategia por la equidad y contra la desigualdad social pasa por reforzar y desarrollar los recursos de poder sindical⁵, de tipo organizativo (afiliación, coordinación), funcional (representación, presión) e institucional (negociación colectiva, prestación de servicios), haciendo frente a los límites y restricciones de origen tanto exógeno (cambios en la estructura productiva, el mercado y la cultura del trabajo) como endógeno (burocratización, división orgánica, desconexión con los nuevos movimientos sociales, etc.).

En el presente artículo se exploran las posibilidades de un análisis cuantitativo comparado sobre el grado de poder sindical en ambas áreas (y sus respectivas subregiones)⁶ mediante tres indicadores sobre distintas manifestaciones de

3 VISSER, J., *Inequality and the labour market*, AIAS, Amsterdam 2008. STIGLITZ, J., *El precio de la desigualdad*. Taurus, Madrid 2012. PONTUSSON, J., "Unionization, Inequality and Redistribution", en *British Journal of Industrial Relations*, 51(4), 2013, pp. 797-825. ETUI, *Benchmarking Working Europe 2012*. Brussels, 2013, European Trade Union Institute.

4 OCDE, *Divided We Stand. Why inequality keeps rising*. Paris 2011.

5 LEHNDORFF, S., "Acting in different worlds. Challenges to transnational trade union cooperation in the Eurozone crisis", en *Transfer*, 21(2), 2015, pp. 157-170.

6 La regionalización adoptada es la siguiente: UE: 1. Área Escandinava (Dinamarca, Finlandia, Suecia), Anglosajona (Chipre, Irlanda, Malta Reino Unido), 2. Centro (Alemania, Austria, Bélgica, Holanda, Eslovenia, Luxemburgo), 3. Latina (España, Francia, Grecia, Italia, Portugal), 4. Oriental (Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rep. Checa, Rumania). ALC: 1. Área Norte (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México. Nicaragua, Panamá, Rep. Dominicana; 2. Andina (Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela); 3. Cono Sur (Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay). Para el cálculo de los promedios regionales, se ha considerado el promedio simple, atendiendo al hecho de una fuerte concentración de la PEA en pocos países en ambas regiones; en la UE seis concentran el 69% del total (Alemania, Reino Unido, Francia, Italia, España y Polonia, en ese orden, con entre 18 y 42 millones) mientras que un segundo grupo de países de tamaño medio agrega 16% más (Países Bajos, Portugal, Grecia, Bélgica, Rumania y Suecia, con entre 5 y 9 millones). En ALC, Brasil y México cubren más del 50% (150 millones) de la PEA, seguidas de un segundo grupo de tamaño medio (Argentina, Colombia, Perú, Venezuela, entre 13 y 22 millones), que representan el 25%. En el resto, un tercer grupo de cinco países reúne al 11% del total (Bolivia, Chile, Cuba, Rep. Dominicana, con entre 5 y 8 millones). Desde el punto de vista económico, CEPAL considera que la mayor parte de ALC corresponde a países de ingresos medios (29, la mayor parte del Cono Sur y Área Andina, junto a Cuba y pequeños Estados del Caribe), aunque también bajos (Bolivia, Paraguay, andinos,

aquel, que pueden considerarse un resumen extremo de los sistemas de relaciones laborales, que son el resultado de los correspondientes procesos de configuración histórica, estructural, normativa, institucional y cultural⁷.

La modelización de las relaciones laborales nacionales en Europa tiende a coincidir en la siguiente tipología: 1. Corporatismo organizado, correspondiente al área escandinava; 2. Partenariado social, área centroeuropea; 3. Estatista, área latina; 4. Liberal, área anglosajona; 5. Mixto, área oriental⁸.

En ALC lo habitual es partir de la diferenciación básica entre el grado de concentración organizativa y negocial por sector en Argentina, Brasil y Uruguay (con importantes particularidades adicionales) y la brecha permanente entre normativa y práctica por los empleadores y el Estado⁹.

Asimismo, se destaca la presencia de OIT (Organización Internacional del Trabajo) en el campo bajo análisis, desde la perspectiva de indicadores, conceptos y normativa.

2. INDICADORES SOCIOECONÓMICOS Y LABORALES

Un primer plano analítico sobre las diferencias entre las dos regiones corresponde al plano del desarrollo humano y productivo. La *tabla 1* presenta dos datos básicos al respecto: el índice de desarrollo humano (IDH, de Naciones Unidas¹⁰), y el indicador habitual de productividad (producto por persona ocupada), concluyéndose que para ambos la brecha entre las dos regiones es 2/3 a favor de la UE¹¹.

centroamericanos). En los extremos, tres países tienen ingresos altos (Bahamas, Barbados y T-Togado) y uno bajos (Haiti).

7 DE LA GARZA, E., *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina*. CLACSO, Buenos Aires 2005. FERNER, A. y HYMAN, R., *La transformación de las relaciones laborales en Europa*. Ministerio de Trabajo, Madrid 2002.

8 COMISION EUROPEA, *Industrial relations in Europe 2012*. Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2013.

9 CAMPOS, L. y GIANIBELLI, G., "Modelos de negociación colectiva en ALC", en *Estrategia sindical para una mayor y mejor negociación colectiva. Campaña sobre libertad sindical, negociación colectiva y autorreforma sindical*. San Pablo 2013, pp. 91-105. ERMIDA, O. *Dificultades del movimiento sindical con especial referencia a su estructura en América Latina*, GTAS/CSA, San Pablo 2011. NOTARO, J. *Los sistemas de relaciones laborales. Un enfoque macrosocial desde el cono Sur de América Latina*. Instituto de Economía, DT 4/10.

10 El IDH es un indicador sintético que combina los referidos a: esperanza de vida al nacer, años promedio de instrucción, años esperados de instrucción, ingreso bruto nacional per cápita, desigualdad de género, y pobreza multidimensional. Los índices están referenciados en el universo de países cubiertos en el mundo (187). El primer país en IDH es Noruega (1) y el último Níger (187). NU elabora también una versión ajustada por el grado de desigualdad, que mejora relativamente (en alrededor de cinco puntos) la ubicación promedio de ALC respecto de UE, pero no está disponible para todos los países.

11 Otro indicador relevante en el plano productivo es el de los tamaños de las empresas, respecto de lo cual las proporciones entre la PYME y las grandes se invierten entre las dos regiones, con un mayor peso de las primeras en ALC. En la productividad promedio tiene una alta incidencia el peso relativo de las productividades de cada tipo de empresa.

Tabla 1. Indicadores de desarrollo humano y productivo para UE y ALC. A comienzos de esta década

	UE	ALC
Índice de Desarrollo Humano (ranking agregado de países sobre un total de 183, con un orden descendente de desarrollo)	82	28
Productividad. Producto por persona ocupada (UE=100)	100	30

Fuente: IDH-Naciones Unidas, 2014, *The Conference Board, Economy Database*, 2013.

Un segundo nivel de análisis (*tabla 2*) se refiere a indicadores laborales que también se vinculan con el grado de desarrollo productivo: 1. la tasa de actividad (población económicamente activa como proporción de la población total) es bastante mayor en ALC, (relacionado principalmente con la estructura etaria); 2. la tasa de desempleo (porcentaje de la PEA que está desocupada) es bastante mayor en UE (relacionado con la actual crisis, ya que tradicionalmente ha sido menor); 3. la tasa de asalarización (proporción de población ocupada con relación de dependencia) es muy inferior (30%) en ALC; 4. el empleo no registrado es el doble en ALC. Por lo tanto, tres de los cuatro indicadores identifican un nivel de desarrollo menor de ALC respecto de la UE.

Tabla 2. Indicadores laborales para UE y ALC. A comienzos de esta década

	UE	ALC
PEA, Población económicamente activa, en miles y en % de la población total	245.000 7.7%	273.000 8.8%
Desempleo, en miles y % de la PEA	24.180 9.9%	16.900 6.2%
Asalarización, en % de la ocupación total	83	58%
Asalariados no declarados, en % de la ocupación total	9%	20%

Fuente: Eurostat, CEPAL, OIT

La *tabla 3* analiza las diferencias subregionales en cuanto al IDH y la tasa de asalarización. Respecto del primer indicador, en la UE, la subregión Oriental presenta un nivel bastante inferior (44), y en ALC el Cono Sur presenta un nivel bastante superior (56). En cuanto a la asalarización, en la UE las tasas son bas-

tante homogéneas. En ALC el mayor desarrollo alcanzado por el Cono Sur (67%) respecto de las otras dos áreas (48% y 58%)¹².

Tabla 3. Indicadores de desarrollo humano y de asalarización para UE y ALC, por subregiones. A inicios de la década

	IDH	Tasa asalarización
Promedio UE	28	84
Escandinava	19	88
Germánica	15	87
Anglosajona	28	77
Mediterránea	24	84
Oriental	44	82
Promedio ALC	82	58
Región Norte	94	58
Región Andina	80	48
Cono Sur	56	67

Fuente: Eurostat, CEPAL, OIT, IDH-Naciones Unidas

3. INDICADORES SINDICALES: REFERENCIAS CONCEPTUALES

En la literatura especializada¹³ existe una notable coincidencia en la selección de variables e indicadores que permiten calibrar el poder de los trabajadores: a) la *presencia*, es decir el número de afiliados a las organizaciones sindicales; b) la *influencia*, en cuanto al impacto real de la acción sindical por medio de la negociación colectiva y la capacidad de movilización en conflictos laborales y sociales en general; y c) la *audiencia* electoral, mediante el voto a nivel de la empresa, para nombrar representantes de todos los trabajadores (afiliados o no) en los lugares de trabajo.

Estas tres dimensiones pueden explorarse mediante el uso de indicadores centrados en el concepto de “densidad” respecto de un universo determinado, que

¹² En relación al empleo no registrado, los datos europeos son parciales y heterogéneos, pero alcanzan para destacar niveles superiores en las subregiones Latina y Oriental, en tanto que en ALC las brechas internas son grandes: 16% en el Cono Sur contra 25% en las otras dos subregiones. En realidad, existen diferencias importantes a lo interno de cada subregión, que no pueden ser analizadas aquí. Por ejemplo, respecto de la asalarización, los niveles son inferiores respecto del promedio subregional en países de las áreas Latina (Portugal e Italia) y Oriental (Rumania y Polonia), así como, en ALC, de Paraguay en el área Cono “Sur de y de Costa Rica y Rep. Dominicana en el área Norte.

¹³ VISSER, J., *Institutional characteristics of trade unions, wage-setting, state intervention and social pacts*. AIAS, Amsterdam 2015. BERNACIAK, M., GUMBRELL, R. y HYMAN, R., *European tradeunionism: from crisis to renewal?*. ETUI, Brussels 2014. HYMAN, R., *Understanding European tradeunionisms. Between market, class and society*. Sage Publications, London, 2001. REGINI, M., “I dilemmi del sindacato del 2000: più rappresentanza per avere influenza o viceversa?”, en *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 4, 2001.

aquí es el total de ocupados asalariados: “sindical”, “negocial” y de “representación en el lugar de trabajo” (RLT, en adelante)¹⁴.

Se trata de indicadores sintéticos y no exentos de dificultades para su interpretación, incluyendo el análisis comparado¹⁵. Respecto de la densidad sindical existen criterios diferentes por país, vinculados a la normativa nacional, en cuanto al numerador y denominador de la medida, utilización de fuentes estadística diversas (encuestas a hogares, censos, registros administrativos). Asimismo, una cuantificación completa sobre la sindicalización debiera incluir al trabajo autónomo, desocupado, retirado e, incluso, en una perspectiva movimientista, otros sectores poblacionales, para no limitarse, como se lo hace en este ejercicio, al empleo asalariado.

En cuanto al segundo indicador, se destaca la problemática de medición de la negociación entre los trabajadores del sector público, y la existencia de formas subestándar en el sector privado, que no debieran ser asimiladas a la negociación colectiva en sentido estricto, y que sin embargo suelen aparecer en las estadísticas gubernamentales. El criterio habitual es considerar directamente la definición de negociación colectiva consensuada en OIT (Convenio 154).

Respecto de la densidad de RLT, los informes más recientes¹⁶ suelen aplicar dos indicadores alternativos: porcentaje de trabajadores representados (*cobertura*) y porcentaje de empresas con trabajadores representados (*incidencia*), donde obviamente el primero es más alto, al ascender con el tamaño de la empresa¹⁷, por lo que será este el que utilizaremos en el presente estudio. A su vez, la existencia de dos vías (que pueden no ser excluyentes): la sindical y la electoral entre el conjunto de trabajadores de la empresa, ha dado lugar a un cuádruple criterio clasificatorio, diferenciando las situaciones de un “canal único” y “doble canal”, destacando en esta segunda alternativa la prevalencia de una u otra forma.

Desde 1967 la OIT define la RLT como “participación de los trabajadores en las decisiones dentro de las empresas”¹⁸ o directamente “participación de los traba-

14 La práctica sobre los dos primeros indicadores se encuentra en la OIT y la OCDE, desde los años noventa, con un desarrollo reciente en la primera, a partir de la adopción del concepto de trabajo decente: el manual de estadísticas de la OIT, los incluye en el capítulo sobre diálogo social (junto a “organización de los empleadores” y “días no trabajados por huelgas y lockouts”. Sin embargo se mantiene la falta de resoluciones de los estadígrafos del trabajo, ya que la única existente (sobre negociación colectiva) es muy antigua (1926) y limitada. El tercer indicador (sobre RLT) no es mencionado. OIT también ha incluido la “tasa de asalarización” en el campo de las dimensiones de empleo. Véase OIT, *Decent Work Indicators. Concepts and definitions*. Ginebra, 2012.

15 ORSATTI, A., *Densidad sindical y densidad negocial. Antecedentes metodológicos y disponibilidad de información en América Latina y Caribe*. CSA, San Pablo 2015.

16 EUROFOUND, *European Company Survey 2013*. Dublin 2014.

17 Hay que tener en cuenta la posibilidad de que la densidad de RLT no sea estrictamente comparable con las otras dos medidas, por el efecto de un eventual “piso” de tamaño de la empresa (determinado por la normativa y/o la práctica estadística), y de si el análisis se refiere solo al sector privado o también al público. Concretamente, el estudio aquí utilizado toma como universo de referencia los centros de trabajo, tanto públicos como privados, con una plantilla superior a los 10 trabajadores lo que excluye, aproximadamente, al 20% de la población asalariada.

18 Los consensos fueron alcanzados a fines de los años sesenta (conferencias en Ginebra, 1967 y Belgrado, 1969), en una coyuntura en la cual, según los autores, la OIT se hizo intérprete de recientes medidas

jadores”, que debe ser entendida siempre a nivel de la empresa, diferenciada de la “consulta y colaboración” que se refiere al nivel macro (con las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores). La expresión “lugar de trabajo” abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador. La RLT es una forma de participación “indirecta”, opuesta a la “directa” (los propios trabajadores). Las estructuras están, por lo general, integradas exclusivamente por trabajadores, aunque también se adopta la forma mixta/paritaria¹⁹.

También se utiliza la calificación de participación “débil” o “fuerte”, y “pasiva” o “activa”, para identificar distintos grados de RLT, hasta llegar a la cogestión y formas semejantes y más estables de colaboración. Durante bastante tiempo la UE utilizó un enfoque “neutral”, que ha cambiado con directivas de comienzos de la década pasada sobre “involucramiento de los trabajadores” mediante la “información, consulta y participación”. En éstas normas, la “información” está dirigida a su conocimiento y examen por los trabajadores, la “consulta” se refiere al intercambio de opiniones y establecimiento de un diálogo, y la “participación” se define como la influencia del órgano representativo de los trabajadores y de

adoptadas en Francia e Italia, a raíz de sucesos sociales, y considerando el consolidado sistema vigente en Alemania. En este escenario, en un escenario en que OIT solo disponía de una norma (Recomendación 94 sobre colaboración en el ámbito de la empresa), se aprobaron nuevos instrumentos: (en 1967) (Recomendaciones 129 y 130 sobre comunicaciones dentro de la empresa y sobre el examen de reclamaciones), y particularmente el primer convenio (en 1971) (Convenio 135 “Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa” (abreviado como “Convenio sobre la representación de los trabajadores”). Esta norma no presenta una definición sino que considera que tales representantes son las personas reconocidas como tales por la ley o la práctica nacionales y ubica dos modalidades: representantes propiamente sindicales y representantes surgidos por la vía electiva, incluyendo representantes no sindicalizados, al tiempo que cuida que esta segunda forma no vaya en desmedro de la presencia sindical en la empresa. El convenio garantiza la protección contra todo acto que perjudique a los representantes en cuanto a la eventualidad de despidos y su actividad como tal, incluyendo facilidades apropiadas para su desempeño, tiempo libre para la formación y la asistencia a eventos, el ingreso a todos los locales, el reparto de publicaciones, y el acceso a los representantes de los empleadores. Los representantes sindicales también tienen garantizado la afiliación, la participación y su protagonismo en la negociación colectiva. El Convenio 135 se mantiene con un número relativamente escaso de ratificaciones (ver más adelante). En paralelo es incorporado al diálogo social a nivel internacional mediante su cita en acuerdos marco globales.

19 El ejemplo más frecuente es el de la seguridad y salud en el trabajo (o de seguridad e higiene), que ha sido promovida por OIT desde 1981 (Convenio 155 y en especial su Recomendación 164), retomado posteriormente con el Protocolo 155 (2002) y el Convenio 187 (2006), planteando la existencia de delegados, de comités obreros o de comités paritarios, o de estos dos últimos a la vez. En los comités paritarios, los trabajadores deberían tener una representación por lo menos igual a la de los empleadores. Las acciones promovidas son: recibir información, examinar los factores que afectan a la seguridad y a la salud y ser alentados a proponer medidas en este campo; ser consultados cuando se prevean -- y antes de que se ejecuten -- nuevas medidas importantes; ser consultados cuando se prevean cambios en las operaciones y procesos de trabajo y en el contenido o en la organización del trabajo que puedan tener repercusiones en la seguridad o la salud de los trabajadores; estar protegidos contra el despido y otras medidas perjudiciales; poder contribuir al proceso de toma de decisiones al nivel de la empresa; tener acceso a cualquier parte de los lugares de trabajo y poder comunicarse con los trabajadores; poder contactar con los inspectores del trabajo; poder contribuir a las negociaciones en la empresa; disponer de horas de trabajo remuneradas; recurrir a especialistas asesores.

sus miembros en los asuntos de la empresa²⁰. En este marco, la participación “activa” se deriva del derecho a elegir o designar algunos de los miembros del órgano administrativo o de vigilancia de la empresa, o el derecho de recomendar y/o oponerse a la designación de miembros de esos organismos.

La definición de RLT excluye a los “círculos de calidad”, “comités consultivos conjuntos” (que reemplazan o complementan la negociación colectiva), y los planes empresariales de participación en los resultados (por ejemplo en los beneficios).

Respecto de la relación entre RLT y negociación colectiva, si bien a nivel teórico aquella sigue, al menos en principio, el enfoque de conflicto (o antítesis estructural) de intereses, en vez de la búsqueda de colaboración en las formas participativas, en la práctica los límites de cada una son cada vez más inciertos, reduciéndose la respectiva especialización, al convertirse en sistemas abiertos que se comunican entre sí. La RLT no puede reemplazar la negociación colectiva, pero existe una relación simbiótica, en el sentido de una influencia recíproca, dentro de lo cual la participación es un preámbulo a la negociación. Asimismo, algunas limitaciones de la negociación colectiva pueden superarse con la ayuda de la participación²¹.

4. INDICADORES SINDICALES: COBERTURA ESTADÍSTICA

Del análisis comparado de los primeros indicadores (*tabla 4*)²², se deduce que la densidad sindical en Europa es diez por ciento superior a la de ALC (23% versus 21%) y la densidad negocial es cuarenta por ciento superior (61% versus 35%). Diferenciando por áreas subregionales, en la UE las brechas internas son muy grandes tanto en la densidad sindical (entre 17 y 67%) como en la negocial (entre el 34 y el 89%). En ALC es la subregión Cono Sur (con centro en Brasil y Argentina) la que empuja hacia arriba el promedio, con una situación similar a la europea en ambos indicadores (superior en la densidad sindical e inferior en la negocial), con lo que las otras subregiones presentan niveles muy inferiores (alrededor del 10%).

20 ARRIGO. G. y CASALE, G., *Representación en el lugar de trabajo: la perspectiva normativa de la OIT*. DT-8, ginebra, 2015.

21 El Convenio 154 sobre negociación colectiva (1981) reconoce la posibilidad de funciones negociales a los representantes electivos, al mencionar que la ley o la práctica nacionales “podrán determinar hasta qué punto la expresión negociación colectiva se extiende igualmente a las negociaciones con los representantes en la empresa.

22 La información disponible en Europa está bastante homogeneizada, como resultado de los trabajos e investigaciones del Instituto Sindical Europeo (<http://www.worker-participation.eu>), Eurofound y, más específicamente, del Instituto de Estudios Avanzados de Amsterdam (AIAS), dirigido por Jelle Visser, que mantiene actualizada una exhaustiva base de datos sobre la estructura, afiliación, representación e intervención de los sindicatos europeos (<http://www.uva-aias.net>) (ver bibliografía) Para ALC la comparabilidad es más difícil (incluso en los datos publicados por OIT a partir de registros y declaraciones gubernamentales), por lo que el sindicalismo de CSA ha realizado un estudio que integra y consolida fuentes diversas.

Tabla 4. Densidad sindical y negocial en UE y ALC. A comienzos de esta década

	Densidad Sindical	Densidad Negocial
Promedio UE	23	61
Escandinavia	67	89
Centro	30	78
Anglosajona	39	44
Latina	20	68
Oriental	17	34
Promedio ALC	21	35
Región Norte	13	12
Región Andina	9	14
Cono Sur	29	53

Fuente: ICTWSS database para la UE. OIT y estimaciones sindicales para ALC.

La brecha en favor de la UE en materia de densidad negocial ha sido históricamente mayor, ya que el actual nivel está influido por la reciente crisis mundial (era de 68% en 2002)²³, siendo aún mayor la caída en los países mediterráneos más golpeados por la crisis (Grecia, España y Portugal). En términos dinámicos, vinculado a la “gran recesión” iniciada en 2008 le ha seguido la “gran agresión” a los derechos sociales mediante reformas y recortes unilaterales²⁴ que han afectado gravemente tanto a los actores (debilitamiento sindical) como a los procesos (desregulación normativa, descentralización) y resultados (reducción cuantitativa y cualitativa) de la negociación colectiva y el conjunto de las relaciones laborales²⁵. En ALC, el ciclo de expansión económica iniciado en los primeros años de la década pasada ha sido acompañado en varios países por una mejora relativa de la normativa y de la presencia y acción sindical.

En cuanto a la densidad de RLT, es uno de los rasgos definitorios del modelo social europeo²⁶, tanto en lo referido a su regulación legal como a la intervención real. Ello es resultado de una convergencia “espontánea” derivada, durante décadas, de la construcción del mercado único y, más recientemente, de un proceso progresivo y recíproco de asimilación entre situaciones nacionales por la armonización regional vía directivas²⁷.

23 COMISIÓN EUROPEA, *Industrial Relations in Europe 2014*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2015.

24 STAN, S., HELLE, I. y ERNE, R., “European collective action in times of crisis”, en *Transfer*, 21(2) 2015, pp. 131-139.

25 GONZÁLEZ, S. y LUQUE, D., “Crisis económica y deterioro de los pactos sociales en el sur de Europa”, en *Revista Internacional de Sociología*, 73(2) 2015.

26 ALOS, R. et al., *La representación sindical en España*. Fundación 1º de Mayo, Madrid 2015. BENEYTO, P., *La representación de los trabajadores en la Unión Europea y en España*. Fundación 1º de Mayo, Madrid 2014.

27 En Europa, la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales y de los trabajadores (1989) incorporó la información y consulta y la política sobre salud y seguridad a lo interno de la empresa, siendo

La RLT se concreta en cada país en formatos institucionales y estructuras organizativas diferentes (*tabla 5*), pudiéndose establecer para el caso europeo la siguiente clasificación:

1.- *Canal único-Comité* los comités de empresa elegidos por todos los trabajadores/as constituyen la forma de representación habitual, no previéndose la intervención directa de las estructuras sindicales que, sin embargo, asumen la interlocución laboral a nivel sectorial y territorial.

2.- *Canal único-Sindicato*: la vía de representación es el sindicato, mediante sus secciones organizadas en las empresas que, habida cuenta de las altas tasas de afiliación en la mayoría de los países de este grupo, no requieren de mecanismos electorales para el desarrollo de sus funciones.

3.- *Doble canal-prevalencia del Comité*: conviven en las empresas tanto la instancia asociativa (sindicato) como la representativa (delegados y comités), si bien la RLT se vehiculiza fundamentalmente por la vía electoral. El caso español es particular, ya que se aplica un criterio de verificación de la implantación material del sindicato, frente al modelo habitual de legitimación²⁸.

4.- *Doble canal-prevalencia del Sindicato*: el sistema de representación ha sido tradicionalmente el del sindicato, si bien la influencia de la normativa europea reciente ha permitido desarrollar también mecanismos de audiencia electoral que, con todo, disponen de menor implantación y competencias que los delegados y secciones sindicales de empresa.

La traslación de la directiva comunitaria 2002/14 a la legislación nacional de los países miembros ha generado un proceso de cambios y ajustes de los respectivos modelos de RLT aún inconcluso, lo que en algunos casos dificulta la adscripción formal a uno u otro modelo de RLT²⁹, como ocurre en gran parte de los países orientales en fase de transición desde estructuras estatistas y, a otro nivel, en

este segundo aspecto el que se desarrolla más rápidamente. La información y consulta en general se incorpora desde comienzos de la década pasada mediante las Directivas D 2001/86, D 2002/14 y D 2003/72. En paralelo, Europa ha normado sobre la dimensión comunitaria de la RLT, desde iniciales intentos en 1980 que culminaron con la directiva sobre consejos de empresa europeos de 1994. Últimamente (2007/9) se profundizó en el capítulo informativo y consultivo de estos consejos y se incorporó igual tratamiento en relación a las sociedades anónimas europeas- Pero la práctica y el desarrollo normativo de la RLT a nivel nacional de los países posteriormente miembros de la UE es muy anterior, habiéndose señalado como primer antecedente el de subcomités mixtos de fábrica para resolver conflictos (a fines del siglo XIX, en Reino Unido, Alemania, Bélgica). El auge de nuevas iniciativas corresponde a la primera posguerra (junto con Rusia en 1917), en Reino Unido, Alemania (incluyendo su reconocimiento por la Constitución de Weimar en 1919), Austria y Checoslovaquia. Un caso puntual y breve es el catalán (en 1936). En la segunda posguerra, se desarrollan los modelos de cogestión en Alemania, Austria y Dinamarca. En Italia, luego de una breve experiencia de cogestión en esos años, lo característico han sido los consejos de fábrica desde fines de los años sesenta.

28 BAYLOS, A. y CASTELLI, N., "La rappresentanza sindacale in Spagna", en *Sistemi nazionali di rappresentanza sindacale* (LA MACCHIA, a cura di), Bomarzo, Albacete 2013, pp. 37 y ss.

29 Estos modelos no tienen, en general, una correspondencia directa con los agrupamientos regionales presentados al momento de analizar las densidades sindical y negocial, remitiendo a ulteriores investigaciones el análisis de las causas y efectos de dicha asimetría.

Italia y Reino Unido, de tradicional prevalencia de la vía sindical y que en los últimos año han reforzado las instancias unitarias de representación³⁰.

Tabla 5. Modelos de RLT en la UE y ALC. A comienzos de esta década

	UE	ALC
1. Canal único: Comité	Alemania, Austria, Holanda, Luxemburgo	Costa Rica, Ecuador
2. Canal único: Sindicato	Chipre, Italia (hacia 3.1), Malta, Suecia, Italia	Argentina, Chile, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay
3. Doble canal	<p>3.1.- Prevalencia Comité: Bélgica, Eslovaquia (con elementos de 3.2), España, Estonia, Francia, Hungría, Letonia (con elementos de 3.2). Rumanía (ídem.).</p> <p>3.2.-Prevalencia Sindicato: Chequia, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Polonia, Portugal, Reino Unido (con elementos de 3.1).</p> <p>Bulgaria y Lituania presentan un cierto equilibrio entre 3.1 y 3.2.</p>	Brasil, Perú Venezuela

Fuente. UE: Eurofound. ALC: estudios nacionales CSA.
 Nota. Cuando en la tabla se hacen indicaciones entre paréntesis, se refiere a que en esos países el sistema de RLT está en proceso de transición y/o comparte características de ambos modelos.

La ratificación del Convenio 135 fue bastante intensa en los primeros años (Alemania, Francia, Reino Unido, Italia, España, Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Finlandia), pero luego no continuó (excepto Rep. Checa, 2004).

En ALC, la RLT está mucho menos desarrollada tanto a nivel normativo como en la práctica, con una sola excepción (Argentina). Recientemente, se ha dispuesto de varios estudios nacionales que permiten un primer nivel de análisis sobre la extensión normativa y práctica de la RLT en ALC³¹.

Siguiendo el criterio ya utilizado para el caso europeo, aunque sin poder diferenciarse el grado de prevalencia en el “doble canal” (tabla 5, segundo panel), la clasificación resultantes es la siguiente:

30 FULTON, L., *Worker representation in Europe*. ETUI. Brussels 2013. <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations>.

31 En el marco del Programa sobre autorreforma sindical de la CSA, cualificados especialistas han realizado importantes estudios monográficos sobre los respectivos modelos de RLT en Panamá (AYALA, C.), México (BARBA, H.), Uruguay (BARRETTO, H.), Perú (BLANCAS, R.), Argentina (CAMPOS, L.), Ecuador (CANESSA, M.), Venezuela (ITURRASPE, F.), Brasil (SCWARTS, B.) y Chile (VÁZQUEZ, R.), que pueden consultarse en www.relatos.org/foro.html

1. El *Canal único-Comité* podría corresponder a Costa Rica y Ecuador. En el primer país, el comité es concebido como una alternativa ante la falta de un sindicato en la empresa. En el segundo, se establece la posibilidad de que se cree un “comité de empresa” con al menos 30 trabajadores, por decisión de la asamblea que represente a más del 50% de la plantilla³².

2. el modelo de *Canal único-Sindicato* se observa en siete países, casi todos sobre una base normativa nacional (Argentina, Chile, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay) a lo que se agrega Uruguay, donde la práctica proviene de la negociación colectiva, en un escenario de ausencia de un código laboral. El caso argentino es el que tiene una mayor práctica histórica³³, y el de mayor normatividad actual (establecida en 1988). Se garantizan los derechos de los delegados y establece una escala (que puede ser cambiada por la negociación), partiendo de un representante en empresas con 10 trabajadores dos a partir de 50 trabajadores, y uno cada 100 trabajadores a partir de 101. El modelo argentino de RLT presenta diversas limitaciones, comenzando por el hecho de que se encuadra en la unicidad sindical, que da los derechos de negociación colectiva y representación a la organización más importante del sector y empresa, aunque recisiones de la Corte Suprema (2012) extendieron la posibilidad de titularidad a trabajadores representantes de sindicatos sin personería gremial. La regulación se establece para empresas con diez y más trabajadores, determinando una escala proporcional de delegados. Recientemente, la Corte Suprema ha extendido las posibilidades de actuación de los delegados de personal a quienes representan a organizaciones de menor tamaño.

Para los otros países: en México, la norma establece la posibilidad de diversas formas de comités mixtos (para el reparto de utilidades, capacitación, adiestramiento y productividad, determinación de la antigüedad, reglamentos internos, salud y seguridad), lo que debe ser tratado por los contratos colectivos, contenido las bases para la integración y funcionamiento de esas estructuras. En Chile, el código laboral establece un comité sindical cuando existe un sindicato interempresa (integrado por trabajadores de distintas empresas), con limitaciones en sus protecciones y duración, comparativamente con los directores propiamente sindicales. También existe un régimen especial de comités paritarios sobre higiene y seguridad, que está abierto a los trabajadores no sindicalizados. En Nicaragua, la norma admite la creación de “comités seccionales”, con

32 Este comité puede coexistir con sindicatos que cumplan con el propio requisito de tener cada uno al menos 30 trabajadores agremiados. El comité tiene la titularidad de la negociación colectiva. Si no existe, el contrato colectivo podrá ser celebrado con la asociación que cumpla con aquel requisito porcentual. El comité parece reflejar el principio de la organización más representativa, pero los órganos de control de OIT lo han considerado violatorio del Convenio 98 por la exigencia sobre la mayoría absoluta de los trabajadores y no que sea simplemente el de mayor número de afiliados.

33 CERUSO, D., *La izquierda en la fábrica. La militancia obrera industrial en el lugar de trabajo (1916-1943)*. Imago Mundi, Buenos Aires 2015.

representantes sindicales, con fuero hasta un máximo de cuatro. En Panamá, la normativa establece la figura de “representantes sindicales”, que actúan independientemente de los directivos sindicales que actúen desde sindicatos de empresa o nacionales. En Paraguay, la norma establece de un delegado en los locales de trabajo, elegido por el sindicato mayoritario, garantizándose noventa días de protección.

3. El modelo de *Doble Canal* se registra en tres países (Brasil, Perú, Venezuela). En Brasil, el código laboral permite la existencia de RLT tanto sindical (la que parece de mayor extensión) como no sindical, aunque sin darles mayores garantías, lo que ha sido corregido por la jurisprudencia y los tribunales, protegiendo del despido. Está pendiente el aprovechamiento (mediante reglamentación) de la reforma constitucional de 1988, que establece la RLT en empresas con 200 y más trabajadores. En Perú, la normativa promueve dos modalidades de RLT: la primera, denominada “sección sindical” en el centro del trabajo, como órgano representativo del sindicato de rama correspondiente. Ello tiende a garantizar presencia sindical en pequeñas unidades productivas donde no existe un sindicato de empresa, el que tiene un piso de tamaño de 20 trabajadores. La segunda corresponde a empresas sin sindicato, donde los trabajadores pueden elegir a dos delegados para que los representen ante los empleadores y la administración del trabajo, los cuales pueden negociar condiciones laborales y remunerativas, aunque sin la fuerza de la negociación colectiva. En Venezuela, la normativa se ha centrado en los comités bipartitos sobre salud y seguridad en el trabajo (con una norma específica del 2005), con representantes electos (tanto sindicales como no sindicales). En 2012, la reforma de la ley orgánica de trabajo aumentó las garantías de esos delegados y creó un régimen paralelo de “consejos de trabajadores”, con carácter no sindical, el cual aún no está reglamentado.

En relación al Convenio 135, luego de unas pocas ratificaciones iniciales (Cuba, 1972, México, 1974, Nicaragua, 1981) en los años noventa se agregaron otros tres países (Brasil, 1990, Costa Rica y Chile, 1991) y más recientemente otros cinco (Argentina y El Salvador, 2006, Uruguay, 2009³⁴). También en Brasil, los fallos de los tribunales a favor de más protección se inspiran en el C135. A ello se agrega, en México, el nuevo rango constitucional de este convenio (2011).

La cobertura de la RLT incluye, lógicamente, los cuatro modelos analizados que se reparten de forma desigual por países y subregiones, alcanzando una media del 64% (tabla 6), proporción muy similar a la de la cobertura de la negociación colectiva.

34 El Convenio también fue ratificado por Belice y varios microestados caribeños: Dominica, Santo Tomé y Príncipe y Antigua y Barbuda.

Tabla 6. Densidad de RLT en UE

	Densidad RLT
Promedio UE-28	64
Por áreas regionales	
Escandinavia	85
Centro	73
Anglosajona	46
Latina	49
Oriental	55
Por tamaño del establecimiento	
De 10 a 19 trabajadores	26
De 20 a 49	42
De 50 a 249	67
De 250 a 499	83
De 500 y más trabajadores	90
Por sector	
Producción	62
Servicios privados	53
Servicios públicos	74

Fuente: Eurofound.

La implementación de los diferentes modelos de RLT amplía notablemente las tasas de afiliación sindical directa, siendo mayor su potencial expansivo en los sistemas central y latino de relaciones laborales, operando como mecanismo de legitimación representativa e interlocución institucional.

Como ya se ha indicado, la densidad de RLT tiene relación directa con el tamaño de la empresa, tanto porque están excluidas del sistema las microempresas como por sus desiguales tasas de cobertura en función del tamaño de las mismas, oscilando entre el 26% de las pequeñas (de 10 a 19 trabajadores), y el 90% de las de más de 500 trabajadores.

Por sectores de actividad, la cobertura de la RLT se mantiene en los niveles promedio en la industria y construcción, disminuyendo casi diez puntos en los servicios privados y aumentado otro tanto en los públicos, como resultado del impacto agregado de diferentes factores, desde los de tipo estructural a los de carácter institucional e incluso cultural.

Respecto de la práctica de la RLT en ALC solo para Argentina se cuenta con estadísticas que permiten establecer, para 2005, una tasa de cobertura del 39% de los trabajadores y del 15% de las empresas. Dicha densidad alcanzaba al 60% en las empresas con 200 y más trabajadores³⁵ Por lo tanto, los niveles de RLT en

35 TRAJTEMBERG, D. et al., "Representación sindical en el lugar de trabajo. Un análisis del módulo de relaciones laborales", en *Memoria Académica*. Universidad Nacional de La Plata, 2012.

Argentina son entre 25 y 50% inferiores a los europeos, aunque estos datos no incluyen al sector público, por lo que la brecha se reduce.

Los estudios disponibles para algunos de los otros países coinciden en ubicar comités principalmente en las grandes empresas (extranjeras o nacionales)³⁶.

5. COMENTARIOS FINALES

1. Los resultados aquí presentados proporcionan una base para análisis estructurales más amplios sobre las brechas de poder sindical comparadas entre las dos regiones, y a lo interno de cada una.

En general, existe una relación directa entre niveles de desarrollo humano y productivo de las sociedades y el poder sindical, considerando no solo la sindicalización sino también dos intervenciones básicas: la negociación colectiva y la RLT.

2. En este sentido, el modelo europeo combina estructuras económicas más homogéneas y desarrolladas, con modelos laborales caracterizados por un derecho individual y colectivo tendencialmente protector de los trabajadores, su organización e intervenciones. Destaca la prevalencia de la dimensión sectorial, que trae consigo una mayor probabilidad de que la negociación colectiva tenga un alcance erga omnes (para todos), incluyendo los trabajadores no sindicalizados, con el resultado de que la cobertura negocial triplica la propiamente sindical. Otro rasgo central del modelo europeo es la consolidada presencia de la RLT, que influye positivamente sobre la negociación.

Respecto de la relativamente baja densidad sindical europea, se ha argumentado que es resultado de un efecto dialéctico inverso (denominado “free rider”): los Estados de Bienestar, al asegurar políticas sociales y laborales que protegen al trabajador de manera permanente y de manera marcada en momentos de ciclos económicos negativos, reducen la necesidad de la integración a un sindicato (que tiene siempre un costo monetario adicional). La excepción es Escandinavia y Bélgica (por la aplicación del sistema Ghent de políticas de empleo, en el que participan los sindicatos).

De todas formas, hay que considerar efecto negativo de la actual crisis económica y de la tendencia creciente a la utilización de trabajo asalariado atípico (generalmente precario) y el recurso al trabajo autónomo, lo que incorpora dificultades de organización y negociación colectiva.

3. En ALC, es necesario diferenciar tajantemente la situación de Argentina, Brasil y Uruguay (en el área Cono Sur) del resto, por ser básicamente asimilable, en cuanto a la densidad sindical y negocial, al promedio europeo (e incluso a varios de sus países), en tanto que el resto presenta niveles muy inferiores. En estos

36 En México, la extensión de los “contratos colectivos de protección patronal” (en la práctica, simulados) ha llevado a que este régimen sea excepcional e inoperante, excepto en unas pocas grandes empresas donde actúa el sindicalismo democrático.

otros países de la región, lo característico es una situación inversa a la europea en las dos dimensiones mencionadas: por un lado, la estructura productiva es muy heterogénea, con una fuerte presencia de la pequeña producción, del trabajo autónomo en unidades familiares, y aún del empleo doméstico remunerado. Ello deriva en altos porcentajes de trabajo no registrado.. También se repite el creciente recurso a formas atípicas de empleo, tanto en el sector de empresas medianas y grandes como en el sector público. Por otro lado, la normativa laboral sigue siendo fuertemente restrictiva en el campo del derecho colectivo, derivando en el predominio de la organización y negociación colectiva a nivel de empresa, perdiéndose la posibilidad del efecto erga omnes.

Respecto de la RLT, está presente en la normativa nacional pero bajo supuestos restrictivos en cuanto al diseño, oportunidad y alcance de la protección a los representantes, que potencia el negativo factor derivado del menor tamaño de las empresas, con lo que su dinamismo, en la práctica, depende de las cláusulas convencionales en grandes empresas. En este marco, existe una reciente incorporación del tema en la estrategia sindical, que la visualiza como una intervención positiva para el objetivo de aumentar la sindicalización (Colombia, México, Panamá, Perú). En este escenario, el sindicalismo de ALC también valoriza la ratificación y real vigencia del Convenio 135 de OIT. En el caso colombiano se está tomando en cuenta que el sindicalismo del sector público ha visualizado al convenio como un instrumento favorable a las libertad sindical y diálogo social, incorporándolo a sus reivindicaciones ante la falta de normatividad interna sobre esta forma de representación, obteniendo del gobierno el compromiso de ratificarlo³⁷. En el informe peruano se destaca la falta de conocimiento de los sindicatos sobre las posibilidades legales disponibles en RLT. A estos países. A este listado de países también puede incorporarse el caso de Argentina, donde, en otro escenario muy diferente, la expectativa sindical está puesta en los cambios normativos provenientes de decisiones de la Corte Suprema en años recientes.

Finalmente, existe una atractiva convergencia entre los sindicalismos de ambas regiones en relación a la RLT, cuando en 2004 acordaron promocionarla al momento de tomar posición respecto de las condiciones para el acuerdo de asociación UE-MERCOSUR. Esta estrategia avanzaba incluso hacia el formato propiamente birregional, con el antecedente de los consejos de empresa europeos³⁸.

37 GIRALDO, H., *Los comités por lugares de trabajo, funcionales al diálogo social*. ENS, Medellín 2015.

38 El proyecto entre el sindicalismo europeo y latinoamericano por un Capítulo Sociolaboral para el tratado UE-MERCOSUR incluía un capítulo sobre información y consulta, con el siguiente contenido: 1. Los representantes de los trabajadores, a través del Forum Laboral reciben de parte de los empleadores la información que necesiten para entablar negociaciones sobre las condiciones de trabajo. 2. los empleadores, por intermedio del Forum Empresarial, comunican a los trabajadores y a sus representantes la información que les permita hacerse una idea exacta y correcta de los resultados de la empresa o, en caso de grupos de empresas, del conjunto de la empresa. 3. los Estados promueven las consultas y la cooperación .entre empleadores y los trabajadores y sus representantes en materias de mutuo interés. 4. se garantiza la representación de los trabajadores empleados en el Mercosur por aquellas empresas con Comité de Empresa Europeo que actúen en ambas regiones.

LA LIBERTAD SINDICAL ANDINA: COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ¹

Miguel F. Canessa Montejo

Abogado y sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor universitario y Consultor internacional (mcanessa@puccp.edu.pe).

1. El marco constitucional andino de la libertad sindical. 2. La libertad sindical individual y colectiva. 3. La protección de la libertad sindical. 4. El derecho de negociación colectiva. 5. El derecho de huelga. Reflexión Final.

Resumen: La presente contribución analiza el estado de la libertad sindical en Colombia, Ecuador y Perú a partir de tres ejes principales: su reconocimiento en el nivel constitucional y legal, la eficacia de la protección existente a nivel jurisprudencial (con énfasis en la proveniente de órganos de contralor constitucional) y por último, las observaciones y recomendaciones que los órganos de control de la OIT (Comité de Libertad Sindical y Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones) han realizado a los ordenamientos jurídicos nacionales. El trabajo se despliega a su vez en el abordaje de cinco dimensiones o manifestaciones de la libertad sindical para finalmente ensayar unas conclusiones en las que encuentra algunos elementos comunes en el tratamiento y en el tipo de intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo.

Abstract: This contribution analyzes the state of freedom of association in Colombia, Ecuador and Peru from three main areas: recognition in the constitutional and legal level, the effectiveness of existing protection jurisprudential level (With emphasis on bodies from constitutional comptroller) and finally, the observations and recommendations of the supervisory bodies ILO (Committee on Freedom of Association and Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations) they have made to the laws nationals. The work is displayed in turn in the five-Dimensional approach or manifestations of freedom of association to finally try conclusions where is some common elements in the treatment and in the type of intervention in the collective labor relations.

Palabras clave: Libertad Sindical Individual, Libertad Sindical Colectiva, Protección de la Libertad Sindical, Negociación Colectiva, Huelga.

Key Words: Individual Freedom of Association, Freedom of Association Collective, Protection of Freedom of Association, Collective negotiation, Strike.

La libertad sindical es uno de los derechos fundamentales de los ordenamientos jurídicos, basta revisar las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos que la recogen dentro de sus listados. Sin embargo, su reconocimiento jurídico no significa que se encuentra asegurada su aplicación en los referidos ordenamientos, especialmente en los espacios nacionales. Al revisarse los pronunciamientos de los órganos de control internacional, encontramos reiterados señalamientos sobre la violación de tan importante libertad fundamental. La región andina no es ajena a esta contradicción: el reconocimiento constitucional de la libertad sindical y su permanente violación en el mundo del trabajo nacional.

El presente ensayo se centra en analizar brevemente el estado de la cuestión de la Libertad Sindical en tres países de la región andina: Colombia, Ecuador y Perú. Se han tomado tres ejes centrales. En primer lugar, examinar la libertad sindical en el plano constitucional como legal desde sus instituciones básicas. En segundo lugar, monitorear la protección de la libertad sindical por medio del análisis de la jurisprudencia nacional, en especial la constitucional que viene cumpliendo un importante rol de protección de la libertad sindical en los países andinos. En tercer lugar, identificar el déficit de las normativas nacionales tomando como parámetro jurídico los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT –la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical– sobre los países. Estos tres ejes centrales atraviesan el ensayo en las diversas materias constituyentes de la libertad sindical que se abordan.

Para facilitar su comprensión y otorgar coherencia se le ha dividido en cinco acápites que recorren los principales temas de la libertad sindical desde una visión comparativa: el marco constitucional, la libertad sindical individual y colectiva, la protección de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Finalmente, se concluye con una reflexión final que pone el énfasis en el tipo de intervencionismo estatal sobre las relaciones laborales andinas asentado en el modelo normativo.

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL ANDINO DE LA LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical en sus tres dimensiones: el derecho de sindicalización, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga se encuentran recogidos en las Constituciones andinas.

La Constitución de 1991 preside el ordenamiento normativo colombiano recogiendo un significativo número de derechos laborales en su Título II de los Derechos, las garantías y los deberes, tanto en el Capítulo I sobre los derechos fundamentales como en el Capítulo II de los Derechos sociales, económicos y

1 El presente ensayo proviene de una investigación realizada sobre el Derecho Sindical andino para la OIT- ACTRAV y la Confederación Sindical de las Américas.

culturales. Específicamente la libertad sindical colombiana –en sus tres dimensiones– se encuentra recogida en estos Capítulos.

El derecho de asociación sindical –la primera dimensión de la libertad sindical– se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución dentro del listado de derechos fundamentales:

Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o suspensión de la personería jurídica sólo procede por la vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan de derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública.

Este artículo constitucional recoge una serie de derechos fundamentales constituyentes del derecho de asociación o sindicalización: la libertad de constituir libremente un sindicato (y las organizaciones de segundo y tercer nivel: las federaciones y las confederaciones), sin que el ejercicio de esta libertad requiera la intervención del Estado; el derecho al reconocimiento jurídico de la organización sindical por medio de su inscripción; la libertad de los trabajadores en constituir la organización interna y el funcionamiento del sindicato; el derecho que la cancelación o suspensión de la personería jurídica del sindicato sólo procede por la vía judicial; el derecho al fuero sindical como protección contra actos anti-sindicales o de injerencia respectivamente. La única restricción constitucional es la prohibición que los miembros de la fuerza pública –las fuerzas policiales y las fuerzas armadas– puedan ejercer el derecho de asociación o sindicalización.

El derecho de negociación colectiva –la segunda dimensión de la libertad sindical– se encuentra recogido en el artículo 55 de la Constitución colombiana:

Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.

Aunque el derecho de negociación colectiva no es incluido en el capítulo I, no le menoscaba ni su naturaleza constitucional –en la cúspide normativa– ni su exigibilidad en el ordenamiento jurídico colombiano. La Constitución reconoce el derecho aunque le otorga al legislador la definición de excepciones en su

ejercicio por medio de una reserva legal, aunque estas excepciones tienen por límite no violar el contenido esencial del derecho fundamental. Asimismo, la regulación constitucional establece como obligación del Estado promover la negociación colectiva, al igual que los demás medios de la solución pacífica de los conflictos laborales, como la conciliación.

Además, la Corte Constitucional colombiana resalta que el derecho de negociación colectiva forma parte de la libertad sindical, eliminando cualquier interpretación que pretenda desvalorar su valor jurídico:

El quebrantamiento del canon constitucional que consagra el derecho a la negociación colectiva lleva ineludiblemente a la infracción de la norma que protege el derecho a la asociación sindical (art. 39 C.P.) por tratarse de dos derechos ligados entre sí, ya que la negociación colectiva es consecuencia de la existencia de sindicatos que adelanten la negociación por parte de los trabajadores².

Sin embargo, los trabajadores del sector público han tenido serias dificultades para ejercitar el derecho de negociación colectiva por la limitación dispuesta por el artículo 416 del Código Sustantivo de Trabajo. Inicialmente la jurisprudencia interpretó que este artículo restringía el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, apoyándose en la propia lectura del artículo 55 de la Constitución³. Así, la Corte Constitucional sostuvo:

[E]l artículo 416 acusado plasma normas relativas a la presentación de pliegos de condiciones, celebración de convenciones colectivas, declaración y ejercicio del derecho de huelga, con todo lo cual da desarrollo práctico al derecho constitucional de asociación sindical y al de negociación colectiva y complementa la enunciada garantía plasmada por el artículo 415 del mismo Código Sustantivo del Trabajo⁴.

De este modo se interpretó que la excepción dispuesta por el artículo constitucional encajaba con la restricción de la negociación colectiva de los empleados públicos dispuesta por el Código. Sin embargo, el artículo 416 restringe la presentación de pliego de reclamos y la celebración de convenios colectivos, pero no prohíbe el derecho de negociación colectiva. Con independencia que el ejercicio del derecho de negociación colectiva presuponga la presentación de un pliego de reclamos, su ejercicio puede iniciarse bajo otro mecanismo –en el caso

2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-013 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 La Comisión de Expertos de la OIT criticó durante un largo período de tiempo en los noventa y principios de este siglo que al amparo del Convenio 98 de la OIT debía reconocerse el derecho de negociación a los empleados públicos, refiriéndose especialmente a aquellos que no ejercen actividades propias de la administración del Estado. Cfr. Organización Internacional del Trabajo. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 90°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2002, p. 388.

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-110 de 1994. Magistrado Ponente: José Hernández Galindo.

colombiano puede materializarse con los “memoriales respetuosos” dispuestos en el artículo 414 4a) del CST–, por lo que se salva esta limitación. Asimismo, el ejercicio del derecho de negociación colectiva puede culminar en una convención colectiva, aunque no se desprende de este derecho la obligación de convenir. En otras palabras, las limitaciones dispuestas por el artículo 416 del CST no significa la prohibición del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, aunque si establece serias limitaciones para su ejercicio.

La Constitución colombiana expresamente ha establecido que el Congreso de la República (artículos 124, 125 y 150 numerales 1 y 19), el Presidente de la República (artículo 189 numerales 11 y 14), y las Asambleas, gobernadores y concejos, alcaldes (artículos 300 numeral 7, 305 numeral 7, 313 numeral 6 y 315 numeral 7) son las autoridades públicas competentes para que legal y reglamentariamente determinen los salarios y las condiciones de trabajo de los empleados públicos. De este modo, no cabe que por medio de una convención colectiva suscrita entre la autoridad pública y el sindicato de empleados públicos puedan regularse estas materias porque significaría violar la Constitución.

Esta interpretación descrita se modifica con la ratificación de los Convenios Nos. 151 y 154 por Colombia. En su competencia sobre definir la constitucionalidad de los tratados internacionales (artículo 241 numeral 10), el Alto Tribunal se pronuncia sobre la constitucionalidad de ambas normas internacionales del trabajo, evaluando también el referido artículo 416 del CST.

En el primer caso se produce con la sentencia C-377 de 1998, donde evaluando la constitucionalidad de los artículos 7 y 8 del Convenio N°. 151 de la OIT concluye que:

[N]ada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente⁵.

5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-377 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

En el segundo caso se produce con la sentencia C-161 de 2000, donde el Alto Tribunal reitera el mismo argumento reseñado al evaluar el artículo 1 del Convenio N°. 154 de la OIT, considerando que los empleados públicos tienen el derecho a la negociación colectiva⁶.

Posteriormente, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del artículo 416 del CST y sobre el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos en otras sentencias, evidenciando una evolución para otorgar una mayor plenitud en el ejercicio del derecho.

El derecho de huelga –la tercera dimensión de la libertad sindical– se encuentra recogido en el artículo 56 de la Constitución:

Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos políticos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su compromiso y funcionamiento.

El reconocimiento constitucional del derecho de huelga es laxo, otorgando al legislador la definición de los servicios públicos esenciales, sin que esto signifique la prohibición de su ejercicio dentro de ellos. Asimismo, si bien el legislador tiene una potestad amplia en regular el ejercicio del derecho, éste no puede violar su contenido esencial.

Este reconocimiento de la libertad sindical en sus tres dimensiones la comparte la Corte Constitucional colombiana en los siguientes términos:

[E]l derecho colectivo dentro de la perspectiva constitucional comprende: la libertad sindical (art. 39 C.P.); la institución de la asociación profesional; el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga⁷.

La libertad sindical ecuatoriana se encuentra recogida en la nueva Constitución de 2008 en sus artículos 66 y 326. En el primero bajo la figura del derecho de asociación en general y el segundo de manera específica para los trabajadores y los empleadores, respectivamente. El derecho de asociación es recogido en el numeral 13 del artículo 66.

El derecho de sindicalización es recogido en el numeral 7 del artículo 326 bajo la forma de principios en estos términos: “Se garantiza el derecho y la libertad de

6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-161 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-009 de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará a la organización de los empleadores”. Su antecedente es el artículo 35 numeral 9 de la derogada Constitución de 1998 que era una regulación más restrictiva.

El numeral 8 del artículo 326 constitucional establece la promoción de las organizaciones sindicales: “El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección”. De este modo bajo la regulación constitucional se prohíbe la reelección de la dirigencia sindical. Esta prohibición ha merecido el pronunciamiento de la Comisión de Expertos, señalando que esta disposición constitucional no es conforme a los artículos 2 y 3 del Convenio 87 de la OIT, solicitando al Estado su modificación⁸.

La representación de los trabajadores del sector público se encuentra recogida en el numeral 9 del artículo 326 de la Constitución: “Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización”. Esta regulación constitucional continúa con lo dispuesto por el artículo 35 numeral 9 de la Constitución de 1998 que impone la unicidad sindical en el sector público. En mi opinión, esta regulación constitucional viola el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas, establecida en el artículo 2 del Convenio N°. 87 de la OIT. Como lo señala el Comité de Libertad Sindical:

A pesar de que los trabajadores pueden tener interés en evitar que se multipliquen las organizaciones sindicales, la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria al principio enunciado en los artículos 2 y 11 del Convenio núm. 87⁹.

El numeral 10 del artículo 325 de la Constitución promueve el diálogo social para la solución de los conflictos de trabajo y la formulación de acuerdos. De este modo se vuelve en un compromiso del Estado ecuatoriano la promoción de la negociación colectiva en tanto es uno de los niveles del diálogo social, como bien subraya la OIT.

El numeral 12 del artículo 325 de la Constitución establece la obligatoriedad de los tribunales de conciliación y arbitraje ante un conflicto colectivo de trabajo.

⁸ Ídem., p. 100.

⁹ Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 319.

Esta regulación es una reproducción del derogado artículo 35 numeral 13 de la Constitución de 1998. La Comisión de Expertos se ha pronunciado en contra de esta regulación por considerar que viola el Convenio 87 de la OIT¹⁰. La Comisión considera que el arbitraje obligatorio es una prohibición o limitación al ejercicio del derecho de huelga¹¹.

El numeral 13 del artículo 325 de la Constitución garantiza la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley. La nueva regulación constitucional difiere de lo establecido por la Constitución de 1998, donde también se garantizaba la contratación colectiva, pero expresamente se señaló que el pacto colectivo no podía ser modificado, ni desconocido o menoscabado en forma unilateral. La nueva Constitución le otorga al legislador la reserva legal para definir las excepciones del derecho de negociación colectiva.

El numeral 14 del artículo 325 de la Constitución reconoce el derecho de huelga y de paro en estos términos: “Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadas tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley”. Esta regulación constitucional es similar a lo que disponía el artículo 35 numeral 10 de la Constitución de 1998.

La nueva Constitución en el numeral 15 del artículo 326 establece un largo listado de actividades que son consideradas servicios públicos y prohibidas de poder ejercitar el derecho de huelga: salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. Asimismo, señala que la Ley establecerá los límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios. La Comisión de Expertos cuestiona esta regulación constitucional por contravenir el Convenio 87 de la OIT. En el apartado del derecho de huelga analizaremos con mayor profundidad esta materia.

Finalmente, el numeral 16 del artículo 326 –fue recientemente enmendado el 3 de diciembre de 2015–, ordena que los trabajadores que cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y demás servidores públicos de las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que el Estado tenga participación mayoritaria se sujetan a las leyes que

10 Organización Internacional del Trabajo. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 100.

11 Organización Internacional del Trabajo. *Dar un rostro humano a la Globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III. Parte 1B*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2012, párrafo 118.

regulan la administración pública. Los demás trabajadores del sector público se regulan por el Código de Trabajo. Justamente la finalidad de la reciente reforma constitucional fue excluir a los servidores públicos (la inmensa mayoría de los trabajadores estatales) de la regulación del Código de Trabajo, donde existe una mayor protección y ejercicio de las libertades sindicales. Probablemente, los órganos de control de la OIT se van a pronunciar en contra de esta enmienda implementada en Ecuador.

La Constitución de 2008 supone un avance en la plasmación del contenido de la libertad sindical respecto a su antecedente constitucional de 1998. Sin embargo, conserva un modelo intervencionista del Estado ya cuestionado por los órganos de control de la OIT antes de su elaboración. Es un modelo donde se plasman parcialmente los derechos esenciales de la libertad sindical pero restringida en su ejercicio. Se reconoce el derecho de sindicalización pero se impone la unicidad sindical en el sector público. Hay una ausencia en la protección de la libertad sindical ya sea con el fuero sindical o contra los actos antisindicales o los actos de injerencia. Expresamente no se menciona el derecho de negociación colectiva, se le desprende de la promoción del diálogo social y en la garantía de la contratación colectiva. Pero la Constitución otorga una reserva legal para exceptuar –o inclusive, prohibir– su ejercicio. Se reconoce el derecho de huelga, aunque se obliga a someter los conflictos de trabajo a los tribunales de conciliación y arbitraje, y se plasma un largo listado de actividades económicas donde los trabajadores no pueden ejercitar el derecho de huelga por considerarlos servicios públicos.

La lectura constitucional mostraría una libertad sindical ecuatoriana reconocida pero tutelada por el Estado, alejada de los parámetros de las normas internacionales del trabajo –los Convenios 87 y 98 de la OIT–. Esto nos conduce a analizar la jerarquía que gozan los Convenios de la OIT en el nuevo marco constitucional.

La Constitución peruana de 1993 se elabora en el contexto de la dictadura del Gobierno de Alberto Fujimori después del golpe de estado (abril de 1992). La nueva Constitución eleva a rango constitucional las reformas neoliberales elaboradas con los Decretos Legislativos –durante el primer año y medio de gobierno democrático de Fujimori– y los Decretos Leyes –durante el período dictatorial del gobierno de Fujimori–. Estas reformas legales estaban en oposición a la Constitución de 1979, por lo que una nueva Constitución y un nuevo Tribunal Constitucional le asegurarían al Gobierno evitar que sean declaradas inconstitucionales y por ende nulas.

La nueva Constitución de 1993 ubica a los derechos laborales dentro del Capítulo II “Derechos Sociales y Económicos”, distinguiéndolos de los “Derechos Fundamentales de la Persona” (Capítulo I), de modo que se interprete que los derechos laborales no son derechos fundamentales, pero posteriormente con el retorno a la democracia en el 2000 este distingo pierde relevancia por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

El derecho de asociación es reconocido en el artículo 2 de la Constitución en su numeral 13, señalando que es el derecho a constituir organizaciones jurídicas sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a la ley, no pudiendo ser disueltas por resolución administrativa.

La libertad sindical es reconocida en sus tres dimensiones de manera conjunta en el artículo 28 de la Constitución de los derechos colectivos del trabajador. El primer párrafo constitucional establece: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático (...)”. Este párrafo describe la visión de las relaciones colectivas desde el Estado peruano, su rol es cautelarlas, es decir, prevenir que se cumpla su ejercicio democrático y con ello justificar su intervencionismo sobre los derechos colectivos de los trabajadores.

En el numeral 1 del artículo 28 se establece que el Estado: “Garantiza la libertad sindical”.

En la paradigmática sentencia de 2005 que analiza los derechos colectivos, el Tribunal Constitucional peruano se pronuncia sobre el contenido de la libertad sindical señalando que contiene una serie de derechos:

El derecho a fundar organizaciones sindicales, el derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes, el derecho a la actividad sindical, el derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etcétera. El derecho a que el Estado no interfiera –salvo el caso de violación de la Constitución o la ley– en las actividades de las organizaciones sindicales. (...) Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical. (...) Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical. La libertad sindical plural plantea tres aspectos: Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical. Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales. Ante las otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.¹².

La sentencia constitucional precisa la multiplicidad de derechos contenidos en la libertad sindical, que coincide con los artículos del Convenio 87 de la OIT y los pronunciamientos de los órganos de control.

En el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución se establece que el Estado: “Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de

12 Tribunal Constitucional del Perú. STC del 12 de agosto de 2005. Expediente N°. 008-2005-PI/TC.

los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”.

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el contenido de la negociación colectiva señalando que se lleva a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales. Esto se logra por medio del convenio colectivo que es la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efecto de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto¹³. Hay que resaltar que en la misma sentencia constitucional se pone el énfasis sobre el rol de la negociación en el plano social:

La convención colectiva –y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa¹⁴.

En el numeral 3 del artículo 28 de la Constitución se establece que el Estado: “Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”. Aquí nuevamente la regulación constitucional, como en Colombia, le otorga al legislador la potestad de regular el derecho de huelga, señalando excepciones y limitaciones.

El Alto Tribunal interpreta que el contenido del derecho de huelga:

[C]onsiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo¹⁵.

El Tribunal define la huelga como la suspensión colectiva de la actividad laboral, adoptada por la mayoría de los trabajadores, ejercida en forma voluntaria y pacífica, con el abandono del centro de trabajo. Se trata de una sentencia cercana a las posiciones tradicionales del derecho de huelga, aunque permite el ejercicio de modalidades de huelga que comúnmente en la legislación peruana fueron consideradas ilícitas.

La Constitución de 1993 expresamente les reconoce el derecho de sindicalización y de huelga a los trabajadores del sector público. El artículo 42 señala:

13 Sentencia Ibídem.

14 Sentencia Ibídem.

15 Sentencia Ibídem.

Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

En la misma Constitución de 1993 en su artículo 153 se prohíbe que los jueces y fiscales participen en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga.

Un tema controversial es la negociación colectiva en el sector público, especialmente por las particularidades en que se desenvuelven las labores de los funcionarios públicos y los trabajadores estatales.

El artículo 42 de la Constitución peruana le reconoce el derecho de sindicación y de huelga a los servidores públicos. Sin embargo, no hay ninguna mención expresa al derecho de negociación colectiva. Una interpretación más apropiada resultaría plantear que el artículo 42 donde se recoge el derecho de sindicación para los servidores públicos se debe complementar con el mencionado artículo 28 numeral 2 de la Constitución, donde se reconoce el derecho de negociación colectiva, de modo que se extiende a los trabajadores estatales. La justificación reside en que la libertad sindical es un derecho fundamental conformado por una trilogía indivisible: los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, por lo que resulta teóricamente insostenible excluir a uno de ellos en su reconocimiento. La complementariedad entre los tres derechos fundamentales conforma el contenido esencial de la libertad sindical.

El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en diversas ocasiones reconociendo el derecho de negociación colectiva de los servidores públicos. En una reciente sentencia reafirma este criterio con una argumentación similar a la planteada:

45. Hay razones constitucionales de suficiente peso para que este Tribunal comparta los criterios de las partes en relación con la titularidad del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos. El silencio del artículo 42 acerca de la titularidad del derecho de negociación colectiva por parte de los servidores públicos no puede entenderse en el sentido de que lo excluya. En diversas ocasiones, el Tribunal ha rechazado que las disposiciones de la Ley Fundamental puedan interpretarse de manera aislada; antes bien, ha indicado que la comprensión de sus disposiciones debe obtenerse a partir de una interpretación bajo los alcances del principio de unidad.

46. No otra cosa debe hacerse con la determinación de los titulares del derecho a la negociación colectiva. El reconocimiento a *todos los trabajadores* de los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva que realiza el artículo 28 de la Ley Fundamental también corresponde a los trabajadores públicos. La ausencia de individualización semántica de

este derecho en el artículo 42 de la Ley Fundamental no tiene por objeto excluir de su reconocimiento a este sector de trabajadores, sino enfatizar la importancia de los derechos a la sindicalización y huelga de este grupo de trabajadores¹⁶.

Un tema central en los ordenamientos nacionales son la jerarquía de las normas internacionales del trabajo sobre libertad sindical ratificados por los Estados andinos. Los Convenios de la OIT sobre libertad sindical forman parte del *bloque de constitucionalidad* conforme lo han resaltado los tribunales constitucionales de Colombia¹⁷ y Perú¹⁸, eso significa que gozan de rango constitucional. En Ecuador gozan de un rango infra constitucional. Esta ubicación en la pirámide normativa nacional revela la importancia adquirida por los instrumentos internacionales que abordan materia de derechos humanos, en este caso la libertad sindical en sus tres dimensiones. Específicamente en Colombia se establece que los Convenios 87 y 98 son directamente aplicables, mientras los Convenios 151 y 154 son instrumentos jurídicos de interpretación constitucional. Inclusive, el Tribunal Constitucional peruano señala que el Convenio 154 no ratificado por el país sirve de pauta para interpretar el derecho de negociación colectiva. Lamentablemente, en el caso ecuatoriano, los convenios de libertad sindical están condicionados a las restricciones establecidas en la Constitución, esto explica que se produzca una mayor oposición en el marco normativo de ese país andino a la aplicación de las normas internacionales del trabajo.

Las sentencias de los tribunales internacionales son vinculantes en los ordenamientos nacionales, específicamente los provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es competente para abordar temas sobre libertad sindical conforme al Convenio Americano.

En el caso colombiano, la sentencia C-562 de 1992 de la Corte Constitucional resalta que las Recomendaciones de la OIT tienen aplicación efectiva en el ordenamiento. Estas Recomendaciones exigibles son aquellas que han sido ratificadas por Colombia simultáneamente con el convenio al que complementan¹⁹. Si bien las Recomendaciones no están sujetas a ratificación, en algunas ocasiones el Congreso colombiano aprueba de manera conjunta el Convenio y la Recomendación que abordan la misma materia, con lo que la ley incorpora a la Recomendación dentro del ordenamiento nacional con su ratificación.

16 Tribunal Constitucional del Perú. STC de 3 de septiembre de 2015. Expedientes N° 003-2013, 004-2013 y 023-2013-PI-TC.

17 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

18 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. STC de 17 de agosto de 2009. Expediente N°. 03561-2009-PA/TC.

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-049 de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

A esto debemos agregar que la Corte Constitucional colombiana ha establecido que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical aprobadas por el Consejo de Administración de la OIT son vinculantes para el Estado²⁰.

El excesivo intervencionismo estatal establecido por la Constitución de Ecuador conlleva un listado de conflictos con los convenios de la OIT sobre libertad sindical: la prohibición de la reelección sindical (artículo 326 numeral 8), la imposición de la unicidad sindical (artículo 326 numeral 9), el arbitraje obligatorio de los conflictos colectivos de trabajo (artículo 326 numeral 12), la prohibición de la huelga en las actividades consideradas servicios públicos (artículo 326 numeral 15).

La Constitución peruana le otorga al Estado el rol de cautelar el ejercicio democrático de la libertad sindical, de este modo se justifica su intervencionismo sobre los derechos colectivos de los trabajadores. Asimismo, restringe la libertad sindical para los funcionarios con poder de decisión o con puestos de confianza en el sector público (artículo 42), además de los jueces y los fiscales (artículo 153).

Una valoración del modelo constitucional andino conduce a reconocer que el intervencionismo estatal es el elemento central en el diseño normativo de la libertad sindical, se trata de asegurar que el Estado cuente con las potestades jurídicas para intervenir sobre las relaciones laborales de manera determinante.

2. LA LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL Y COLECTIVA

Aunque los textos constitucionales y las normas internacionales del trabajo recogen una titularidad de la libertad sindical sin restricciones, con la salvedad de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, las legislaciones nacionales las incorporan en sus regulaciones. Por ejemplo, en Perú se les prohíbe a los policías particulares o vigilantes, los trabajadores civiles de las empresas militares; en Colombia se distingue entre los trabajadores públicos en función al vínculo laboral, donde los servidores públicos proviene de la ley y el reglamento, mientras los trabajadores oficiales proviene de su contrato de trabajo, si bien ambos tienen el derecho de sindicalización, esta división los excluirá en el ejercicio de otros derechos esenciales de la libertad sindical; situación similar se reproduce con los trabajadores públicos ecuatorianos.

Otra de las técnicas legislativas restrictivas consiste en excluir de la legislación laboral a determinado grupos de trabajadores. Por ejemplo, en Perú los trabajadores inmersos en contratos de modalidades formativas laborales no se les califican como trabajadores.

Hay una interpretación taxativa de los tipos de sindicatos reconocidos legislativamente, de modo tal que no se les reconoce personería a las nuevas modalidades sindicales, como los sindicatos de grupo de empresas o los sindicatos de una

20 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-979 de 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

cadena productiva. Este rechazo a su registro sindical les impide ejercitar el conjunto de derechos de la libertad sindical por lo que se ven obligados a constituir federaciones o sindicatos de rama de actividad dentro de un grupo de empresa para superar este impedimento legal.

Se les exige a los trabajadores un número mínimo de miembros excesivo para constituir un sindicato, especialmente en la empresa. En Ecuador se exige un mínimo de treinta (30) trabajadores para constituir una asociación de trabajadores y la mayoría de trabajadores para constituir un comité de empresa, en ambos casos se han pronunciado los órganos de control de la OIT²¹. Sin embargo, en mi opinión, esta exigencia excesiva se reproduce también en los otros países andinos aunque no hayan recibido la condena de los órganos de control de la OIT. En efecto, los veinticinco trabajadores de Colombia y los veinte trabajadores de Perú para constituir un sindicato de empresa resulta excesivo si tomamos en consideración que la inmensa mayoría de los trabajadores por cuenta ajena laboran en micro o pequeñas empresas con una planilla inferior al mínimo de trabajadores exigidos para constituir un sindicato, en la práctica no pueden ejercer este derecho fundamental, la propia legislación les impide sindicalizarse.

La legislación peruana permite la elección de dos representantes en las empresas que por el número de la planilla de sus trabajadores (pymes) no les permite constituir una organización sindical, de este modo pueden ejercitar parcialmente la libertad sindical, aunque sin alcanzar los niveles de titularidad del derecho o la protección reconocida a un sindicato.

En el plano colectivo de la libertad sindical las legislaciones laborales andinas condicionan la pertenencia a la junta directiva que el trabajador se encuentre laborando en la empresa, a pesar de que es una exigencia violatoria del Convenio 87. Asimismo se restringe o limita la participación de los extranjeros en su elección en la junta directiva. En Ecuador se encuentra prohibido su participación y en Colombia dicha prohibición fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional por tratarse de una evidente discriminación en razón a la nacionalidad²².

Estas restricciones legales son ejemplos claros del carácter invasivo de nuestras normas en la vida interna de los sindicatos, en vez de que sean los propios trabajadores que libremente señalen los requisitos para ser elegido miembro de su junta directiva conforme a sus estatutos, la Ley impone requisitos que violentan la libertad sindical.

En todos estos casos la legislación nacional es más restrictiva que el marco constitucional establecido para la libertad sindical y han merecido el pronuncia-

21 Cfr. Organización Internacional del Trabajo. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 100.

22 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-335 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

miento condenatorio de los órganos de control de la OIT por violar el Convenio 87. Sin embargo, estas regulaciones se mantienen vigentes a pesar que están en oposición a sus constituciones y a las normas internacionales del trabajo.

3. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL

La protección de la libertad sindical se encuentra establecida tanto en la legislación laboral y penal. Sin embargo, en esta última no se ha producido condenas por la comisión del delito en Colombia (artículo 200 del Código Penal) y en Perú (artículo 168 del Código Penal), lo que pone en tela de juicio su protección real en el ámbito penal.

Le corresponde la acción de tutela como mecanismo de protección al derecho constitucional de la libertad sindical. Esto ha significado que los trabajadores y sindicatos privilegien esta vía judicial por ser más expedita que la justicia laboral común.

A la vez ha conllevado que los tribunales constitucionales colombiano y peruano vengán cumpliendo un rol central en la protección de la libertad sindical de sus países, labor que ha omitido cumplir la corte constitucional ecuatoriana. Por ejemplo, la declaratoria del despido nulo peruano por no estar justificado en ninguna causa de terminación de la relación laboral.

Asimismo, de manera comparativa las sentencias constitucionales han tenido una mayor importancia en la protección de la libertad sindical que los pronunciamientos de la autoridad administrativa de trabajo o las resoluciones de la justicia laboral, en muchos casos la justicia constitucional ha enmendado a la justicia laboral.

Los órganos de control de la OIT vienen llamando la atención que las legislaciones andinas no protegen apropiadamente la libertad sindical en el momento de la contratación, en el sector público y contra los actos de injerencia. No obstante esto, los pronunciamientos no han recibido una respuesta de los Estados andinos, por lo que se mantienen estas graves ausencias.

Aquí le corresponde a la justicia laboral y constitucional aplicar directamente el Convenio 98 de la OIT dentro de los procesos judiciales que se ventilen en sus jurisdicciones de modo que la protección establecida por la norma internacional del trabajo se materialice, más aun si este Convenio goza de rango constitucional en Colombia y Perú, e infra constitucional en Ecuador.

En general, las legislaciones andinas establecen que la reparación apropiada ante un despido antisindical sea el reintegro o la reincorporación del sindicalista a sus puestos de labores. Sin embargo, en Ecuador se permite que una indemnización especial sea suficiente para reparar el daño.

Uno de los aportes de la legislación colombiana es el proceso judicial abreviado de solicitud de despido a un trabajador que goza del fuero sindical, de este modo la protección es previa al despido, en vez de recurrir a la figura de la reparación después de verificado judicialmente su naturaleza antisindical.

4. EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El Código de Trabajo ecuatoriano solo reconoce el derecho efectivo de la negociación colectiva a las asociaciones de trabajadores o el comité de empresa que afilie a la mayoría de los trabajadores de la unidad de negociación, con lo que un sindicato no es titular del derecho de negociación colectiva mientras no alcance esta exigencia legal. Esto significa una evidente violación del Convenio 98 como lo señalan los órganos de control de la OIT²³.

Se impone el arbitraje obligatorio ante el fracaso de la negociación directa en Ecuador, de este modo la asociación de trabajadores no puede ejercitar el derecho de huelga ante el conflicto colectivo de trabajo.

En Colombia se permite que el pacto colectivo suscrito entre la empresa y los trabajadores no sindicalizados conviva simultáneamente con un convenio colectivo suscrito con los trabajadores sindicalizados (artículo 481). La Corte Constitucional ampara esta situación señalando que es el ejercicio de la libertad de contratación de la empresa y los trabajadores no sindicalizados, aunque reconoce que esto puede socavar la libertad sindical si el pacto colectivo otorga mejores derechos y beneficios respecto al convenio colectivo, de modo que prohíbe por discriminatorio estas cláusulas²⁴. Como señala la Comisión de Expertos cuando existe un sindicato en la empresa, los pactos colectivos no deberían producirse, por lo que solo caben éstos en ausencia de sindicatos. Por lo que la sentencia constitucional sigue siendo insuficiente para evitar la violación del Convenio 98.

La legislación laboral se centra en restringir el ejercicio del derecho de negociación colectiva de los trabajadores del sector público, de modo que el Estado pueda controlar directamente los costos económicos de la planilla de los trabajadores. Bajo un esquema neoliberal donde el gasto público debe evitar su déficit, el control sobre los costos del empleo público resulta central para el Ministerio de Finanzas. El mecanismo más sencillo para alcanzar este objetivo es evitar que se fijen los salarios y los costos laborales por medio de la negociación colectiva.

23 Cfr. Organización Internacional del Trabajo. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 101.

24 Cfr. Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. *Informe número 367, Caso 2877*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, junio 2011, párrafo 505; y Organización Internacional del Trabajo. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 101°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2012, p. 119.

Así, la legislación colombiana no le reconoce la titularidad de este derecho a los empleados públicos. Del mismo modo, la legislación ecuatoriana no les reconoce la titularidad del derecho a los servidores públicos. En ambos casos como afirma la Comisión de Expertos, la noción de empleados o servidores públicos es tan amplia que en realidad cubre a la gran mayoría de los trabajadores públicos. En el caso peruano, las leyes de presupuesto y la Ley del Servicio Civil prohíbe que los convenios colectivos establezcan incrementos salariales o cláusulas que representen un gasto al erario nacional. El Tribunal Constitucional peruano ha declarado inconstitucional las restricciones dispuestas por las leyes de presupuesto²⁵ y debe pronunciarse próximamente sobre la constitucionalidad de la Ley de Servicio Civil. Con ello, la legislación andina suprime la negociación colectiva en el sector público.

El argumento planteado por los Estados andinos es que la negociación colectiva en el sector público está en conflicto con el principio constitucional del equilibrio presupuestario, es decir, al no existir una partida presupuestaria que cubra esos incrementos en los costos laborales no pueden ser cubiertos sin violar la regulación constitucional y el presupuesto de la República. Los órganos de control de la OIT en sus diversos pronunciamientos han cuestionado estas prohibiciones legales para el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva en el sector público, planteando que esas normas sean derogadas o modificadas.

Una salida legislativa a esta situación se ha producido con el Decreto 160 de 2014 en Colombia, donde se permite la negociación colectiva en el sector público y que el acuerdo colectivo alcanzado debe materializarse en una partida del presupuesto público del año siguiente. De este modo se supera la dificultad del principio constitucional del equilibrio presupuestario. Lo sustancial es el compromiso del Estado en cumplir el acuerdo colectivo por medio de una iniciativa que refleje esos incrementos dentro del próximo presupuesto nacional.

5. EL DERECHO DE HUELGA

Si bien el derecho de huelga es reconocido como un derecho constitucional, lo cierto es que su regulación a nivel legal lo desvirtúa, muestra de ello es que la mayoría de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT se refieren a las serias restricciones en su ejercicio.

Las Constituciones andinas le otorgan una amplia potestad al legislador en regular el derecho de huelga, permitiéndole establecer prohibiciones, restricciones y límites a su ejercicio. Por eso, cuando los tribunales constitucionales evalúan la constitucionalidad de estas regulaciones son declaradas válidas.

25 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. STC de 3 de septiembre de 2015. Expedientes N° 003-2013, 004-2013 y 023-2013-PI-TC.

Las sentencias constitucionales resaltan que el derecho de huelga es un derecho que en su ejercicio puede afectar a otros derechos y valores constitucionales, lo que exige una regulación precisa. En mi opinión, estas sentencias retratan el recelo hacia el derecho de huelga por el temor que representa su ejercicio y la afectación económica que provoca, esto explicaría que los Altos Tribunales acepten las restricciones, en muchos casos, afectando el contenido esencial del derecho constitucional.

Muestra de ello es que la legislación laboral expresamente prohíbe que las federaciones y las confederaciones sean titulares del derecho de huelga. Igualmente, se exigen una serie de formalidades legales para la declaratoria de huelga (por ejemplo, la participación de un notario o la autoridad de trabajo para verificar el cumplimiento de la votación de la declaratoria) o una mayoría calificada de trabajadores para su aprobación, de modo que resulte difícil conseguir el amparo legal para su ejercicio.

La propia definición legal de la huelga prohíbe las modalidades polivalentes que no están incluidas bajo su contenido. Por ejemplo, en el caso peruano el derecho de huelga es la suspensión colectiva de labores con el abandono del centro de trabajo, por lo que no cabe la huelga a ritmo lento o a reglamento.

En los casos que la huelga se ejercite de manera ilícita, en la mayoría de los casos por incumplimiento de las formalidades legales, esa ilicitud autoriza al empleador despedir a los trabajadores involucrados en la huelga con independencia de gozar del fuero sindical.

Se trata de un diseño normativo que, por un lado, establece una serie de barreras formales que le impiden a los trabajadores y los sindicatos poder cumplirlas para poder ejercitarlo en el marco de la ley; y, por otro lado, atemoriza a los trabajadores en implementar la huelga por las eventuales sanciones ante el incumplimiento de la ley.

Esta situación descrita se vuelve más difícil para los trabajadores del sector público. En primer lugar, establece que las actividades de los servicios públicos son esenciales, por lo que su paralización al afectar a la población debe ser prohibida. En segundo lugar, los conflictos colectivos del sector público son sometidos obligatoriamente a un arbitraje, por lo que no se permite la huelga. En tercer lugar, el ejercicio de la huelga en el sector público es una ilicitud, lo que le permite al Estado despedir a los trabajadores involucrados, siendo una amenaza constante.

Si a esto unimos las dificultades que tienen los trabajadores del sector público en organizarse sindicalmente, elegir a sus representantes, estar protegidos por el fuero sindical y tener un derecho efectivo de negociación colectiva, retrata que la libertad sindical dentro del empleo público en los Estados andinos se acerca a una quimera.

REFLEXIÓN FINAL

A lo largo de este breve repaso de los Estados andinos se muestra una importante disparidad en el tratamiento normativo sobre los componentes de la libertad sindical. En general, la libertad sindical individual y colectiva es reconocida con amplitud para los trabajadores del sector privado, pero se presentan serias restricciones para los trabajadores del sector público.

Respecto a la protección de la libertad sindical, el énfasis se ubica en el fuero sindical, es decir, se les vincula más a las personas protegidas, especialmente los dirigentes sindicales, más que la protección de la actividad sindical, esto también explica la escasa protección contra los actos de injerencia.

Esta situación varía notablemente respecto al derecho de negociación colectiva, particularmente para los trabajadores del sector público. Hay una política asentada en la región de que los Estados andinos se rehúsan a negociar los salarios y las condiciones de trabajo con sus trabajadores. Esta política se materializa con el entorpecimiento en la titularidad del derecho de negociación colectiva y la prohibición de suscribir convenios colectivos en materia salarial.

La situación es más precaria para el derecho de huelga, a pesar de estar reconocido constitucionalmente y por ende en la cúspide normativa, las propias constituciones nacionales le reservan al legislador una potestad amplia en su regulación, incluyendo prohibiciones, restricciones y limitaciones en su ejercicio. Muestra de ello es que la definición de huelga es restrictiva, de modo que las modalidades polivalentes de huelga son prohibidas. Asimismo, se plantea la prohibición de la huelga en los servicios públicos esenciales, estableciendo un listado excesivamente amplio de las actividades que se encuentran comprendidas dentro de ellas, así se prohíbe legalmente la huelga, en especial las brindadas por el Estado. Además, las legislaciones nacionales imponen el arbitraje obligatorio para impedir su ejercicio.

De este modo se dibuja un escenario sindical donde el intervencionismo estatal en las relaciones laborales se mantiene, especialmente, en las materias que el Estado está interesado en ser decisivo: la sindicalización y la negociación colectiva del sector público, y el ejercicio del derecho de huelga.

Hay detrás de los ordenamientos laborales andinos una imagen que la libertad sindical es reconocida normativamente pero con amplias cortapisas para su ejercicio, como si la actividad sindical fuese una amenaza al socavamiento de las políticas públicas y al libre desempeño de las fuerzas productivas. Retrata una herencia ideológica del siglo pasado, donde los sindicatos eran prohibidos o sometidos al Estado. En la actualidad, se alcanza la misma finalidad de anularlos como actor social por medio de una regulación que otorga amplias potestades de intervencionismo estatal.

NORMATIVA SOBRE LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE

(Costa Rica, Guatemala, República Dominicana y Panamá)

Carlos Ayala Montero

Candidato a Doctor en Derecho del Trabajo. Profesor Universitario. Presidente de la Academia Panameña de Derecho del Trabajo. Consultor Externo de OIT.

1. El caso Costa Rica. 1.1. Normativa Laboral. 1.2. La Jurisprudencia. 1.3. Comentarios de OIT. 2. El caso de Guatemala. 2.1. Normativa Laboral Vigente. 2.2. Comentarios de OIT. 2.3. Reformas Laborales. 3. El caso de República Dominicana. 3.1. Normativa Laboral Vigente. 3.2. La Jurisprudencia. 3.3. Reformas Laborales. 4. El caso de Panamá. 4.1. Legislación Vigente. 4.2. La Jurisprudencia. 4.3. Comentarios de OIT. 5. Conclusiones.

Resumen: El artículo encara la cuestión de la libertad sindical en Centroamérica y el Caribe mediante el tratamiento de los casos nacionales, destacando las peculiaridades de cada ordenamiento, los pronunciamientos judiciales y los puntos de vista de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y hasta en algunos casos las recomendaciones de los capítulos laborales del Tratado de Libre Comercio con EE.UU (Guatemala y República Dominicana). A partir del estudio crítico de cuatro países, concluye que paulatinamente se abre paso en el continente –con todo lo relativo que puede ser una generalización de esta magnitud– unas tendencias de signo protector a nivel judicial, que permite un moderado optimismo del autor.

Abstract: This paper analyzes the state of freedom of association in Central America and the Caribbean by treating domestic cases, highlighting the peculiarities of each system, judicial pronouncements and the views of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations and even in some cases the recommendations of chapters work of the Free Trade Agreement with US (Guatemala and Republic Dominican). From the critical study of four countries, concludes that gradually makes its way on the continent –with all respect that can be a generalization of this magnitude– sign trends protective level court, allowing a moderate optimism of the author.

Palabras clave: Libertad Sindical Individual, Libertad Sindical Colectiva, Protección de la Libertad Sindical, Negociación Colectiva, Huelga.

Key Words: Individual Freedom of Association, Freedom of Association Collective, Protection of Freedom of Association, Collective negotiation, Strike.

Después de revisar la normativa de veinte países de América Latina, el proyecto FSAL/OIT elaboró en 2011 un documento denominado “Aproximación a las Restricciones Legales de la Organización Sindical y la Negociación Colectiva en América Latina y el Caribe”¹, en el cual se concluía que la organización y afiliación sindical está determinada por la ley y no por la voluntad de los trabajadores. Esta aseveración tiene consecuencias relevantes porque la normativa no siempre respeta la libertad sindical y la negociación colectiva como derechos humanos de índole laboral e inherente a todos los trabajadores, sino que por el contrario, la realidad parece demostrar que estos derechos se regulan de tal forma que terminan excluyendo a varios grupos de trabajadores.

Las conclusiones establecían a la vez que las normas vigentes no fomentan la negociación colectiva en todos los ámbitos de las relaciones de trabajo, lo que limita a su vez el desarrollo de las organizaciones sindicales y por último, se daba cuenta que la mayoría de las legislaciones presentan verdaderos prejuicios contra el derecho de huelga, al que no reconocen en plenitud, sometiénolo a cortapisas que disminuyen su eficacia.

Pasados los años 90, la nueva regulación de relaciones de trabajo surgidas al calor de los cambios operados en la producción, se expresa en la reforma procesal laboral operada en varios países de América Latina y en la reforma de las regulaciones sobre el servicio civil.

En el presente artículo intentamos verificar hasta donde la reforma laboral de los últimos años ha afectado la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, partiendo de los estudios en Costa Rica; Guatemala; República Dominicana y Panamá.

1. EL CASO COSTA RICA

1.1. NORMATIVA LABORAL

La Constitución de Costa Rica consagra como garantías fundamentales el derecho a la sindicalización de patrones y trabajadores (artículo 60); el derecho al paro de los patronos y a la huelga a los trabajadores, salvo en los servicios públicos según los determine la ley (artículo 61) y el derecho a negociar colectivamente, otorgándole fuerza de ley a los convenios colectivos “pactados con arreglo a la ley entre patronos y sindicatos de trabajadores” (artículo 62).

De la lectura de estas prescripciones constitucionales se desprenden varias conclusiones primarias:

- Como regla general, los servidores públicos no tienen derecho a ejercer la huelga.

1 Ver el informe de Luis Fuertes presentado en la IV reunión del GTAS, en octubre de 2011.

- Los convenios colectivos están sujetos a algún nivel de revisión para que tengan fuerza de ley, y
- Los titulares del derecho a la negociación colectiva son los sindicatos y los patronos, no así organizaciones de trabajadores o grupos no organizados de trabajadores.

Existen varias normas legales que regulan la libertad sindical; la más destacada de ellas es por supuesto, el Código de Trabajo, cuyo artículo 54 describe lo que se debe entender por convención colectiva, destacando en su segundo párrafo que: *“En toda convención colectiva deben entenderse incluidas, por lo menos, todas las normas relativas a las garantías sindicales establecidas en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificados por nuestro país”*, lo que significa que las normas sobre libertad sindical, negociación colectiva, facilidades para los representantes de los trabajadores en la empresa, entre otras, deben ser consideradas como parte de las convenciones colectivas, aún si no están expresamente indicadas en el texto de la convención, ya que Costa Rica ha ratificado los convenios 87, 98 y 135 de la OIT.

Asimismo, el Código regula todo lo concerniente a la convención colectiva: efectos entre las partes; obligatoriedad de negociar del empleador (bajo algunas premisas descritas en la norma); contenidos y duración de la convención colectiva, así como los requisitos para que la convención colectiva se extienda a la industria, región o actividad económica con fuerza erga omnes.

Los sindicatos son regulados extensamente, desde el artículo 339 al 374, reglamentando el derecho a la organización, la libertad sindical negativa, la forma de constitución, los tipos de sindicatos, su inscripción en el Ministerio de Trabajo, el contenido mínimo de sus estatutos, sus obligaciones y las causas de disolución judicial, así como sus actividades principales, las funciones de la asamblea general, la posibilidad de asociarse en federaciones y confederaciones, la cantidad de personas necesarias para organizar un sindicato (20 personas), las sanciones a que están sujetos los sindicatos; y la protección de los derechos sindicales, entre otros.

En un Capítulo denominado huelgas legales e ilegales², se establece como regla la calificación previa de la misma, ordenando que se sujete a los siguientes prerrequisitos a efectos de su declaración de legalidad:

- Acudir a la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, a poner las denuncias por prácticas desleales, antes de iniciar los procedimientos de conciliación.
- Agotar procedimientos de conciliación previos, y
- Constituir por lo menos el sesenta por ciento de las personas que trabajen en la empresa, lugar o negocio de que se trate.

² Ver Capítulo Primero del Título Sexto del Código de Trabajo.

El artículo 375 prohíbe la huelga en los servicios públicos y somete los conflictos colectivos del sector público a los tribunales de trabajo. Por último, el artículo 389 declara irrenunciable el derecho a la huelga y al paro patronal, pero indica que la renuncia temporal a su ejercicio será válida, y los tribunales podrán suspender este derecho hasta por seis meses para obtener mayor equilibrio en las relaciones de trabajo.

Otro instrumento relevante sobre libertad sindical en Costa Rica es el Reglamento Para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público, aprobado mediante Decreto Ejecutivo No. 29576-MTSS de 2001, que regula el ámbito subjetivo de la negociación, su contenido, los procedimientos de negociación, los sujetos intervinientes y los efectos jurídicos de la negociación.

En relación al ámbito subjetivo, la norma prescribe que puede alcanzar a las empresas públicas del Estado o a empresas pertenecientes a instituciones del Estado, a las instituciones que prestan servicios económicos y a los obreros, trabajadores y empleados del resto de la Administración Pública, en cuanto no ejerzan como titulares, competencias de derecho público, otorgadas por ley o por reglamento³.

El reglamento enumera una serie de materias objeto de las convenciones colectivas. Bolaños Céspedes acota que sería interesante definir si es una lista cerrada o abierta. Aduce que en aplicación del principio de legalidad, tal como lo ha interpretado la Comisión de Políticas para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público, pudiera concluirse que es una lista taxativa o cerrada, pero el inciso m) del art. 3 del Reglamento deja una puerta abierta para otras regulaciones distintas de las que se mencionan en el resto de incisos cuando indica que se pueden negociar *“Otras materias, beneficios e incentivos suplementarios que no excedan el ámbito de competencia del órgano administrativo que suscribiese la convención colectiva”*⁴.

La Comisión de Políticas para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público debe emitir opinión sobre la definición de políticas de negociación para cada caso concreto, tomando en cuenta posibilidades legales y presupuestarias, debiendo informar a las partes en el plazo de un mes, término que en la práctica ha resultado insuficiente. Una Comisión de Asistencia Técnica de OIT, sugirió que la Comisión de Políticas para la Negociación se limitara a definir las políticas de negociación y designe si lo estima oportuno, a un representante que participe en las negociaciones junto con los representantes de la institución negociadora, en vez de emitir instrucciones a los negociadores de la entidad negociadora.

3 Ver: El estado de la Negociación Pública en Costa Rica. Fernando Bolaños. Proyecto de Verificación de OIT. Costa Rica. 2010. p. 64.

4 Ibidem. p. 65.

1.2. LA JURISPRUDENCIA

El tema medular en torno a la libertad sindical en Costa Rica gira alrededor de la vigencia de este derecho en el sector público, que en materia legislativa y constitucional, parece mantener una diferenciación pues por una parte se prohíbe a texto expreso la huelga en el sector público, pero por otra parte se autoriza a todos los trabajadores y empleadores para organizar sindicatos y para negociar convenciones colectivas, sin exclusión de los empleados en la administración pública, al extremo que se han creado reglamentos e instituciones para la negociación colectiva en la administración pública.

Se reconoce jerarquía constitucional a los Convenios de OIT, pero se desconoce en la práctica los derechos de libertad sindical contenidos en algunos de esos Convenios.

La jurisprudencia se ha expresado de manera un tanto ambigua al respecto pues desde el año 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha expresado que no le asiste a los empleados cubiertos por una relación de trabajo estatutaria el derecho a negociar convenciones colectivas, pero no cierra absolutamente esa posibilidad. La sentencia 4453 del año 2000 indicó:

“corresponde a la administración y a los jueces que conocen en los juicios laborales, en su caso, de la aplicación de las convenciones colectivas, determinar si los trabajadores involucrados, dada la naturaleza de las funciones que cumplen o cumplan, están regulados por el Derecho Público o el común, a los efectos de definir si pueden o no ser sujetos activos en la aplicación de las convenciones colectivas”.

Bajo este criterio, la Sala Segunda de lo Laboral ha dictado diversas sentencias en torno a la constitucionalidad de las convenciones colectivas, basada en los parámetros propuestos por la sentencia 4453 del año 2000. Así, en 2007, mediante sentencia 550, y después de profundas discusiones de posiciones encontradas, declaró que la negociación colectiva de la Municipalidad de Alajuela es válida para todos aquellos servidores públicos que no estén excluidos de la aplicación del derecho a la negociación colectiva, y que a su juicio, son todos aquellos que representan a la Institución.

“La mayoría de esta Sala entiende que esos servidores- se refiere a los servidores excluidos- son los que participan de la gestión pública, es decir, quienes conducen y dirigen los poderes del Estado, los jerarcas de las instituciones autónomas, presidencias ejecutivas, así como los jerarcas (grupo gerencial) de las Empresas del Estado, etc.,

La jurisprudencia constitucional desautoriza toda negociación que implique dispensar o excepcionar leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, ni modificar o derogar leyes que otorgan o regulen competencias de los entes públicos, atribuidas en razón de la jerarquía normativa o de las especiales condiciones de la Administración Pública con relación a sus trabajadores.

También la Sala Constitucional ha declarado nulas e inconstitucionales, cláusulas convencionales que a su juicio infringen los principios de razonabilidad, eficiencia y economía, fundamentalmente en el uso de los recursos públicos en manos de las instituciones y empresas del sector público.

Finalmente, en el año 2015 la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del retiro de la objeción presidencial al proyecto de Ley Procesal Laboral, Expediente legislativo No. 15990 que replanteaba el tema de la libertad sindical en el sector público, de manera favorable a los intereses de los trabajadores y sobre el cual se había llegado al acuerdo tripartito para ponerlo en vigencia, lo que desmoronó un acuerdo construido durante casi ocho años y estancó el ejercicio de la libertad sindical.

Este proyecto intentaba resolver las limitaciones al ejercicio de la libertad sindical en el sector público más allá de lo determinado por la jurisprudencia. Propone, entre otras, las siguientes normas:

- Disminución del porcentaje de trabajadores que se requiere para la declaratoria y apoyo de la huelga, de 60% vigente, a 40% de los involucrados en un conflicto colectivo de trabajo.
- Reestructuraba los procedimientos de conciliación y arbitraje para permitir soluciones conciliadas o arbitradas extrajuicio, proponiendo la creación de centros de solución en sede administrativa.
- Establecía regulaciones para la solución negociada, así como el arbitraje, de los conflictos económicos y sociales en el sector público.
- Introducía la figura del arbitraje como un derecho para los trabajadores de los servicios esenciales, en atención a la reducción o eliminación de su derecho a la huelga.

1.3. COMENTARIOS DE OIT

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, (CEACR) de la OIT ha sugerido en 2013 que habida cuenta de la lentitud de los procesos de inconstitucionalidad acerca de las normas que prohíben o limitan el derecho de negociación colectiva, se:

“espera que las tres acciones de inconstitucionalidad pendientes de resolución ante la Sala Constitucional se resuelvan en un futuro próximo en el sentido de los principios del Convenio núm. 98 y pide al Gobierno que proporcione informaciones sobre toda evolución de la situación, incluidos eventuales recursos que se presenten contra cláusulas de convenios colectivos”.

Y más adelante agregó:

“La Comisión pide al Gobierno que utilice todas las medidas a su alcance para activar los proyectos de ley con respaldo tripartito tendientes a reforzar el

derecho de negociación colectiva en el sector público, incluidos los relativos a la ratificación de los Convenios núms. 151 y 154”.

Respecto del funcionamiento de la Comisión de Políticas de Negociación Colectiva en el Sector Público, CEACR opinó en 2013:

“en relación con las quejas de las centrales sindicales sobre el funcionamiento insatisfactorio de la Comisión de Políticas (lentitud, papel de hecho como empleador, control de los contenidos de cláusulas con impacto presupuestario), la misión de la OIT de 2011 señaló que el Gobierno aceptó la propuesta de la misión de que el Consejo Superior del Trabajo (órgano tripartito) mantuviera reuniones con la mencionada comisión con miras a evaluar el sistema e introducir reformas. La Comisión pide al Gobierno que proporcione informaciones a este respecto y confía en que se realizarán reuniones de evaluación y se abordarán los problemas de funcionamiento de dicha comisión en la práctica”.

Sin duda que el tema de la negociación colectiva y más aún, el ejercicio de la libertad sindical en el sector público de Costa Rica es su talón de Aquiles en torno al balance del ejercicio de la libertad sindical, sobre todo si tomamos en cuenta que este país ha firmado la declaración de 1998 de OIT, acerca de los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, en la que se considera el derecho de asociación y negociación colectiva como un derecho fundamental, elevado a la categoría de derecho humano.

2. EL CASO DE GUATEMALA

2.1. NORMATIVA LABORAL VIGENTE

La Constitución Política, el Código de Trabajo de 1947 y la llamada Ley de Sindicalización y Huelga de los Trabajadores del Estado son las principales normas que contienen la reglamentación del trabajo en lo relativo a los derechos colectivos y libertad sindical en Guatemala.

La Constitución Política aprobada en 1986 y reformada en 1993 establece en su Título Segundo (Derechos Humanos), Capítulo II (Derechos Sociales), Sección Octava (el trabajo), el derecho a la sindicalización libre de todos los trabajadores sin ninguna discriminación y sin sujeción a autorización previa alguna pero a renglón seguido, excluye a los extranjeros de la organización, dirección y asesoría de las organizaciones sindicales, lo cual ha sido cuestionado por las estructuras de OIT, considerándolo una discriminación injustificada (art. 102, lit. q).

El art. 104 de la Constitución reconoce el derecho de huelga para todos los trabajadores “después de agotados los procedimientos de conciliación”, cuyo texto, para mayor claridad, transcribimos:

“Artículo 104. DERECHO DE HUELGA Y PARO. Se reconoce el derecho de huelga y paro ejercido de conformidad con la ley, después de agotados todos los

procedimientos de conciliación. Estos derechos podrán ejercerse únicamente por razones de orden económico-social.

Las leyes establecerán los casos y situaciones en que no serán permitidos la huelga y el paro”.

Parece que el texto de esta norma no está alineado con los criterios de la Organización Internacional del Trabajo, que respecto de la huelga ha expresado que los trabajadores debieran gozar del derecho a la misma sin sujetarse a condiciones previas, ni tampoco debe reducirse su ejercicio a la reclamación de determinadas materias⁵.

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT indicó:

“La comisión siempre ha considerado que las huelgas de naturaleza puramente políticas no están cubiertas por los principios de libertad sindical. Ahora bien, las dificultades se plantean debido a que muy a menudo es imposible distinguir en la práctica entre los aspectos políticos y profesionales de una huelga, dado que las políticas adoptadas por un gobierno repercuten frecuentemente de forma inmediata en los trabajadores y los empleadores, como sucedería por ejemplo en caso de congelación general de precios y salarios”⁶.

Por su parte el Código de Trabajo, adoptado en 1947, inspirado en el Código de Trabajo de Costa Rica y la Ley Federal del Trabajo Mexicana, reformado en 1961 y parcialmente en 2001, presenta los siguientes caracteres en lo referente al ejercicio de la libertad sindical:

- Prohíbe los privilegios dentro del ejercicio de la actividad sindical (art. 208), lo cual más allá de lo loable de la intención, parece una abierta injerencia en la actividad interna de los sindicatos, contraria a lo consagrado en el Convenio 87 de OIT, sobre libertad sindical.
- Establece penalidades para los sindicatos, consistentes en multas y/o disolución de la personería jurídica, por la vía judicial, a petición del Ministerio de Trabajo (art. 213 y concordantes).
- Indica que la inscripción de un sindicato (su personería jurídica), debe ser autorizada por el Ministerio de Trabajo, previa nota del Ministro del ramo (art. 218), lo cual a nuestro juicio, contradice el texto del art. 2 del Convenio 87, al sujetar la existencia legal del sindicato a la autorización previa gubernamental, limitando así el ejercicio de la libertad sindical.
- Regula el contenido mínimo del estatuto sindical, las atribuciones de la asamblea general e integración del Comité Ejecutivo de las organizaciones

⁵ Véase el informe sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva de la 81ª. Conferencia Anual de OIT, de 1994, párrafos 165 y subsiguientes.

⁶ Idem.

sindicales. De esta forma interviene en el libre ejercicio de la libertad sindical al no permitir a los trabajadores que se autoregulen.

Sobre la huelga, el Código de Trabajo guatemalteco presenta las siguientes características:

- Para declarar la huelga deben agotarse los procedimientos previos de conciliación y los huelguistas deben constituir la mitad más uno de los trabajadores de la empresa (art. 240).
- El art. 242 describe la “huelga justa” como aquella que es imputable al empleador por incumplimiento de los contratos individuales o colectivos o del pacto colectivo de condiciones de trabajo, o por la negativa injustificada a otorgar mejoras económicas pedidas por los trabajadores que el patrono esté en posibilidades de otorgar.
- El art. 243 prohíbe la huelga a los trabajadores de las empresas de transporte mientras se encuentren en viaje, así como a los trabajadores de clínicas, hospitales, higiene y aseo públicos, a los que laboren en empresas que proporcionen energía motriz, alumbrado, telecomunicaciones y plantas de procesamiento y distribución de agua para servicio de las poblaciones mientras no se proporcionare el personal necesario para evitar que se suspendan tales servicios, sin causar un daño grave e inmediato a la salud, seguridad y economía públicas; y finalmente, a los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, aunque en el párrafo siguiente, habla de la posibilidad de organizar turnos para servicios mínimos, a convocatoria judicial, después que se hayan agotados los procedimientos previos para la huelga (negociación).

El tercer instrumento jurídico que regula el ejercicio de la libertad sindical es la Ley de Sindicalización y Huelga de los Trabajadores del Estado, aprobada mediante Decreto 71-86, modificado por Decreto 35-96, posterior a la ley del Servicio Civil promulgada en 1968, con el propósito de “regular las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores”⁷.

Esta norma, que excluye a las fuerzas armadas y a la policía⁸ agrega las siguientes regulaciones y limitaciones al ejercicio de la libertad sindical:

- Prescribe que después de planteado el conflicto, ninguna de las partes tomará represalias contra la otra pero a renglón seguido, aclara que no es represalia la cancelación de nombramientos y contratos de trabajo cuando el trabajador incurra en causal de despido justificado y cuando se acuerde y mantenga de hecho una huelga que implique abandono o suspensión de labores en forma colectiva, o que afecte servicios públicos declarados esen-

⁷ Artículo 2 del Decreto Núm. 1748 del 2 de mayo de 1968, lo que el Código de Trabajo llama Estatuto de los Trabajadores del Estado.

⁸ Sin embargo, al mencionar el listado de los servicios esenciales se establece que se consideran como tales, entre otros, los servicios de seguridad pública.

ciales. En estos casos, el Estado puede cancelar contratos sin responsabilidad y sin autorización judicial, indica la norma;

- Los conflictos colectivos en los servicios públicos declarados esenciales deben someterse a arbitraje obligatorio una vez agotados los procedimientos de conciliación;
- Se prohíben las huelgas motivadas por solidaridad intersindical o solidaridad con movimientos que surjan a través de comités ad-hoc o por intereses ajenos a reivindicaciones económico-sociales.

Como puede observarse, este Decreto contiene restricciones a la actividad sindical en el sector público que son contrarias a la esencia de los Convenios 87 y 98 de OIT, en tanto que restringe en vez de promover la organización sindical y la negociación colectiva.

En el marco del ejercicio y cumplimiento del CAFTADR, en abril de 2008, la AFL-CIO y seis organizaciones laborales guatemaltecas presentaron denuncia ante la Oficina para Asuntos Comerciales y Laborales de Estados Unidos en relación a que el Gobierno de Guatemala no aplicaba con efectividad su legislación laboral en lo que respecta al derecho de asociación, el derecho a organizarse y negociar colectivamente, ni amparaba condiciones aceptables de trabajo, obligaciones que asumió al ratificar el CAFTADR.

Se inició entonces un proceso de investigación durante el cual el gobierno de Estados Unidos corrió traslado al gobierno de Guatemala de la queja y sus funcionarios realizaron dos visitas a Guatemala para reunirse con trabajadores, dirigentes sindicales, empresarios, representantes gubernamentales, y otras organizaciones guatemaltecas. Sus conclusiones fueron que había “brechas significativas y sistémicas en la aplicación por Guatemala de su legislación laboral”, que incluyen, entre otras, la insuficiencia de los inspectores del trabajo para obtener acceso a los lugares de trabajo y déficit en los mecanismos de cumplimiento de las órdenes judiciales de reintegro y pago de salarios caídos.

El informe recomendaba acciones concretas que deberían tomarse para remediar los problemas y propuso que el gobierno de los Estados Unidos volviera a evaluar el progreso después de seis meses para determinar los próximos pasos. Ambos gobiernos trabajaron juntos durante ese periodo pero con escasos avances.

En julio de 2010, la Secretaría de Trabajo de Estados Unidos y su Representante Comercial para el Tratado solicitaron consultas cooperativas laborales en el marco del capítulo laboral del DR-CAFTA. Las conversaciones sin embargo no lograron resolver las preocupaciones del gobierno de los Estados Unidos con respecto a los aparentes fracasos sistemáticos en la aplicación de las leyes laborales de Guatemala.

En 2011, el gobierno de los Estados Unidos solicitó reunión de la Comisión de Libre Comercio (FTC) de conformidad con el Capítulo 20 (Solución de Contro-

verías) del DRCAFTA para discutir el fracaso del Gobierno de Guatemala en aplicar efectivamente su legislación laboral. En ella ambos gobiernos trataron de llegar a un acuerdo sobre el plan de ejecución adecuado para atender las preocupaciones de los Estados Unidos, esfuerzo que fue infructuoso y determinó que el gobierno de los Estados Unidos solicitara el establecimiento de un arbitraje para resolver el diferendo.

2.2. COMENTARIOS DE OIT

Según el informe de la Comisión de Aplicación de Normas Internacionales del Trabajo de la 104 Conferencia Anual de OIT en 2015⁹, Guatemala mantiene pendientes varias quejas ante el Comité de Libertad Sindical¹⁰ por violación de los Convenios 87 y 98, vinculadas de manera directa o indirecta a los asesinatos y persecución contra sindicalistas y la impunidad imperante en el país, expresada en la lenta o exigua gestión gubernamental para reprimir estos crímenes. Entre el 2 de enero de 2013 y el 20 de agosto de 2014, fueron asesinados 16 sindicalistas, homicidios que el Ministerio Público de Guatemala ha asegurado que están siendo todos investigados. La mayor preocupación y el mayor énfasis que ha puesto el movimiento sindical guatemalteco y las estructuras de OIT han sido no solamente en materia de prevención, sino en adoptar medidas contra la impunidad.

La Comisión de Expertos ha declarado, en el informe de 2015 que:

“Al tiempo que toma debida nota de ciertas medidas tomadas por las autoridades para mejorar la eficacia de las investigaciones sobre los asesinatos de dirigentes sindicales y sindicalistas (fortalecimiento de la Unidad Fiscal Especial de Delitos Contra Sindicalistas, coordinación entre los distintos ministerios e instituciones públicas), la Comisión insta firmemente al Gobierno a que continúe realizando todos los esfuerzos para:

- i) investigar todos los actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas, incluyendo aquellos denunciados en 2013 y 2014, con el objetivo de deslindar las responsabilidades y sancionar a los culpables, tomando plenamente en consideración en las investigaciones las actividades sindicales de las víctimas; y*
- ii) brindar una protección rápida y eficaz a los dirigentes sindicales y sindicalistas en situación de riesgo. La Comisión pide al Gobierno que continúe informando sobre todas las medidas adoptadas y los resultados alcanzados al respecto”.*

Por último, el informe sobre la aplicación del Convenio 87 en Guatemala indica que desde hace años las organizaciones sindicales denuncian graves problemas

⁹ Ver Aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo. Conferencia Anual 2015 (1). OIT. Ginebra.

¹⁰ Se refiere a los casos 2445, 2540, 2609, 2768 y 2978, en virtud de los cuales 58 casos de asesinato de sindicalistas han sido examinados por el Comité de Libertad Sindical de OIT desde 2004 al 2015.

de aplicación del Convenio en relación con los derechos sindicales en las maquilas, por lo que concluye que *“La Comisión invita al Gobierno a que, en el marco de la campaña de sensibilización a la que se comprometió en 2013, preste especial atención a las maquilas y que siga informando sobre el ejercicio en la práctica de los derechos sindicales en este sector”*.

Sobre la negociación colectiva, el informe indica que la Comisión le pide al gobierno que aproveche la campaña de sensibilización sobre la libertad sindical en la que ha declarado que está comprometido, de modo de sensibilizar también sobre la importancia y la conveniencia del tema.

2.3. REFORMAS LABORALES

En una acción denominada hoja de ruta de 2013, el gobierno guatemalteco se comprometió a presentar proyectos de reformas legislativas ante el Congreso de la República para adecuar la legislación laboral a los principios y derechos consagrados en los convenios sobre libertad sindical.

Sin embargo, las iniciativas legislativas presentadas guardaban más relación con el ambiente laboral necesario para el funcionamiento del Tratado de Libre comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana (CAFTA DR) que la adecuación anunciada a los Convenios 87 y 98 de OIT.

Aun así, 98 votos a favor no fueron suficientes, para que el pleno del Congreso aprobara la iniciativa de reformas al Código de Trabajo en 2014, siendo éste el segundo intento para aprobar la propuesta.

La Comisión de Expertos de OIT, ha indicado en su informe de 2015 que *“En estas condiciones, la Comisión expresa la firme esperanza de que el Congreso de la República adopte a la brevedad las reformas legislativas solicitadas por la Comisión. La Comisión pide al Gobierno que informe al respecto”*.

3. EL CASO DE REPÚBLICA DOMINICANA

En 2013, República Dominicana mejoró su condición en cuanto al Índice de Desarrollo Humano, al ubicarse en la posición No. 97 en el mundo, aunque al decir del PNUD se mantienen las desigualdades y exclusiones. *“Estos resultados también evidencian las consecuencias de años de implementación de estrategias de desarrollo que han priorizado un crecimiento económico generador de exclusión, que ha contribuido a ampliar las brechas de género, ingreso, y capacidades entre y dentro de las provincias del país, las que como se ha visto, tienden a frenar el desarrollo humano”*¹¹.

República Dominicana posee la tasa de desempleo más elevada del continente, con un 15% según encuesta de abril del 2013. Un 55.7% de la fuerza laboral trabaja

11 Ver Mapa de Desarrollo Humano de la República Dominicana. PNUD. 2013.

en el sector informal. El 74.4% de los empleos que se crearon entre octubre del 2010 y octubre del 2012, fueron empleos informales¹².

3.1. NORMATIVA LABORAL VIGENTE

Las normas básicas que regulan las relaciones laborales en República Dominicana son la Constitución Política y el Código de Trabajo.

La Constitución Política establece en su artículo 8, numeral 11, literales a) y d), el derecho a la sindicación y a la huelga, prohibiendo esta posibilidad a los trabajadores al servicio de la administración pública e indicando que la sindicación será posible si los estatutos y la práctica de los sindicatos se ajustan a una actuación democrática, compatibles con la Constitución, y para fines estrictamente laborales y pacíficos, prohibiendo de hecho la posibilidad de las huelgas contra las políticas públicas, sociales, etc., que afecten a los trabajadores.

Sobre el derecho de huelga, se señala que las acciones gremiales deben tener fines exclusivamente laborales. Además, prohíbe todo tipo de paralización de labores distinta a la huelga y declara ilícita la huelga en la administración pública.

Por su parte, el Código de Trabajo, reformado en 1992, posee una larga reglamentación sobre las organizaciones sindicales y el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva.

Reconoce la libertad sindical de manera expresa, indicándole a las autoridades que deben abstenerse de limitarla o entorpecerla (art. 318)¹³; sin embargo, obliga al trabajador despedido a separarse del sindicato (art. 320), establece los fines del sindicato, entre los que incluye la negociación colectiva (art. 325, numeral 2) y enumera las prácticas desleales (art. 333) y habilita la personería jurídica con la inscripción en el registro del Ministerio de Trabajo a aquellas organizaciones con un mínimo de 20 afiliados.

El art. 338 señala que los sindicatos no pueden adquirir inmuebles que no sean necesarios para su actividad. Se les prohíbe ejercer el comercio y cualquier actividad contraria a la Constitución (art. 340). Agrega reglas sobre cómo administrar los fondos sindicales (arts. 343 al 347), sobre la estructura interna de los sindicatos (art. 348), el funcionamiento de la asamblea general y demás estructuras sindicales descritas en el Código (arts. 349 y subsiguientes).

Por otra parte regla asimismo los conflictos sociales y económicos, ordenando que sean resueltos por vía directa entre empleadores y trabajadores o por conciliación ante las autoridades administrativas o arbitraje (artículo 397).

En cuanto a la huelga, el art. 403 la prohíbe en los servicios esenciales, a pesar que la Constitución la prohíbe en todos los casos en la administración pública.

¹² Ver <http://www.elcaribe.com.do/2013/10/28/una-propuesta-para-reforma-laboral#sthash.YQ1PC1r2.dpuf>

¹³ La obstrucción al ejercicio de la libertad sindical, según la legislación dominicana, puede tener efectos incluso de carácter penal, al no justificarse ante las autoridades, dichas obstrucciones.

En estos casos, indica la norma (art. 680) que se debe someter el conflicto a arbitraje. Describe como servicios esenciales los de comunicaciones, abastecimiento de agua, suministro de gas o electricidad para el alumbrado y usos domésticos, farmacéuticos, hospitales y cualesquiera otros de naturaleza análoga, según art. 404.

También se exige que antes de proceder a la huelga se hayan agotado los procedimientos de conciliación y que sean al menos el 51% de los trabajadores de la empresa los que aprueben adoptar la medida.

Este Código de Trabajo es producto de acuerdos tripartitos que incorporaron las reglas sobre negociación colectiva tomando en cuenta recomendaciones de la OIT y jurisprudencia en materia de derechos colectivos, pero su aplicación parece tener algunos obstáculos en la práctica, que se suman a las reglamentaciones restrictivas que hemos descrito.

Las normas laborales vigentes sólo se aplican a los trabajadores asalariados, por lo que se excluye a los trabajadores por cuenta propia. La ley 122-05 que versa sobre la Regulación y Fomento de las Asociaciones sin fines de Lucro, permite a estos trabajadores formar asociaciones, estableciendo requisitos y reglamentaciones complicadas y difíciles de cumplir. La ley no restringe formalmente el derecho de organización a los trabajadores de contratos por cierto tiempo, sean estacionales o por temporadas, pero en la práctica resulta difícil de ejercer la libertad sindical en el sector agrícola.

De igual forma, no se permite la negociación colectiva de trabajadores colocados a través de agencias de empleo temporal, por ser éstas intermediarias entre el trabajador y el empleador para la contratación del primero y como tales, no adquieren compromisos con los trabajadores sino la empresa a la cual va a prestar sus servicios personales, salvo cuando la agencia contrata “obras o partes de obras en beneficio de otro para ejecutarlas por cuenta propia y sin sujeción a este, según el art. 12 del Código de Trabajo, caso en que son consideradas como empleadoras subcontratistas.

En 1991 se promulgó la Ley 14-91 de Servicio Civil y Carrera Administrativa con el fin de regular las relaciones laborales de los Servidores Públicos, con una definición no muy clara sobre el derecho a la organización. La Ley excluía varias categorías de trabajadores como los municipales, policía nacional, fuerzas armadas, administradores de Justicia y servidores públicos de la Junta Central Electoral. En el año 2008 se modificó mediante Ley de Función Pública 41-08, que otorga a los servidores públicos la garantía de derechos laborales y protección social. Esta ley ha permitido facilidades para la acción sindical de los trabajadores estatales. El órgano responsable de su registro y funcionamiento es el Ministerio de Administración Pública. En el plano sindical, la Ley da derecho a los servidores públicos a formar asociaciones y centros de trabajo.

En el marco del CAFTA DR, según el segundo informe bienal de la Oficina de Asuntos Laborales Internacionales del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos (2012) da cuenta que el 22 de diciembre de 2011 la Oficina para Asuntos Comerciales y Laborales recibió una comunicación del padre Christopher Hartley. El remitente alega que las acciones del Gobierno de la República Dominicana o la falta de las mismas les privaron a los trabajadores de sus derechos sobre libertad de asociación, derecho de organización, trabajo infantil, trabajo forzoso, derecho a la negociación colectiva, y condiciones aceptables de trabajo en el sector del azúcar dominicano. El 22 de febrero de 2012, la Oficina para Asuntos Comerciales y Laborales aceptó la comunicación pública para su revisión. Actualmente, la Oficina para Asuntos Comerciales y Laborales se encuentra en proceso de examinar la comunicación para determinar sus conclusiones sobre las alegaciones hechas en la comunicación, las cuales presentará en un informe público a la Secretaría de Trabajo dentro de los 180 días, a menos que la Oficina para Asuntos Comerciales y Laborales determine que las circunstancias justifiquen una extensión.

3.2. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia dominicana ha reconocido la libertad sindical, admitiendo como fuente de derecho las normas contenidas en los convenios sobre libertad sindical o con referencia a esas mismas normas consagradas en el texto constitucional. Así por ejemplo, en sentencia del 23 de agosto de 2000, No. 17, la Suprema Corte indicó:

“...La Constitución Dominicana, que establece que la organización sindical es libre, consagrando de esta manera la libertad sindical de todos los trabajadores, lo que implica que a éstos no se les puede impedir el acceso a la organización sindical, ni se les puede constreñir para que se afilien a un determinado sindicato o cualquier otro tipo de entidad sindical”.

Y sobre la discriminación antisindical también emitió un importante fallo en 2008, que indica la esencia de la protección, más allá de una lista cerrada de casos o situaciones que el legislador haya o no podido describir, es decir, que la discriminación antisindical no es un número cerrado de acciones u omisiones ejecutadas por el empleador en perjuicio del ejercicio de la libertad sindical. En tal sentido, la sentencia del 11 de junio de 2008, No. 28, señaló:

“...Toda maniobra que realice un empleador para impedir la libre actuación sindical y su intervención en la formación de un sindicato de trabajadores constituye una violación a la normativa internacional de la cual es signataria el país y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, plasmada en los Convenios 87 y 98, sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva, ratificados por el Congreso Nacional, y como tal un hecho ilícito susceptible de comprometer la responsabilidad civil de quien la realice”.

Ambas sentencias se inscriben en una línea de pensamiento cimentada en el reconocimiento de los Convenios de OIT sobre libertad sindical como normas de carácter superior, de rango constitucional, que deben ser aceptadas, cumplidas y obedecidas por todos.

Sobre la negociación colectiva en el sector público, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de OIT ha tomado nota de la respuesta del Gobierno al informar que está realizando análisis para adecuar la normativa nacional al Convenio, en el sentido de permitir a los servidores públicos la posibilidad de ejercer el derecho de negociación colectiva.

“Recordando que el Gobierno puede recurrir a la asistencia técnica de la Oficina si así lo desea, la Comisión espera nuevamente que el Gobierno tome en un futuro cercano las medidas necesarias para el reconocimiento legal del derecho de negociación colectiva de los funcionarios que no están al servicio de la administración del Estado. La Comisión pide al Gobierno que informe sobre toda evolución al respecto”.

De estos informes se infiere que los órganos de control de OIT están muy pendientes de la aplicación de los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva, habida cuenta que el país, como se expresó arriba, asumió un desarrollo del sector terciario, que dificulta aún más el ejercicio de estos derechos debido fundamentalmente a la falta de estabilidad en el empleo.

3.3. REFORMAS LABORALES

En Octubre de 2013, el Presidente de la República emitió el Decreto 386-13, mediante el cual creó una Comisión para la Revisión y Actualización del Código de Trabajo de 1992, *“con el propósito fundamental de revisar la normativa laboral vigente”*, la cual debe desarrollar las consultas tripartitas correspondientes para presentar al Órgano Ejecutivo, en un plazo de cuatro meses desde su instalación, un informe sobre dichas consultas y las propuestas que estime procedentes.

Esta posibilidad de reformas abiertas, sin un objetivo temático específico, viene planteándose al menos desde 2012, cuando se proponía que el objetivo de la reforma debe estar dirigido a estimular la creación de empleos, especialmente en el sector formal de la economía, elevar la productividad del trabajo y mejorar los salarios que reciben los trabajadores.

El Movimiento sindical y otras organizaciones y personalidades del mundo del trabajo dominicano se han opuesto a las reformas, indicando que las mismas obedecen al interés del 3% de las empresas, de hacer retroceder derechos de los trabajadores en lo tocante al pago de prestaciones por cesantía. Rafael Alburquerque ha señalado que la reforma laboral no creará empleos, pues el modelo económico es lo que incentiva o desincentiva la creación de empleos y no la ley laboral.

Las organizaciones sindicales se han retirado de la Comisión de reformas por lo que parece incierto el futuro de la misma por el momento.

4. EL CASO DE PANAMÁ

4.1. LEGISLACIÓN VIGENTE

Las normas que regulan las relaciones de trabajo vinculadas a la libertad sindical en Panamá se encuentran previstas en la Constitución Política, en el Código de Trabajo, y en la Ley de Carrera Administrativa y la Ley Orgánica del Canal de Panamá.

La Constitución Política contiene un Capítulo en el Título de los “Derechos y Deberes Individuales y Sociales”, que describe como “El Trabajo” y en el cual reconoce a todos los trabajadores entre otros, el derecho a la sindicación para todos los asalariados y profesionales (art. 68) y el derecho de huelga (art.69), delegando en la ley la posibilidad delimitar la misma en el caso de los servicios públicos que ella determine.

El art. 68 excluye la posibilidad de que los extranjeros formen parte de la Junta Directiva de las organizaciones sindicales. Esta exclusión ha sido cuestionada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones (CEACR) considerándola una expresión de discriminación por razón de la nacionalidad¹⁴.

“Artículo 68. Se reconoce el derecho de sindicación a los empleadores, asalariados y profesionales de todas clases, para los fines de su actividad económica y profesional...”.

Esta norma le otorga 30 días al Órgano Ejecutivo para admitir o rechazar la personería jurídica de un sindicato, en evidente contradicción con el mandato de prohibición de autorización previa contenido en los arts. 1 y 2 del Convenio 87.

Por último, el art. 322 constitucional, aprobado mediante referéndum en 1994, señala que la Autoridad del Canal de Panamá tendrá un régimen laboral especial, basado en el sistema de méritos, es decir, que siendo una institución pública, se regirá en lo laboral por normas distintas al resto de los servidores públicos, normas que según describe la norma comentada, serán semejantes a las que regían en la Panama Canal Commission que administró el Canal hasta la entrada en vigencia de los Tratados Torrijos-Carter, en 1979.

El Código de Trabajo, aprobado en 1971 y reformado en varias ocasiones, la última y más trascendental en 1995, contiene un Libro dedicado a los derechos colectivos y es considerado, aún después de la reforma, como uno de los símbolos de legislación proteccionistas de América Latina.

¹⁴ Al respecto, se pueden revisar los informes de CEACR sobre Panamá y su legislación laboral, correspondiente a los años 2004; 2006; 2008; 2009; 2011 y 2012.

El Código contiene regulaciones sobre asociación sindical; convención colectiva de trabajo; conflictos colectivos y derecho de huelga.

El Código amplía y mejora la libertad sindical contenida en el anterior Código de 1947, en los siguientes términos¹⁵:

- Amplía las medidas de protección al sindicalismo, aunque excluye a los extranjeros de las directivas sindicales y exige un mínimo de 75% de panameños en cada organización sindical.
- Fortalece y regula con precisión el fuero sindical.
- Obliga al descuento de la cuota sindical a los afiliados y no afiliados si el sindicato es mayoritario o si los no afiliados se benefician de la convención colectiva, aunque mediante sentencia del 19 de febrero de 1993. El Pleno de la Corte Suprema declaró inconstitucional el cobro obligatorio de la cuota por el sindicato mayoritario de la empresa.
- Regula la convención colectiva de trabajo y hace obligatoria su negociación.
- Fortalece la protección del derecho de huelga, reglamentándola en detalle.
- Traslada al Ministerio de Trabajo la conciliación previa a la huelga y/o arbitraje.
- Crea arbitraje obligatorio para los empleadores en caso de solicitud de los sindicatos.

El art. 1066 crea el Consejo Nacional de Trabajadores Organizados (CONATO), integrado por las Federaciones, Confederaciones y Centrales sindicales; con carácter consultivo, que elaboraría además, las ternas para asistir a las Conferencias Anuales de OIT en representación de los trabajadores y para los organismos estatales en los que debían estar representados los trabajadores.

En 2009 se dictó el Decreto Ejecutivo No. 17, que reconoce expresamente a los sindicatos como únicos promotores de los convenios colectivos, prohibiendo la práctica de los llamados “acuerdos de empresa”¹⁶.

La Ley 9 de 20 de junio de 1994, sobre carrera administrativa, considerando que el art. 2 del Código de Trabajo excluye de su aplicación a los servidores públicos, establece el Título VIII, sobre Asociaciones de Servidores Públicos y Solución de Conflictos Colectivos. Esta Ley regula la forma de organizar las asociaciones de modo parecido a la de los sindicatos, aunque limita ese derecho a los servidores públicos que posean la condición de carrera administrativa.

¹⁵ Rolando Murgas. Op. cit. p. 331.

¹⁶ Acuerdos colectivos con grupos de trabajadores no organizados que desmejoran las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos y que anteriormente habían sido admitidos por la jurisprudencia nacional.

La norma regula la solución de los conflictos colectivos iniciando la tramitación con la presentación de un pliego a la autoridad que dirija la Institución, y estableciendo procesos de negociación colectiva que pueden culminar en un arbitraje, cuyo incumplimiento por parte de las autoridades origina la posibilidad de decretar la huelga.

Entre las causas de despido se encuentra la participación en huelgas prohibidas. Además se indica que en caso de huelga se deben asegurar como mínimo el 25% del servicio y la autoridad puede elevar ese porcentaje hasta a 50% en algunos casos. El art. 202 establece, además, un fuero de negociación desde que se plantea el conflicto hasta el fallo del Tribunal de Arbitraje.

En concordancia con el Capítulo sobre el Canal de Panamá, adicionado a la Constitución en 1994, se dictó la Ley 19 de 1997, que contiene un capítulo sobre la relaciones de trabajo y en el cual se destacan en materia de derecho colectivo los siguientes tópicos: reconocimiento de los sindicatos que existían antes de la reversión del Canal a la jurisdicción panameña, completada en 1999, los cuales poseen la representación exclusiva de sus afiliados para efectos laborales; reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, cuyo contenido es amplio, pues se pueden negociar las reglas de la negociación aunque se excluye la negociación de salarios por estar reglamentada en otras normas (escalafón); y finalmente el art. 92 prohíbe expresamente el ejercicio de la huelga en el canal de Panamá, lo que ha suscitado discusiones académicas y judiciales en el plano nacional e internacional.

4.2. LA JURISPRUDENCIA

Panamá ha asimilado la teoría del bloque de constitucionalidad desde el año 1990, por vía de la jurisprudencia, sumando normas al rango constitucional que deben ser acatadas con la jerarquía de la Constitución. En sentencia del 30 de junio de 1990, el pleno de la Corte indicaba:

“La jurisprudencia y la doctrina consideran que existen normas fuera de la Constitución formal que, junto con esta, forman un “bloque de constitucionalidad”, al cual deben ajustarse las leyes ordinarias para que sean consideradas constitucionales”.

La Corte Suprema de Justicia ha dictaminado en reiteradas ocasiones que los Convenios 87 y 98 de la OIT no forman parte del bloque de constitucionalidad. El Pleno de la Corte Suprema, en sentencia de 23 de marzo de 1999, manifestó:

“... en cuanto a los Convenio N°87 y N°98 de la Organización Internacional del trabajo que el actor considera integrados al bloque de la constitucionalidad, esta Superioridad se ve precisada a adelantar que el análisis de dichos cargos no será parte de la decisión que nos ocupa. Solo el Pleno de la Corte podría incorporar dichos Convenios al bloque de la Constitucionalidad, y ya en sen-

tencia de 23 de mayo de 1991, al resolver la demanda de inconstitucionalidad promovida contra la Ley 25 de 1990, esta Corporación Judicial descartó el introducir dichos Convenios al bloque, razón por la cual no es procedente examinar los dos cargos endilgados.

Esta posición ha sido reiterada en sentencia del 14 de noviembre del 2013 al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra la prohibición del derecho de huelga en el Canal de Panamá.

La Corte ha declarado que no es inconstitucional la prohibición de la huelga en el Canal de Panamá, aduciendo que la posibilidad de denunciar por prácticas desleales a la administración del Canal por parte de los sindicatos y la posibilidad de conciliación, negociación y arbitraje, sustituyen eficazmente esta prohibición¹⁷.

En conclusión, la jurisprudencia panameña no ha avalado el ejercicio de la libertad sindical, sino que más bien lo ha restringido.

4.3. COMENTARIOS DE OIT

Las observaciones y recomendaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en materia de huelga hacia Panamá, incluyen principalmente, las siguientes¹⁸:

- La negación del derecho de huelga a los servidores públicos, indicando que las limitaciones de la huelga sólo deben aplicarse a los servicios esenciales (aquellos cuya paralización ponen en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas). La ley 9/94 no expresa el derecho de todos los servidores públicos a ejercer la huelga y las autoridades no interpretan las normas vigentes en tal sentido. En la actualidad, se discute cambiar el texto de la Ley 9/94 en la comisión tripartita de diálogo, con el objeto de que quede claramente expresado que el derecho de huelga lo es de todos los servidores públicos, con las salvedades expresas que determine la ley.
- Facultad de la Dirección General o Regional de Trabajo de someter el conflicto colectivo a arbitraje obligatorio para terminar con la huelga, cuando se produce en las empresas de transporte privado que no realizan un servicio público esencial (artículos 452 y 486 del Código de Trabajo). En tal sentido, la Comisión ha indicado que el arbitraje obligatorio resulta aceptable sólo si lo acuerdan ambas partes del conflicto. No se han cambiado dichas normas, ni se ha realizado ninguna actividad gubernamental encaminada a tal propósito.

17 Al respecto, ver sentencia del 27 de abril de 2010 pronunciada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la demanda de inconstitucionalidad de la Confederación Sindical de Unidad Sindical Independiente (CONUSI) contra la Ley 19 de 11 de junio de 1997.

18 Ver informe de CEACR sobre Panamá, 2011, al igual que el acta de la Comisión de Normas de la Conferencia Anual de 2001 de OIT sobre el caso de Panamá respecto del Convenio 87.

En 2010, se dictó la ley 30, que pretendía entre otras cosas, eliminar el Consejo Nacional de Trabajadores Organizados (CONATO) y la cotización obligatoria al sindicato titular de la convención colectiva de aquellos que sin ser miembros del sindicato, se beneficiaban de la misma; se permitía asimismo abrir la empresa durante la huelga y la contratación de trabajadores durante su transcurso; previéndose asimismo que la fuerza pública pudiera custodiar el ejercicio de estos derechos. Se constituía un organismo de coordinación sindical bajo los parámetros (reglamentos) que estableciera el órgano ejecutivo y además, eliminaba la obligación de negociar con sindicatos de industria o gremiales, en cuyo caso, el conflicto debería someterse a arbitraje obligatorio.

Estas reformas provocaron un alzamiento popular encabezado por el movimiento sindical, que culminó en la derogación de la Ley 30 y la creación de la Ley 68 que reestableció las normas que habían sido derogadas por la Ley anterior, y reformó el Código de Trabajo en el sentido que durante la huelga los trabajadores de confianza y los directivos de la empresa pueden asistir a las instalaciones de la empresa pero sin poner en funcionamiento la producción de la misma¹⁹.

A partir de febrero de 2012 se crearon dos mesas de diálogo tripartitas con el auspicio y apoyo técnico de la OIT. Una de ellas tiene como objetivo la adecuación de la legislación laboral del sector público y privado, a las normas contenidas en los convenios 87 y 98 de OIT, con base en las recomendaciones hechas por los órganos de control acerca de la legislación laboral en materia de derechos colectivos. Esas mesas se encuentran funcionando hasta la fecha, y aunque su producción ha sido escasa, son proyecciones de cambios legislativos en la dirección de actualizar, promover y facilitar el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva en este país.

En la actualidad se elabora de forma tripartita un anteproyecto de Ley sobre derechos colectivos en el sector público que el gobierno ha prometido impulsar.

5. CONCLUSIONES

La producción de normas laborales reformativas de la ley vigente parece haber superado tenuemente las políticas neoliberales desreguladoras y excluyentes, aunque no han desaparecido los intereses que promovieron dichas políticas. Tal parece ser la condición de los cuatro países analizados en la presente nota.

Existen características comunes en la legislación de la región. La regulación extrema del derecho de sindicación, que raya unas veces en el incumplimiento del texto y de los objetivos de los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva y en otras ocasiones los infringe abiertamente, son propios de las normas revisadas.

19 Esto último fue una sugerencia del Comité de Libertad de OIT sobre el caso 1931, en el cual los empleadores exigieron entre otras cosas, la apertura de la empresa durante la huelga.

El temor al desarrollo pleno del derecho a la huelga es común en las legislaciones analizadas y en consecuencia, su rigurosa y en no pocas ocasiones restrictiva regulación. No hay promoción de la negociación colectiva sino un conjunto de normas de carácter general que impiden concretar los postulados de los convenios de OIT y que en muchas ocasiones se repiten en los textos constitucionales y legales revisados. Existe exclusión textual e interpretativa de los derechos sindicales, sobre todo en el caso de los extranjeros y de los servidores públicos.

Las reformas laborales propuestas o aprobadas en los últimos años buscan acomodarse bajo el manto de la reforma procesal pero expresan en una tendencia en su contenido referido a la libertad sindical y la negociación colectiva, de mejoramiento, aunque el reclamo de los sindicatos es que la Ley no se cumple. El caso más grave es el de Guatemala, donde las normas protectoras de la libertad sindical no sólo no se cumplen sino que son imposibles de reclamar sin poner en riesgo la vida misma.

Creo que se pueden identificar algunas tenues líneas, tendencias muy tempranas de la jurisprudencia laboral de estos cuatro casos aquí estudiados, que a mi juicio, reflejan las siguientes características:

- Hay sin dudas conocimiento de los administradores de justicia de que nos encontramos en escenarios económicos y ius laborales posteriores a la plena vigencia de las ideas y conceptos neoliberales, que necesariamente deben ser reflejados en los pronunciamientos aun en presencia de la legislación laboral reformada al socaire de esta ideología en la América Latina de finales del siglo XX y principios del siglo XXI.
- Esta tendencia aún no es clara, habida cuenta que la doctrina del derecho del trabajo no ha terminado aún de barrer con la reforma flexibilizadora y desreguladora que prohijó el neoliberalismo.
- A pesar de la vigencia del pensamiento neoliberal que implica la disminución o desaparición de la actividad sindical, titila una luz de atrevimiento jurisprudencial, de desafío al pensamiento neoliberal, y por último,
- En América Latina –incluidos naturalmente los países revisados en este estudio– la jurisprudencia al igual que la ley, se enfrentan a una cultura de incumplimiento secular, que facilita que ambas, la ley y la jurisprudencia, respondan a conceptos doctrinales de justicia social, pero su cumplimiento depende de muchos otros factores. Ello facilita el camino del reconocimiento de la libertad sindical por vía jurisprudencial, de manera paulatina, hasta que se cumpla en toda su magnitud.

O DEBATE ATUAL SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL – ENTRE A MERCANTILIZAÇÃO DESENFREADA E A LIMITADA DO TRABALHO HUMANO

Rodrigo de Lacerda Carelli

Professor Adjunto de Direito e Processo do Trabalho na Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro –UFRJ–. Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos, –IESP– Universidade do Estado do Rio de Janeiro –UERJ–. Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense –UFF–. Procurador do Trabalho no Rio de Janeiro.

1. Introdução. 2. A terceirização e o Direito do Trabalho brasileiro. 3. A tentativa de ampliação da terceirização pela via legislativa. 4. A tentativa de ampliação da terceirização pela via judicial. 5. Os argumentos a favor da ampliação e seus defensores. 6. Os argumentos contrários à ampliação e seus defensores. 7. Conclusão.

Resumo: O presente trabalho desenha o panorama atual do debate no Brasil sobre a terceirização, apresentando os argumentos a favor e contra a legalização do fenômeno, bem como as estratégias utilizadas pelo patronato brasileiro tanto na via legislativa quanto na judicial para legalizar a prática há tempos entranhada no seio das relações trabalhistas no país. Apresenta também a resistência dos representantes dos trabalhadores e das instituições de proteção ao Direito do Trabalho frente ao avanço da liberalização da terceirização.

Abstract: This paper presents a portrait of the debate that takes place today in Brazil about the subcontracting. It shows the line of arguments in favor or against the legalization of the phenomenon, as well as the strategies that the employers employ both in the Legislative and Judicial sectors to legalize what they have been doing since long time. It also presents the resistance to the attempts of the legalization of subcontracting applied by workers' representations and institutions of protection of the Labor Law.

Palavras chave: Terceirização, flexibilização, resistência.

Key words: outsourcing, flexibility, resistance.

«Nous voulons l'abolition du marchandage, parce qu'il est odieux qu'entre le patron et l'ouvrier se glissent de rapaces intermédiaires qui exploitent le second et, quel que soit le bon vouloir du premier, font descendre le salaire au niveau marqué par la faim».

Louis Blanc, 1848

1. INTRODUÇÃO

A terceirização é, atualmente, o tema mais candente nas discussões sobre o Direito do Trabalho no Brasil. Por um lado, há a crítica ao instituto, realizada por pesquisas empíricas científicas que comprovam a extrema precarização e insegurança no trabalho trazida por essa prática¹, e por outro a versão, frequentemente apresentada pela mídia tradicional, pelo meio empresarial e por grande vertente de políticos, da terceirização como uma moderna técnica de organização da produção, a trazer inventividade e maleabilidade às empresas, e que seria sobremaneira imprescindível ao mundo competitivo, sendo de toda forma fenômeno irreversível e uma realidade no mundo atual². A tensão entre essas visões diametralmente opostas é, neste momento, ampliada por uma conjuntura política e econômica totalmente desfavorável aos trabalhadores, o que encoraja as forças liberais a buscar meios de realizar reforma conservadora, avançando na expansão legal do fenômeno.

A partir do panorama acima traçado propõe-se, no presente texto, traçar um painel sobre o debate atual da terceirização no Brasil, desenhando um histórico da regulação do fenômeno em nosso país, a fim de se verificar o estágio atual e os caminhos que podem ser vislumbrados para a questão. Senão, vejamos.

2. A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

O Brasil, até o ano de 1888, teve como base de seu sistema econômico a escravidão, sendo esta a forma preponderante de exploração do trabalho humano. Com a chamada Lei Áurea, assinada nos últimos suspiros do regime imperial, a escravidão – como forma legal de utilização do trabalho humano – foi abolida no país.

Passa-se, assim, a ser utilizada a mão de obra chamada “livre” na produção, como parte da implantação de uma República liberal a partir do ano de 1889, consolidada na Constituição de 1891, caracterizada por intenso fluxo de imigrantes, principalmente advindos de países europeus e asiáticos³. A exploração do

1 Por todos, DRUCK, M. G., *Terceirização: (des)fordizando a fábrica. Um estudo do complexo petroquímico*. Salvador/São Paulo: Edufba/Boitempo; DRUCK, M. G., “Trabalho Precarização e Resistências: novos e velhos desafios?” in *Caderno CRH: Revista do Centro de Recursos Humanos da UFBA*, nº 1. Salvador: UFBA, 2011, p. 35-55; MARCELINO, P. R. P., *A logística da precarização. Terceirização do trabalho na Honda do Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2004. Fundação COGE. *Relatório de Estatísticas de Acidentes no setor Elétrico Brasileiro 2010*. Disponível em http://www.funcoge.org.br/csst/relat2010/index_pt.html. Acesso em 12/11/2013. DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos. *Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro*. Disponível em <http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>. Acesso em 12 de nov. 2013.

2 <http://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/215335-passo-a-frente.shtml>; <http://noblat.oglobo.globo.com/editoriais/noticia/2015/04/picuinhas-nao-podem-ameacar-lei-da-terceirizacao.html>, onde se lê “A questão central é que, num momento grave para a estabilização da economia, quando se necessitam, além de ajustes nas contas públicas, medidas que estimulem o “espírito animal” dos empreendedores, para reanimar os investimentos, uma iniciativa-chave para reduzir a insegurança jurídica dos empregadores não pode servir de munição para picuinhas”.

3 A substituição de escravos por mão de obra livre, ao contrário do que se pode imaginar, foi também interessante aos capitalistas pátrios, que trocaram os altos gastos com os escravos por trabalhadores experientes

trabalho “livre” pelo Direito Civil liberal é logo posta em discussão, sendo tido como instrumental jurídico absolutamente inadequado para o trato das relações de trabalho, como a obra de Evaristo de Moraes do ano de 1905⁴.

A construção do Direito do Trabalho no Brasil dá-se a passos lentos nas primeiras décadas, devido à incipiente industrialização e o regime liberal vigente. Porém, o sistema é ameaçado constantemente pelas organizações sindicais e seus movimentos paredistas, influenciados pelas doutrinas anarquistas, socialistas e comunistas trazidas na bagagem dos imigrantes europeus. A base desse primeiro momento da República no Brasil é a “ordem privada do trabalho”, ou seja, o poder empresarial de disposição da mão de obra, estabelecimento de disciplina, tempo e ritmos do trabalho e exercício absoluto e arbitrário de punição e dispensa de trabalhadores⁵.

A partir de 1930, com a derrubada do governo liberal e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, a implementação do Direito do Trabalho no Brasil passa a ser questão estratégica do Estado, baseado - em linhas gerais e abstraindo peculiaridades próprias de cada fase da era Vargas-, em um duplo viés: a previsão na lei de extensa gama de direitos individuais aos trabalhadores urbanos, bem como a restrição quase absoluta da liberdade sindical, sendo os sindicatos inseridos na estrutura estatal, com interferência do governo tanto em sua composição e organização. Acresça-se a esse duplo viés o processo de nacionalização do trabalho, ou seja, de substituição da mão de obra estrangeira por brasileiros, garantidos para a indústria com o fluxo migratório da mão de obra brasileira do campo para as cidades. Pretende-se com isso preparar mão de obra dócil para a incipiente –mas crescente– industrialização, eliminar as ideologias contrárias e construir a imagem de “pai dos pobres” do ditador brasileiro, com a captura do mundo sindical e a criação do chamado “mito da outorga” da legislação trabalhista⁶. Nesse contexto é decretada a Consolidação das Leis do Trabalho –CLT–, de 1943, que até os dias de hoje incorpora a maior parte do conjunto legal trabalhista. A base do direito individual do trabalho é a definição conceitual estrita dos destinatários do ramo laboral –o empregador e o empregado–, realizada pelos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, e a previsão de nulidade de qualquer disposição contratual que pretenda impedir a aplicação do direito do trabalho,

e que deveriam suprir suas próprias necessidades e de sua família com os salários fixos pagos, recebidos somente se estes trabalhassem. Cf. FERNANDES, F., *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978.

4 Cf. MORAES, E., *Apontamentos de Direito Operário*. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1971, p. 9 “O homem é livre – argumentariam; tem o direito de vender o seu trabalho pelo preço e nas condições que quiser. Mas, na vida industrial moderna, essa liberdade de trabalho só tem gerado a opressão e a miséria, a exploração do operariado e seu rebaixamento progressivo”.

5 PAOLI, M. C., “Trabalhadores e Cidadania. Experiência do mundo público na história do Brasil moderno”. In: SOUSA JÚNIOR, J. G.; AGUIAR, R. A. R. de (orgs). *Introdução Crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 29.

6 MORAES FILHO, E., *O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

inclusive em relação à forma de contratação, bem como quem será considerado empregador, ou seja, responsável pelas obrigações trabalhistas.

A situação não se altera substancialmente após a redemocratização, marcada pela Constituição de 1946, que mantém a intensa interferência estatal nas relações coletivas de trabalho, sendo os direitos individuais implementados aos poucos, por meio da reprodução do texto legal nas negociações coletivas, como forma da lei “sair do papel”, bem como por intermédio da Justiça do Trabalho, no julgamento tanto das questões individuais, quanto coletivas⁷.

No período ditatorial que se seguiu, iniciado pelo golpe civil-militar de 1964, há um duplo movimento, que, apesar das aparências, não é contraditório, mas antes complementar. Ocorre, de um lado, a expansão do direito do trabalho –ou pelo menos parte dele– para albergar os trabalhadores rurais (1963 e 1973)⁸ e domésticos (1972)⁹, e por outro lado o fim da estabilidade decenal (1966)¹⁰ e a primeira previsão no ordenamento jurídico brasileiro de possibilidade de intermediação de mão de obra: a lei de trabalho temporário (1974).

Assim, no momento em que é expandida a abrangência do Direito do Trabalho, atingindo outras relações de trabalho além daquela subordinada urbana, dois pilares trabalhistas são removidos: o fim da estabilidade (que já era garantida de forma parcial em nosso país) e há a exceção à regra da relação jurídica direta entre empregador e empregado, admitindo-se a existência de uma empresa intermediária cuja única função é fornecer trabalhadores a outra. Há, então, a extensão da abrangência do Direito do Trabalho, com relaxamento na proteção.

A Lei nº 6.019/1974 prevê, então, a possibilidade de intermediação de mão de obra temporária nas hipóteses de acréscimo extraordinário de serviços e de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente (art. 2º). Desta forma, ao mesmo tempo em que a lei insere uma exceção à regra segundo a qual quem explora e emprega a mão de obra deve ser juridicamente reconhecido como empregador, ela tem, como ocorre com toda exceção, o condão de confirmar a regra. Ela reforça a ideia de que o empregador é quem utiliza a mão de obra para a realização de seu proveito econômico. Admite, por outro lado, que, em hipóteses específicas, e por um período máximo de tempo (três meses, prorrogáveis por mais três meses), possa juridicamente outro ente que não o que emprega o trabalhador ser reconhecido como empregador. Assim,

7 FRENCH, J. D., *Afogados em leis. A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

8 Leis nº 4.214/1963 e 5.889/1973.

9 Lei nº 5.859/1972.

10 Com a instituição do regime “opcional” do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, pela Lei nº 5.107/1966, na prática houve o fim da estabilidade no emprego após dez anos de serviços na empresa, prevista no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho, porque a suposta “opção” foi imposta pelas empresas a todos os trabalhadores, em quase todos os casos.

outra empresa é reconhecida como empregadora no lugar daquele que realiza o empreendimento econômico.

Em 1983 é permitida a contratação de empresa de vigilância para a prestação de serviços em estabelecimentos financeiros¹¹.

A jurisprudência trabalhista firma, no ano de 1986, por meio do Enunciado¹² nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho, entendimento que, salvo nos casos previstos nas leis acima citadas (trabalho temporário e serviços de vigilância), a contratação de trabalhadores por empresa interposta seria ilegal, formando-se o vínculo empregatício diretamente com a empresa que explora a mão de obra, em aplicação ao art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho¹³. A mais alta corte trabalhista, assim, reitera a ideia de que aquele que usufrui do trabalho alheio deve ser responsabilizado pelos direitos trabalhistas, na forma dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, admitindo as exceções trazidas pela lei.

A redemocratização, cujo ápice se dá na Constituição de 1988, amplia o Direito do Trabalho, inserindo extenso rol de direitos, que passa, topograficamente no texto constitucional, a constar da parte reservada aos direitos fundamentais, o que lhe confere maior nível de proteção jurídica. O Direito do Trabalho expande-se para outros tipos de relação de trabalho, como o trabalho avulso, e há garantia de isonomia dos trabalhadores rurais e avulsos em comparação aos trabalhadores subordinados urbanos, além de incremento na quantidade de direitos concedidos aos trabalhadores domésticos.

Em 1993 ocorre a revogação do Enunciado nº 256, sendo substituído pela Súmula nº 331, que amplia a possibilidade da contratação de serviços para conservação, limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta¹⁴. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho faz diferenciação clara entre a intermediação de mão de obra clara e direta (item I da Súmula), que só é permitida em caso de trabalho

11 Lei nº 7.102/1983.

12 Os tribunais brasileiros editam enunciados para servir de orientação aos operadores do direito acerca do entendimento predominante e já firmado em cada órgão colegiado. No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, chamavam-se “enunciados”, passando a posteriormente acompanhar a nomenclatura utilizada pelos outros tribunais e empregar a denominação “súmula”.

13 Enunciado nº 256 do TST: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 03/01/74 e 7.102, de 20/06/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

14 Súmula nº 331 do TST: “Contrato de prestação de serviços. Legalidade (redação original): I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

temporário, e a terceirização (item III da Súmula), que seria a prestação de serviços da atividade meio do tomador de serviços, por empresa especializada, sem os requisitos da relação de emprego em relação ao tomador de serviços. Com isso, ampliam-se os casos em que há a possibilidade de que não haja coincidência entre aquele que usufrui do trabalho alheio e a figura do empregador juridicamente reconhecida. Por outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho cria o instituto da responsabilidade subsidiária, afirmando que o tomador de serviços, no caso da terceirização lícita, será responsável pelo adimplemento das obrigações trabalhistas caso o empregador do trabalhador terceirizado, ou seja, a empresa prestadora de serviços, não honre com o pagamento dos direitos após o trânsito em julgado do processo judicial, em fase de execução forçada.

A jurisprudência manteve-se firme, até o ano 2000, momento em que se deixa expresso que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas também abrangeria os entes da Administração Pública contratante¹⁵. No ano de 2011 a súmula foi novamente alterada, para explicitar que a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento, ao contrário do contratante privado, decorreria de culpa do administrador, e não pelo mero fato de contratar¹⁶. Tal alteração decorreu de decisão do Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucional a súmula do Tribunal Superior do Trabalho, nessa parte¹⁷.

Os direitos trabalhistas são, já no século XXI, em parte concedidos a estagiários (2008)¹⁸ e trabalhadores em cooperativa (2012)¹⁹ e os trabalhadores domésticos

15 Súmula alterada (inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 Nº 331 (...) IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

16 Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

17 Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 16, Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 24/11/2010.

18 Lei nº 11.788/2008.

19 Lei nº 12.690/2012.

conseguem uma quase isonomia de direitos em relação aos trabalhadores urbanos (2013-2015)²⁰.

Ainda neste século, de 2002 a 2012 vê-se expandida taxa de formalidade em números jamais alcançados no Brasil, saltando de 42,7% para 56,6% da população economicamente ativa²¹. Assim, seja em termos absolutos ou relativos, nunca houve tantos trabalhadores abrangidos legalmente pela proteção do Direito do Trabalho.

3. A TENTATIVA DE AMPLIAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO PELA VIA LEGISLATIVA

No ano de 2004, o Deputado Sandro Mabel, então no Partido Liberal (PL), apresenta à Câmara dos Deputados Projeto de Lei que pretende a permissão da terceirização em qualquer setor ou atividade da empresa. Inicialmente arquivado nos anos de 2007 e 2011, devido ao final da legislatura, foi desarquivado nos anos seguintes a requerimento do próprio deputado.

O projeto de lei citado, após ser encampado pelo Presidente da Câmara dos Deputados empossado no ano de 2014, toma força e é aprovado pela casa legislativa, sendo permitida a terceirização na atividade-fim, além da subcontratação em cascata em qualquer setor da empresa²². O projeto de lei é encaminhado ao Senado, recebendo o número PLS nº 30/2015.

No Senado, esse projeto de lei encontra mais resistência. O presidente da casa, Senador Renan Calheiros (PMDB), inicialmente rechaçou a proposta da Câmara dos Deputados, afirmando que “qualquer projeto que ameace os direitos sociais ou represente retrocesso nas relações de trabalho enfrentará grandes dificuldades no Senado. Aqui não passará”²³. No entanto, após ser envolvido em escândalo de corrupção²⁴, apresentou o que chamou de “Agenda Brasil”, indicando que há necessidade de “melhoria do ambiente de negócios e infraestrutura”, defendendo a necessidade de “regulamentar o ambiente institucional dos trabalhadores terceirizados melhorando a segurança jurídica face ao passivo trabalhista potencial existente e a necessidade de regras claras para o setor”²⁵. Anteriormente a essa proposta havia sido apresentado Projeto de Lei alternativo (PLS nº 300/2015) pelo Senador Marcelo Crivella, do Partido Republicano Brasileiro

20 Emenda Constitucional nº 72/2013 e Lei Complementar nº 15/2015.

21 KREIN, J. D.; MANZANO, M., OIT e FORLAC – PROGRAMA DE PROMOÇÃO DA FORMALIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE. Notas sobre a formalização: Estudo de caso: Brasil. 2014. Encontrável em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_245624.pdf. Acesso em 08 set. 2015.

22 Aprovação em Plenário em 22/04/2015.

23 <http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2015-04-16/terceirizacao-nao-passa-no-senado-diz-renan-calheiros.html>

24 <http://oglobo.globo.com/brasil/delator-reafirma-participacao-do-presidente-do-senado-no-esquema-de-corrupcao-16746597>

25 <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/10/a-agenda-brasil-sugerida-por-renan-calheiros>

–PRB–, sendo este mais restritivo que aquele de origem da Câmara dos Deputados²⁶. Este projeto mantém a restrição atual de terceirização na atividade-meio da empresa contratante, veda a subcontratação dos serviços já entregues à terceirizada, além de prever a responsabilidade solidária do contratante perante as obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

O Senador Paulo Paim, do Partido dos Trabalhadores –PT–, apresenta então outro projeto alternativo, o PLS nº 300/2015²⁷, mais técnico e ainda mais restritivo que o PLS nº 30/2015, ao não permitir a terceirização na atividade principal da empresa, trazendo critérios para identificar o que seria atividade-fim em uma empresa, quais sejam: quando a atividade for da essência econômica ou comercial da empresa, quando há indissociabilidade com as demais atividades e quando o serviço for de caráter permanente para funcionamento da empresa. Além disso, pretende garantir diversos direitos aos trabalhadores terceirizados, como a isonomia de direitos em relação aos trabalhadores diretamente contratados, tanto em relação aos direitos previstos em lei, quanto negociados coletivamente pelo sindicato representativo da empresa contratante.

Concomitantemente com o movimento legislativo, o caminho judicial de ampliação da terceirização também vem sendo testado.

4. A TENTATIVA DE AMPLIAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO PELA VIA JUDICIAL

O Tribunal Superior do Trabalho, nos dias 4 e 5 de outubro de 2011, realizou a primeira audiência pública de sua história, tendo discutido a terceirização, com o fim de “esclarecer questões fáticas, técnicas (não jurídicas), científicas, econômicas e sociais relativas ao fenômeno da subcontratação de mão de obra por meio de interposta pessoa”²⁸. Participaram cinquenta especialistas de várias áreas, sendo que a maior parte apresentou os problemas trazidos pela terceirização. Ao final, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho afirmou que “a terceirização na atividade-fim é (...) a negação do Direito do Trabalho. (...) Não há um rigor científico absoluto, mas o critério ainda é um mal menor diante da possibilidade de abertura plena e desenfreada da terceirização”. Propôs também a adoção da responsabilidade solidária²⁹ na terceirização, afirmando que “seria um avanço social e induziria as empresas que contratam a prestação de serviços a participar mais do processo de fiscalização”³⁰.

26 Apresentado em 20/05/2015.

27 Apresentado em 24/08/2015.

28 Conforme despacho convocatório do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, disponível em http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/arquivos/despacho-convocacao-republicado.pdf. Acesso em 26 ago. 2015.

29 Responsabilidade solidária implica na responsabilidade sobre as obrigações trabalhistas dos trabalhadores terceirizados diretamente pela empresa contratante, ao mesmo tempo que pela empresa terceirizada, podendo as duas ser acionadas, conjunta ou alternativamente.

30 http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12975&p_cod_area_noticia=ASCS. Acesso em 26 ago. 2015.

Assim, a tendência na corte superior trabalhista é de maior restrição à terceirização.

A via alternativa escolhida para a ampliação da terceirização passou a ser o Supremo Tribunal Federal, que já havia recentemente restringido os direitos dos trabalhadores terceirizados quanto à responsabilidade da Administração Pública, como citado acima³¹.

É interessante notar que tanto a via legislativa, quanto a via do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, são movimentos contemporâneos, acontecendo de forma simultânea ou, no mínimo, com passos cadenciados.

O primeiro caso levado ao Supremo Tribunal Federal é, no mínimo, peculiar e interessante. A empresa Celulose Nipo Brasileira S/A –CENIBRA–, condenada a não terceirizar sua atividade-fim, interpôs Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713211. O recurso, inicialmente, não foi admitido porque a decisão recorrida, do Tribunal Superior do Trabalho, teria sido baseada em questões infraconstitucionais, além de não ter havido prequestionamento nos tribunais inferiores³², o que impossibilitava a análise pela Corte Constitucional³³. Em Embargos de Declaração, o Ministro Relator e a Turma do Supremo Tribunal Federal mudam de ideia, e além de admitirem o recurso, dão a ele a característica de “Repercussão Geral”³⁴.³⁵ Assim, em uma manobra arrojada, a questão passa de não admitida para uma decisão que vinculará todos os juízes do Brasil, por ter o plenário do Tribunal, virtualmente, reputado constitucional a questão e a repercussão geral, sempre por maioria³⁶.

O acórdão que reconheceu a Repercussão Geral ficou assim redigido:

31 Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 16, Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 24/11/2010.

32 Ou seja, a questão constitucional não havia sido discutida pelos tribunais superiores, surgindo somente no recurso, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

33 Decisão monocrática do ministro Luiz Fux em 19 de abril de 2013, confirmada pela Primeira Turma no dia 11 de junho de 2013.

34 “A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria”, cf. Definição do Supremo Tribunal Federal, encontrável em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>. Acesso em 26 ago. 2015.

35 Julgamento em 01/04/2014.

36 Decisão de 16/05/2015.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILICITUDE. CONTRO-VÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. 1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente. 2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa. 3. O *thema decidendum*, *in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. 4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos. 5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, ex vi art. 543, CPC³⁷.

A Procuradoria Geral da República se manifestou pelo desprovimento do Recurso Extraordinário³⁸.

Ao lado dessa iniciativa recursal foi proposta junto ao Supremo Tribunal Federal, em 25/08/2014, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324, pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, com “o propósito de ver declarada a inconstitucionalidade das interpretações adotadas em decisões da Justiça do Trabalho que, em seu entendimento, estabelecem obstáculo intransponível à prática da terceirização, ensejando violação ao princípio da livre iniciativa”³⁹. O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, aplicou rito célere, por entender relevante a matéria e especial significado para a ordem social e a segurança jurídica⁴⁰.

A Procuradoria Geral da República assim se manifestou:

CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO CONHECIMENTO. ILEGITIMIDADE

37 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4304602&numeroProcesso=713211&classeProcesso=ARE&numeroTema=725>, acesso em 26 ago. 2015.

38 Petição protocolada em 10/11/2014.

39 <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4620584>, acesso em 26 ago. 2015.

40 Decisão em 10/12/2014.

ATIVA DA REQUERENTE. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO ESPECIFICAÇÃO DOS ATOS DO PODER PÚBLICO QUESTIONADOS. DECISÕES JUDICIAIS TRANSITADAS EM JULGADO. NÃO CABIMENTO DE ADPF CONTRA SÚMULA. CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 331 DO TST. 1. Não possui legitimidade ativa para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) a Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), pois não representa categoria específica. Precedentes. 2. É inepta petição inicial de ADPF que não individualize os atos do poder público objeto de impugnação. Precedentes. 3. Não cabe ADPF para contestar decisões judiciais transitadas em julgado. Precedentes. 4. É inadmissível ADPF para questionar súmula de jurisprudência de tribunal superior. Precedentes. 5. É incompatível com a Constituição da República a intermediação de mão de obra em atividade-fim. 6. Não se deve conhecer arguição de descumprimento de preceito fundamental que não atenda ao princípio da subsidiariedade, isto é, se existe meio alternativo para sanar a alegada lesão a preceito fundamental. Precedentes. 7. É irregular procuração que não outorgue poderes específicos para propor ADPF. Necessidade de intimação da requerente para regularizar a representação processual, sob pena de indeferimento da petição inicial, na hipótese de superação das demais preliminares. 8. Parecer pelo não conhecimento da ADPF; no mérito, por improcedência do pedido⁴¹.

Em outra ação, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1923, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que pretendia a declaração de inconstitucionalidade de preceitos da Lei nº 9.637/1998, que permitiam uma forma de terceirização de serviços públicos por meio de Organizações Sociais (OS), o Supremo Tribunal Federal, pelo seu plenário, em 16/04/2015, declarou a constitucionalidade da lei, desde que cumpridos alguns princípios de impessoalidade⁴². Na prática, a decisão cancelou a possibilidade da Administração Pública de repassar serviços públicos nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde a entes privados, abrindo portas para a terceirização dessas atividades pelo Estado.

5. OS ARGUMENTOS A FAVOR DA AMPLIAÇÃO E SEUS DEFENSORES

Os argumentos utilizados pelos defensores da ampliação da terceirização são contraditórios.

As alegações são de toda ordem. Escolhemos para ilustrá-las as falas do onipresente sociólogo José Pastore⁴³, professor aposentado da Faculdade de Economia

41 Petição de 18/05/2015, encontrável em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4620584>, acesso em 26 ago. 2015.

42 <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>

43 O sociólogo às vezes é apresentado como “jurista” (<http://tribunadonorte.com.br/noticia/terceiriza-a-o-que-o-brasil-precisa/311467>), outras como “economista” (<http://www.valor.com.br/brasil/4016854/pl-4330-vai-encarecer-terceirizacao-diz-jose-pastore>).

e Administração e da Fundação Instituto de Administração e agora Presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da Federação do Comércio do Estado de São Paulo –FECOMÉRCIO-SP–, cujo filho é consultor jurídico da Confederação Nacional da Indústria –CNI– e da Federação da Indústria do Estado de São Paulo –FIESP–, que se tornou uma espécie de porta-voz da desregulamentação do Direito do Trabalho no Brasil:

- a) A terceirização é um fenômeno moderno e irreversível⁴⁴;
- b) A terceirização é uma moderna forma de organização empresarial, que gera eficiência na realização das atividades econômicas⁴⁵;
- c) A terceirização não reduz direitos trabalhistas⁴⁶;
- d) O projeto de lei, assim, ao ampliar a terceirização, reduziria os custos trabalhistas, sem reduzir direitos dos trabalhadores⁴⁷;
- e) O projeto de lei vem conceder direitos aos trabalhadores terceirizados⁴⁸;
- f) A terceirização gera expansão do mercado de trabalho⁴⁹;
- g) Regular a terceirização trará segurança jurídica para as empresas⁵⁰;

Os argumentos são contraditórios entre si e com o discurso das próprias empresas. Cerca de 70% das empresas realizam a terceirização para a obtenção da redução de custos⁵¹. Em outra pesquisa, 86% das empresas que terceirizam aponta a redução dos custos como uma das principais vantagens, sendo que 73% das empresas reduziram de 10 a 30% seus custos⁵². Na mesma pesquisa, 52% das empresas afirmam que um dos principais fatores restritivos à terceirização é a qualidade dos serviços, só ficando atrás da dificuldade de encontrar parceiro ideal, com 62%. Só 8% das empresas apontam aumento nos custos.

Os representantes de todos os setores empresariais estão investindo pesado na propaganda da terceirização, desde informes publicitários de até doze páginas

44 <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2014/08/1,40531/terceirizacao-e-estrategica-para-eficiencia-e-competitividade-da-industria.html>

45 <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/regulamentar-terceirizacao-e-fundamental-mas-traz-perigos-diz-pastore/>

46 <http://www.valor.com.br/brasil/4016854/pl-4330-vai-encarecer-terceirizacao-diz-jose-pastore>

47 http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_137.htm

48 <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/iniciativas/programas/terceirizacao/2015/04/1,59801/terceirizacao-e-a-protecao-dos-trabalhadores-jose-pastore.html>

49 PASTORE, J., “Terceirização da atividade-fim”, encontrável em <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,terceirizacao-da-atividade-fim-imp-,1673287>, acesso em 01/09/2015.

50 http://www.josepastore.com.br/artigos/ac/ac_207.htm

51 <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,terceirizacao-tem-sido-uma-saida-para-reduzir-custos-imp-,1567784>

52 IV Pesquisa Nacional sobre Terceirização nas Empresas – 2006, encontrável em http://www.cebrasse.org.br/downloads/cenam_resultado.html

no jornal de maior circulação do país⁵³, como também patrocinam a veiculação de comerciais no horário com maior audiência da maior rede de televisão do Brasil⁵⁴, somente para ficarmos nos exemplos mais marcantes.

Os grandes meios de comunicação, em todas as suas vertentes, deram apoio explícito à ampliação da terceirização⁵⁵.

Os partidos estão divididos, não existindo nenhum com grande representatividade que tenha votado com todos os seus deputados pela aprovação do projeto de lei⁵⁶. Entretanto, vários partidos orientaram seus deputados a aprovar o projeto que amplia a terceirização: PMDB, PP, TTB, PSC, PHS, PEN, PSDB, PSD, PR PSB, DEM, PDT, SOLIDARIEDADE, PPS e PV⁵⁷.

O sindicalismo também se dividiu, com uma Central Sindical, a Força Sindical, abertamente apoiando o projeto da liberalização da terceirização⁵⁸.

6. OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À AMPLIAÇÃO E SEUS DEFENSORES

Os argumentos contrários às propostas de ampliação da terceirização para todos os setores da empresa também são variados:

- a) A terceirização diminui os direitos dos trabalhadores⁵⁹;
- b) A terceirização reduz os salários e, portanto, a renda dos trabalhadores⁶⁰;
- c) A terceirização causa mais acidentes de trabalho, inclusive com mortes⁶¹;
- d) A terceirização quebra a unidade dos trabalhadores em relação aos sindicatos, devido ao sistema de unicidade sindical vigente no Brasil⁶²;

53 http://www.cebrasse.org.br/downloads/pdf/cebrasse_folhaSP_2.pdf, onde se encontram pérolas como “os terceirizados estão felizes em seus empregos”.

54 Comercial da FIESP, veiculado em 21/04/2015, encontrável em <http://www.blogdacidadania.com.br/2015/04/comercial-da-fiesp-pro-terceirizacao-e-abuso-de-poder-economico/>, que afirma que “a terceirização é boa para os trabalhadores”.

55 <http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/editoriais/terceirizacao-e-liberdade-economica-cb10zpglrp-cho9tm5vbb1j7ax>; <http://odia.ig.com.br/noticia/opinioao/2015-04-08/editorial-terceirizacao-modernizar-sem-retroceder.html>

56 <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=6204&tipo=partido>

57 <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=6204&tipo=partido>

58 <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/04/o-projeto-da-terceirizacao-ameaca-os-direitos-trabalhistas.html>

59 <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,para-oit-terceirizacao-ameaca-direito-de-trabalhadores,1689646>

60 <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/09/ministro-do-tst-estima-que-renda-do-trabalhador-caia-ate-30-com>

61 <http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/04/pesquisa-mostra-que-terceirizados-sofrem-mais-acidentes-de-trabalho>

62 <http://www.revistaforum.com.br/rodrigovianna/geral/como-fica-representacao-sindical-com-o-pl-4-330-da-terceirizacao/>

- e) A terceirização favorece o trabalho escravo e degradante⁶³;
- f) A terceirização dilui a visibilidade do tomador final dos serviços, prejudicando sua responsabilização⁶⁴;
- g) A terceirização não cria empregos, e sim precariza os postos de trabalho já existentes⁶⁵;
- h) A terceiriza incentiva a rotatividade da mão de obra⁶⁶;
- i) A terceirização no setor público facilita a corrupção⁶⁷.

Foi criado um Fórum em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização, que é composto por diversas entidades que são contrárias ao projeto de lei e até em oposição ao próprio fenômeno da terceirização. São elas: Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas –ABRAT–, Associação Lationoamericana de Advogados Trabalhistas –ALAL–, Associação Lationoamericana de Estudos do Trabalho –ALAST–, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho –ANAMATRA–, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho –ANPT–, INDUSTRIALL Global Union. Também participam as Centrais Sindicais: Central geral dos Trabalhadores do Brasil –CGTB–, Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil –CTB–, Central Única dos Trabalhadores –CUT–, Inter-sindical, Nova Central Sindical de Trabalhadores –NCST– e União Geral dos Trabalhadores –UGT–. Interessante é que também participa do Fórum a Força Sindical, pois, apesar de seus líderes apoiarem o projeto de terceirização, a sua base está dividida. Vários sindicatos também participam do Fórum⁶⁸.

Os trabalhadores saíram às ruas em manifestações, ainda que de forma um tanto tímida, contra o projeto de lei⁶⁹.

A Organização Internacional do Trabalho manifestou-se contrariamente ao projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados: “mesmo que tenha um impacto positivo na produtividade, não há garantias para os salários. O tipo de trabalho pode ser deteriorado. Ao ter uma política de maior inserção na economia mun-

63 <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia/>

64 GENNARI, A. M.; ALBUQUERQUE, C., “Precarização do trabalho o Brasil. Mapeamento das configurações sociais, econômicas e políticas e impactos nas condições de vida dos trabalhadores e famílias”. Trabalho apresentado no VII Congresso Latino-Americano de Estudos do Trabalho. Disponível em <http://congressoalast.com/wp-content/uploads/2013/08/141.pdf>. Acesso em 02 set. 2015.

65 <http://noticias.terra.com.br/brasil/a-terceirizacao-gera-empregos-ou-precariza-o-trabalho,db6322b-f103cc410VgnCLD200000b2bf46d0RCRD.html>

66 <http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/migracao/carta-aberta-das-centrais-sindicais-sobre-o-pl-4330-1.pdf>

67 <http://www.cartacapital.com.br/politica/nove-motivos-para-voce-se-preocupar-com-a-nova-lei-da-terceirizacao-2769.html>

68 <http://www.combateaprecarizacao.org.br/entidades/>, acesso em 02 set. 2015.

69 http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/05/29/interna_politica,652956/manifestacoes-contraterceirizacao-e-ajuste-fiscal-atingem-todo-o-pais-diz-cut.shtml

dial, um país também precisa ter medidas para evitar abusos, como o aumento do emprego autônomo e a deterioração das condições de trabalho”⁷⁰.

De forma inédita, 19 dos 27 ministros do Tribunal Superior do Trabalho assinaram documento encaminhado ao Congresso Nacional no qual manifestam preocupação em relação ao projeto, por entenderem que “autoriza a generalização plena e irrefreável da terceirização na economia e na sociedade brasileira” e que “negligencia e abandona os limites à terceirização já sedimentados no Direito Brasileiro”, alertando que “provocará gravíssima lesão social de direitos sociais trabalhistas e previdenciários no País, com a potencialidade de provocar a migração massiva de milhões de trabalhadores hoje enquadrados como empregados efetivos das empresas e instituições tomadores de serviço a um novo enquadramento, como trabalhadores terceirizados, deflagrando impressionante redução de valores, direitos e garantias trabalhistas e sociais”. Continuam, de forma contundente, afirmando que “o rebaixamento dramático da remuneração contratual de milhões de concidadãos, além de comprometer o bem estar individual e social de seres humanos e famílias brasileiras, afetará fortemente, de maneira negativa, o mercado interno de trabalho e de consumo, comprometendo um dos principais elementos de destaque no desenvolvimento do País”⁷¹.

Sem espaço na mídia tradicional, com exceções dos raros veículos existentes que são declaradamente mais à esquerda⁷², a divulgação dos argumentos contrários à terceirização foi realizada por intermédio das redes sociais, como Facebook e outros, com vídeos de artistas famosos que não cobraram cachê, participantes de organização não-governamental de combate ao trabalho escravo⁷³.

Os partidos que orientaram contrariamente ao projeto de lei na Câmara dos Deputados foram: PT, PRB, PTN, PMN, PRP, PSDC, PRTB, PTC, PSL, PT do B, PSB, PDT, PC do B, PROS, PV, PSOL. O governo federal também orientou pelo voto contrário ao projeto de lei. Apesar disso, somente os partidos PT e PSOL votaram de forma unânime contra a proposta de liberalização da terceirização⁷⁴.

7. CONCLUSÃO

Percebe-se que, de alguma forma, sempre que há a expansão do alcance do Direito do Trabalho em relação ao número de trabalhadores abrangidos pela

70 <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,para-oit-terceirizacao-ameaca-direito-de-trabalhadores,1689646>

71 <http://s.conjur.com.br/dl/oficio-tst-terceirizacao.pdf>

72 <http://www.carosamigos.com.br/index.php/economia/2835-terceirizacao-sem-limites-levou-a-precariizacao-em-massa-no-mexico> e <http://www.cartacapital.com.br/politica/nove-motivos-para-voce-se-preocupar-com-a-nova-lei-da-terceirizacao-2769.html>

73 <https://www.youtube.com/watch?v=ajDjKK2Q9kA>

74 <http://www.camara.leg.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=6230&numLegislatura=55&codCasa=1&numSessaoLegislativa=1&indTipoSessaoLegislativa=O&numSessao=77&indTipoSessao=O&tipo=uf>

rede de proteção trabalhista, a reação vem pelo enfraquecimento da teia protetiva de forma indireta por meio da terceirização.

O momento atual, em que há, talvez pela primeira vez em cores tão nítidas, clara divisão ideológica da população brasileira, demonstrada pela apertada e sangrenta disputa eleitoral para a presidência no ano de 2014, a eleição do parlamento mais conservador desde a ditadura civil-militar de 1964⁷⁵ favorece a tentativa desta via para a ampliação da terceirização, incentivada também pelo mais alto grau de abrangência do Direito do Trabalho que já se teve no Brasil. Ao mesmo tempo, há a descoberta do Supremo Tribunal Federal como possível via alternativa, pelo ativismo judicial conservador⁷⁶.

A resistência é realizada pela estratégia de ligar a terceirização à quebra dos direitos trabalhistas, o que pode assustar os políticos, principalmente em casas com votação majoritária como o Senado. Entretanto, tal argumento não tem qualquer sedução junto ao Supremo Tribunal Federal, formado por membros não eleitos e vitalícios, pouco afeitos, em sua grande maioria, às questões trabalhistas e, principalmente, ignorantes quanto ao espírito do Direito do Trabalho. O quadro, para o Direito Social, não é realmente favorável.

O acirramento do debate no Brasil trouxe, por outro lado, a possibilidade de lançar luzes sobre o problema, que já vem ocorrendo. A terceirização hoje, que causa tantos gravames aos trabalhadores, é legalmente permitida no país, mesmo que de forma parcial. A defesa do *status quo*, ou seja, o que permite a Súmula nº 331 do TST, que é a terceirização ocorrer somente nas atividades ditas periféricas, é contraditória, porque se ela se baseia em todos os problemas que o fenômeno traz acima elencados, admite que essas consequências ocorram porque será atingida somente parcela dos trabalhadores, e não a todos. Admite-se, assim, a mercantilização limitada do trabalho para que não ocorra a mercantilização ilimitada. É como um time de futebol que, sabendo que irá perder uma partida, resolve armar uma defesa forte, abdicando do ataque, para perder por pouco.

A hora, talvez, seria de um bom contra-ataque, aproveitando a oportunidade para emplacar alguma vitória suada, apertada que seja.

Sabe-se que a partida é no campo do adversário, a equipe deles é mais forte, mas a torcida maior, que são os trabalhadores, está do lado do Direito do Trabalho. A hora, talvez, seja mesmo de tentar alguns gols e reverter o placar. Isso só se conseguirá com muita garra, entrega e espírito de grupo. Ou melhor, espírito de classe.

75 <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/diap-congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964>

76 CARELLI, R. de L., “O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização”. In Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 80, nº 3, jul/set 2014, p. 239-256.

PARTICIPACIÓN DE LA OIT EN LA REFORMA A LAS RELACIONES LABORALES CHILENAS: POCOS PRINCIPIOS, MUCHO PRAGMATISMO

Daniela Marzi Muñoz

Profesora de Derecho del Trabajo Universidad de Valparaíso, Chile

1. Algunos elementos de contexto del caso chileno. 2. Algunos puntos centrales del proyecto de ley. 3. Crónica de una actuación inexplicable. 4. Las preguntas abiertas. Referencias documentales.

1. ALGUNOS ELEMENTOS DE CONTEXTO DEL CASO CHILENO

El narrar la extraña y desde nuestro punto de vista cuestionable participación que la OIT ha tenido durante la tramitación del proyecto de Reforma Legislativa que Moderniza las Relaciones Laborales en Chile¹ (todavía en curso), nos parece relevante para poner sobre la mesa una serie de preguntas abiertas que quedaron tras estas actuaciones del organismo internacional. Esto cuestionamientos sólo encontrarán respuestas valiosas instando al debate acerca del estado y papel actual que juega la OIT desde el ámbito internacional en los espacios nacionales.

De Chile no es necesario conocer el detalle de su frondosa normativa en Derecho Colectivo (cerca de 200 artículos) para comprender los ejes centrales de su sistema de relaciones laborales. Su problema no se reduce sólo a la ilegitimidad de su origen: el Plan Laboral de José Piñera, redactor en dictadura de dos Decretos Leyes N°s 2756 y 2758 que en 1978 establecieron con gran precisión las herramientas para asfixiar al movimiento sindical. Mal que mal, han pasado más de 25 años y los políticos de la democracia chilena no han tenido la convicción de modificarlo, sino sólo la de jugar entre los accesorios contenidos en esas numerosas normas. ¿Qué es lo que ha quedado siempre firme tras diversas leyes de reforma? Que la negociación colectiva de empresa sea el único nivel medianamente garantizado y un derecho de huelga reducido a un paso dentro de ese procedimiento de negociación, seriamente afectado, como es evidente, por la posibilidad de reemplazar a los huelguistas desde el primer día, cumpliendo ciertos requisitos fijados por la ley².

Algunas mínimas cifras que es indispensable conocer para comprender la realidad chilena son las que nos indican que un 14,2 % de los trabajadores está afiliado a una organización y que un número menor, sólo el 8,4% está cubierto

¹ Iniciada el 29 de diciembre de 2014 por medio de Boletín 9835-13.

² Básicamente exige que se ofrezcan las mismas estipulaciones del contrato anterior si lo hubiere, reajustabilidad de acuerdo al índice de Precios al Consumidor y un bono de 4 uf por cada esquirol contratado, art. 381 del Código del Trabajo.

por un contrato colectivo. Estos niveles son inferiores a los de la dictadura³. Por su parte, la histórica y más importante central sindical chilena, la CUT, que es la única convocada por el gobierno para actuar como interlocutora con éste y la patronal para definir políticas laborales, representa a su vez un 8,8% de los trabajadores chilenos, según datos de la Dirección del Trabajo⁴.

Una minuta como la de esta primera hoja podría haber sido suficiente para que no se escribieran los pasajes de la intervención de la OIT en el debate parlamentario chileno de 2015, que expondremos a continuación.

2. ALGUNOS PUNTOS CENTRALES DEL PROYECTO DE LEY

Se trata de un proyecto, acorde con la cultura jurídica chilena, abundante en normas (más de cien), que mantuvo el nivel de la negociación en la empresa, pero que se anunciaba marcaría un hito con la eliminación del reemplazo en la huelga, promesa contenida en el primer programa de gobierno en 1989 tras la dictadura⁵.

La negativa a modificar lo relativo al nivel de la negociación y dejarlo como indica el Convenio OIT N°98 art. 4, es decir, permitiendo y garantizar que los agentes sociales sean quienes libremente determinen el nivel de la negociación colectiva que quieren llevar a cabo, abriéndose a la negociación colectiva ramal y a cualquier otro nivel que las partes consideren ajustado a sus necesidades y capacidad negociadora, fue una decisión consciente e inmodificable pese a que el movimiento sindical luego de conocido el proyecto comenzó a instar por su inclusión y esto fue recogido por algunos parlamentarios⁶. El Gobierno sostuvo que esto nunca fue planteado por la CUT en el debate que precedió a la redacción del proyecto y expresó su negativa específicamente a introducir la figura de la negociación por rama.

3 Ver DURÁN, G. (2015), *Sindicatos y negociación colectiva. Panorama estadístico nacional y evidencia comparada*. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/06/Fundacio%CC%81n-SOL-2015-Negociacio%CC%81n-Colectiva.compressed.pdf>

4 A 2013, en un universo de 7904.048, la CUT contaba con 700.000 suscritos. Compendio estadístico de la Dirección del Trabajo 2014. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-62614_recurso_1.pdf

5 “En el primer programa de gobierno de la Concertación (1989) –el de Patricio Aylwin, previo a la elección de 1989– se leía lo siguiente: “Las relaciones laborales son parte fundamental de la democracia. En la medida que ellas sean justas, equilibradas y posibiliten la participación, el sistema democrático tendrá estabilidad, será posible encontrar soluciones consensuales para un desarrollo económico-social sostenido y habrá una base efectiva para la paz y la reconciliación. Actualmente, la institucionalidad laboral vigente no satisface estos requisitos de justicia, equidad y participación. Dicha institucionalidad ha puesto a los trabajadores en una situación de grave desprotección. Ha impedido la constitución de un sindicalismo fuerte y representativo, así como el desarrollo de una negociación colectiva equitativa para los actores laborales. Por lo tanto no puede esperarse de ella la legitimidad social que es necesaria para regular de manera armónica las relaciones entre trabajadores y empresarios en un futuro régimen democrático” (Concertación de Partidos por la Democracia, 1989: 25)”, UGARTE, J. L. (2014), “El trabajador en su soledad”, *Transformaciones del trabajo, subjetividad e identidades. Lecturas psicosociales desde Chile y América Latina*, RIL editores, Santiago de Chile, pp. 30-63.

6 Nos referimos al diputado Gabriel Boric.

Lo hasta aquí expuesto requiere una precisión que también será determinante para comprender la complejidad del caso chileno: sucede que la CUT apoyó el proyecto que elaboraba el gobierno sin haberlo leído, y una vez conocida su redacción oficial tuvo que soportar los efectos de haber jugado su capital político con una especie de cheque en blanco, hasta llegar al punto en que se encuentra hoy, con un diálogo quebrado con el gobierno.

En lo que concierne al fin del reemplazo en la huelga, la interpretación sistemática de dos normas del proyecto permitía concluir que, más que prohibir el reemplazo, éste se extendería. El primer desmentido a la convicción del gobierno respecto de la prohibición de la huelga se descubrió al conocer las defensas del propio Ministerio al significado de la expresión del proyecto “prohibición de reemplazo al puesto de trabajo”, que en su lectura implica que está permitido el reemplazo de la “función”. Si esto es así, combinado con la polifuncionalidad que se puede pactar en los contratos de trabajo, no resultaría difícil organizarse para la huelga haciendo ejecutar las funciones de los trabajadores huelguistas a trabajadores que tengan dentro de las prestaciones establecidas en sus contratos individuales las de los huelguistas. Esto dejó al gobierno en un escenario algo insólito en Chile, ya que se puso en una posición más conservadora en relación a la clara doctrina que la Corte Suprema había sentado poco antes que se conociera públicamente la letra del proyecto de reforma, en la que fijó unas coordenadas mínimas con respecto a cómo el reemplazo en la huelga debía interpretarse: reemplazar es sustituir al huelguista, sin importar si es con nuevas contrataciones o moviendo internamente⁷.

Pero el proyecto terminó de desdibujar la supuesta prohibición de reemplazo al incorporar una figura a la que llamó de servicios mínimos o esenciales, una de cuyas hipótesis de procedencia es evitar el daño actual e irreparable a los bienes materiales, instalaciones o infraestructura de la empresa. Estos servicios mínimos en favor de la propiedad de una de las partes del conflicto laboral –algo ajeno al ámbito de los servicios esenciales– en la propuesta de ley deberán ser acordados por los sindicatos antes de la negociación colectiva, sin fuero y con un régimen de despido libre indemnizado como es el chileno. Esta negociación llevada a cabo en los términos antes expuestos se configurará entonces en el primer momento de medición de fuerzas entre las partes negociadoras porque, como es evidente, lo que se determine como servicio mínimo condicionará las posibilidades de eficacia de una eventual huelga. Si no hay acuerdo, el conflicto probablemente desembocará en un juicio, el que tendrá efectos suspensivos respecto de la negociación colectiva. Por la importancia estratégica ya expresada, se vislumbra como una gran fuente de litigiosidad en las relaciones colectivas. Es una entrada a la judicialización del conflicto colectivo en el que el sindicato, más uno como el chileno, entra en seria desventaja.

⁷ En su fallo de fecha 4/127 2014, Rol N°3514-2014.

Con lo hasta aquí explicado podemos relatar la forma en que se planteó la OIT en el debate chileno.

3. CRÓNICA DE UNA ACTUACIÓN INEXPLICABLE

En un escenario en el que los sindicatos comprendieron que la promesa de prohibir el reemplazo se estaba transformando en una figura legal en que los rompehuelgas deberían ser provistos por ellos mismos y ahora sin costo adicional alguno para el empleador, focalizaron su esfuerzo en impugnar la propuesta del gobierno sobre servicios mínimos. Crearon un bloque contra la reforma, en alternativa a la representación un tanto extraviada que estaba desplegando la CUT y, de pronto, se encontraron con un hecho sorprendente: la OIT había respaldado al Gobierno de Chile en su objetivo de impedir que las empresas paralicen su funcionamiento con ocasión del ejercicio de derecho a huelga, obligando a los sindicatos a proporcionar “servicios mínimos” en favor de la propiedad.

Este respaldo se verificó a través de una asesoría realizada directamente por la Encargada de Normas de la OIT de la Oficina de Ginebra, señora Cleopatra Doumbia-Henry⁸, “en forma reservada y poco transparente: esta actuación no se anunció oficialmente y la comunicación o documento elaborado no fue dado a conocer a los trabajadores del país; ni siquiera fue compartido con todos los parlamentarios de la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados⁹.

Como resultado, la asesoría de la OIT se tradujo en una nueva indicación presentada por el Ejecutivo en el mes de junio de 2015 en la que se validó la expresión “servicios mínimos” que el proyecto de ley introduce en nuestra legislación sin hacer ningún tipo de referencia a los “servicios esenciales”¹⁰ durante la huelga, doctrina tradicional de la OIT¹¹.

Tras ese informe se legitimó como causal de servicios mínimos la “protección de los bienes e instalaciones de la empresa”. Además, se ampliaron aún más las

8 Ver: “Reforma Laboral: aprueban nuevos servicios mínimos”, Diario El Pulso, edición de 2 de junio de 2015; “Reforma Laboral: Comisión de Trabajo del Senado pide asesoría técnica de la OIT”, en Diario El Mos-trador (electrónico), edición del 3 de julio de 2015.

9 Texto extraído de la carta de reclamo presentada por las organizaciones sindicales “Por una mejor reforma laboral”, el 17 de julio, por la actuación de la OIT en Chile, dirigida al director general de la OIT señor Guy Rider y al director para el Cono Sur, señor Fabio Betranou. Disponible en: <http://noalplanlaboral.com/2015/07/17/gremios-repudian-asesoria-presentada-por-la-oit-en-proyecto-de-ley-de-reforma-laboral/>

10 En Chile ni el sector público tiene derecho de huelga ni las llamadas “empresas estratégicas”, que cada año por medio de un decreto son incorporadas a una lista. Estas empresas son aquellas que atienden servicios de utilidad pública, o cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, que en sustancia son las que se ven involucradas por la pregunta de cómo debe compatibilizarse el derecho de huelga con los derechos fundamentales de terceros ajenos al conflicto laboral, para cuya respuesta se crean los servicios esenciales. Dadas las condiciones señaladas en Chile este debate no tiene cabida.

11 Carta de reclamo “Por una mejor reforma laboral”.

hipótesis de servicios mínimos a cuestiones ajenas a la doctrina de la OIT¹² como “garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población” y “garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios”¹³. La nueva redacción era públicamente presentada como elaborada por el gobierno “en conjunto con la OIT”.

Todo esto llevó a que el bloque de sindicatos contrarios a la reforma laboral presentara una carta de reclamo el 17 de julio de 2015, dirigida al director general de la OIT señor Guy Rider y al director para el Cono Sur, señor Fabio Betranou, la cual hasta el día de hoy no ha recibido ningún tipo de respuesta.

El 20 de julio de 2015 la comisión de trabajo del senado recibió a dirigentes del empresariado, a la OIT en la persona del Coordinador de Libertad Sindical de la oficina de Ginebra señor Alberto Odero de Dios (autor junto a Bernard Gernigon y Horacio Guido de un conocidísimo libro llamado “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, escrito en 1998); y la especialista en Normas Internacionales y Relaciones Laborales señora Kirsten María Shapira (la misma técnica que en abril de 2015 expuso latamente la restrictiva doctrina OIT sobre servicios mínimos como norma de higiene y seguridad para evitar accidentes durante la huelga), a quienes se sumaron académicos del ámbito laboral.

Varios de estos laboristas -los que manejan la idea de que el Derecho del Trabajo es protector del trabajador-, como José Luis Ugarte, César Toledo, Sergio Gamonal y, en particular, la profesora María Ester Feres destinaron parte de su intervención para manifestar su rechazo al papel que la OIT había estado desempeñado en la discusión sobre la reforma, al punto que el señor Odero pidió la palabra para hacerse cargo de esta interpelación. Expuso una razón para clarificar el trabajo estaban realizando en Chile: en cuanto llegaron, preguntaron cuál era la postura de la CUT respecto a la reforma, y una vez que se informaron que estaba de acuerdo, entendieron que su misión era que la reforma laboral se convirtiera en ley. Y esta respuesta desencadena una serie de incertidumbres con respecto al rol que la OIT juega hoy, en lugares donde tradicionalmente su acción ha tenido gran importancia como es Latinoamérica.

Un mes más tarde, el golpe vino desde el inconciliable debate entre quienes defienden la prohibición total del reemplazo y las redacciones matizadas y abiertas de la derecha, parte de la democracia cristiana y la centroizquierda, punto innegociable que en gran parte explica que la reforma haya pasado al siguiente año legislativo. Palabras para la redacción no faltan: que al menos se permitan “adecuaciones necesarias” y cambios en los turnos de los no huelguistas son las más recientes propuestas. Hasta ahora no ha habido acuerdo, sobre

12 Kirsten María Shapira, especialista en normas internacionales y relaciones laborales OIT, expuso en abril de 2015 ante los diputados chilenos que los servicios mínimos son en definitiva una figura relacionada a normas de higiene y seguridad ya que su objetivo es proveer lo necesario para evitar accidentes.

13 Carta de reclamo “Por una mejor reforma laboral”.

todo porque entre algunos parlamentarios se llegó a comprender que dentro de la mezquindad del sindicalismo de empresa, permitir el reemplazo interno en la huelga era simplemente negarles todo a los trabajadores organizados, y no han estado disponibles para ello. Sin embargo, el gobierno y el bloque de parlamentarios que no quieren huelgas efectivas en su reducto de la negociación colectiva de empresa, tuvieron una inmejorable asesoría: la OIT les proveyó un completísimo informe sobre el tratamiento del reemplazo en ocho países europeos y norteamericanos, ayudando a demostrar que la figura del reemplazo interno e incluso externo existe, sin contextualizar los niveles de negociación y ámbitos de la huelga que en ellos también rige y, además, que en ninguno ha sido una ley la que haya autorizado el reemplazo interno como sucedería de prosperar las propuestas antes reseñadas¹⁴.

4. LAS PREGUNTAS ABIERTAS

La OIT siempre ha sido un bastión para el mundo del trabajo en Latinoamérica, a diferencia de Europa que no dependió tanto del espíritu ginebrino sino de sus órdenes constitucionales de posguerra que tenían por objetivo afianzar la importancia de la protección del trabajo y la garantía de la libertad sindical para consolidar y mantener sus democracias. Es probable que por lo mismo, al menos en el caso chileno, esto haya conducido a un error de perspectiva. Situados siempre por debajo de los estándares de la OIT, cada cosa que señala este organismo internacional incluso con un lenguaje que es reconociblemente retoño del tripartismo, es visto como un techo que alcanzar y no un mínimo al que habiendo suscrito los Convenios respectivos, debiéramos entendernos obligados a cumplir¹⁵.

Que las llamadas en un lenguaje casi bíblico “misiones de la OIT”¹⁶ finalmente encontraran terreno fértil fuera de Europa, es entendible, considerando que

14 Informe de la OIT entregado al gobierno el 14 agosto de 2015 con el título “Chile: additional request for comparative information concerning the replacement, and reinstatement of striking workers”. Dice que procederá apuntando: « Para los países analizados, distinguir si está prohibido el reemplazo interno y/o el reemplazo externo. En el caso que esté permitido el reemplazo interno, indicar si el mismo está acompañado de restricciones adicionales. » y, « ¿Cuál es la posición y recomendación de la OIT respecto al reintegro individual de los trabajadores que se fueron a huelga (también llamando «descuelgue individual») y como se aplica esta práctica en los países miembros de OIT. »

15 La idea de que en Chile se incurre en el error de no ver a la OIT como una delimitadora de mínimos y no de máximos la tomo de un manuscrito del profesor José Luis Ugarte que me fue facilitado para la elaboración del presente texto.

16 “El hecho que las visitas fuesen llamadas ‘misiones’ nos remite a un lenguaje de tipo religioso. La misión tiene finalidades evangélicas: enunciar la palabra y a través de ella contribuir al convencimiento a la conversión (...). La analogía que hacemos aquí entre los viajes como ‘misiones’, no implica que entendamos que estos viajes son, en un sentido limitado, evangelizadores, ni que los americanos podían o quisiesen ser evangelizados o que los funcionarios tuviesen esa intencionalidad. La metáfora de la misión tiene por objetivo ayudarnos a pensar la conformación de una unidad de intereses entre Ginebra y los países latinoamericanos”, FERRERAS, N. (2013), “La misión de Stephen Lawford Childs de 1934: la relación entre la OIT y el Cono Sur”, *América Latina y la Organización Internacional del Trabajo. Redes, cooperación técnica e institucionalidad social 1919-1950*, Instituto de Investigaciones Históricas, Michoacán, México, pp.182-183.

estamos ante institución cuya vocación originaria es global. Sobre la valoración de esta acción de la OIT podemos encontrar diversas reflexiones algunas profundas y severas, como cuando en 1937 Simone Weil sostenía “En el movimiento obrero, esta necesidad de extender al mundo entero las conquistas obreras de cada país socialmente avanzado ha pasado desde hace tiempo al rango de lugar común. Después de la guerra, la lucha de las tendencias giraba esencialmente sobre la cuestión de saber si había que tratar de asegurar esta extensión por medio de la revolución mundial o por medio de la Oficina Internacional del Trabajo. No se sabe lo que hubiera logrado la revolución mundial, pero la OIT, hay que reconocerlo, no ha tenido un éxito muy brillante”¹⁷. Pero también es sabido que en la sustancia de esa divulgación siempre ha tenido mayor éxito en un terreno que en otro. Kahn Freund al hablar sobre el casos exitosos de trasplantes fructíferos de Derecho Comparado a diversos ordenamientos califica de paradigmático el de la parte individual del Derecho del Trabajo, subrayando que en ello la OIT ha realizado un esfuerzo enorme y exitoso, pero radicalmente diferente a lo que ha logrado con el Derecho Colectivo¹⁸.

No es necesario extenderse aquí acerca de las causas de la resistencia al Derecho Sindical, el asunto se trata de abrir un diálogo para examinar cómo es posible que la OIT traiga sus misiones y el resultado sean reclamos de los trabajadores que se quedan sin una respuesta en una actitud tan lejana a la diplomacia.

El señor Otero en su intervención en el Senado hizo una clase sobre los diferentes efectos de los Convenios respecto de las Recomendaciones, y de las Recomendaciones entre sí. Nos recordó que “*«La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones es un órgano independiente establecido por la Conferencia Internacional del Trabajo y sus miembros son nombrados por el Consejo de Administración de la OIT. Está compuesta por expertos en el terreno jurídico que se encargan de examinar la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT por parte de los Estados Miembros de la OIT. La Comisión de Expertos realiza un examen técnico e imparcial de la manera en que los Estados Miembros aplican los convenios en la legislación y en la práctica, teniendo en cuenta las diferentes realidades y sistemas jurídicos nacionales»*”. Después de todo lo cual, procedió a señalar aquellas cosas sobre las que “se había llamado su atención”. Puede que en esta frase esté la clave de por qué entraron algunas cosas en esa órbita y otras no, de manera que la pregunta es acerca de “quién” llamó su atención.

A todo lo ya explicado podríamos agregar un lamentablemente gran número de cosas que pudieron haber ganado su atención, mencionemos una colosal, ¿cómo es posible que no repare en que el proyecto propone establecer una forma de negociación colectiva sin fuero ni derecho de huelga para los trabajadores agrí-

17 WEIL, S. (2014), “La condición obrera”, *La condición obrera*, Trotta, Madrid, pp. 285.

18 KAHN-FREUND, O. (1975), “Sull’uso e abuso del diritto comparato”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milán, pp. 807-808.

colas? Esta regla configura un resguardo en orden a que la negociación colectiva no perturbe la producción de modo que el sindicato interviene sin poder para negociar ya que no tiene capacidad alguna de incidir en los intereses económicos de su contraparte, lo que contradice la más mínima noción que se tenga de negociación colectiva y de huelga.

¿Cómo la visita técnica internacional no detectó una contradicción con sus informes recientes sobre la materia? Incluso, cuando la OIT ha evaluado la situación chilena ha dicho que en Chile no existe la negociación colectiva en este sector¹⁹ al mismo tiempo que lo retrata como un trabajo acentuadamente precario²⁰; pese a que ha declarado que está dentro de los tres tipos de trabajo más peligrosos del mundo²¹ y tiene serios problemas redistributivos –de aquéllos que permite corregir la negociación colectiva- sin embargo, en la evaluación del proyecto no hubo una palabra para este argumento.

Sobre el sector agrícola de temporada, la OIT sí ha sido radical y elocuente en sus publicaciones generales: “La altísima ganancia y dinamismo económico generados por el sector industrial agropecuario en América Latina no parece haber sido, en absoluto, un motor de redistribución de la riqueza ni de creación de más trabajo decente. Por el contrario, parece haber sido un estímulo a la precariedad, la subcontratación y el fraude laboral, no siendo muchos todavía los esfuerzos por parte del Estado, las legislaciones nacionales y la inspección laboral por frenar esta nueva rampa hacia la pobreza, que se agrava en medio de un complejo sistema de precios agrícolas, cadenas de valor transnacionalizadas y especulación financiera que, en muchas ocasiones termina, con el empobrecimiento de las familias productoras y el éxodo rural. La mayoría de las legislaciones laborales en América Latina excluye a los trabajadores rurales, cuando no los invisibiliza. A ello se une regímenes laborales específicos que precarizan la mano de obra en beneficio de la competitividad de las empresas agroexportadoras. El déficit de políticas laborales para el sector rural, unido a la discriminación y la falta de transversalización de género (quedando demostrado que la pobreza afecta en mayor medida a las mujeres en el ámbito rural) supone un grave problema de

19 OIT (2014), “Condiciones de trabajo de las temporeras agrícolas en América Latina y El Caribe”, Notas sobre Trabajo Rural N°3, Ginebra, p. 4. Disponible en: <http://www.ilo.org/santiago/publicaciones/notas-trabajo-rural/lang-es/index.htm>. La única diferencia de lo propuesto con lo existente es que hoy el empleador basta con que se niegue a negociar para que se acabe el procedimiento, ahora no se puede negar pero el sindicato no tiene forma de presionar, es la invitación a un diálogo entre un sindicato con trabajadores temporales y el empleador.

20 “No obstante, aun con contrato existe una proporción, a veces alta, de incumplimiento, lo cual es constatado por las inspecciones del trabajo. En el caso de Chile, por ejemplo, se constató el no pago de: vacaciones, a el 81% de asalariadas días por enfermedad, a 36%. cotización previsional y de salud, a 4,3%; y de seguro de desempleo, a 20,3%. Además al 50% no se le otorgó permiso por maternidad y 96,6% no tuvo acceso a guarderías infantiles”, Condiciones de trabajo de las temporeras agrícolas en América Latina y El Caribe (2014), p. 3.

21 Junto con la minería y construcción, MONJE, L. M. (2014), Trabajo decente, pobreza y empleo agrícola. Experiencias de organización en el sector rural frente a la informalidad en América Latina, Ginebra, Suiza. Disponible: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_315596.pdf, p. 11.

derechos, más cuando la incorporación de la mujer al mercado laboral dentro de la esfera productiva rural ha sido muy significativa (OIT, 2013b; FAO-CEPAL, 2009)”²².

Puede que la OIT haya optado, ante su histórica dificultad de instalar sus criterios tripartitos sobre Derecho Colectivo por recorrer el camino de los estándares del trabajo decente, es una vía caminable con cierta comodidad, es innegable que el Derecho Sindical se vuelve un terreno cada vez más tambaleante: así lo demuestran las embestidas recientes como el cuestionamiento empresarial a que el derecho de huelga forme parte de la libertad sindical, algo que parecía formar parte de lo inimaginables y, sin embargo sucedió en 2012²³, o que en Uruguay sean los empleadores los que recurran porque no se respetan los estándares OIT en la ya referida idea Latinoamericana de que se trata de máximos y no de pisos²⁴. Pero todo esto debiera ameritar un profundo autoexamen en la OIT y un debate serio entre quienes investigan y actúan en el mundo del trabajo latinoamericano, para que al menos, la próxima vez que arribe una misión, tengamos un correcto encuadre del valor que a esa intervención se le debe dar y que, en lo posible, si la OIT no logra promover la Libertad Sindical y actualizarla a sus nuevos y crecientes desafíos en tiempos que le son visiblemente adversos, no contribuya a coartarla en lo que parecen conquistas ganadas en la historia y que están ahí para ser siempre renovadas y defendidas.

REFERENCIAS DOCUMENTALES

Carta de reclamo presentada por las organizaciones sindicales “Por una mejor reforma laboral”, el 17 de julio, por la actuación de la OIT en Chile, dirigida al director general de la OIT señor Guy Rider y al director para el Cono Sur, señor Fabio Betranou. Disponible en: <http://noalplanlaboral.com/2015/07/17/gremios-repudian-asesoria-presentada-por-la-oit-en-proyecto-de-ley-de-reforma-laboral>

Compendio estadístico de la Dirección del Trabajo 2014. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-62614_recurso_1.pdf

22 MONJE, 2014, p. 8.

23 En contra de décadas de interpretación del Convenio 87, desde 2012 los representantes de la patronal decidieron oponerse a que los órganos de control de la OIT y, en particular, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, entren a conocer denuncias por violación de la libertad sindical originadas en la vulneración del derecho de huelga, conflicto que documentalmente en parte se destrabó en la reunión tripartita de febrero de 2015, ver SANGUINETTI, W. (2015), “El (esperado) retorno del derecho de huelga al sistema de control de la OIT”. Disponible en: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2015/03/21/retorno-derecho-de-huelga-sistema-control-oit/>

24 A propósito de la inclusión dentro del derecho de huelga en la ley uruguaya de la ocupación de fábricas, cuestión que no formaría parte de la doctrina OIT, y la falta de “diálogo social” en la tramitación de la ley de negociación colectiva. Esta queja fue suspendida por los empresarios por el año 2015, al respecto ver: <http://www.elobservador.com.uy/empresarios-suspenden-un-ano-queja-presentada-la-oit-n300769>

Informe de la OIT entregado al gobierno el 14 agosto de 2015 con el título “Chile: additional request for comparative information concerning the replacement, and reinstatement of striking workers”.

Informe de la OIT (2014), “Condiciones de trabajo de las temporeras agrícolas en América Latina y El Caribe”, Notas sobre Trabajo Rural Nº3, Ginebra. Disponible en: <http://www.ilo.org/santiago/publicaciones/notas-trabajo-rural/lang-es/index.htm>

RED EURO-LATINOAMERICANA DE ANÁLISIS SOBRE TRABAJO Y SINDICALISMO (RELATS)

Escenario. Origen de la iniciativa. Objetivos y estrategias. Membresía y estructura. Ejes temáticos. Convocatoria.

ESCENARIO

Entre América Latina y la Unión Europea existen importantes diferencias estructurales en cuanto a desarrollo económico, social e institucional, de nivel tanto inter como intrarregional, registrándose asimismo elementos comunes y procesos convergentes derivados del acelerado proceso de globalización.

Con un volumen de población activa similar (273 y 245 millones, respectivamente), que en conjunto representa una sexta parte del empleo mundial, así como profundas diferencias cualitativas respecto de su status laboral y regulación normativa, ambas regiones comparten una larga historia de lucha obrera y sindical dirigida a defender la dignidad del trabajo y los derechos de los trabajadores y trabajadoras.

Aún con las lógicas diferencias derivadas de sus respectivas trayectorias, modelos y culturas organizativas, en la Unión Europea y América Latina se concentran los dos principales núcleos del sindicalismo mundial (con tasas de afiliación del 23 y del 21 por cien, sobre la población asalariada de cada área), habiendo contribuido decisivamente a la defensa y promoción de la libertad, la justicia y la solidaridad.

La crisis económica y la gestión neoliberal que de la misma hacen la mayor parte de las instituciones políticas y empresariales, de ámbito tanto local como global, ha supuesto el diseño y desarrollo de estrategias de desregulación laboral (precariedad contractual, individualización de las relaciones de trabajo, eliminación de derechos) y expansión de la desigualdad (aumento del paro, devaluación salarial y recortes en prestación social), cuya implementación requiere el debilitamiento y marginación del sindicalismo que históricamente ha operado como actor social (agregación, representación y defensa de los intereses de los trabajadores) y factor de igualdad, actuando tanto sobre la primera distribución de la renta (salarios, condiciones de trabajo, regulación del mercado laboral) a través de la negociación colectiva, como sobre los mecanismos propios de la segunda re-distribución (política fiscal, servicios sociales), combinando sus repertorios de propuesta y protesta colectivas.

La ofensiva antisindical incluye desde reformas legislativas desreguladoras del mercado de trabajo y las relaciones laborales, hasta recortes y limitaciones a la organización e intervención de los sindicatos, pasando por insidiosas campañas de deslegitimación e invisibilidad social.

ORIGEN DE LA INICIATIVA

El proyecto de Red Euro-Latinoamericana de Análisis sobre Trabajo y Sindicalismo (RELATS) surge a finales de 2014 de las relaciones entre investigadores de universidades de España, Argentina y Uruguay, habiendo recibido desde entonces el apoyo de diferentes personalidades e instituciones académicas y sindicales, tanto del área lusófona (Portugal, Brasil) como del conjunto de Latinoamérica y la Unión Europea.

OBJETIVOS Y ESTRATEGIAS

La Red asume como eje transversal de sus actividades y proyectos la defensa crítica y promoción activa del sindicalismo democrático y de clase, sus análisis, alternativas e intervención, conforme a los siguientes objetivos operativos:

1. Red de coordinación entre investigadores y analistas de las áreas de sociología, economía, derecho, ciencias políticas e historia del trabajo, que operan desde instituciones académicas y sociales europeas y latinoamericanas, desarrollando su actividad sobre, desde, para y con el movimiento sindical.
2. Espacio de encuentro entre pensamiento crítico y acción sindical, desde el respeto a la autonomía de la investigación científica y la intervención social del movimiento obrero organizado.
3. Articulación entre las actividades y proyectos desarrollados en el ámbito universitario y las promovidas por Fundaciones vinculadas a las organizaciones sindicales nacionales e internacionales.
4. Promoción de análisis comparados, proyectos de investigación, congresos y foros de debate en defensa de la dignidad del trabajo y la reivindicación del sindicalismo de clase y democrático
5. Plataforma de difusión de los estudios y publicaciones realizadas por los miembros de la Red, sobre las materias relacionadas con los ejes temáticos considerados prioritarios por la Red, con objeto de reforzar la visibilidad mediática y legitimidad social del sindicalismo, pudiéndose establecer, cuando proceda, grupos de trabajo específicos y conexiones con otras redes de diferente ámbito y similares objetivos.

MEMBRESÍA Y ESTRUCTURA

La adscripción a la Red es inicialmente a título individual, pudiendo formar parte de la misma tanto investigadores universitarios como sindicalistas que desarrollen sus actividades sobre, desde, para y con el movimiento sindical, estableciéndose si así se lo considera la conexión con la institución (académica o sindical) de procedencia y garantizándose siempre la libertad de investigación y la autonomía de sus miembros.

Los materiales y documentos a difundir por la red podrán ser inéditos o publicados, de ámbito general, birregional, regional o nacional y estar redactados en español, portugués, inglés, francés o italiano.

EJES TEMÁTICOS

En base a sus objetivos y estructura, las actividades de la Red se articularán en torno a las áreas siguientes, enfatizando las posiciones y acciones sindicales:

1. Economía y trabajo.
2. Normas y políticas laborales y sociales.
3. Organización e intervención sindical.
4. Globalización y empresas transnacionales.

Asimismo, se definen dos Foros especiales de intercambio, sobre Representación en el lugar de trabajo y sobre Economía social y trabajo autónomo.

CONVOCATORIA

Es en base a estos objetivos y métodos que convocamos a investigadores latinoamericanos y europeos vinculados al mundo del trabajo para que presenten y compartan sus análisis y reflexiones, combinando el rigor académico con el compromiso social y demostrando, en la práctica que...el sindicalismo sí tiene quien le escriba!

EL TRABAJO SINDICAL EN LA RELACIÓN UE-AMÉRICA LATINA. BALANCE Y PERSPECTIVAS

Juan Moreno Preciados

Consejero Confederación Europea de Sindicatos (CES)

Las relaciones UE-América Latina. Mercosur. Colombia-Perú. América Central. Posturas comunes. Déficit del trabajo sindical UE-América Latina. Perspectivas. La solidaridad con Europa.

Existe una larga tradición de solidaridad entre el sindicalismo europeo y latinoamericano frente a dictaduras sufridas por países de ambos continentes, y la relación política y de ayuda mediante la cooperación de algunos sindicatos europeos, principalmente españoles, franceses, italianos y belgas ha sido constante de los años setenta. La CGT es uno de los sindicatos europeos que desde hace mucho tiempo se han ocupado de América Latina.

Es sabido que desde su creación en 1973, la CES aceptó de facto algunas limitaciones como la de ceñirse al ámbito de la «Europa Occidental» dejando en manos de las Internacionales el manejo de las relaciones europeas con otras partes del mundo.

Algunos acontecimiento como los cambios en la Europa del Este a partir de 1989, la Cumbre Euro-mediterránea de Barcelona en 1995 y la Cumbre UE-América Latina de Rio de Janeiro en 1999, ayudaron a la CES a abandonar esas limitaciones para asumir como propio el apoyo a los nuevos sindicatos democráticos del Este y también la colaboración con los sindicatos del sur del Mediterráneo y América Latina para influir en las Asociaciones creadas por la Unión Europea con esas regiones.

Desde que en la primera Cumbre de Rio de Janeiro en 1999 la UE y los países de América Latina y el Caribe acordaron un proyecto de asociación bi-regional, el movimiento sindical de ambas regiones ha trabajado unitariamente para que la dimensión social sea integrada en los acuerdos UE-ALC y para reforzar los procesos de integración subregionales como el de Mercosur o de Centroamérica.

Desde entonces hemos celebrado Encuentros Sindicales previos a cada Cumbre de Jefes de Estado UE-ALC emitiendo un Llamamiento con las reivindicaciones de los trabajadores como sucedió en el último de Bruselas (marzo 2015).

1 Udo REHFELD, investigador del IRES, moderador; Philippe MARTINEZ (secretario general de la CGT); Víctor BAEZ (secretario general de la CSA); Ignacio FERNÁNDEZ TOXO (secretario general de CCOO); Rudy DE LEEUW (presidente de la FGTB y de la CES); Juan MORENO (consejero de la CES).

LAS RELACIONES UE-AMÉRICA LATINA

La UE ha negociado acuerdos con subregiones, como el Mercosur, América Central, Comunidad Andina o con países determinados como México, Chile, Perú o Colombia.

En todas estas negociaciones, la CES se ha unido con la CSA y con las estructuras sindicales de esos países para fijar una posición común, que después hemos ido renovando en todos nuestros Encuentros:

Exigencia de que sean auténticos acuerdos de asociación integral y no simples tratados de libre comercio.

Que fomente la cohesión social y el desarrollo sostenible en sus dimensiones política, económica, social y ambiental.

Exigencia de que los acuerdos sirvan para reforzar los procesos de integración en América Latina y el desarrollo sostenible.

Que reduzcan las asimetrías entre las Partes.

Que sirvan para controlar los abusos de la mayoría de las empresas transnacionales (incluidas las europeas) que evitan pagar impuestos sobre sus ganancias y se aprovechan de los menores costes laborales de los países en los que se instalan utilizando las brechas en las leyes internacionales,

Que obliguen a los gobiernos firmantes a proteger los derechos de los trabajadores migrantes para que no se les discrimine.

Que los acuerdos estipulen de forma efectiva la participación de la sociedad civil y de los sindicatos.

Que incluyan medidas coercitivas contra las violaciones de los derechos humanos y de los convenios fundamentales de la OIT, especialmente en todo lo referido a la libertad sindical.

MERCOSUR

Por poner solo un ejemplo de lo que después fue una constante, la CES y la Coordinadora Sindical de Mercosur elaboraron un proyecto de Capítulo Socio-laboral contemplando estas exigencias y lo presentaron y defendieron en todas las Rondas de negociación hasta 2005, cuando se bloquearon las negociaciones.

COLOMBIA-PERÚ

En 2008 la CSA y la CES nos opusimos a la negociación de un Acuerdo Multi-parte entre la UE, Colombia y Perú, pues con ellos se renunciaba a un acuerdo entre con el conjunto del bloque andino y se contradecía el objetivo de reforzar la integración regional a favor de acuerdos solo de libre comercio, además con países que como, Colombia, estaba entre los de mayor violencia e impunidad. La

CES y la CSA nos opusimos a este cambio de modelo de negociación y también al acuerdo final con Colombia y Perú.

AMÉRICA CENTRAL

En estos momentos la CES participa en el Grupo Asesor de la Sociedad Civil en los acuerdos ya firmados con Colombia, Perú y América Central, pero es muy difícil un trabajo conjunto efectivo por la poca disponibilidad de los gobiernos y de la UE a convertirlos en instrumentos efectivos de control y denuncia. De todas formas esta participación precaria hay que valorarla como un elemento que ofrece posibilidades para el trabajo sindical.

POSTURAS COMUNES

La construcción de una postura común entre los sindicalismos tan diversos y plurales como el europeo y el latinoamericano ha sido posible por la tradición solidaria, por el carácter unitario de CES y de la CSA, y por el interés común de los trabajadores de ambas regiones a favor de un nuevo paradigma de las relaciones norte-sur.

Se han superado en nuestros debates diferencias o matices en las posturas en torno a la relación Europa-América Latina (especialmente en torno a las negociaciones comerciales). Algo lógico por provenir unos de la “parte fuerte” (UE) y otro de la “parte débil” (AL) de esa relación, y por tener en cada continente diferentes valoraciones sobre conceptos como el “libre comercio”, el “proteccionismo” o el “populismo” se han superado mediante el debate y el compromiso.

DÉFICITS DEL TRABAJO SINDICAL UE-AMÉRICA LATINA

Hasta ahora la alianza CES-CSA ha estado desequilibrada políticamente porque la CES no la ha asumido al mismo nivel que la CSA. Para la CES el trabajo hacia América Latina no ha sido una actividad prioritaria en las deliberaciones y decisiones de sus órganos, salvo en momentos puntuales como la negociación con Colombia.

Hay razones objetivas, por el diferente peso que las relación Europa-América latina tiene en cada región, pero los europeos en esta etapa debemos elevar el nivel de compromiso con esta alianza con los sindicatos latinoamericanos

Es necesaria una mayor asunción y dedicación de los órganos directivos de la CES hacia América Latina.

(La presencia por vez primera del secretario general de la CSA en un congreso de la CES (Báez en París en septiembre) y la próxima participación de Luca Visentini, también por primera vez, en el congreso de la CSA en abril 2016 es una indicación de esa mejora cualitativa de la relación política CES-CSA.

Desde hace años hacemos esfuerzos para que otros sindicatos nacionales europeos, más allá de los franceses, italianos, españoles, belgas, portugueses, y alemanes eleven su implicación en la alianza sindical euro-latinoamericana.

Dado que son el conjunto de los países miembros de la UE quienes deciden en el Consejo o en el Parlamento, en las relaciones con América Latina tenemos que integrar a todos los sindicatos afiliados en este frente de trabajo.

En esta alianza bi-regional es también necesaria una mayor implicación de la CSI y de las Federaciones Sindicales Internacionales.

PERSPECTIVAS

En la presente coyuntura la misma lucha sindical reúne a trabajadores y trabajadoras de América Latina y el Caribe y de la Unión Europea: la defensa de los derechos sociales, la democracia, la acción de los sindicatos y su papel central en el enfrentamiento al neoliberalismo y las “políticas de austeridad”, que afectan a millones de trabajadores/as en ambas regiones del mundo. Estas políticas son impulsadas por los sectores conservadores vinculados al capital financiero y a las empresas multinacionales en respuesta a las prolongadas consecuencias de la gran crisis económica mundial del 2008

LA SOLIDARIDAD CON EUROPA

Con la crisis europea y las políticas de austeridad, por primera vez, la CSA organizó diversas campañas de información y de solidaridad con los trabajadores europeos.

En estos momentos también llega la solidaridad latinoamericana con los sindicalistas procesados en España por ejercer el derecho a la huelga.

Y en paralelo están las alternativas sindicales por otro modelo de desarrollo: la PLADA en América Latina y la Europa social frente a los planes de austeridad, solidaria y democrática.

CRISIS DEL MODELO SOCIAL Y LIBERALISMO AUTORITARIO EN EUROPA

Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UCLM

1. Autoritarismo y resistencias: el caso español de la represión penal de los piquetes de huelga. 2. El manifiesto "Huelga no es delito". 3. El manifiesto de los profesionales del derecho contra la criminalización del derecho de huelga. 4. Un resultado favorable: la absolución de los 8 de Airbus.

1. AUTORITARISMO Y RESISTENCIAS: EL CASO ESPAÑOL DE LA REPRESIÓN PENAL DE LOS PIQUETES DE HUELGA

De una manera esquemática, se puede señalar que la gobernanza económica europea y las políticas de austeridad que la caracterizan han obligado a reconfigurar el marco constitucional del Estado social y a efectuar unas importantes reformas de las normas laborales aprovechando una extremada crisis de empleo en medio de una destrucción de empleo sin precedentes. Estas reformas han logrado una amplia devaluación salarial y una fuerte debilitación de las garantías del derecho al trabajo tanto en la dinámica del mismo como muy principalmente respecto del régimen del despido. Estas medidas no han logrado la tan esperada recuperación económica, por el contrario han sustituido empleo estable por temporal, han acentuado los procesos de precarización y de rotación del empleo entre el paro, el trabajo no declarado y el trabajo precario, y han degradado de forma muy incisiva el marco de la acción colectiva.

Pero lo más significativo es que han conseguido imponer una situación de excepción que justifica la emanación de normas de urgencia sobre la base de la excepcionalidad económica que derogan elementos esenciales de los derechos democráticos reconocidos con carácter fundamental en la Constitución española y en una serie de Tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado español. Este es el principal efecto de las medidas urgidas por la gobernanza económica, la de forzar una transición a un modelo neoautoritario de relaciones laborales.

Es el principal efecto y el objetivo central de estas políticas de austeridad: demantelar las garantías estatales y colectivas del derecho del trabajo y reconfigurar en clave meramente asistencialista las estructuras de la Seguridad Social, impedir las inversiones y el gasto social de los servicios públicos de la enseñanza y la sanidad, entorpecer la actuación del Estado mediante la reducción de los

efectivos de los empleados públicos y de sus salarios. La gobernanza económica se caracteriza además por su antisindicalidad, tan propia de la ideología neoliberal que la alimenta, degrada las garantías del trabajo como forma de disolver el poder y la presencia sindical, rompe la capacidad general de representación de sindicato al intentar entorpecer el derecho de negociación colectiva y reducir la tasa de cobertura de la misma, impide la capacidad de interlocución con el poder público y sepulta el diálogo social, además de finalmente reprimir la capacidad de presión y de intimidación que el sindicalismo posee a través principalmente de la huelga y del derecho de manifestación pública.

Naturalmente que estas iniciativas del poder económico-financiero y del poder político, han sido contestadas mediante un largo y extenso ciclo de movilizaciones y de luchas de una permanencia notable, prácticamente desde el 2010 al 2014 de forma ininterrumpida, con diferentes tiempos y fases de la movilización en ese lapso de tiempo, que finalmente se reduce en el 2015 ante la traducción de estas luchas en las diferentes convocatorias electorales que se produjeron en España durante este período y el consecuente “tiempo de espera” ante el cambio político que se produciría en los ayuntamientos mediante las candidaturas ciudadanas y finalmente en el resultado electoral de las elecciones generales de diciembre del 2015. Esta conflictividad consiguió erosionar de forma importante el plan neoliberal y las políticas que éste quería poner en práctica, acompañando la movilización de una inteligente defensa jurídica que logró numerosos éxitos, tanto contra la privatización de la sanidad en Madrid, como frente a conflictos laborales importantes, como el de Coca Cola.

El modelo neoautoritario de relaciones laborales requería en todo caso definir un proyecto preciso de desarticulación de las resistencias a su implantación. Por lo tanto necesitaba dotarse de un proyecto represivo general que afectara a las libertades democráticas e impidiera su funcionalidad civil, en cuanto se trata de derechos correspondientes a una ciudadanía desigual, que a través de la expresión del disenso y del conflicto, reivindica un trato igualitario, el respecto al trabajo decente, la desmercantilización de las necesidades sociales. Un proyecto que no afectaba a la libertad de expresión o al derecho de manifestación de los *beati possidentes* ni los estratos de población que no sufría negativamente las consecuencias de la crisis, pero sí estaba decidido a impedir la realización práctica de estos derechos como la forma en que las clases subalternas alzaban su voz y hacían patente su protesta y la necesidad de dar otra respuesta a la situación social, económica y política que padecían.

Las nuevas formas que adoptaba la resistencia social –escraches, “rodea el congreso”, “toma la calle”, mareas ciudadanas, *flashmob*, concentraciones convocadas por redes sociales– encontraron una actitud más garantista en el poder judicial que no consideró en su mayoría estos actos como delito, de forma que para su desarticulación ha sido precisa la creación de nuevos instrumentos

represivos, que se apoyan esencialmente en la “inmunización” de la coerción policial respecto del control de los jueces y la virtualidad opresiva de la multa pecuniaria. Estos son los dos puntos sobre los que se basa el esquema represor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de Seguridad Ciudadana, conocida como “Ley Mordaza”.

Sin embargo las formas clásicas de resistencia social, el rechazo del trabajo a través de la huelga, ha sido objeto de una represión más articulada. Ante todo se han utilizado los mecanismos coercitivos pre-penales de forma intensa, en especial el que proviene de la agresión mediática, descalificando las convocatorias de huelga e incidiendo en algo que luego constituirá el *leit motiv* de la represión, el carácter coactivo e intimidatorio de los piquetes como única forma de lograr que los trabajadores no se incorporen al trabajo. En esa misma dirección, la huelga –especialmente las huelgas generales– se rodeaba de un impresionante despliegue policial en los centros emblemáticos, grandes fábricas, almacenes, y en general patrullando por las calles con toda su indumentaria de lucha (cascos, defensas, escudos, caballos). Aunque se puede afirmar que hay una cierta práctica en la pactación de los servicios mínimos en los servicios esenciales, es evidente que este es un instrumento efectivo en la amortiguación de los efectos de la huelga, si bien no consiguieron evitar la victoria de los huelguistas en los casos emblemáticos de las huelgas de limpieza en Madrid o en Alcorcón. En los conflictos fuertes de empresa, el empresariado ha recurrido frecuentemente a las prácticas de sustitución de huelguistas, desviando la producción a otras empresas para quebrantar la huelga, pero estas maniobras, demasiado frecuentes (Coca Cola, El País, etc.) han sido desmontadas por la doctrina judicial que las ha considerado actos lesivos del derecho de huelga.

Es decir, que los controles institucionales al ejercicio del derecho de huelga no habían conseguido disolver su eficacia en los distintos niveles en los que ésta se desarrollaba. Por eso se procedió a la utilización del instrumento represivo penal como elemento de disuasión masivo y como muestra ejemplarizante de las consecuencias que podía tener participar en una huelga a través de los piquetes de extensión de la misma. La acusación de coacciones durante la huelga quedó asociada a cualquier conflicto en el que habían tomado parte los piquetes, sin desprestigiar otros delitos como atentado a la autoridad o semejantes.

Este redescubrimiento del Código Penal tuvo lugar bajo el gobierno socialista, puesto que la petición de incriminación penal masiva a través del impulso de las acciones por el Ministerio Fiscal arranca de la huelga general del 2010, y explica que su continuidad bajo el gobierno del PP como respuesta a las huelgas generales del 2012 y 2013, haya tenido el consenso de una “política de estado”. El Ministerio Fiscal, siguiendo las instrucciones del Gobierno de uno y otro partido turnante, impulsó acciones penales para más de 300 sindicalistas y activistas en la huelga, instrucción de las causas y finalmente, manteniendo en los primeros

juicios celebrados, penas entre dos y cuatro años para los huelguistas. En estos procesos incoados, se detecta la importancia constitutiva del informe policial, que construye el hecho criminal, las coacciones y la intimidación, sobre la figura del piquete, con independencia de quien sea el autor material de estos hechos, indicados a posteriori mediante la identificación policial que siempre coincide con los dirigentes sindicales presentes en el conflicto. El juicio de los 8 de Airbus es emblemático a la hora de comprobar cómo determina la policía el hecho delictivo y la culpabilidad de los sujetos implicados, puesto que quedó claro en el mismo en función de las pruebas disponibles y de los testigos la evidente falsedad de los testimonios policiales y la arbitraria identificación de los sindicalistas en función de su posición representativa.

El juicio de los 8 de Airbus ha sido un ejemplo importante, un verdadero “caso” en el amplio proceso de incriminación en masa de sindicalistas y activistas. Ha permitido poner al descubierto el entramado de la imputación arbitraria y la provocación policial al conflicto, cargando contra el piquete no como forma de prevenir el conflicto, sino como la manera de provocarlo, y la sesgada identificación de los presuntos delincuentes, es decir, de los activistas que participan en el piquete de huelga. También ha sido un ejemplo de movilización sindical, que ha logrado romper el muro de silencio que sobre esta estrategia de disuasión y de amenaza se había consolidado en los medios de comunicación.

A continuación se incluyen dos manifiestos sobre el tema. El primero, que es el que dio inicio a la campaña, en junio del 2014, y el segundo, de los profesionales del derecho, que se dio a conocer inmediatamente antes del juicio de los 8 de Airbus.

2. EL MANIFIESTO “HUELGA NO ES DELITO”

Manifiesto en defensa del Derecho de Huelga y de la Libertad Sindical

La Constitución Española configura la huelga como uno de los derechos fundamentales en los que se asienta nuestro Estado social y democrático de derecho; goza del máximo nivel de garantías y vincula a todos los poderes públicos. El reconocimiento de este derecho de los trabajadores para la defensa de sus intereses no es exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo incluye expresamente; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas lo garantiza; la Conferencia Internacional del Trabajo ha insistido en el reconocimiento de este derecho en sus Estados Miembros y, aunque no exista un Convenio específico de la OIT, ha sido reafirmado en varias resoluciones de conferencias regionales y de comisiones sectoriales de la OIT. Dos órganos instituidos para el control de la aplicación de las normas de la OIT, el

Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, han reconocido en numerosas ocasiones el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones.

En nuestro país, y durante más de treinta y cinco años, los trabajadores hemos venido ejerciendo democrática y constitucionalmente este derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo. Ahora está siendo cuestionado por las autoridades públicas como se infiere de las múltiples causas y actuaciones penales desarrolladas contra los trabajadores que participaron legítimamente en las huelgas convocadas por las organizaciones sindicales más representativas contra las reformas laborales, por supuestas actividades delictivas durante el desarrollo de las mismas.

Por supuesto, no se trata de defender posibles extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga; en todo caso, como se viene pronunciando el citado Comité de Libertad Sindical, cualquier sanción impuesta por actividades ilegítimas relacionadas con huelgas debería ser proporcional al delito o falta cometida, y las autoridades deberían excluir el recurso a medidas de encarcelamiento contra quienes organizan o participan en una huelga pacífica. Tales medidas comportan graves riesgos de abuso y serias amenazas a la libertad sindical.

Numerosas acusaciones e imputaciones, con peticiones de cárcel, dirigidas contra el movimiento sindical, sus responsables y militantes, por el ejercicio legítimo y constitucional del derecho de huelga ¿que, no olvidemos, implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin¿ responden a una forma de gobernar caracterizada por la restricción de los derechos y libertades básicas ciudadanas, esas que conforman nuestro modelo de convivencia y el Estado Social y Democrático de Derecho que regula la Constitución.

La persecución de la libertad sindical se une a otras iniciativas desarrolladas para cercenar libertades públicas y limitar derechos como las últimas reformas legales en materia del Código Penal o de seguridad ciudadana o las que niegan la gratuidad en el acceso a la Justicia.

No es posible permanecer callado o mostrarse impasible ante ese intento de deslegitimar las respuestas laborales a las reformas injustas impuestas por el poder político, de condicionar en el futuro el desarrollo de estas huelgas, cuando no de fundamentar hipotéticas reformas laborales lesivas o perjudiciales para los trabajadores, en una muestra más de retroceso democrático. Las limitaciones de los derechos sindicales fundamentales además de provocar un grave desequilibrio en las relaciones laborales frustran los avances en las condiciones de trabajo y en el bienestar de la sociedad.

Está en juego un ¿instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los

conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede, y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el artículo 7.º de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido, y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas como ha declarado nuestro Tribunal Constitucional.

Consideramos inaceptable el ataque continuado a nuestros derechos constitucionales, y de manera singular, la intervención de los poderes públicos contra la libertad sindical, lo que supone que cerca de 200 sindicalistas estén hoy afectados por procedimientos administrativos y penales tras participar en la convocatoria, extensión y organización de huelgas generales.

Queremos seguir ejerciéndolos libremente.

Promoción en redes: #HuelgaNoEsDelito

3. EL MANIFIESTO DE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO CONTRA LA CRIMINALIZACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

Durante cuarenta años el franquismo mantuvo una hostilidad permanente frente al conflicto social y especialmente laboral. Era la expresión de su ADN político, combatir la clase social de los trabajadores a los que nunca quiso libres ni iguales. La huelga fue siempre ilegal hasta 1977, una vez muerto el Dictador, y esa ilegalidad implicaba despidos, multas y cárcel. Fueron necesarios muchos esfuerzos y demasiadas vidas truncadas en la lucha por las libertades democráticas que culminó en la amnistía política y laboral y la emanación de un texto constitucional. La Constitución supuso la remoción de la persecución contra el conflicto laboral y social, la huelga se reconoció como un derecho fundamental dotado de la mayor protección jurídica, junto con la libertad sindical. El sistema democrático no es concebible sin el respeto de los poderes públicos y privados al ejercicio de este derecho, que está conectado directamente con el compromiso del Estado Social y de los sujetos de relevancia constitucional como los sindicatos para promover la igualdad efectiva eliminando las situaciones de desigualdad social, económica y cultural.

Sobre esta normalidad democrática que lleva aparejado el reconocimiento de los derechos colectivos de trabajo, a partir del 2010 hemos sufrido en España un paulatino y creciente ataque a los derechos sociales de la ciudadanía y a los derechos laborales de las trabajadoras y trabajadores de nuestro país causados por la aplicación de injustas, arbitrarias e irrazonables políticas de austeridad que, especialmente a partir del 2012, han causado un inmenso sufrimiento social

y han incrementado la desigualdad y la exclusión en una buena parte de las clases subalternas. El ciclo de luchas desarrollado en España en esta etapa, especialmente entre el 2010 y 2014, expresa una fuerte resistencia ciudadana a tales medidas y es posiblemente la fase de mayor entidad y consistencia de movilizaciones sociales, por la cantidad y diversidad de figuras sociales comprometidas, desde la transición a la democracia, hace ya 40 años. En esas luchas han cobrado una relevancia extraordinaria las huelgas generales convocadas por los sindicatos en 2010 y 2012, que unieron protesta y propuesta alternativa frente a la desregulación normativa y la deconstrucción del sistema de derechos laborales.

La respuesta de los poderes públicos a estas intensas movilizaciones ha consistido esencialmente en la criminalización selectiva de los participantes y la instauración de un marco represivo general –la Ley de Seguridad Ciudadana y el nuevo Código Penal entre otras– que disuada en el futuro frente a las expresiones más efectivas de la protesta ciudadana. En nuestro país el Ministerio Fiscal, siguiendo órdenes del Gobierno, ha instruido causas criminales contra una larga serie de sindicalistas y activistas de la clase obrera que suman ya 300 personas, entre dirigentes sindicales, miembros de los órganos de representación de los trabajadores y, en general, militantes sindicales. Es el sindicalismo y su capacidad de organizar la resistencia de los trabajadores y de las trabajadoras el objetivo de esta incriminación penal, que puede acarrear condenas de dos a ocho años de cárcel, como se solicitan para los miembros del comité de empresa de Airbus cuyo juicio se celebra el próximo 9 de febrero.

Los abajo firmantes, como juristas y profesionales, como investigadores sociales y profesores, mujeres y hombres que creemos en la democracia y en la legitimidad de los instrumentos de conflicto colectivo que reconoce nuestra Constitución a los trabajadores y trabajadoras y a sus organizaciones representativas para superar la desigualdad intrínseca propia de la relación de trabajo, no podemos ni queremos callar ante esta operación que busca eliminar el derecho de huelga y estigmatizar a los sindicatos como autores de actos de violencia y coacción que nunca se han producido.

Alertamos a la opinión pública sobre este gravísimo atentado a las libertades democráticas y a los derechos sociales que llevan implícitos, solicitamos al nuevo Parlamento la revisión del Código Penal, con exclusión de los preceptos criminalizadores que han constituido la excusa para el plan represivo del poder público; expresamos nuestra solidaridad activa con las personas procesadas y exigimos restaurar de forma nítida el derecho de huelga como valor central de nuestra democracia, reivindicando que los ciudadanos que lo hemos ejercitado no somos delincuentes ni súbditos: somos ciudadanos que rechazan la injusticia y la arbitrariedad afirmando el valor de la igualdad y de los derechos que derivan del trabajo. La huelga no es un delito sino expresión inexcusable del Estado Social y Democrático de Derecho que proclama la Constitución Española y negar

este derecho fundamental mediante la penalización de su ejercicio retrotrae a etapas que creíamos felizmente superadas.

Este manifiesto lo han firmado 225 personas en su mayoría profesores y profesoras universitarias de 28 universidades (Complutense de Madrid, Autónoma de Madrid, Alcalá de Henares, Carlos III, Rey Juan Carlos, UNED, Universidad de Barcelona, Autónoma de Barcelona, Pompeu Fabra, Universidad de Valencia, Politécnica de Valencia, Castilla La Mancha –en sus cinco centros de Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Toledo y Talavera de la Reina– Córdoba, Málaga, Granada, Almería, Jaén, Sevilla y Pablo de Olavide, Oviedo, Vigo-Ourense, A Coruña, Santiago de Compostela, Murcia, Burgos, Salamanca, País Vasco –en sus centros de Bilbao y San Sebastián– y CSIC), así como abogadas y abogados laboristas. Historiadores como Bartolomé Clavero o Juan Sisinio Pérez Garzón, penalistas como Luis Arroyo Zapatero o Juan Terradillos, constitucionalistas como Antonio de Cabo, filósofos del derecho como Juan Ramón Capella, Rafael Escudero o Juan Carlos Bayón, laboristas como María Emilia Casas, Jesús Cruz Villalón o Joaquín Aparicio –seguidos de un buen número de profesores, titulares y catedráticos de Derecho del Trabajo–, y varios otros internacionalistas, iusprivatistas y administrativistas, como Julio González, junto con otros científicos experimentales, como Raúl Villar o Santiago Carrillo, han expresado su adhesión al manifiesto en compañía de abogados como Manuel de la Rocha, Bernardo González, Enrique Lillo, Eva Silván, Antonio García o María Luisa Turrión.

4. UN RESULTADO FAVORABLE: LA ABSOLUCIÓN DE LOS 8 DE AIRBUS

La sentencia del Juzgado nº 1 de Getafe por la que se absuelve a los 6 acusados de los delitos de coacciones por participar en piquetes al considerar el magistrado que se declare probado que ha existido un acto delictivo encuadrable en el art. 315.3 CP, pero que no ha resultado probada la participación de los sindicalistas acusados, por lo que procede la absolución. Es por tanto un resultado favorable en el que sin duda ha pesado la movilización popular y la espléndida defensa jurídica que han sostenido a los 8 de Airbus, pero que no impide la consideración penal de los actos de tensión y de conflicto que se producen en el contexto de una huelga ante el piquete de los huelguistas. No hay por tanto indicios para pensar que con esta sentencia se inicia un camino hacia la despenalización del derecho de huelga.

**O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO TRABALHO.
FUNDAMENTAÇÃO E EXIGIBILIDADES**

Leonardo Vieira Wandelli, LTR editora, São Paulo, 2012, 262 págs.

El libro tiene ya algunos años de publicado, pero la novedad y originalidad del tratamiento de la fundamentación del Derecho del Trabajo como derecho fundamental merece rescatar la obra del conjunto de contribuciones sobre la temática –ciertamente profusas– aparecidas en los últimos años.

La propuesta se recuesta en los aportes de pensadores como Enrique Dussel y Franz Hinkelammert, ubicados nítidamente en el espacio de la teoría o filosofía latinoamericana de la libertación, que han discutido tan críticamente los puntos de vista de Habermas y Apel y alertado sobre los (seudos) universalismos que esconden visiones particulares predominantes. En este caso, se recurre a la lectura que estos autores hacen de la noción de “trabajo vivo” de K. Marx, completando el cuadro con las perspectivas de la teoría de las necesidades (Agnes Heller), la psicodinámica del trabajo (Christophe Dejours), la lucha por el reconocimiento (Axel Honneth) y la teoría crítica del derecho y de los derechos humanos (Joaquín Herrera Flores y Helio Gallardo).

En el punto de partida hay una notoria ampliación de la fundamentación del derecho del trabajo cuando provoca un decisivo quiebre del dualismo *trabajo abstracto/capital* como un sistema cerrado que monopoliza todas las alternativas imponiendo una visión del mundo fuertemente dicotomizada y dependiente del juego de alternancias y graduaciones entre esos extremos contrapuestos constituyentes de una misma totalidad. Esa polaridad, que puede invertirse o al menos variar en cada coyuntura histórica (recordar por ejemplo las alternancias del poder en la relación de trabajo que muestra el filme “El Sirviente” de Losey) no puede ser superada por la mera negación de la opresión del capital, sino que es necesario afirmar el trabajo mediante una *exterioridad* a ese entuerto epistémico que significa el binomio trabajo abstracto/dominación del capital.

Como siguiendo la célebre frase del escritor Leopoldo Marechal, “*de todo laberinto se sale por arriba*”, Wandelli encuentra una perspectiva diversa en el concepto

de *trabajo vivo* tal como lo entiende Dussel, permitiendo, a su juicio, una apropiación del trabajo como mediación para los sujetos que dependen del mismo, re conectándolo con las necesidades humanas (Hinkelammert). El trabajo vivo es aquel reducto creativo y personal que resulta inalcanzable por el capital, y por ello el autor instala, en el centro mismo de la relación capitalista de trabajo, una dimensión nueva de la dicotomía, igualmente tensionada, pero calificada ahora como “*trabajo vivo/fuerza de trabajo*”, polo éste objetivado y mercantilizado por el capital. El “lugar” del trabajo vivo es aquel no subsumido por el sistema, y por ello resulta, como se ha dicho, una exterioridad respecto de la fuerza de trabajo, territorio éste ganado por la alienación. El territorio y la trinchera del trabajo vivo es una geografía en disputa, y la humanización del trabajo depende de su defensa irreductible aunque no definitiva, dado que la subsunción del trabajo por el capital nunca es absoluta –aunque está siempre presente–. En el trabajo vivo reside la oportunidad y la posibilidad de la emancipación.

El autor parece colocar una cuña metafísica en una reflexión tradicionalmente surcada por concepciones marcadamente materialistas.

Por otra parte, anota que las condiciones concretas de desempeño del trabajo y la consiguiente subjetividad emergente nunca fueron suficientemente puestas de relieve en la reflexión sobre el derecho del trabajo, ni siquiera puestas en litigio por las luchas sindicales, siendo relegadas a un segundo plano y solo rescatadas por el discurso empresarial de los “recursos humanos”. El propio derecho del trabajo, dice el autor, versa poco sobre el trabajo en sí, atendiendo más a las condiciones externas al propio hecho de trabajar, circunstancia que deja a la prestación efectiva del trabajo y la carga de subjetividad consiguiente (con las consecuencias en el plano de la realización por el trabajo, la vocación y la dignidad) a merced del poder directivo del empleador, oportunidad que da pie al autor a recurrir a los aportes de la psicodinámica del trabajo de C.Dejours.

Con estos andariveles teóricos (trabajo vivo, psicodinámica del trabajo), el derecho del trabajo se constituye también como una exterioridad a su institucionalización o normatización jurídica, compartiendo esta característica con el resto de los derechos humanos (con cita otra vez a Hinkelammert).

Luego de proponer en el capítulo primero estas vías para una reconstrucción del derecho del trabajo que supere su confinamiento como mero reflejo o como recinto defensivo frente al mercado, los capítulos II y III encaran los aportes que se toman de la teoría de las necesidades y la lucha por el reconocimiento. Respecto del primero, reconoce que la satisfacción de las necesidades no resulta el fundamento último ni único y siquiera suficiente de los derechos humanos, pero sí un elemento histórico, material y necesario de cualquier sistema normativo. La relación necesidades/derechos puede decirse que completa o complementa la noción de derechos fundamentales, pero su inevitabilidad no queda del todo

resuelta, en tanto admite que no siempre los derechos van dirigidos a satisfacer directamente necesidades, y desde ese punto de vista parece quedar todavía mucho por elaborar en el ámbito de nuestra disciplina.

En el capítulo III se incursiona en el derecho del trabajo visto a través de la teoría del reconocimiento. Se trata éste de un término de extraordinario uso en nuestra disciplina si reparamos en su empleo en el derecho colectivo, aunque no es este el partido que toma el autor. En concreto, la significación que asume es la proveniente de Axel Honneth, muy desacostumbrada en el derecho del trabajo, comprensiva de “todas las relaciones intersubjetivas (que) están atravesadas por expectativas de reconocimiento expresadas en luchas sociales, las cuales tienen un papel crucial en la estructuración de las relaciones de los sujetos consigo mismos y en la conquista de la autonomía”, apartándose así de la tesis habermasiana de la búsqueda de acuerdos de todos los interesados, ya que “es en el conflicto por reconocimiento que se desarrollan las identidades y no en la búsqueda cooperativa de acuerdos”. El reconocimiento intersubjetivo despliega sus efectos a través de la vital importancia que adquiere la participación comunitaria, la salud del trabajador y en la propia esfera institucional, ya que debería acoger y valorar positivamente la contribución del ciudadano trabajador en el ámbito de la empresa. Por esa vía del reconocimiento, la contribución creativa del trabajador permite aproximar el “*trabajo prescripto*” (por la norma, por el contrato, etc) al “*trabajo real*” (el necesario para cumplir los objetivos), elemento que moviliza la inteligencia del trabajador y determina que deba ser retribuido materialmente y en términos de reconocimiento. Para C. Dejours, traído por el autor al núcleo de su trabajo teórico, la retribución esperada “puede ser reforzada por los medios materiales, económicos, mas es eminentemente simbólica o mismo moral y se reviste de una forma específica: el reconocimiento por la contribución dada por el trabajo realizado”, lo que comporta nuevamente un cierto apartamiento de las tesis materialistas de la relación de trabajo.

La consideración del conjunto de vertientes que confluyen en la obra es una tarea difícil para una reseña y requeriría antes bien un estudio en particular (que bien la obra sobradamente merece). Sin embargo, y aún sin analizar la última parte, que desgrana las consecuencias que en el plano de la dogmática constitucional brasileña tiene el aparato teórico desplegado en los capítulos referidos, conviene reparar en la arriesgada apuesta teórica y metodológica del autor, ausente de toda retórica y pompa, que (seguramente por esas mismas razones) ha conocido tantos naufragios en otros casos. La obra no resulta por tanto una yuxtaposición de citas del campo del derecho, la filosofía y la teoría social, sino que es un acabado esfuerzo por integrar perspectivas y hallazgos que estaban esperando un lector y un estudioso atento y audaz para hacer de esos materiales valiosos antes dispersos un aporte significativo a la siempre difícil secuela de la teoría del derecho del trabajo.

Leonardo Wandelli es Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná y en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, además de Profesor del Programa de Maestría en Derechos Fundamentales y Democracia en UNIBRASIL.

Hugo Barretto Ghione

NUEVAS LECTURAS PARA LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Américo Plá Rodríguez, Clásicos Jurídicos Uruguayos, Fundación de Cultura Universitaria, 4ª edición (al cuidado de Hugo Barretto Ghione), Montevideo, 2015, 371 páginas.

*Un clásico es un libro que nunca
termina de decir lo que tiene que decir*

Italo Calvino

Hay varios motivos para celebrar la aparición de una nueva edición de la obra de Américo Plá Rodríguez *Los Principios del Derecho del Trabajo*.

En primer término, por cuanto significa recuperar la palabra de uno de nuestros recordados maestros en la que es sin duda su obra más inspirada e influyente en el campo de la enseñanza y de la doctrina jurídico laboral. Se estaba tornando difícil “volver” a Plá Rodríguez sin tener al alcance un libro tan representativo de su estilo de decir y de su pensamiento y concepción del derecho del trabajo. Casi se había generado, entre sus lectores, esa incómoda sensación que surge cuando advertimos que “nos está faltando un libro”, o sea, cuando se siente el vacío ante la ausencia de un libro con el cual establecimos una relación entrañable hace muchos años y aprendimos derecho del trabajo, y que ahora ofrece sus páginas para retomar el diálogo, abriéndolo en cualquier parte, conjugando viejos y nuevos significados desde la lectura del presente. Ese es justamente el fulgor de los clásicos: aparecer continuamente renovados y hacernos partícipes no de una lectura repetitiva y sin sorpresas, sino del descubrimiento de detalles y niveles que habían quedado ocultos en abordajes anteriores.

Como decía Italo Calvino, la lectura de un texto clásico aporta de distinta manera a lo largo de la vida: en la juventud, formación, modelos, contenidos, términos de comparación, escala de valores; en la edad adulta, en su relectura se vuelven a encontrar “esas constantes que ahora forman parte de nuestros mecanismos internos y cuyo origen habíamos olvidado”, y por eso recomienda que “en la vida adulta debería haber un tiempo dedicado a repetir las lecturas mas importantes de la juventud. Si los libros siguen siendo los mismos (...) sin duda nosotros hemos cambiado y el encuentro es un acontecimiento totalmente nuevo”¹.

¹ Por que leer los clásicos. Tusquets Editores, 1994.

Los libros clásicos perduran en la memoria por encima de los avatares editoriales, y así, “Los Principios” continuo siendo, pese a su ausencia de los catálogos, un libro esencial.

En segundo lugar, ha de reconocerse que, en lo estrictamente académico, el interés por “LOS PRINCIPIOS” no había cesado en los últimos años, a contrapelo de su desaparición del mundo editorial, omisión que ahora la Fundación de Cultura Universitaria repara cumpliendo con las expectativas de un público lector variopinto que aguardaba y reclamaba desde hace años tener la oportunidad de volver sobre este verdadero clásico de la literatura laboralista iberoamericana.

El pensamiento jurídico de Plá Rodríguez ejerce una perdurable influencia en los medios universitarios latinoamericanos, que lo visualizan como un emblemático representante de la llamada “Escuela Uruguaya del Derecho Laboral”, una denominación que fue creciendo al influjo de un núcleo prestigioso de académicos que produjeron una doctrina caracterizada por la rigurosidad en el tratamiento de los temas, la amplitud de enfoques y la mirada muy atenta al derecho comparado, en una postura intelectual fuertemente signada por el universalismo en la consideración de los fenómenos jurídicos combinada con la singularidad de la circunstancia vernácula.

En otra parte hemos dicho que “la lectura de la obra de Plá Rodríguez constituye una invitación inteligente, informada y profunda de provocar una comprensión inmediata del Derecho del Trabajo: tal su impacto, que no tiene paralelo en la literatura especializada en nuestro idioma. Su *escritura* tiene el tono llano del maestro, el mismo *decir* que conocimos en sus clases. Las complejidades de una disciplina siempre puesta a prueba por los avatares políticos, sociales y económicos, encuentra en “Los Principios” una formulación y una semántica definitiva y rica en significados, sin declinar en barroquismos y giros insustanciales, propios de quienes pretenden que decir algo importante solo puede hacerse a través de alambicados juegos lingüísticos.

El texto del Prof. Pla Rodríguez tiene el aire diáfano que tienen las verdades últimas, alejada de toda vanidad de malentendidos intelectualismos; y tiene también la inflexión generosa que supo tener en su vida y en su constante preocupación de formar y aglutinar, rigurosa y pluralmente, a todos aquellos que se inclinaban por el cultivo de nuestra disciplina. Paradigma de ese designio fue el llamado “Grupo de los Miércoles”, privilegio que teníamos un conjunto de colegas cuando nos convocaba a su domicilio para estudiar y reflexionar sobre el Derecho del Trabajo”.

“Los Principios” no es un libro *sobre* el derecho del trabajo sino que es un libro que *construye* el derecho del trabajo.

No explica el derecho sino que contribuye a crearlo. Este es un dato fundamental que delata su extrema importancia: no comporta (solamente) un estudio sobre el

derecho sino que al urdir una doctrinaria sobre las relaciones de trabajo, asume tal entidad, que termina por conformar un modo de entender el derecho y de moldearlo y, en definitiva, una manera de comprender y aplicar la normativa laboral. El ordenamiento jurídico laboral termina recluyéndose en el contorno dibujado por “Los Principios”.

No se trata de la consabida y simplista monserga de considerar a la doctrina como “fuente de derecho”.

Se trata de algo más importante, profundo y decisivo, como es concebir que el derecho del trabajo se constituye en el seno de una cultura jurídica histórica y 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.

En consecuencia, una doctrina relevante –y vaya si “Los Principios” lo es– crea el derecho. En este punto la dogmática de “Los Principios” se imbrica con la característica dispersión del derecho individual del trabajo en nuestro país, y lo hace de dos maneras.

Por una parte, todo el universo de reglas del ordenamiento, constituido por sucesivas capas que han ido superponiéndose en el correr de la evolución del Derecho del Trabajo, encuentra en “LOS PRINCIPIOS” una suerte de estructura transversal que dota de coherencia al conjunto por remisión del contenido sustantivo de esa normativa a un elenco fundamental de Principios.

Pero hay otro sesgo determinante de esa imbricación de los Principios con las características idiosincráticas del ordenamiento laboral: Plá Rodríguez resiste la idea que deban positivizarse, dado que sostiene que esa sería una manera de cristalizarlos y restarle fecundidad. Funcionan los Principios por tanto como una especie de Derecho no escrito, muy dúctil como eficaz instrumento de aplicación en sus fases de interpretación e integración.

Paradojal circunstancia ésta la de contribuir a crear el derecho, pero hacerlo sin corporizarse como regla escrita, lo que los sitúa fuera de la positivización normativa, conformando así una exterioridad desde donde operan e influyen en la evolución del mundo jurídico. Su importancia reposa entonces *en el dinamismo propio de una noción que para ser omnipresente en el ordenamiento no tiene que encontrarse confinada en ningún sitio: se trata de un “blanco móvil” con el cual no pudieron las políticas conservadoras/desreguladoras en lo social de los años noventa en América Latina.*

En esa estrategia compleja que Pla Rodríguez tejió para “Los Principios” reside el espíritu humanista que el autor desplegó en su dilatado magisterio, impregnado en un irrenunciable pluralismo que lo hacía proclive a la búsqueda del diálogo

para descubrir aún la “*parte de razón que pueden tener las doctrinas erróneas*” como gustaba decir siguiendo a Jacques Maritain, una de sus lecturas filosóficas de juventud.

La publicación de “Los Principios” acerca al lector la síntesis más acabada del modelo clásico de estudio del Derecho del Trabajo. Pero no se trata de un mero homenaje, sino que estamos ante la aparición de una obra que renueva, desde la tradición, el sentido protector de nuestra disciplina, y por ello era imprescindible contar con la posibilidad de revisitarla.

La presente edición mantiene en su totalidad la versión final de autor, anotada muy brevemente, sin alterar el orden de las citas originales, en referencia a solo algunas de las modificaciones que se consideran fundamentales en la legislación nacional vigente.

Hugo Barretto Ghione

ESTUDIOS CRÍTICOS DE DERECHO DEL TRABAJO

Moisés Meik (Director). Asociación de Abogados Laboristas (AAL) , Legis Argentina. S.A., Buenos Aires, 2014, 812 pp.

En la doctrina laboral argentina, como explica el director de la obra comentada, Moisés Meik, hay obras de envergadura, tratados y estudios de Derecho del Trabajo que revisten calidad jurídica y han contribuido a la formación de los juristas del trabajo. Sin embargo, bajo los auspicios de la Asociación de Abogados Laboristas / AAL , dirigidos por Moisés Meik, un reconocido e influyente maestro de Derecho del trabajo que ha hecho de la honestidad intelectual y moral su estilo de vida, un grupo de coordinadores de la obra –David Duarte, Guillermo Gianibelli, Verónica Nuguer, Guillermo Pajoni, Guillermo Pérez Crespo y Carlos Paolo Szternszrejn, todos ellos abogados y profesores de reconocido prestigio– han emprendido un proyecto de publicación de unos “Estudios críticos de Derecho del Trabajo” que deberían ser “un texto sistémico y profundo” que expresara la identidad cultural y política de un “pensamiento crítico y alternativo de inequívoca defensa de los trabajadores”.

Con ello se asume que el campo del derecho es un terreno en el que actúen fuerzas políticas e ideológicas que escriben las reglas y las normas en una tensión dialéctica y en donde en consecuencia la acción de los intérpretes y de los que teorizan sobre el “constructum” realizado resulta asimismo decisiva. El grupo impulsor de este proyecto trata de poner de manifiesto la existencia de una “masa crítica colectiva” que quiere impulsar un modo determinado de entender el derecho, orientándolo a la emancipación de la clase trabajadora.

En la presentación de la obra, se deja claro cuáles son las coordenadas dentro de las que se mueve este pensamiento crítico. Parte de un principio de progresividad en cada una de las instituciones que conforman el derecho laboral, coloca en el centro del análisis de las relaciones laborales al conflicto como elemento estructural y permanente y configura al sujeto colectivo sindical como el motor fundamental en la nivelación de la desigualdad y en la reformulación de las relaciones sociales en torno al trabajo. El rol del Estado, en coherencia con lo anterior, debe afirmar su intervencionismo fundamentalmente orientado a compensar las tremendas desigualdades económicas, sociales y culturales que provienen del sistema de la libre empresa.

Es una aproximación al Derecho del Trabajo que no se corresponde con la función que éste está desempeñando en la actualidad, “tras los efectos devastadores que los procesos políticos y jurídicos que arrasaron regresivamente derechos sociales esenciales”. Pero que quiere ganar peso y visibilidad en el horizonte de la cultura jurídica laboralista argentina, tanto en la doctrina como en la acción judicial y la interpretación que ofrecen los tribunales, no sólo mediante la crítica de “los embates flexibilizadores”, sino superando las “asignaturas pendientes” que un “modesto sistema normativo laboral” aún tiene, como sucede con la indeterminación del derecho fundamental al trabajo en su vertiente de estabilidad real en el empleo, o con el fomento de la precariedad en el acceso al mismo.

Sobre esta base se formula el contenido del libro, que aúna a especialistas argentinos, ciertamente, junto con una serie de autores de otras naciones de América Latina –peruanos, uruguayos, brasileños– de España y de Italia, en una cierta cadencia intergeneracional, pero que coinciden en líneas generales y desde un pluralismo ideológico pertinente con el objetivo de estos “Estudios”, que no es sino el de ofrecer un análisis crítico y alternativo sobre la regulación del trabajo como una operación cultural que refuerce el enfoque teórico y que influya sobre la producción de doctrina y sobre la acción de los operadores jurídicos en la República Argentina. Desde estas coordenadas, por tanto, se trata de una obra original en el panorama de las obras generales o de la tratadística al uso. No es tampoco un *reading* de lecturas ya publicadas, sino que pretende articular en torno a un esquema de exposición y una cierta programación de los contenidos, un trabajo abierto que pueda posibilitar y sugerir nuevas líneas de investigación y de cuestionamiento de aspectos centrales del Derecho del Trabajo, unos “estudios” que literalmente permitan instruirse y reflexionar sobre la forma y el contenido de la regulación jurídica sobre el trabajo.

Los *Estudios* están estructurados en cuatro capítulos, compuestos a su vez cada uno de ellos de una serie de aportaciones en número diverso. Mientras que el primer capítulo abre el examen de la relación entre trabajo y poder privado, el segundo –y más amplio– examina “la imputación jurídica del trabajo asalaria-

do”. El tercer capítulo se dedica a definir los derechos laborales reconocidos por el Derecho del Trabajo como derechos humanos laborales y, en fin, el último capítulo analiza la nueva etapa del capitalismo en la globalización y sus repercusiones sobre la regulación laboral y social, en especial ante el tiempo de crisis que nos corresponde vivir.

En el primer capítulo se insertan tres contribuciones que quieren proporcionar un marco de referencia general sobre la relación de poder que subyace en la relación de trabajo. En el primero, Jose Luis Monereo examina en un largo y denso texto las relaciones de trabajo como relaciones de poder asimétrico, los historiadores Nicolás I. Carrera y Fabián Fernández proceden a un examen sintético de la génesis, formación y desarrollo del movimiento obrero, con una referencia explícita a Argentina, y Antonio Baylos analiza el “laboratorio Weimar” como el paradigma de la moderna regulación jurídica del trabajo.

El capítulo II es el más amplio, como ya se ha dicho, porque pretende suministrar un conjunto de elementos o centros de imputación sobre los que gira la relación del trabajo asalariado. Julia Soul, antropóloga e investigadora del CONICET, ofrece un resumido cuadro de la expansión del trabajo asalariado en la revolución industrial y explica la división social del trabajo con un apunte sobre la subsunción formal y real del trabajo en el capital, y a continuación Mario Elffman pone en relación la noción de conflicto con la del derecho y del poder, indicando críticamente la articulación entre el conflicto social y laboral con la norma jurídica. Tras él, Carlos Alberto Toselli incorpora un texto muy académico sobre la noción de ajenidad en el contrato de trabajo, para luego retomar la aproximación histórica a las distintas definiciones teóricas y figuras del trabajo en la historia, que lleva a cabo Osvaldo R. Battistini desde una perspectiva sociológica, y que se prolonga en el contraste entre la regla de derecho y la ley económica que efectúa Juan Ignacio Palacio, haciéndose (y haciéndonos) la pregunta sobre si el derecho y la economía son antagónicos o complementarios. Esta aproximación es continuada, al final de las intervenciones de este capítulo, por David Duarte, que expone el discurso del Análisis Económico del Derecho frente a los derechos sociales y enuncia unas interesantes críticas al mismo ya presentes en el subtítulo del artículo, en el que se afirma la colonización de los derechos sociales “a través de una ciencia sin conciencia”.

El capítulo segundo sigue el análisis de la “imputación jurídica” a través de la observación de la empresa y de las formas de organización de ésta. Para abordar el problema de los límites del poder del empresario y su crítica, se recoge un texto del profesor de la Universidad de La Plata Angel Eduardo Gatti, que desgraciadamente falleció tres meses antes de la publicación del libro, mientras que Víctor Rodolfo Trionfetti examina las peculiaridades –y los “desafíos pendientes”– que lleva consigo la posición del Estado como empleador. Finalmente Wilfredo Sanguinetti desarrolla el nuevo papel que desempeña la subcontratación

en el nuevo modelo productivo y su aplicación en la práctica de las relaciones laborales como un modo de “poner entre paréntesis” la aplicación de los principios tutelares del Derecho del Trabajo.

El siguiente bloque de intervenciones se dedica a la calificación de los derechos laborales como derechos humanos. Miguel Canessa ofrece una amplia y fundada fundamentación de los derechos humanos laborales, muy ligada al hecho de su universalización, mientras que Oscar Zas desarrolla el impacto del derecho internacional de los derechos humanos laborales en el ordenamiento laboral argentino y en la recepción del mismo por la jurisprudencia. David Duarte examina el tema desde el prisma del constitucionalismo social y el juego de los principios de operatividad, irregresividad y progresividad, Matías Cremonte describe la dificultad de la inserción del empleo público en la lógica y en la normativa del derecho del trabajo y su consideración como parte del derecho de los derechos humanos, para concluir con la intervención de Guillermo Pérez Crespo sobre las experiencias de un derecho del trabajo supranacional, con especial atención al Mercosur y la necesidad de un derecho del trabajo supranacional latinoamericano.

Finalmente, los *Estudios* se cierran con un cuarto capítulo en el que la globalización se corresponde en la mayoría de las intervenciones con la crisis económica y sus consecuencias devastadoras sobre los derechos sociales. La crisis actual del capitalismo y la nueva fase de “deconstrucción” del trabajo es analizada por Ricardo Antunes, y Julio C. Gambina desgrana las consecuencias de la crisis capitalista sobre el aumento de la desigualdad social, una crisis que es también energética, ecológica y afecta al cambio climático. Ya más volcados sobre las consecuencias de la crisis en el derecho del Trabajo, Ricardo Cornaglia describe el impacto regresivo de la crisis en el derecho social desde el punto de vista del ordenamiento argentino, mientras que Antonio Loffredo realiza un paralelismo con lo que sucede en Europa, en un proceso que define de autodestrucción del modelo social europeo y en especial en el derecho italiano. Este grupo de artículos se acompaña de un texto de Hector Hugo Barbagelata, sobre el Derecho del Trabajo y el capitalismo, que se incluye también como una aportación póstuma para rendir un “siempre ineludible homenaje” al maestro uruguayo.

El tema de la libertad sindical y su regulación normativa, con atención especial al intervencionismo estatal restrictivo, tan presente en América Latina, y la reconsideración de la autonomía sindical como un elemento potente en la “nueva jurisprudencia latinoamericana” es abordado por Hugo Barretto, y Guillermo Gianibelli subraya las tendencias a la recepción de las normas internacionales de derecho del trabajo que garantizan derechos sociales y laborales como derecho interno, en un proceso contradictorio que revela las tensiones entre la regulación urgida por la globalización económica y la regulación universalista de los derechos humanos – la globalización de los derechos. Por último, cierra el

libro un texto de Umberto Romagnoli, “El Derecho del Trabajo ante la crisis”, que constituyó la apertura del I Congreso Economía, Trabajo y Sociedad, organizado por la Fundación 1 de Mayo, en el que se expresa la emergencia económica como emergencia democrática y se señala la contribución de los juristas del trabajo a la salida de la crisis. Sus palabras finales son muy significativas: “Es evidente que no estamos asistiendo ni al final de la historia ni al final del trabajo, como alguno ha fantaseado. Es sólo un recodo que hay que superar con la inteligencia histórica y la imaginación del futuro que han sostenido la acción sindical en épocas no menos difíciles. Sin la movilización colectiva que el sindicato supo suscitar y guiar, la dimensión social y solidaria de la democracia occidental será todavía un sueño del socialismo jurídico del siglo XIX celebrado en libros confeccionados a través de otros libros”.

Estos *Estudios críticos de Derecho del Trabajo* pone de manifiesto la potencia de un amplio grupo de estudiosos que investigan los fundamentos doctrinales del Derecho del trabajo y que colocan su vigor teórico en un proceso histórico que, desde las luchas sociales de la década de los noventa del siglo pasado en Argentina, ha cerrado el ciclo de resistencias en una institucionalización en líneas generales respetuosa de los derechos laborales, y que ha abierto brechas importantes en el mecanismo de atribución de la representatividad sindical por el poder público. Los cambios políticos recientes en ese país y la recomposición de un polo neoliberal que pretende erosionar el sistema de derechos originarán sin duda respuestas contundentes en el plano de la movilización social, pero en ese panorama será importante la capacidad de construir teoría crítica sobre la regulación de los derechos colectivos e individuales del trabajo y el vigor intelectual para sostener políticas del derecho alternativas.

En la presentación, Moises Meik advierte que se trata de una “primera contribución” cuyo objetivo es abrir una serie de líneas de reflexión “desde un condensado de ideas” que a su vez desemboque en otros trabajos posteriores que den continuidad a esta obra. No excluye una visión más académica, que confluya en un “compendio general de Derecho del Trabajo”, adecuada a la intervención universitaria tanto del equipo coordinador de la obra como de la mayoría de los miembros del grupo que se reclama de esta orientación doctrinal e ideológica.

Lo cierto es que el volumen tiene el atractivo de abordar los aspectos más generales por los que hoy transita la problemática de la regulación del trabajo, y la de ofrecer una serie de miradas diversas pero confluyentes sobre esta problemática, a lo que ayuda la diversidad de origen de los autores, y una muy cuidada interdisciplinariedad en las intervenciones, que introducen un sesgo complementario desde la aportación histórica y sociológica fundamentalmente, pero sin descuidar el punto de vista de la economía. Hay una serie de repeticiones inevitables, al tener necesariamente que abordarse de forma transversal

algunos elementos clave de la regulación jurídica del trabajo, y que por tanto no molestan al lector, aunque posiblemente podrían haberse reducido en algún caso.

Como sucede en toda obra colectiva, hay siempre una disparidad en el tono y en el desarrollo de los discursos, que debilita la consideración del volumen como un todo compacto que camina en una misma dirección. No se trata por tanto de estilos diferentes, sino de formas de abordar el objeto de estudio disfuncionales al resultado que se pretende y que sin embargo globalmente se mantiene. Posiblemente la amplitud que se ha querido dar a la obra, y la conveniencia de introducir en ella a una significativa nómina de autores, ha amparado algunas disonancias en el conjunto, si bien se trata de excepciones a un trabajo impecable en términos generales.

En cualquier caso, los capítulos 3 y 4 de la obra son especialmente interesantes, abordan elementos fundamentales hoy en la construcción alternativa de un marco de referencia a la institucionalidad del trabajo y de las figuras sociales que lo representan. En los textos allí contenidos se puede marcar un programa de análisis, un desarrollo de supuestos más concretos y específicos en ordenamientos nacionales o en áreas regionales más amplias, y elementos de reflexión de alternativas muy serios. Parecería que el Capítulo 3 se hubiera optado por una lógica expositiva más estática, mientras que en el capítulo 4 se despliega un discurso más dinámico que incorpora continuamente elementos que se han enunciado en el anterior capítulo y los integra en la tensión producida por las indicaciones sobre la regulación del trabajo en los estados-nación golpeados por la crisis y la necesidad de mantener un compromiso político y democrático con el respeto de los derechos fundamentales derivados del trabajo.

Se trata por consiguiente de una obra importante, que resume el trabajo colectivo de un amplio grupo de profesionales y estudiosos argentinos que han establecido un campo de análisis integrado con otras dimensiones nacionales tanto en América Latina como en el Sur de Europa, dando así por descontado que la producción de teoría y el sentido de las prácticas sociales pueden ser plenamente compartidas en un área cultural común y sobre la base de compartir puntos de vista homogéneos sobre la forma de estudio, la orientación del análisis y de la observación científica, y sobre los objetivos de emancipación social perseguidos. En este sentido, los *Estudios Críticos de Derecho del Trabajo* que dirige Moisés Meik sintoniza plenamente con los propósitos que animan esta misma Revista, y ponen de manifiesto que es posible alimentar y desarrollar este espacio común de trabajo.

Simón Muntaner

LA ECOLOGÍA DEL TRABAJO. EL TRABAJO QUE SOSTIENE LA VIDA

Laura Mora Cabello de Alba (Directora y editora) y Juan Escribano Gutiérrez (editor), Editorial Bomarzo, Albacete, 2015, 264 pp.

«El individuo, en su desnudez en tanto que simple trabajador, es un producto histórico».

Karl Marx¹

1. El ser humano, devenido individuo y sujeto en la Modernidad², ha sido despojado de los medios de producción y subsistencia. Su única posesión es la fuerza de trabajo que vende a cambio de medios para sobrevivir, arrebatados por el capital. Pero esta compra-venta tiene sus particularidades: la entrega de la fuerza de trabajo es al mismo tiempo un desgarramiento, pues el ser humano no puede despojarse ontológicamente de su fuerza, entendida como su cuerpo. Esta puede ser la interpretación de la *desnudez* de la que habla Marx en el acápite que principia esta reseña. La desnudez de la corporalidad viva del trabajador implica un ofrecimiento como expropiación en tanto productor (en la fábrica) y reproductor (en la casa). Esta desnudez, en definitiva, nos lleva hacia el simple hecho de vivir: la nuda vida, tal como la caracterizó Walter Benjamin (*blosß Leben*), es aquella que soporta el nexo entre la violencia y el derecho³. El capital se apropia de toda la vida del trabajador, tanto en el período de trabajo como en el de descanso.

La vida se hace disponible para el soberano: puede acabar con ella, sacrificarla, sin ser ello un homicidio. Esto es lo que Giorgio Agamben identifica con la vieja figura del derecho romano del *homo sacer*⁴. Una vida excluida tanto del derecho divino (es insacrificable) como del derecho humano (se puede disponer de ella sin ser ello homicidio). La vida queda así abandonada, pues el bando del soberano se aplica sobre el bandido. En la zona de indistinción entre hecho y derecho, el medio ambiente deviene, al igual que el ser humano que lo ocupa, simple *zoè*,

1 MARX, K., *Los fundamentos de la crítica de la economía política*, Ed. Comunicación, Madrid, 1972, tomo 1, p. 342.

2 BARCELLONA, P., *El individualismo propietario*, presentación de Mariano Maresca, Ed. Trotta, Madrid, 1996.

3 «El desencadenamiento de la violencia jurídica deriva (cosa que no podemos exponer aquí con más detalle) de la inculpação de la vida natural, la cual entrega a los seres vivos inocentes y desdichadamente a la expiación; expía su inculpação y redime al tiempo al que es culpable, pero no de una culpa, sino del derecho. Pues con la mera vida cesa todo dominio del derecho sobre los seres vivos. La violencia mítica es violencia sangrienta sobre la mera vida a causa de la violencia que le es propia; la violencia divina pura es, por su parte, ya violencia sangrienta sobre toda la vida, justamente a causa de lo vivo. La primera exige sacrificios, mientras que los acepta la segunda». BENJAMIN, W., «Hacia una crítica de la violencia», en *Obras*, Libro II, vol. I, Ed. Abada, Madrid, 2007, p. 203.

4 «La vida a quien cualquiera puede dar muerte pero que es a la vez insacrificable». AGAMBEN, G., *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia, 1998, p. 18.

frente a la vida digna y cualificada del *bíos*⁵. En el marco de la biopolítica que ha devenido biocapitalismo⁶, el soberano también se apropia de las condiciones que sostienen la vida.

2. Este puede ser el marco filosófico en el que insertar el libro *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*, editado por Laura Mora Cabello de Alba y Juan Escribano Gutiérrez. Precedido por las Jornadas de Trabajo y Medio Ambiente organizadas por *Ecologistas en Acción* en 2013, se divide en tres partes, a saber: 1) *la ecología del trabajo* como concepto en el que interseccionan vida, trabajo y medio ambiente (pp. 23-100); 2) *el trabajo desde una mirada multidisciplinar* (pp. 101-202); 3) *el trabajo que sostiene la vida* (pp. 203-264).

Si bien el trabajo ha sido delimitado tradicionalmente en un tiempo (jornada laboral) y un espacio determinado (la fábrica como paradigma), como apunta Antonio Baylos en el prólogo, «a su vez requiere igualmente una condición más amplia ligada a la existencia social de las personas que trabajan, sus condiciones de vida, sus pautas y procesos de reproducción social» (p. 13). Por eso la problemática ambientalista queda indisolublemente vinculada a ambas zonas: el espacio-tiempo del trabajo y el espacio-tiempo social. No podemos quedarnos solo con el primero (por ejemplo, salud laboral), pues este no tiene sentido sin el segundo. Tal es la dependencia que, en una situación de crisis eco-lógica/nómica⁷, los derechos que se poseen en el espacio-tiempo del trabajo quedan *suspendidos* en su contenido y eficacia⁸.

Entonces, ¿qué es la ecología del trabajo? Los cuatro primeros capítulos, redactados por Laura Mora Cabello de Alba («La ecología del trabajo: el trabajo del pan y las rosas», pp. 25-38), Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra («Derecho del trabajo y ecología: repensar el trabajo para un cambio de modelo productivo y de civilización que tenga en cuenta la dimensión medioambiental», pp. 39-53), Yayo Herrero («Vivir y trabajar en un mundo justo y sostenible», pp. 55-69) y Amaia Pérez Orozco («La sostenibilidad de la vida en el centro...¿y eso qué significa?»), pp. 71-99), trazan sus contornos. Como señala Laura Mora Cabello de Alba,

5 «Los griegos no disponían de un término único para expresar lo que nosotros entendemos con la palabra *vida*. Se servían de dos términos, semántica y morfológicamente distintos, aunque reconducibles a un étimo común: *zōê*, que expresaba el simple hecho de vivir, común a todos los seres vivos (animales, hombres o dioses) y *bíos*, que indicaba la forma o manera de vivir propia de un individuo o un grupo. Cuando Platón, en el *Filebo*, menciona tres géneros de vida y Aristóteles, en la *Ética Nicomáquea*, distingue la vida contemplativa del filósofo (*bíos theōrêtikós*) y de la vida de placer (*bíos apolaustikós*) y de la vida política (*bíos politikós*), ninguno de los dos habría podido utilizar nunca el término *zōê* (que significativamente carece de plural en griego) por el simple hecho de que para ellos no se trataba en modo alguno de la simple vida natural, sino de una vida cualificada, un modo de vida particular». AGAMBEN, G., *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, cit., p. 9.

6 BAZZICALUPO, L., *Il governo delle vite. Biopolitica ed economia*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2006.

7 Comparten la raíz del *oikos*, la casa, el hogar, el ámbito vital.

8 Buen ejemplo de ello fue la reforma del artículo 135 de la Constitución española. Sobre el carácter inmunitario, en un sentido biopolítico, de dicha reforma, GARCÍA LÓPEZ, D.J., «El silencio de las sirenas en el corazón de las tinieblas. Sobre la lógica de las reformas», en *Pensar desde abajo. Revista de pensamiento y cultura*, nº2, 2013, pp. 77-91.

«se impone la necesidad de un cambio de paradigma productivo en un sentido amplio, es decir, un cambio de paradigma en torno a la creación de riqueza, de aquello que realmente está al servicio del Buen Vivir en paz y armonía entre todo aquello que está y puebla el Planeta» (p. 26). Por eso, continúa, la ecología del trabajo «es el instrumento político en el que el trabajo se sitúa como eje de convivencia en un ecosistema sano y sustentable» (p. 27).

Este cambio de modelo debe realizarse desde dos puntos básicos: la ecología y el feminismo. Si el primer punto nos muestra que debe ser un trabajo que respeta el Planeta (de ahí que Laura Mora recurra al concepto *Sumak Kawsay* o Buen Vivir en quichua ecuatoriano)⁹, pues este es finito, el segundo marca como *conditio sine qua non* un nuevo pacto sexual «donde hombres y mujeres se piensen a sí mismos y en relación con el otro sexo» para poder así acabar con el capitalismo patriarcal (p. 34). No obstante, debe añadirse que esta visión binarista en la que solo se reconocen dos sexos debe también desaparecer. El nuevo pacto sexual que reivindica Laura Mora ha de estar co-escrito por todas las realidades sexuales, no solo hombres y mujeres (también trans*, intersex¹⁰, etc.), pues de lo contrario se reifica la norma, quedando oculta la heteronormatividad (y sus terribles efectos) en un nuevo lenguaje que mantiene las viejas estructuras de discriminación y dominación.

En el primer pilar sobre el que debe sustentarse el cambio de modelo, aquel basado en la ecología, se detienen Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra y Yayo Herrero. El primero apuesta por una resignificación del trabajo, un cambio de paradigmas desde la compatibilidad entre trabajo y medio ambiente y con el objetivo de co-construir un modelo sostenible. Para ello es necesario atacar la lógica del modelo capitalista-productivista: «romper la relación entre crecimiento y desarrollo y poner en el centro la idea de que el objetivo del desarrollo humano no sería tener más, sino vivir mejor» (p. 51). ¿Y en qué basarnos para realizar la ruptura? En la necesidad: «ante la verdad del desastre ecológico se pone de manifiesto la insostenibilidad radical del sistema, su incapacidad para sostener la vida» (p. 51).

Siguiendo esta línea de resignificar la categoría trabajo desde su compatibilidad con el medio ambiente pero fuera de la lógica capitalista, Yayo Herrero muestra cómo la necesidad de romper con esta lógica se basa en la necesidad de vivir en un ambiente que posee límites. Si la crisis económica ha representado públicamente el sistema (patriarcal, antropocéntrico y capitalista) desde su voracidad, la trinchera que deben armar movimiento sindical y movimiento ecologista

9 VILA VIÑAS, D., «El concepto de *buen vivir* – *sumak kawsay* desde la perspectiva de la gubernamentalidad», en *Revista de Antropología Experimental*, 14, 2014, pp. 1-22,

10 Sobre la necesidad de ese pacto sexual en el que se incluya la posibilidad de las realidades sexuales más allá del hombre y la mujer, especialmente intersex, puede verse en GARCÍA LÓPEZ, D.J., *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Ed. Melusina, Madrid, 2015.

«es ya inaplazable y supone repensar las bases materiales que sostienen la vida humana» (p. 57). Es por ello urgente asentarnos sobre las ideas de la interdependencia, la ecodependencia y la producción destinada a las necesidades, ideas estas que han sido aplastadas por el sistema de producción capitalista. Señala Yayo Herrero: «para construir una economía adecuada a los seres humanos, la producción tiene que ser una categoría ligada al mantenimiento de la vida y al bienestar de las personas» (p. 62).

La contribución de Amaia Pérez Orozco se sitúa en el otro pilar, a saber, el feminismo. Si la mirada hegemónica se sitúa sobre los procesos del mercado, la economía feminista se dirige hacia el *descubrimiento del otro oculto*. De esta modo se desplaza el eje analítico «desde los procesos de valorización de capital hacia los procesos de *sostenibilidad de la vida*» (p. 72). Ello nos sitúa en una zona exterior, en un afuera desde donde mirar los mercados como centro neurálgico de la sociedad (p. 73). La estrategia, por tanto, pasa por desplazar ese centro, situando allí la sostenibilidad de la vida. ¿En qué consiste esta? Consiste, siguiendo el concepto *vida vivible* de Judith Butler¹¹, en el «*sostenimiento de las condiciones de posibilidad de vidas que merecen la pena ser vividas*» (p. 74).

Desde este marco, es preciso desnaturalizar el mercado para hacer visible el conflicto capital-vida (p. 83), pues al situar la producción y la acumulación en el centro, el sistema capitalista «inhibe la existencia de una responsabilidad colectiva en la sostenibilidad de la vida» (p. 91). La pregunta que queda por responder, y en la que se centran los esfuerzos de Amaia Pérez Orozco, es cómo sostener la vida. Para ello elabora diversas estrategias: la tríada mercado-estado-hogares, considerando estos últimos como la unidad socioeconómica básica (p. 91), la visibilización de la diversidad sexual y de género para la co-implicación en la responsabilidad de sostener la vida en tanto esta está actualmente feminizada. En definitiva, para evitar reproducir la lógica del capitalismo y la reconstrucción de la desigualdad, concluye, «necesitamos, urgentemente, una confluencia entre la economía feminista y otras miradas feministas de corte más *queer*, postmoderno, transfeminista o como queramos llamarlo» (p. 99).

3.- La segunda parte del libro se ocupa de analizar el trabajo desde diversas perspectivas: antropología, derecho, sindicalismo y economía. El primero de los puntos es tratado por Rosa María Almansa Pérez («Relaciones entre ser humano, trabajo y naturaleza desde una perspectiva histórico-antropológica», pp. 103-131). La autora urge a la construcción de una nueva antropología (p. 106), pues la crisis civilizatoria en la que nos encontramos viene retroalimentada por una serie de paradigmas ontológicos y antropológicos que «perpetúan la escisión suicida entre sociedad y naturaleza, y, al mismo tiempo, legitiman permanentemente formas de pensamiento, decisión, organización y trabajo que agostan nuestra singularidad personal e impiden el establecimiento de fines solidarios»

11 BUTLER, J., *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Ed. Paidós, Barcelona, 2009.

(p. 104). Es preciso salir de la visión clasicéntrica (p. 120) para caminar hacia «una vivencia de ser-*con*-el otro verdaderamente fraternal» (p. 130), situándonos en el lugar del otro.

Juan Escribano Gutiérrez («Trabajo y medio ambiente: perspectivas jurídico-laborales», pp. 133-158) adopta la perspectiva jurídica. Si bien el Derecho del Trabajo, como doctrina, se ha ocupado de estudiar las normas sobre salud laboral (exposición de los trabajadores a ambientes insalubres), el autor aborda la necesidad de resituar la perspectiva en el horizonte del «impacto del trabajo en el medio ambiente, es decir, la incidencia que ocasiona la actividad laboral y la producción de bienes y servicios en la naturaleza» (p. 133). Desde este punto es posible advertir que el ordenamiento jurídico produce un conflicto artificial entre trabajo y medio ambiente. Al no existir una regulación conjunta de ambos, «las medidas de protección medioambiental son contempladas en conflicto con el empleo y al contrario», fortaleciendo así la posición del capital (p. 140). Asimismo, la escasa atención que el ordenamiento iuslaboralista presta a la protección del medio ambiente parece advertir «el deseo del legislador de mantener separadas las exigencias que, por una parte, el ordenamiento jurídico impone al empresario de procurar un medio de trabajo salubre y, por otra, la de no generar con la práctica empresarial el deterioro del medio ambiente» (pp. 138-139). Ello acrecienta este conflicto artificial, pues se crea la ficción por la cual se entiende que a más protección medioambiental se genera menos empleo.

Al situar la vida (en un sentido amplio) en el centro, dicha artificialidad nos muestra que el conflicto se ubica más bien en la agresión que el capitalismo y su lógica competitiva produce en la vida. Sería preciso entender que las normas de protección medioambiental se dirigen tanto al medio como al propio trabajador, más allá de la ineficaz responsabilidad social corporativa pues su papel es puramente formal y cuyo único efecto radica en la mejora de la imagen de la empresa (p. 153). Apuesta Juan Escribano Gutiérrez «por una unificación del tratamiento normativo de la prevención de los riesgos que la actividad empresarial puede ocasionar tanto en el medio ambiente externo como en el interno» (p. 158).

Sabrine Alzais («El Derecho del Trabajo ante los nuevos retos del desarrollo sostenible», pp. 159-173) se centra en la noción de *desarrollo sostenible* en relación a los principios de precaución, reversibilidad y anticipación (p. 159). Sabrine Alzais analiza el factor tiempo, íntimamente unido a estos principios, en el Derecho del Trabajo, con especial énfasis en el despido por causas económicas y en el derecho a la salud y seguridad en el trabajo. El objetivo es mostrar cómo la anticipación es un principio de realización del desarrollo sostenible, pero esta «no puede prosperar sin que su aplicación se guíe por objetivos de carácter social» (p. 173).

La contribución de Manuel Garí («Naturaleza, trabajo y sindicalismo», pp. 175-187) parte de un error cometido por el movimiento sindical: su ceguera a la hora

de advertir que el capitalismo es destructivo también para el medio ambiente. En palabras del autor, «el movimiento obrero en su conjunto (partidos y sindicatos, incluida su ala izquierda) no fue consciente en su conjunto hasta tiempos muy recientes de la gravedad e intensidad de la crisis ni de las nuevas tareas que la misma comporta para el sindicalismo clase sociopolítico» (p. 179). No obstante este déficit, todavía estamos a tiempo de reaccionar y plantear la «reconversión ecológica de la economía y la sociedad industrial» (p. 175). Para ello es preciso articular un nuevo discurso eco-sindical capaz de empoderar al movimiento obrero en tres ejes: socio-ético, político y laboral (pp. 183-184). Pero este discurso no puede implantarse sin un objetivo principal: la producción limpia (p. 185).

Cierra esta segunda parte Iñali Uribarri («La maldición del empleo. Por una renta básica de ciudadanía», pp. 189-201). Aunque el autor reconoce que no existen condiciones políticas para la viabilidad de la renta básica (p. 200), apuesta por un cambio de discurso sindical en el que se asuma esta institución como columna vertebral, sustituyendo al empleo (p. 189). Para ello es preciso acabar con una serie de mitos (la renta básica provocaría una ciudadanía vaga, incapaz de atender a las necesidades sociales, degradaría el empleo, etc.). No obstante, hubiera sido enriquecedor para este capítulo una comparativa entre la renta básica y la propuesta de trabajo garantizado que, desde otros sectores, también está en la agenda de los movimientos sociales.

4.- Finalmente, el libro desarrolla una tercera parte en la que narraciones concretas dan testimonio del trabajo que sostiene la vida. La primera, escrita por Jesús M. Castillo («La salida de la crisis económica en Andalucía: medio ambiente, trabajadores y modelo de desarrollo», pp. 205-222) aborda la cuestión medioambiental y laboral en Andalucía para confluir en un modelo de desarrollo sostenible, esto es, un modelo que garantice la calidad de vida de la mayoría social presente y futura, por lo que el factor medio ambiente de calidad y cantidad es el eje vertebral. Con el ejemplo andaluz sobre la mesa, el autor analiza las propuestas de salida de la crisis desde arriba y cómo han reproducido el modelo destructor del capitalismo: turismo de sol y playa, subvenciones agrícolas... (p. 216). Por el lado contrario, los movimientos sociales están proponiendo un modelo de salida de la crisis que es, a su vez, un modelo de ruptura con el modelo de producción capitalista: empleo verde, reforma agraria, agricultura ecológica, turismo rural, etc. (p. 216).

Siguiendo con esta propuesta de salir de la crisis eco-lógica/nómica desde abajo, las propuestas de Lidia Rodríguez García («El enfoque ecológico en logopedia», pp. 223-242), Amparo Mora Cabello de Alba («Mis dos ocho miles», pp. 243-250) y Lola Santos Fernández («Cuidar como cuidan las madres», pp. 251-264) son claros ejemplos de mecanismos de ruptura en el marco ya descrito antes de mercado-estado-hogares. Así, Lidia Rodríguez apuesta por la eco-logopedia como herramienta para la comunicación de las personas entre sí y con su medio

ambiente. Amparo Mora Cabello de Alba insta a un cambio de modo de engendrar, parir y criar desde una mirada feminista, de izquierdas y respetuosa con el medio ambiente. Finalmente, Lola Santos Fernández apunta hacia la necesidad de la alianza materna: entre las madres carnales y la Madre Tierra por medio del ecofeminismo. Concluye la autora, en el marco del cambio civilizatorio y de paradigmas que también el resto de autores han escrito, «el horizonte político del cuidado en y del trabajo necesario para vivir es hoy en día el que nos puede ayudar a conseguir el tan necesario cambio de civilización que reclama poner en el centro mismo del proceso la idea de civilización materna» (p. 264).

5.- Uno de los textos más significativos de Walter Benjamin, *Sobre el concepto de historia*, publicado en 1942 tras su asesinato dos años antes, nos advertía de los peligros de la idea de *progreso*: es el huracán que se enreda en las alas del ángel de la historia, haciendo que este no pueda plegarlas para evitar la catástrofe que va dejando ruina sobre ruina¹². Esta ruina que produce el progreso queda bien patente en el medio ambiente, limitado y finito, en el que habitamos. Los esfuerzos realizados por las personas que han escrito *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida* no solo muestran cómo actúa este huracán y qué efectos catastróficos provoca, sino que apuestan por ayudar al ángel a cerrar sus alas, construyendo alternativas de modelos de producción en los que trabajo, vida, economía y medio ambiente sean sostenibles.

Si comenzamos esta reseña aludiendo a la vida, a la vida desnuda, volvemos a ella para finalizar. Porque en el centro ha de situarse, como se muestra en este libro. Una vida en todas sus facetas, formas y contenidos. Es por ello que el cambio de paradigmas, modelo o civilizatorio que se ha puesto sobre la mesa con este libro no puede pasar por alto que la necesaria relación entre ecología y trabajo se realiza precisamente sobre la vida que debe ser sostenida. En este sentido, y señalándolo solo a modo de perspectiva, hay un concepto que nos puede ayudar a proseguir en este camino: forma-de-vida.

Giorgio Agamben define la forma-de-vida como «una vida que no puede separarse nunca de su forma, una vida en la que no es nunca posible aislar algo como una nuda vida [...]. Define una vida –la vida humana– en que los modos, actos y procesos singulares del vivir no son nunca simplemente *hechos*, sino siempre y sobre todo *posibilidades* de vivir, siempre y sobre todo potencia»¹³. Esta figura nos hace pensar en la posibilidad de *otro* cuerpo cuya singularidad radica en el uso del cuerpo, escapando a la producción, pues no produce nada sino su propio uso. Si la política ha sido pensada a través de la división, de la exclusión y de la inclusión, separando la vida de sí misma y clasificándola en vida humana, vida animal y vida vegetal, Agamben señala la necesidad de pensar una política de la

12 BENJAMIN, W., «Sobre el concepto de historia», en *Obras*, I, 2, Ed. Abada, Madrid 2008, tesis IX.

13 AGAMBEN, G., *Medios sin fin, Notas sobre la política*, Ed. Pre-Textos, Valencia, 2001, pp. 13 y 14.

forma-de-vida, esto es, de la vida indivisible e inseparable de su forma¹⁴. Y esta forma a la que queda indisolublemente unida la vida (por la que se debe luchar, pues se trata de una lucha por la supervivencia de la vida misma) se halla también en el medio ambiente.

«La guerra civil es el libre juego de las formas-de-vida, el principio de su co-existencia».

Tiqqun¹⁵

Daniel J. García López (danieljgl@gmail.com)

CONTRATO, CONSENSO, REPRESENTACIÓN. REFLEXIONES SOBRE LA JURIDIFICACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

Nunzia Castelli, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, 268 pp.

La monografía que en estas páginas se reseña aborda de forma muy original el estudio de uno de los elementos centrales de la calificación dogmática del derecho del trabajo: el contrato y la autonomía individual de las partes de la relación laboral.-

La investigación explora en profundidad las razones que han justificado la reconducción del trabajo por cuenta ajena al esquema del contrato y el significado de la autonomía contractual como manifestación consensuada de la voluntad de los sujetos que realizan el intercambio entre trabajo y retribución. Sin embargo, al mismo tiempo recuerda que este intercambio jurídico entre iguales se revela un holograma (confunde realidad y ficción), ya que está irremediablemente viciado por la inevitable implicación personal del trabajador, la enajenación de sus energías psicofísicas a cambio de un salario –su medida económica de subsistencia– y por la consecuente ficción de una voluntad que se considera siempre libre y auto-responsable.

Precisamente esta contradicción se revela el verdadero eje central de la entera estructura de la obra, que con meticulosidad e inteligencia (de lejana memoria) desenreda la tela contractual para desentrañar los nudos más recónditos del entramado contractual, nacidos de la atávica paradoja, nunca definitivamente superada, que caracteriza la relación de trabajo desde sus orígenes: el estado de dependencia, antes que contractual, social y económica del trabajador y su reconducción al esquema del contrato, instrumento de regulación del mercado entre “iguales”.

14 AGAMBEN, G., *L'uso dei corpi*, Ed. Neri Pozza, Vicenza, 2014, p. 263.

15 TIQQUN, *Introducción a la guerra civil*, Ed. Melusina, Barcelona, 2008, p. 16.

A partir de allí, con la mirada fija en la farola del derecho del trabajo, la autora reconstruye el complejo significado que la institución contractual ha ido adquiriendo a lo largo de la historia, denso en contradicciones y antinomias.

El relato histórico de la narración sin embargo no es autorreferencial, sino que es funcional para arrojar luz sobre los fenómenos sociales y jurídicos actuales, en los cuales la autora brillantemente conjuga un importante esfuerzo reconstructivo y un elevado componente crítico, dando voz además, en un diálogo ininterrumpido e ideal, a opiniones y puntos de vista de la cultura jurídica del trabajo.

El primer capítulo del libro da muestra de cómo esta insalvable contradicción irrumpe desde los orígenes del derecho del trabajo y expone las razones de la progresiva afirmación del contrato como esquema jurídico al cual las relaciones laborales han sido reconducidas por los juristas de cultura liberal. Trazando este histórico retrato en filigrana, la autora se detiene en desentrañar el significado atribuido al instrumento contractual en un clima cultural y en un marco jurídico que colocan el trabajo como eje central de la estructura de la sociedad democrática, pentagrama de los derechos sociales”, “ojo de la aguja por el cual debían pasar todos para poder estar presentes en la sociedad como ciudadanos”¹, “paseporte para la ciudadanía”². En efecto, sobre todo en Italia, el contrato representa la reacción democrática y pluralista al paréntesis corporativo, que había sofocado el trabajo dentro del organicismo de la empresa y del Estado autoritario, y el instrumento para reafirmar la existencia de una contraposición estructural de intereses entre las partes y la presencia de un colectivo de “hombres de mono azul y manos callosas”³, que con su afiliación sindical, sus luchas colectivas y su solidaridad de clase habían conseguido el sueño del reconocimiento constitucional de sus derechos.

Sin embargo, como demuestra el recorrido trazado por el segundo capítulo del libro, el proceso de desarrollo de los contenidos constitucionales del trabajo padece un repentino golpe a finales de los años '70, cuando el “capital impaciente”⁴ juega un nuevo inacabado partido de ajedrez con el trabajo. Lo culpabiliza de ser una de las causas de la crisis económica emergente, por su “obsolescencia precoz” y por la “hipertrofia y la rigidez de sus estructuras”, pone en tela de juicio la validez de un modelo de regulación fundamentado sobre la protección del trabajo y del trabajador y fomenta el proceso de revisión crítica de sus fundamentos, planteando la flexibilidad como instrumento imprescin-

1 En palabras de BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós Básica, Barcelona, 1998, traducción de la obra original de 1986, publicada por Suhrkamp (Frankfurt).

2 De acuerdo con la definición dada por ROMAGNOLI, U., *La ley de las dos ciudadanías*, en *Revista de la Fundación 1 de Mayo*, 2013, 48, pp. 7-10.

3 De acuerdo con el célebre epíteto de ROMAGNOLI, U., presente, entre muchos escritos, en *I diritti sociali nella Costituzione*, in *DLM*, 2005, 3, p. 521 ss. y en *El derecho del trabajo en la era de la globalización*, en *RDS*, 2003, 24, p. 11.

4 Expresión utilizada por ESTRADA LÓPEZ, B., *Frente al capital impaciente*, Madrid, Fundación 1 de Mayo, 2011.

dible de adaptación al cambio. Con la “colonización economicista del derecho del trabajo” se intenta construir otro derecho, ya no del trabajo, sino del empleo, que traslade el punto de incidencia de la disciplina desde objetivos de democratización e igualación de las relaciones de poder entre las clases hacia objetivos de eficiencia y racionalidad y que convierta al trabajador en “hombre flexible”⁵. “The wind of change”, se dice.

Con la mirada fija en el derecho del trabajo como “modelo para armar”⁶, la autora construye el marco de referencia dentro del cual se inserta su análisis y demuestra con excelente rigor científico la falsedad del postulado según el cual la flexibilidad determinaría la creación de empleo y que, como la siempre joven y hermosa cara de Dorian Grey, esconde otro retrato de la realidad. El pacto diabólico ha producido de hecho efectos nefastos: la sustitución de trabajo estable y protegido por trabajo precario, la precarización laboral, la ruptura del principio de estabilidad en el empleo, la dualización del mercado de trabajo, la fragmentación del estatuto jurídico del trabajo por cuenta ajena, la despolitización del significado del trabajo y de sus garantías.

Dentro de este escenario en mutación la autora ahonda en los planteamientos que proponen re-significar el contrato, que como Cerbero es un monstruo de más cabezas: de acuerdo con su originaria función de instrumento de regulación del mercado, la postura más estrictamente economicista lo utiliza para afirmar la re-expansión del poder empresarial; la doctrina más sensible a las nuevas exigencias del mismo mundo del trabajo, cada vez menos masificado y estandarizado, valoriza su papel de vehículo privilegiado de expresión de libertad jurídica y de autonomía individual para plantear la re-personalización del trabajo que atribuya centralidad al individuo y a sus necesidades. Sin embargo, como destaca la autora con extrema lucidez, este planteamiento es atractivo en la medida en que suponga la constante presencia e intervención del Estado, que vigile el reino de Hades de la autonomía de la voluntad. Frente a un derecho del trabajo cojo y debilitado, que vive la retirada de la intervención normativa estatal y la crisis de la norma imperativa, la aceptación de las posturas neocontractualistas abre un valle sólo imaginario entre la mercantilización del trabajo y la autodeterminación del trabajador y tropieza una vez más con la antinomia de una voluntad que sea verdaderamente libre de condicionamientos en un mercado cada vez menos regulado. El contrato devuelve otra vez el Trabajo al mercado.

En el tercer y último capítulo, la crisis económica más reciente y la emergencia del cambio de modelo se adueñan de la exposición. En el escenario de la globalización neoliberal, que afirma un proyecto político inspirado en los paradigmas

5 Título de un interesantísimo libro de SENNET, R., *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milán, 1999.

6 Expresión mutuada de la célebre novela libro de Julio Cortázar 62/*Modelo para armar* y a su vez de la interesantísima monografía, cuyo título se inspira en el primero, escrita por BAYLOS, A., *Derecho del trabajo. Modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.

dominantes del pensamiento neoliberal, el capital impaciente devasta *ferro ataque igni* la ciudad del trabajo⁷: fragmentación, precarización, crecimiento exponencial de las desigualdades sociales, descolectivización, remercantilización, reparto de poder y riqueza más favorable a los intereses del gran capital.

Como bien desvela la autora, la mutación del capitalismo financiero y la expansión del sistema capitalista a escala mundial producen consecuencias nefastas para los mismos Estados (pérdida de su centralidad en la regulación jurídica, protagonismo creciente de la empresa global, desterritorialización de los mercados, intensificación de la interdependencia económica global y desnacionalización del derecho), que sufren de una permanente debilidad, se revelan incapaces de gobernar fenómenos de nivel global y a la vez, con sus políticas, legitiman y cumplen con los dictados de la Técnica. El mercado se empodera de la regulación y, con ello, de las relaciones de trabajo. Frente a la pérdida de autoridad del instrumento legislativo, cobran protagonismo creciente otros instrumentos extralegislativos, cuyo mayor representante es –otra vez– el contrato, efigie de relaciones que ya se leen como interprivadas, en las cuales el interés privado de la empresa coloniza el interés general y donde se reduce drásticamente el espacio para la norma imperativa estatal que tutela intereses superindividuales.

En este marco la autora se sitúa en posiciones muy críticas con respecto a la reconfiguración del papel del mercado, demostrando con firme convicción que la mercantilización de las relaciones laborales ha legitimado la revisión regresiva de los fundamentos éticos, ha conducido a un proceso de contractualización, desnacionalización del derecho, privatización del interés general, a la re-expansión de los márgenes de operatividad del mercado y a la sustancial sumisión del derecho del trabajo a las exigencias del sistema económico y productivo articulado globalmente.

Precisamente la nueva vuelta al contrato tropieza una vez más con la vieja paradoja en que se mueven estos planteamientos: a la vez que insiste en una mayor contractualización de las relaciones laborales, está negando espacio a la bilateralidad, fortaleciendo un esquema puramente unilateral marcado por el autoritarismo del poder privado empresarial. Tomando en préstamo una eficaz expresión contenida en el prólogo del libro, escrito por Antonio Baylos, “la descripción final del Derecho del Trabajo de la crisis neoliberal se resuelve en un “derecho del trabajo en crisis”, con planteamientos neo-feudales en la empresa y pérdida de la cualidad de ciudadanía”.

El libro es interesante, denso y complejo a la vez.

El texto toma forma en un estilo de escritura original y fluido y su ritmo es en todo momento muy elevado. Es un libro que presenta rasgos de originalidad y de

7 En recuerdo del célebre libro de TRENTIN, B., *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, Feltrinelli, Milán, 1997.

sistematización en cada página, proponiéndose como una referencia ineludible para el estudio de los modelos culturales del derecho del trabajo en la cultura italiana y española.

El enfoque comparado del análisis se refleja no sólo en su estructura, que analiza de forma paralela elementos propios de la historia, de la cultura jurídica y del conjunto normativo italiano y español, sino también en el importante aparato bibliográfico.

Es un libro donde, como en las mejores películas de Kubrick, nada es casual, ningún color, ningún tono, ninguna palabra. Es un libro que propone distintos planos de interpretación, que en cada fase de lectura permite descubrir interconexiones nuevas y profundas que contribuyen a tejer una tela inextricable.

En tejerla la autora revela toda su capacidad magistral, dando a la luz un hermosísimo Telémaco, hijo de la meticulosidad inteligente de Penélope y del multiforme ingenio de Ulises, cuya gesta la Musa narra. Con semejantes cartografías del cielo y del mar, *Il naufragar m'è dolce in questo mare*.

Marialaura Birgillito

NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN EN LA REVISTA DE DERECHO SOCIAL LATINOAMÉRICA (RDS-LAT)

1. Los artículos enviados deberán ser inéditos. Los trabajos que ya hayan sido publicados en otras revistas serán descalificados automáticamente.
2. Los trabajos que se consideren para publicación podrán ser escritos en castellano y en portugués, puesto que la revista es bilingüe.
3. Los artículos han de enviarse a la redacción de la Revista (editorialbomarzo@editorialbomarzo.es; rbenito@editorialbomarzo.es) o al responsable editorial (Antonio.baylos@uclm.es) con anticipación suficiente puesto que pasan por un proceso de dictamen doble ciego elaborado por pares elegidos de una cartera de evaluadores.
4. Los evaluadores tienen *30 días naturales* para emitir su dictamen por escrito a fin de que los autores en su caso puedan contestar al dictamen elaborado.
5. En caso de recibir dictámenes opuestos (uno a favor y otro en contra de la publicación) el Comité de Evaluadores enviará a tercer dictamen la obra; en dado caso la decisión sobre los incidentes que se susciten la resolverá el Comité de Redacción.
6. Formato. Los originales deberán ir escritos en Word, justificado en letra Arial tamaño pt. 12. La extensión total no deberá superar las 12.000 palabras, incluidos notas a pie de página y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título (en castellano o portugués y en inglés), nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto, dos resúmenes, en español o en portugués e inglés, de unas 120 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).
7. Notas a pie de página: Los textos llevarán notas a pie de página con referencias bibliográficas completas, al estilo latino. Los nombres de los autores se pondrán en mayúscula.
8. El comité de Redacción podrá en todo caso solicitar del autor/a/es modificaciones en la edición del texto para conformarlo a la generalidad de los publicados.

ESTUDIOS

Do direito e da exceção dentro do ajuste.

Tarso Genro

Crisis del modelo social y liberalismo autoritario en Europa.

Antonio Baylos Grau

Flexibilidad Laboral y Medidas de Austeridad en Puerto Rico.

Carlos Alá Santiago Rivera

El fin del patriarcado del capital: la masculinidad en tránsito.

Laura Mora Cabello de Alba

Contra o neoliberalismo, a utopia do trabalho.

Manuel Carvalho da Silva

Derecho a la resistencia y justiciabilidad de los derechos sociales en Ecuador.

Albert Noguera Fernández

Negociação tripartite: mecanismos híbridos na arena pública brasileira.

Paola Cappellin

Sindicalismo europeo y latinoamericano.

Pere J. Beneyto y Alvaro Orsatti

TENDENCIAS

1. LIBERTAD SINDICAL EN AMÉRICA LATINA

La libertad sindical andina: Colombia, Ecuador y Perú.

Miguel F. Canessa Montejo

Normativa sobre libertad sindical y negociación colectiva en Centroamérica y el Caribe (Costa Rica, Guatemala, República Dominicana y Panamá).

Carlos Ayala Montero

2. TERCIALIZACIÓN EN BRASIL

O debate atual sobre a terceirização no Brasil – entre a mercantilização desenfreada e a limitada do trabalho humano.

Rodrigo de Lacerda Carelli

CONFLICTOS

Participación de la OIT en la Reforma a la relaciones laborales chilenas: pocos principios, mucho pragmatismo.

Daniela Marzi Muñoz

NOTICIAS

Red Euro-Latinoamericana de Análisis sobre Trabajo y Sindicalismo (RELATS).

El trabajo sindical en la relación UE-América Latina. Balance y perspectivas.

Juan Moreno Preciados

Crisis del modelo social y liberalismo autoritario en Europa.

Antonio Baylos Grau