REVISTA DE
DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

VOLUMEN I - 2013

LEGALPUBLISHING

THOMSON REUTERS

Las dos almas del Derecho del Trabajo

Sergio Gamonal Contreras

> *"El Derecho sirve a la libertad humana, abre el camino a la autodeterminación que hoy el individuo tiene formal pero no realmente, lleva a los derechos sociales de los individuos"* (Hugo Sinzheimer[1]).

> *"El derecho es una técnica de regulación del poder social... Las leyes pueden, en ocasiones, apoyarlo, restringirlo e, incluso, crearlo, pero las leyes no son la principal fuente de poder en la sociedad"* (Otto Kahn-Freund[2]).

Estas dos frases de reconocidos laboralistas enmarcan lo que podríamos denominar las *dos almas del derecho del trabajo*, el derecho individual con su epicentro en la ley y el derecho colectivo con su epicentro en los actores sociales.

El derecho individual elabora leyes que buscan proteger al trabajador que es la parte débil del contrato de trabajo. Podríamos decir que se trata de la vocación tradicional del derecho del trabajo[3].

El derecho colectivo constituye la sofisticación del derecho laboral. En las sociedades más democráticas y de mayor desarrollo los límites de la ley (necesariamente general) son complementados con la normativa colectiva, a nivel de área y de empresa, elevando los mínimos legales.

Además, los trabajadores agrupados a nivel nacional y sectorial tienen mucho más poder para equilibrar la relación de trabajo y negociar en igualdad de condiciones con sus empleadores.

Este desarrollo colectivo también se da en países en desarrollo, por ejemplo en América Latina, pero con menos cobertura.

Desde hace algunas décadas, con el avance del neoliberalismo y de la globalización, esta vocación del derecho individual ha sido discutida y el derecho colectivo se ha visto afectado por la pérdida de poder de los sindicatos.

---

[1] *Crisis Económica y Derecho del Trabajo* (1984), 1ª edición en alemán en 1922, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, p. 63.

[2] *Trabajo y Derecho* (1987), 1ª edición en inglés en 1972, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, p. 48.

[3] Collins, Hugh (1989), "Labour Law is a Vocation", *Law Quarterly Review* (105 Jul.), pp. 469 y 470.

Sin embargo, como postularemos en este artículo, la protección del trabajador sigue siendo relevante para el derecho del trabajo.

1. Las dos almas o pilares del derecho laboral

El trabajo es vital para la subsistencia y autorrealización del ser humano[4] y el contrato de trabajo se perfila, probablemente, como la relación de poder más relevante entre particulares. Esta característica fue destacada por la doctrina desde los albores del derecho laboral[5].

¿Puede el valor y las condiciones de trabajo estar sujetas al libre mercado? La respuesta es negativa. Las asimetrías de poder son enormes entre trabajador y empleador y, por otro lado, todos los mercados necesitan regulación, el problema es qué tipo de regulación.

El alma individual del derecho del trabajo, por medio de la protección del contratante débil intenta dar una respuesta tutelar.

La ciencia económica clásica estaba consciente de estas asimetrías de poder. Quien mejor que Adam Smith para describirlo: "Un terrateniente, un granjero, un industrial o un mercader, aunque no empleen un solo obrero, podrían en general vivir durante un año o dos del capital que ya han adquirido. Pero sin empleo muchos trabajadores no podrían resistir ni una semana, unos pocos podrían hacerlo un mes y casi ninguno un año. A largo plazo el obrero es tan necesario para el patrono como el patrono para el obrero, pero esta necesidad no es así a corto plazo"[6].

Aunque el mercado es un importante medio de asignación de recursos, no existe algo así como "el mercado libre", todos tienen regulación[7] y el mercado de trabajo es uno de los más imperfectos en su funcionamiento.

Con todo, la protección del trabajador se encuentra cuestionada por algunos economistas, contraponiendo equidad versus eficiencia.

La doctrina laboral ha enfatizado que esta disyuntiva no es tal y que la protección del trabajador se mantiene como un imperativo vigente incluso en los países desarrollados[8].

[4] Autores como Elster han destacado que el trabajo es esencial como medio de autorrespeto, fuente de estructura y orden en la vida cotidiana, además de ser un vehículo de autorrealización de los seres humanos. Vid. Elster, Jon (2003), "Desempleo y Justicia Local", *Revista Internacional de Sociología*, N° 34, pp. 169 a 173.

[5] Scelle, Goerges (1922), *Le Droit Ouvrier,* París, Librairie Armand Colin, p. 2.

[6] Smith, Adam (2011), *La Riqueza de las Naciones*, editada originalmente en inglés en 1776, traducción de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza Editorial, p. 111.

[7] Chang, Ha-Joon, (2012), *23 Cosas que no te cuentan sobre el Capitalismo*, Barcelona, Debate, pp. 25 y ss.

[8] Davidov, Guy (2007), "The (changing?) idea of labour law", *International Labour Law Review*, Vol. 146 N° 3-4, pp. 317 a 319.

Se ha cuestionado la idea neoliberal de que los estándares protectores afecten negativamente la competitividad, citando el caso de los países del sudeste asiático[9] o el de Sudáfrica[10].

En palabras de Ermida: "un Derecho Laboral no protector carecería de razón de ser"[11].

Por su parte, la idea o pilar colectivo del derecho del trabajo, tuvo un desarrollo bastante espectacular en el norte de Europa y en los países anglosajones. Es una tutela instrumental, dado que no establece derechos mínimos, sino que contempla las herramientas (sindicato y huelga) para que los trabajadores negocien con igualdad de poder con sus empleadores[12].

Este pilar colectivo opera por medio de la contratación colectiva y del derecho de huelga, y ha sido propio de países con democracias avanzadas y de alto desarrollo económico, sin perjuicio de que los países en vías de desarrollo también han intentado conformar un poder sindical.

Un economista clásico como Stuart Mill estaba a favor de los sindicatos y de la huelga, como único medio de los que venden su trabajo para cuidar de sus intereses en un sistema de libre competencia y exigir una participación en las ganancias del trabajo que venden [13].

Pero los últimos decenios han sido difíciles para los sindicatos. El poder que han acumulado las empresas transnacionales ha afectado gravemente el poder sindical y la posibilidad real de que los trabajadores expongan sus puntos de vista[14].

[9] Deakin, Simon y Wilkinson, Frank (1994), "Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards", *Industrial Law Journal*, Vol. 23 N° 4, p. 309.

[10] Davies, Dennis M. (2004), "Death of a Labour Lawyer?", *Labour Law in an Era of Globalization* (editado por Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl y Karl Klare, Nueva York, Oxford University Press), p. 167.

[11] Ermida Uriarte, Óscar, (2011), "Crítica de la Libertad Sindical", *Revista Derecho Laboral* (Tomo LIV, N° 242, Abril-Junio 2011), p. 226.

[12] Como acertadamente precisaba D'Antona, la noción de subordinación (propia del pilar individual) tiene un vicio de origen, un pecado original, dado que está construida sobre un disvalor: la ausencia de poder y de autonomía del trabajador. De esta forma, el trabajador subordinado es individualizado en negativo, por su ausencia de poder y autonomomía, mientras el moderno derecho del trabajo (se refería a década de los ochenta) se centra en los fenómenos de interacción de poder, como la contratación colectiva y los mecanismos de participación que conllevan a una codeterminación de las normas laborales. Vid. D'Antona, Massimo (1988), "I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione", *Massimo D' Antona OPERE*, volumen tercero, tomo III (al cuidado de Bruno Caruso y Silvana Sciarra), Milán, Giuffrè, 2000, p. 1217.

[13] Mill, John Stuart (1943), *Principios de Economía Política*, traducción de la Edición Ashley de 1909 (la séptima edición de 1871 fue la última corregida por Mill) de Teodoro Ortiz, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 924 y 925.

[14] Atleson, James B. (1985), "Reflections on Labor, Power, and Society", *Maryland Law Review*, N° 44, pp. 842 y ss.

El pilar o alma individual se ha desarrollado más en aquellos sistemas basados fundamentalmente en la tutela del trabajador dentro del contrato de trabajo[15]. Tutela efectuada por medio de la legislación de orden público.

En Estados Unidos el pilar colectivo *(collective bargaining)* ha monopolizado gran parte de la discusión sobre el derecho del trabajo en el siglo XX, relegando el pilar individual *(employment law)* a un segundo plano[16]. Este predominio del pilar colectivo rigió también en los países más ricos de Europa.

Hasta los ochenta, hubo cierta convergencia entre la evolución de los países latinoamericanos con los países desarrollados. Los primeros contemplaban tutela individual, pero aspiraban a la tutela colectiva de estos últimos. Podríamos decir que se trataba de una convergencia al alza.

Desde fines de los ochenta la flexibilidad llega a todo el mundo, la tutela colectiva comienza a declinar e incluso la individual en países con alto desarrollo económico. Puede ser caracterizado como una convergencia a la baja.

De las almas del derecho laboral la más resentida es la colectiva. La individual ha sido cuestionada pero nada parece erradicarla y, aún más, muchos países subdesarrollados han ido fortaleciendo el pilar individual. Con todo, y a pesar de los cuestionamientos, el pilar colectivo también se mantiene vigente.

2. El fundamentalismo economicista

Desde la revolución neoliberal (Thatcher y Reagan) ha predominado el fundamentalismo de mercado. La idea central respecto del derecho es que éste debe dejar operar al orden "espontáneo del mercado", sin interferencias que limiten su eficiencia[17].

La escuela jurídica líder en esta minusvaloración del derecho ha sido el AED o Análisis Económico del Derecho[18], el cual en palabras de Fiss constituye el rechazo a una noción de derecho como ideal público[19]. Esta escuela de pensamiento ha sido muy criticada desde hace más de 20 años en Estados Unidos, y como señala este

[15] En palabras de Giugni, si la sociedad por acciones ha permitido la concentración y el uso del capital, el contrato de trabajo ha permitido la organización de la producción en una escala jamás conocida y, por lo mismo, ha permitido la reproducción del capital. Vid. Giugni, Gino (1979), "Diritto del Lavoro (voce per un'enciclopedia)", *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 255.

[16] Arthurs, Harry (2011), "Labour Law After Labour", *The Idea of Labour Law* (editado por Guy Davidov y Brian Langille, Nueva York, Oxford University Press), pp. 16 y ss.

[17] Supiot, Alain (2011), *El Espíritu de Filadelfia*, Barcelona, Ediciones Península, pp. 31 y ss.

[18] Sobre esta corriente de pensamiento, vid. Ugarte Cataldo, José Luis (2001), *Análisis Económico del Derecho, El Derecho Laboral y sus Enemigos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 16 y ss.

[19] Fiss, Owen (1991), "¿La Muerte del Derecho?", *DOXA*, N° 10, p. 124. Este autor también critica de esta forma a la CLS o Escuela de Estudios Críticos.

autor su hechizo pareciera deshecho, la hipótesis de la eficiencia tiene poco interés y existe hacia esta visión un sentimiento de incredulidad cada vez mayor[20].

La vigencia del mercado sin restricciones de justicia implica enormes desigualdades[21]. Y estas desigualdades crean asimetrías de funcionamiento que convierten en quimera la idea de mercado perfecto.

En este contexto limitativo no hay espacio para el derecho laboral, ni para el pilar individual o el colectivo. Por el contrario, el prototipo neoliberal a escala mundial es el "trabajador desechable"[22].

La búsqueda de la empleabilidad y la noción antojadiza de que el derecho del trabajo es responsable de la cesantía, se impuso en los noventa y aunque está muy desacreditada aún tiene incidencia en los gobiernos.

La Globalización y la revolución informática en boga han generado un nuevo (des)equilibrio de poder a favor del empresariado que ha puesto en jaque el antiguo orden mundial[23]. El capitalismo accionario cortoplacista, en alguna medida, se ha apoderado del planeta y esta catástrofe es producto de la ideología del libre mercado imperante en el mundo[24].

La flexibilidad laboral es una noción propagandística, que carece de base empírica, conceptual e histórica, siendo utilizada como un instrumento retórico e ideológico más que analítico[25].

La flexibilidad laboral no ha podido cumplir su mayor promesa, el de ser un instrumento para disminuir el desempleo y permitir el desarrollo. Su propuesta, en la actualidad, resulta, por decir lo menos, ingenua o mal intencionada.

3. La protección del trabajador en el mundo globalizado

Luego de la globalización de mercado, mucho se ha escrito acerca de las transformaciones y del futuro del derecho del trabajo.

Para los europeos y los habitantes de los países desarrollados la flexibilidad y las políticas neoliberales, la deslocalización de las empresas, la necesidad de ser competitivos, las nuevas tecnologías y la pérdida de poder relativo de los sindica-

[20] Fiss, Owen (1992), "El Derecho Recuperado", *DOXA*, N° 11, p. 234.

[21] MacCormick subraya que los que desean restaurar el mercado saben que éstos, aunque funcionen correctamente, generan cotas considerables de desigualdad económica, y no pueden defenderse o pretender su irresponsabilidad a este respecto. Vid. MacCormick, Neil (1989), "Orden Espontáneo e Imperio de la Ley: Algunos Problemas", *DOXA*, N° 6, pp. 319 y 320.

[22] Harvey, David (2007), *Breve Historia del Neoliberalismo*, Madrid, Ediciones Akal, p. 185.

[23] Cohen, Daniel (2007), *Tres Lecciones sobre la Sociedad Postindustrial*, Buenos Aires, Katz Editores, pp. 23 y ss.

[24] Chang, 2012, pp. 35 y ss.

[25] Gamonal Contreras, Sergio (2008), *Fundamentos de Derecho Laboral*, Santiago, LexisNexis, pp. 133 y ss.

tos, parecieran poner en duda la viabilidad de la protección laboral. Desde este contexto se ensayan respuestas desde la doctrina, como la necesidad de mantener la tutela originaria del derecho laboral[26], o reexaminar la noción de capacidad legal desde la perspectiva de la *capability (capacitas)* postulada por algunos economistas como Amartya Sen, como condición para operar en el mercado[27], o acentuar la importancia de los estándares internacionales de derechos humanos[28], o resaltar la importancia de la auto y co-regulación en el lugar de trabajo[29].

En Latinoamérica el derecho laboral ha mejorado desde los noventa, sobre todo desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad basado en nuevos textos constitucionales, en numerosos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, y en desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia. Esta noción integra todas las normas y principios de derechos fundamentales laborales en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa[30].

En el resto del mundo la tendencia pareciera inclinarse hacia la protección, desde la óptica del pilar individual e, incluso, colectiva en algunos casos.

Países emergentes como China, han promulgado una nueva legislación de contrato de trabajo, de mediación y de arbitraje, de higiene y seguridad y de ingreso mínimo[31]. Posiblemente, parte importante de esta regulación protectora no se aplique, pero su dictación constituye un primer paso, que deberá ser complementado con la coercibilidad efectiva de estas normas.

La misma senda ha sido seguida por Taiwán y Corea del Sur, que han comenzado a dictar y promover normas laborales protectoras[32].

En África, desde la década del noventa, Sudáfrica y otros países del sur del continente como Namibia, República Unida de Tanzania, Suazilandia y Lesoto, han dictado normas protectoras y de término de contrato[33].

[26] Davidov, 2007, pp. 311 y ss.

[27] Deakin, Simon (2009), "*Capacitas*: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market", en *Capacitas, contract law and the institucional preconditions of a market economy* (editado por Simon Deakin y Alain Supiot, Oxford, Hart Publishing), pp. 18 y ss.

[28] Arthurs, 2011, pp. 23 y ss.

[29] Estlund, Cynthia (2010), *Regoverning the Workplace*, New Haven, Yale University Press, pp. 131 y ss.

[30] Barbagelata, Héctor-Hugo (2009), *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales* (2ª edición actualizada y ampliada), Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 219 y ss.

[31] Brown, Ronald C. (2012), *East Asian Labor and Employment Law, International and Comparative Context*, New York, Cambridge University Press, pp. 410 y ss.

[32] Brown, 2012, 494 y ss. para el caso de Taiwán y pp. 368 y ss. para Corea del Sur.

[33] Bronstein, Arturo (2010), *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo* (traducción de Marinao C. Melero), Madrid, Plaza y Valdés Editores, pp. 286 y ss.

Los países de Europa del Este, como Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Polonia, Rumania, Eslovaquia y Eslovenia, han adoptado un derecho laboral en base al modelo europeo[34].

Por último, tanto en Nueva Zelanda en 1991 como en Australia en el 2006 se aprobaron leyes que desregulaban el derecho del trabajo y luego ambos países restablecieron la tutela laboral, revirtiendo en gran parte las reformas neoliberales[35].

Por su parte, el pilar colectivo mantiene vigencia.

Por ejemplo, China desde hace unos 15 años ha adoptado regulaciones incipientes en materia de negociación colectiva, incluyendo negociación por área de actividad desde el año 2008[36].

Aunque en Japón la negociación colectiva ha estado en crisis sigue siendo muy relevante, distinguiendo entre contratos colectivos remuneraciones y de condiciones de trabajo. Los primeros realizados anualmente en primavera, entre abril y mayo de cada año[37].

Muchos países europeos mantienen un esquema de negociación colectiva supra empresarial, como Alemania[38], Bélgica[39], Finlandia[40], Holanda[41] y Suecia[42]. Es cierto que luego de los casos Viking y Laval existe una gran polémica en la doctrina europea acerca de la vigencia de la libertad sindical en el espacio comunitario, pero estamos hablando de negociaciones colectivas y huelgas que

[34] Bronstein, 2010, pp. 224 y ss.

[35] Anderson, Gordon, Gahan, Peter, Mitchell, Richard y Stewart, Andrew (2011), "The Evolution of Labor Law in New Zeland: A Comparative Study of New Zeland, Australia, and Five Other Countries", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 33, N° 1, pp. 137 y ss.

[36] Wu, Jinyu (2008), "Il regolemento della cittá di Shanghai sulla contrattazione collettiva", *Diritto delle Relazioni Industriali*, N° 2/XVIII, pp. 603 y ss.

[37] Kuwahara, Yasuo (2004), "Employment Relations in Japan", *International and Comparative Employment Relations*, 4ª edición, editado por Greg J. Bamber, Russell D. Lansbury y Nick Wailes, Londres, Sage Publications, p. 290. Vid. también Brown, 2012, pp. 332 y ss.

[38] Zachert, Ulrich (2005), "Collective Agreements in Germany", *Collective Bargaining in Europe*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, p. 30.

[39] Engels, Chris y Salas, Lisa (2005), "Collective Agreements in Belgium", *Collective Bargaining in Europe*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, p. 54.

[40] Bruun, Niklas (2005), "Collective Agreements in Finland", *Collective Bargaining in Europe*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, p. 78.

[41] Asscher-Vonk, I. (2005), "Collective Agreements in Netherlands", *Collective Bargaining in Europe*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, p. 143.

[42] Numhauser-Henning, Norberg y Numhauser-Henning, Ann (2005), "Collective Agreements in Sweden", *Collective Bargaining in Europe*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, p. 247.

trascienden el espacio nacional, lo que es extraordinario y un mero ideal en el resto del planeta[43].

En el caso de Europa del Este y la ex Yugoslavia, también encontramos niveles de negociación colectiva supra empresarial, por ejemplo, en Bulgaria[44], Hungría[45], Kosovo[46], Macedonia[47], Montenegro[48], República Checa[49] y Serbia[50]. En el resto de los países de esta zona, también se ha desarrollado la negociación colectiva aunque sea a nivel empresarial, por ejemplo en Estonia[51], Letonia[52], Lituania[53] y Polonia[54].

[43] Novitz, Tonia (2010), "The Impact of Viking and Laval. Contesting the social function and legal regulation of the right to strike", *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe*, Editado por Edoardo Ales y Tonia Novitz, Antwerp, Intersentia, pp. 251 y ss.

[44] Aunque la negociación por empresa es la más importante, también hay negociación supra empresa, vid. Tomev, Lyuben (2009), *Bulgaria: Industrial Relations Profile*, Eurofound, p. 7. Disponible en la web: http://www.eurofound.europa.eu/eiro/country/bulgaria.pdf (visitada el 14 de enero de 2013).

[45] Neumann, László (2009), *Hungary: Industrial relations Profile*, Eurofound, pp. 7 y 8. Disponible en la web: http://www.eurofound.europa.eu/eiro/country/hungary.pdf (visitada el 14 de enero de 2013).

[46] Shaipi, Kushtrim (2012), *Kosovo: Industrial Relations Profile*, Eurofound, p. 6. Disponible en la web: http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef12152.htm (visitada el 14 de enero de 2013). Con todo, los acuerdos nacionales han tenido problemas de eficacia, vid. Shaipi, 2012, p. 6.

[47] Hristova, Lidija y Majhosev, Andon (2012), *Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM): Industrial Relations Profile*, Eurofound, pp. 6 y ss. Disponible en la web: http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef12153.htm (visitada el 14 de enero de 2013).

[48] Šćepanović, Vera (2012), *Montenegro: Industrial Relations Profile*, Eurofound, pp. 5 y 6. Disponible en la web: http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef12154.htm (visitada el 14 de enero de 2013).

[49] Myant, Martin (2010), *Trade Union in the Czeck Republic*, Report N° 15, Bruselas, ETUI European Trade Union Institute, pp. 18 y ss.

[50] En el sector público la negociación colectiva es sectorial y en el privado por empresa, aunque existen dos áreas con negociaciones por sector o rama de actividad. Vid. Arandarenko, Mihail (2012), *Serbia: Industrial Relations Profile*, Eurofound, pp. 5 y 6. Disponible en la web: http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef12155.htm (visitada el 14 de enero de 2013).

[51] Nurmela, Kirsti (2009), *Estonia: Industrial Relations Profile*, Eurofound, p. 4. Disponible en la web: http://www.eurofound.europa.eu/eiro/country/estonia.pdf (visitada el 15 de enero de 2013).

[52] Karnite, Raita (2009), *Latvia: Industrial Relations Profile*, Eurofound, pp. 5 y 6. Disponible en la web: http://www.eurofound.europa.eu/eiro/country/latvia.pdf (visitada el 15 de enero de 2013).

[53] Blažiene, Inga (2009), *Lithuania: Industrial Relations Profile*, Eurofound, p. 4. Disponible en la web: http://www.eurofound.europa.eu/eiro/country/lithuania.pdf (visitada el 15 de enero de 2013).

[54] Gardawski, Juliusz, Mrozowicki, Adam y Czarzasty, Jan (2012), *Trade Union in Poland*, Report N° 123, Bruselas, ETUI European Trade Union Institute, pp. 12, 13, 15 y 22 y ss.

En América Latina un caso reciente y exitoso de fortalecimiento de la negociación colectiva a nivel nacional y por área de actividad es Uruguay[55].

Es así como apreciamos que, no obstante la crisis sindical y los problemas que aquejan al pilar colectivo, muchos países han mantenido sus sistemas de negociación y, en el caso de los ex países comunistas, todos han adoptado sistemas de negociación colectiva y una mayoría ha optado por la negociación supra empresarial.

4. El derecho del trabajo como sistema pendular

Pareciera que los sistemas laborales oscilan entre tutela individual y colectiva. En países con desarrollo industrial, ambas tutelas fueron surgiendo en paralelo, consolidándose finalmente una tutela individual mínima complementada por una intensa tutela colectiva hasta los años setenta. En los países no industriales, tiende a permanecer como principal la tutela individual. Ese fue el caso del siglo XX.

En los países de alta industrialización, desde la década de los setenta del siglo pasado, la tutela colectiva decae pero no desaparece. Por su parte, la tutela individual permanece, integrada a sistemas de flexiguridad, flexibilizándose a secas en unos pocos casos o aumentando la protección. Este proceso va acompañado de una pérdida relativa de poder por parte de los trabajadores.

Por el contrario, no obstante lo salvaje de la globalización en los países no europeos, es posible apreciar que en algunos se consolida el pilar individual (Latinoamérica) o empieza a ser conformado (China, Sudáfrica, Sudeste Asiático, Europa del Este) o es restablecido luego de reformas neoliberales que fracasaron (Australia y Nueva Zelanda).

Por otro lado, el pilar colectivo comienza a esbozarse en China, es reforzado en Uruguay y es adoptado en los países de Europa del Este.

Al tenor de estas evoluciones legislativas, podemos afirmar que no es que el derecho laboral se esté acabando, sino que se ha globalizado y ondula de mayor a menor protección y viceversa según el poder relativo de los trabajadores. Por ello hablamos del derecho laboral como sistema pendular.

La protección laboral se ha globalizado a los países más pobres, los cuales al crecer y constituir una masa de trabajadores de clase media inician un proceso de construcción del pilar individual, sobre todo, para efectos de lograr la pacificación social. Detrás de esta evolución, tiende a ir un incipiente pilar colectivo.

Por otro lado, en los países desarrollados, donde los trabajadores han perdido poder, se observa el debilitamiento del pilar colectivo y la revitalización del individual.

[55] Loustaunau, Nelson E. (2010), *Consejos de Salarios*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 31 y ss.

Obviamente, lo ideal es el desarrollo del pilar individual como mínimo y de un sofisticado pilar colectivo. Pero en la actualidad, este ideal es más bien excepcional, aunque no debiera extrañarnos que en los próximos años resurja con fuerza, incluso, en países en que este esquema ha sido desconocido.

La búsqueda de la protección del trabajador está en el ADN del sistema de derechos humanos, en numerosos tratados y declaraciones internacionales de derechos fundamentales, lo que refuerza su importancia y universalidad.

El ideal de protección del débil constituye una noción primordial para la civilización, tan relevante y eterna como la idea de Democracia. Puede haber retrocesos o procesos sociales retrógrados[56], pero estamos seguros de que siempre serán transitorios, dado que las buenas ideas perduran y se fortalecen en el tiempo.

[56] Como ocurre, lamentablemente, con la situación de los más de 200 millones de trabajadores migrantes en el mundo. Vid. Fudge, Judy (2012), "Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volume 34, pp. 95 y ss., y Thomas, Chantal (2010), "Undocumented Migrant Workers in a Fragmented International Order", *Maryland Journal of International Law*, Vol. 25, pp. 187 y ss.

La rehabilitación de los principios del Derecho del Trabajo y el concepto del Derecho

José Luis Ugarte Cataldo[1]

I. La regla legal que no es Derecho del Trabajo

La duda central que recorrerá estas líneas es la siguiente: qué ocurriría si el legislador laboral dicta una norma como ésta: "*la jornada de trabajo y sus límites serán fijadas única y exclusivamente por el empleador y trabajador*".

No me refiero, obviamente, a la posibilidad política –que de hecho tuvo normas como ésa y otras en las experiencias flexibilizadoras de las últimas décadas–, sino a la posibilidad jurídica: ¿puede considerarse como válida en el Derecho del Trabajo una norma como aquélla?

Adelantemos la respuesta: en ningún caso. Esa norma –un precepto legal laboral, por supuesto– no sería Derecho del Trabajo por una sencilla razón, niega radicalmente la dimensión ideal de esa área del derecho expresada en los principios que la constituyen, especialmente el principio de protección. Y esa regla legal no sólo no hace el mínimo esfuerzo por reconocerla, sino que violenta radicalmente dicha dimensión.

Una ley es una ley dirían algunos, aunque a los laboralistas no les guste. Cierto, pero relativo. De hecho, más relativo que nunca. Si esos principios del Derecho del Trabajo están reconocidos en el texto constitucional, entonces la validez de esa regla queda gravemente comprometida. Y si los principios propios de la disciplina no tienen ese rango constitucional de igual modo cumplirían una función aplicativa: deberán guiar una interpretación restrictiva (o buscar la más "conforme" a principios) de esa regla legal que, dictada por el legislador, no tiene el carácter de una norma de Derecho del Trabajo.

En el primer caso, los principios del Derecho del Trabajo "constitucionalizados" cumplen un rol en la validez de la regla: el juez del trabajo debe cuestionar su aplicación por afectar unos principios jerárquicamente superiores. En el segundo,

[1] Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Diego Portales.