

TENDENCIAS TRADICIONALES Y EMERGENTES EN EL DERECHO LABORAL EN AMÉRICA LATINA

Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ*

SUMARIO: I. *Concepto de América Latina. Comunidad histórico-cultural y diversidad nacional de una región.* II. *Elementos comunes en el sistema jurídico laboral latinoamericano.* III. *Características de la legislación como fuente de derecho del trabajo en América Latina.* IV. *Grandes rasgos y tendencias del derecho del trabajo en América Latina.* V. *La nueva confrontación: proteccionismo vs. flexibilización.*

I. CONCEPTO DE AMÉRICA LATINA. COMUNIDAD HISTÓRICO-CULTURAL Y DIVERSIDAD NACIONAL DE UNA REGIÓN

Desde hace algunos años he venido realizando una investigación en la cual he planteado como hipótesis central que el proceso de formación histórica y cultural de los países latinoamericanos, y, más específicamente, el proceso de formación de sus sistemas jurídicos, particularmente del sistema jurídico laboral y el papel de las fuentes que han influido en la elaboración de este sistema, determinó factores comunes que pueden ser detectados en general en el grupo de países, los cuales permiten hacer ciertos análisis globales sobre América Latina, los cuales pueden ser válidos, incluso tomando en cuenta la heterogeneidad propia de veinte países, distribuidos a lo largo de veinte millones de kilómetros cuadrados en los que viven más de trescientos sesenta millones de habitantes. La existencia de importantes elementos culturales comunes, el predominio generalizado de una misma formación religiosa, la coincidencia de muchos aspectos en los procesos históricos de las distintas naciones y en los problemas

* Profesor de derecho del trabajo en la Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto, Venezuela. Vicepresidente de la Sociedad Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

económicos y sociales que ellas confrontan, la facilidad de comunicación lingüística, son, entre otras, circunstancias que crean un marco general. Dentro de éste se perciben las diversas realidades nacionales, que en algunas áreas concretas presentan perfiles muy diferenciados, lo cual no obsta a la existencia de ciertos comunes denominadores, que no sólo facilitan, en unos casos más que en otros, sino que hacen de gran utilidad la realización de estudios comparativos.

II. ELEMENTOS COMUNES EN EL SISTEMA JURÍDICO LABORAL LATINOAMERICANO

En cuanto se refiere al estudio del derecho en América Latina, y más concretamente del derecho del trabajo, se puede señalar que la recurrencia a un mismo sistema general de fuentes facilita no sólo el análisis comparativo, sino también la determinación de tendencias y problemas generalizados en los diferentes países, cuyos ordenamientos jurídicos han experimentado frecuentemente influencias no sólo comunes, sino, además, recíprocas. Así, en los países hispánicos rigieron, aun cuando con poca efectividad, las Leyes de Indias, que contenían, entre otras disposiciones, algunas relativas a la regulación del trabajo, con especial atención a la protección de los indígenas. En los inicios del proceso de emancipación, los primeros legisladores de los países latinoamericanos recibieron la influencia del enciclopedismo francés y del pensamiento constitucional norteamericano. Posteriormente, fue generalizada la influencia del Código Napoleón, el cual, con variantes y adaptaciones nacionales, hizo sentir su presencia en la mayor parte de los países. En la legislación, jurisprudencia y doctrina jurídicas de América Latina prevalecieron las orientaciones de orden romanístico, así como los aportes de la doctrina jurídica de los países latinos de Europa. Este cuadro de influencias coincidentes facilitó que el advenimiento y desarrollo del derecho del trabajo, ocurrido en América Latina a inicios del siglo pasado, presentase características muchas veces semejantes en los diversos países, que experimentaron, como hemos dicho, influencias recíprocas, y en los cuales el sistema de relaciones laborales presenta grandes puntos de afinidad, especialmente en aquellos grupos de países con condiciones socioeconómicas similares. Otro factor común, que se presenta justamente en los momentos iniciales de la formación del derecho del trabajo en América Latina, es la influencia de las normas contenidas en los convenios y recomendaciones ela-

borados por la Organización Internacional del Trabajo, las cuales han actuado, indudablemente, como un factor de homogeneización de la disciplina en la región.

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir que, a diferencia de lo ocurrido en Europa, en donde el importante esfuerzo de integración llevado a cabo en el marco del derecho europeo y comunitario ha tropezado con el obstáculo de legislaciones laborales y sistemas de relaciones de trabajo nacionales muy diferenciados, en la América Latina, a pesar de las características singulares de los distintos ordenamientos y sistemas de relaciones laborales nacionales, es notable la presencia de ciertos denominadores comunes, cuyo análisis facilita el realizar un estudio generalizado del sistema de fuentes de derecho del trabajo y de las principales tendencias del desarrollo de esta disciplina en la región. Es conveniente destacar que el sistema político-económico establecido por la Revolución cubana ha alejado a este país de muchas de las características comunes a los otros Estados de la región.

La existencia de elementos comunes en el sistema jurídico laboral de los países de América Latina facilita el señalamiento de etapas en la evolución del derecho del trabajo latinoamericano.¹ En un intento que bien puede ser criticado por simplificador, pero que pretende ser didáctico, me permito señalar que en tal evolución pueden distinguirse tres grandes etapas: a) Una primera etapa, que va desde inicios del siglo XX hasta los años treinta, configura los antecedentes del derecho laboral latinoamericano, constituidos por las primeras legislaciones de protección obrera, especialmente las promulgadas en los países del sur, y por la Constitución mexicana de Querétaro, aprobada hace 87 años en la histórica sede donde se celebra este Congreso. b) Una segunda etapa, que se inicia en los años treinta y se prolonga hasta finales de los ochenta, registra el proceso de formación y consolidación del derecho del trabajo en nuestra región. Durante esta etapa se promulgaron los códigos y leyes generales de trabajo y surgieron y se estabilizaron una serie de tendencias generales,

¹ Véanse, entre otras propuestas de periodización, las elaboradas por Bronstein, Arturo, "Avances y retrocesos en la evolución de la legislación laboral latinoamericana", *XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Panamá, 1998, t. III, p. 74; y Mantero San Vicente, Osvaldo, *Derecho del trabajo de los países del Mercosur. Un estudio de derecho comparado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 41.

presentes en muchas de las legislaciones de la región y que permiten caracterizar lo que hoy día podríamos denominar el derecho latinoamericano del trabajo tradicional. Durante este periodo, y salvo algunas excepciones puntuales, como las ocurridas en Chile y en Panamá en la década de los setenta, el derecho laboral latinoamericano tuvo una evolución inspirada en la ampliación de la tutela legislativa prestada al trabajador.

c) Una tercera etapa, que se inicia a finales de los años ochenta, y que coincide con la emergencia del pensamiento neoliberal, se caracteriza por un cuestionamiento del derecho del trabajo tradicional, y está marcada por un fuerte y dinámico antagonismo entre las tendencias “flexibilizadoras” y las “garantistas”, que determina que no pueda hablarse, en este momento, de tendencias generales del derecho laboral latinoamericano con la misma consistencia en que podía hacerse durante la segunda etapa.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA LEGISLACIÓN COMO FUENTE DE DERECHO DEL TRABAJO EN AMÉRICA LATINA

La investigación realizada en las fuentes del derecho laboral latinoamericano me ha permitido proponer un intento de sistematización de las características comunes de dichas fuentes y, consecuentemente, de las tendencias tradicionales de esta disciplina en la región.² Los límites de esta ponencia me llevan a restringirme en esta ocasión al análisis de la fuente legislativa.

1. *La codificación*

La primera característica general que puede percibirse de un examen de la fuente legislativa en el derecho del trabajo en América Latina es la tendencia hacia la codificación, entendiéndolo como tal la ordenación sistemática de las normas laborales fundamentales en un solo instrumento jurídico, llámese código o ley del trabajo. Entendida en estos términos, la tendencia a la codificación ha predominado ampliamente en casi todos

² Los resultados de esta investigación han sido objeto de diversas publicaciones. Entre ellas, las siguientes: *Anales de las XXIV Jornadas J. M. Domínguez Escovar*, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1999; *Cuadernos Laborales*, Lima, junio de 2000; *Impactos da globalização*, São Paulo, LTR, 2001; *XI Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Puebla, 2003.

los países latinoamericanos. En efecto, en la segunda y tercera década del siglo XX, en algunos países como Uruguay, Chile y Argentina fueron promulgadas leyes laborales sobre materias específicas, pero a partir de los años treinta la mayor parte de los países comenzaron a adoptar códigos o leyes generales del trabajo. Entre una y otra modalidad no existen, a nuestro juicio, diferencias radicales, aun cuando pudiera señalarse de modo general que los códigos pretenden agotar la materia, limitando el ámbito para el ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, mientras que las leyes generales tienden a suponer una reglamentación adicional que éste debe dictar.

Los primeros ensayos de codificación fueron hechos por Chile, que en 1931 promulgó un Código del Trabajo que contenía 667 artículos, y por México, que el mismo año adoptó una Ley Federal del Trabajo que sustituyó las leyes y códigos del trabajo de los estados federados, la cual contenía 685 artículos. Tanto el Código chileno como la Ley Federal mexicana, influenciados recíprocamente entre sí, ejercieron a su vez una gran influencia en otros países de la región, que adoptaron instrumentos laborales generales que respondían a la tendencia codificadora. Así, a partir de la década de los treinta y hasta finalizados los sesenta, la mayor parte de los países latinoamericanos adoptaron códigos o leyes generales del trabajo. Es de señalar que en el ámbito latinoamericano tan sólo Uruguay, Argentina y Perú han permanecido rezagados en el proceso de codificación. En el Uruguay se han elaborado tres proyectos de código, pero ninguno de ellos contó con el apoyo necesario. La legislación sobre los aspectos individuales de la relación del trabajo es profusa pero dispersa, mientras que en materia de derecho colectivo del trabajo priva una tendencia al abstencionismo legislativo, que cuenta con el apoyo del sector sindical, el cual ha objetado los intentos de intervención legislativa en la materia y no muestra mayor interés en acelerar la codificación. En cuanto a la Argentina, no sería exacto afirmar que este país está totalmente al margen del proceso de codificación, ya que desde 1974 existe una Ley de Contrato de Trabajo, modificada varias veces, la cual sistematiza y desarrolla diversas normas sobre el contrato individual del trabajo, las cuales se encontraban dispersas en varias leyes y decretos. Pero al lado de esta ley subsisten muchas otras normas relativas a aspectos laborales específicos, otras que regulan regímenes especiales de trabajo, y, en fin, otras atinentes al derecho colectivo del trabajo. Es de señalar que la tendencia codificadora ha estado siempre

presente en Argentina, al punto que desde 1904 hasta 1966 se elaboraron seis proyectos de códigos del trabajo, ninguno llevado a feliz término.³

El caso del Perú es particularmente representativo de una manifiesta dispersión de la legislación laboral, lo cual ha dado lugar a un ordenamiento que ha sido calificado como “frondoso”, ambiguo y contradictorio.⁴ Los problemas derivados de esta situación han sido motivo de preocupación por parte de las autoridades peruanas, que han emprendido varias iniciativas de codificación, las cuales no han cristalizado, aun cuando algunos de sus resultados han sido utilizados para la elaboración de importantes instrumentos normativos.⁵ En 2002, dentro del marco de los recientes cambios políticos ocurridos en el Perú, una comisión de trabajo designada por el Congreso de la República e integrada por destacados laboristas redactó un anteproyecto de Ley General de Trabajo

Sobre los motivos del auge de la tendencia codificadora, así como sobre la prolongada pervivencia de unas contadas excepciones, se han dado las explicaciones más disímiles. Así, mientras Rendón, de Perú, destaca la existencia de intereses patronales que quisieran impedir o al menos retardar la frecuencia de las reformas de los textos de derecho del trabajo, “lo cual explica que en gran parte las formas de codificación en América Latina han sido puestas en vigor bajo la acción de gobierno dictatoriales”,⁶ el uruguayo Barbagelata señala que la codificación “se suele insertar en procesos revolucionarios que aspiran a cambios importantes en la estructura del país, aun cuando también haya ejemplos de otro orden co-

³ Rainolter, Milton, “Esquema histórico del desarrollo de la norma laboral en la Argentina”, en Vásquez Vialard, Antonio (dir.), *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 68 y ss.; 236 y ss., y 259 y ss.

⁴ Mugent, Ricardo, “Evolución del derecho del trabajo y de la seguridad social en Perú”, *Estudios sobre derecho laboral. Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1977, t. I, p. 523.

⁵ En 1970 un gobierno que inició reformas laborales de consideración designó una comisión encargada de elaborar los proyectos de leyes generales del trabajo, los cuales fueron presentados a finales de ese año sin que llegasen a ser adoptados. Muchas de sus recomendaciones fueron, sin embargo, incorporadas a diversos decretos-leyes, aprobados con posterioridad. Como iniciativa que merece destacarse podemos mencionar la celebración en 1984 de un seminario auspiciado por el Instituto de Estudios Laborales del Ministerio del Trabajo del Perú y por la OIT, cuyos resultados, publicados en un interesante volumen, comprenden los aportes de especialistas peruanos y extranjeros (Barbagelata *et al.*, *Bases para una Ley General de Trabajo*, Lima, CIAT-IET-OIT, 1984).

⁶ Rendón, Georges, *Le droit du travail en Amérique Latine*, Paris, Presses Universitaires de France, 1979, p. 17.

mo el Código establecido en 1951 en la República Dominicana en honor al dictador Trujillo”.⁷ Por su parte, Efrén Córdova, antiguo jefe del Servicio de Derechos del Trabajo y de Relaciones Profesionales de la OIT, explica el fenómeno a través de varias razones políticas: la llegada al poder de la clase media en varios países latinoamericanos en las décadas de 1930 y 1940, lo cual introdujo una visión más liberal y amplia del desarrollo social, la ola de nacionalismo que durante esos años pareció arrasar en la región; en fin, la existencia de una realineación de las fuerzas políticas y un deseo de ponerse al día con el desarrollo social.⁸

2. La permeabilidad de los diferentes sistemas legislativos nacionales

La circunstancia de existir, en la mayor parte de los países latinoamericanos, códigos o leyes generales del trabajo, enmarcados dentro de un sistema general de fuentes con muchos puntos en común, ha facilitado la permeabilidad de los distintos sistemas jurídicos laborales nacionales. Ello ha generado la existencia de una serie de características y tendencias comunes en tales sistemas. En este sentido, es relevante señalar la importancia de la influencia primigenia del Código del Trabajo de Chile y la Ley Federal mexicana de 1931, lo cual fue especialmente notable en la Ley venezolana de 1936, reformada en 1990. Asimismo, la influencia de la Ley mexicana se destaca en los códigos adoptados en Centroamérica en las décadas de 1940 y 1950. Más recientemente, las reformas legislativas introducidas en algún país, bien sea en un código, o ley general o en una norma especial, se han reflejado en la regulación de determinadas materias en otro u otros países. Así, por ejemplo, en materia de estabilidad laboral fueron adoptadas, en la década del setenta, normas cuyo examen permite establecer la existencia de una mutua influencia: la nueva Ley Federal mexicana del Trabajo de 1970, el Decreto-ley 18471 del mismo año en el Perú, el nuevo Código de Panamá de 1972, y la Ley contra Despidos Injustificados de Venezuela de 1975. Se puede señalar,

⁷ Barbagelata, Héctor Hugo, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Presses Universitaires de Louvaine, 1980, p. 71 y ss., para la edición española véase *El derecho del trabajo en América Latina*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

⁸ Córdova, Efrén, “The Codification of Labour Law in Developing Countries”, *V Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Informes y Debates*, Munich, 1978, t. II, p. 819.

sin embargo, que los instrumentos codificados en las décadas de los setenta y los ochenta como los de México y Panamá, no irradiaron en la región una influencia tan generalizada y considerable como la que ejercieron anteriormente las primeras codificaciones mexicana y chilena. Ello se debió, quizá, a que para esos momentos no se produjo un proceso de revisión general de las codificaciones originariamente adoptadas, sino más bien modificaciones concretas a través de reformas parciales o de decretos, leyes o reglamentos. Tales modificaciones atendieron preponderantemente a factores específicos de cada uno de los sistemas legislativos nacionales y particulares que atienden, en buena parte, a circunstancias políticas, económicas y sociales que suelen ser muy cambiantes y particulares. La inestabilidad de estas últimas condiciones ha determinado, por ejemplo, que un instrumento que por sus cualidades técnicas hubiera podido estar llamado a ejercer una influencia más importante, como lo es el Código de Trabajo de Panamá, haya sufrido, en poco tiempo, reformas importantes, algunas con carácter regresivo. Ello, por supuesto, ha restado al modelo capacidad de expansión.

En las reformas legislativas emprendidas en la presente década, el problema de las influencias se encuentra más bien de acuerdo con el debate planteado entre los modelos flexibilizadores y proteccionistas, al cual nos referiremos más adelante.

3. *La imperatividad*

Barbagelata señala que “la concepción del derecho del trabajo como un derecho imperativo —es decir, la pertenencia de las disposiciones del derecho del trabajo a la categoría de las normas calificadas como de orden público— está muy fuertemente subrayada en las constituciones y los códigos de trabajo de América Latina”.⁹ Esta afirmación no supone que la naturaleza imperativa sea exclusiva del derecho del trabajo latinoamericano, pues, al contrario, la misma se encuentra enunciada desde hace mucho tiempo en leyes de otros países.¹⁰ Sin embargo, podría señalar

⁹ Barbagelata, Héctor Hugo, *op. cit.*, nota 7, p. 559 (edición francesa).

¹⁰ Así, la Ley italiana sobre Empleo Privado de 1924 dice: “Las disposiciones del presente Derecho serán observadas a pesar de cualquier parte en contrario, salvo el caso de convenciones especiales o de usos más favorables para el empleado, y salvo el caso de que el presente decreto autorice expresamente su derogación consensual”. En sentido similar existía una norma en la Ley de Contrato de Trabajo de España de 1931.

larse que en la región el carácter imperativo tradicionalmente se mostró con mayor evidencia, dando lugar al predominio de “rigideces normativas”, mientras que en Europa se hicieron cada vez más importantes las tendencias hacia “la flexibilización”, que en América Latina vinieron a ocupar espacios legislativos, tan sólo a partir de los noventa. Esta observación no impide reconocer que en algunos países y en algunos sectores, especialmente el constituido por los trabajadores rurales y por quienes operan en el área de la economía informal, es muy bajo el grado de aplicación efectivo del derecho del trabajo, lo cual determina la existencia, en América Latina, de una especie de “flexibilización de hecho”, muy diferente conceptualmente a la flexibilidad normativa que cobró tanto auge en Europa a partir de los ochenta.

Consecuencia inmediata del carácter imperativo de las leyes laborales es el principio de su irrenunciabilidad, según el cual las normas protectoras de los trabajadores son irrenunciables, de manera que carecen de validez las estipulaciones mediante las cuales un trabajador consiente condiciones menos favorables a las que le concede la ley o incluso el contrato colectivo. Este principio es explícitamente formulado en las legislaciones de la mayor parte de los países latinoamericanos, mereciendo destacarse, por el especial énfasis con que se sanciona con la nulidad la renuncia de los derechos de los trabajadores, las normas de los Códigos del Trabajo de Honduras, Guatemala, Panamá y Brasil.¹¹ Es de advertir, por otra parte, que el principio de irrenunciabilidad es aplicado aun en países cuyas legislaciones no lo establecen expresamente.¹²

¹¹ Véase entre otros, los Códigos o Leyes del Trabajo de Argentina (artículos 7o. y 12); Brasil (artículo 9o.); Colombia (artículo 14); Costa Rica (artículos 11 y 14); Chile (artículo 5o.); Ecuador (artículo 4o.); Guatemala (artículo 12); Haití (artículo 6o.); Honduras (artículos 2o. y 3o.); México (artículos 5o. XIII, 33); Panamá (artículos 2o. y 8o.); Paraguay (artículo 3o.); República Dominicana (Principios Fundamentales, acápite IV y artículo 38); Venezuela (artículo 16). Las normas casi idénticas, de los Códigos de Trabajo de Honduras y Guatemala, de 1959 y 1961 dicen: “Son nulos *ipso jure* y no obligan a los contratantes todos los actos o estipulaciones que impliquen renuncia, disminución o tergiversación de los derechos de la constitución de la República, el presente Código, sus Reglamentos y las demás leyes o disposiciones de trabajo o de previsión social otorguen a los trabajadores, aunque se expresen en un reglamento interior de trabajo, un contrato de trabajo u otro pacto o convenio cualquiera”. Similar redacción tiene el Código de Trabajo de Panamá de 1971 y la Consolidación de Leyes del Trabajo de Brasil.

¹² Barbagelata, Héctor Hugo, *op. cit.*, nota 7, p. 61 (edición francesa). Plá Rodríguez, Américo, *Los principios de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 94.

El carácter imperativo se manifiesta asimismo en el principio de la territorialidad, que sujeta el contrato de trabajo a la aplicación de la legislación del lugar de la ejecución del mismo, aun cuando las partes hayan convenido lo contrario. La adopción generalizada de tal principio como criterio predominante en el derecho del trabajo de los países latinoamericanos es, en cierta forma, no sólo consecuencia del carácter imperativo de esta disciplina, sino también de que el mismo constituye un criterio general de derecho internacional americano, acogido en instrumentos tan importantes como la Convención de La Habana de 1928, conocida como Código Bustamante de Derecho Internacional Privado Americano y el Tratado de Montevideo de 1940. En otros países, el lugar de ejecución del contrato de trabajo es uno, no siempre el principal, de los “factores de conexión” que emplea el derecho internacional privado para resolver aquellos casos en que se presentan conflictos de aplicación.¹³

4. Frecuente ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo

Paralelamente al predominio de la codificación como método empleado para la consolidación de la legislación laboral, puede observarse en América Latina, sobre todo en las dos últimas décadas, una tendencia, por cierto no exclusiva de la región, que determina que el reajuste de la normativa laboral a los cambiantes requerimientos de la sociedad se haga frecuentemente recurriendo al ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo. Parecería ser que los mecanismos parlamentarios tradicionales no son suficientemente expeditos para afrontar las exigencias —presiones, en la mayoría de los casos—, que presenta la dinámica social. De allí la profusión de esta suerte de “derecho de emergencia”, que se hace presente a través de decretos —leyes, decretos ordinarios, reglamentos y resoluciones— emanadas del Poder Ejecutivo. Se trata de un “derecho” en constante cambio, que se realiza a través de normas ejecutivas, en ocasiones improvisadas, y, en todo caso, no suficientemente decantadas, lo cual suele dar lugar a la existencia de fallas de técnica legislativa en los referidos instrumentos jurídicos.

Esta intervención del Poder Ejecutivo como productor de normas legislativas laborales se produce en diferentes circunstancias. Una de ellas, muy característica de la región, está constituida por la actuación de go-

¹³ Morgenstern, Felice, *Conflictos internacionales de derecho laboral*, Madrid, Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, OIT, 1987, pp. 39 y ss.

biernos de facto, que asumen la plenitud de la competencia ejecutiva y legislativa, propia del poder público, y que son productos de golpes de Estado o revoluciones que generalmente ocurren con el fin de instaurar o de sustituir un régimen militar. Estos gobiernos, que constituyen una manifestación del fenómeno militarista que aún conserva presencia en el acontecer político latinoamericano, suelen decretar medidas laborales destinadas a lograr apoyos en los sectores laborales, contrarrestando los efectos negativos de las medidas antisindicales que generalmente adoptan. Otro tipo de circunstancia está dada por la delegación que el Parlamento hace en el Poder Ejecutivo, a fin de que éste dicte actos con jerarquía legal a fin de afrontar situaciones calificadas como de “emergencia”. Estas leyes “habilitantes” o “delegadas” han sido el fundamento de muchas normas laborales dictadas en América Latina, especialmente en materia de salarios y compensaciones económicas a los trabajadores. Por último, el sistema normativo de algunos países establece, al lado de la competencia permanente propia del Poder Legislativo, una competencia excepcional, que permite al Poder Ejecutivo legislar en algunas materias laborales.

IV. GRANDES RASGOS Y TENDENCIAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN AMÉRICA LATINA

La existencia de elementos comunes en el sistema jurídico laboral latinoamericano, dentro de los cuales destaca la recurrencia, en general, a un mismo sistema de fuentes, aspecto que ha constituido el objeto central de la referida investigación, facilita el esbozar ciertos rasgos y tendencias características que pueden encontrarse en la mayoría de los países de la región, especialmente en la segunda de las etapas evolutivas anteriormente mencionadas. A la determinación de tales rasgos y tendencias coadyuva la presencia de elementos comunes, que con mayor o menor grado se encuentran en el contexto socioeconómico latinoamericano: subdesarrollo, dependencia económica y tecnológica, inflación, desempleo, crecimiento de la economía informal, deuda externa, frecuente recurrencia a fórmulas autoritarias aun en las democracias formales que han venido expandiéndose en las últimas décadas.¹⁴

¹⁴ Una descripción del contexto socioeconómico latinoamericano como marco dentro del cual se mueve el sistema de relaciones de trabajo puede verse en el trabajo del autor “Consulta y cooperación tripartita en América Latina”, *Revista Debate Laboral*, San José de Costa Rica, núm. 11, 1992, pp. 47 y ss.

Tres advertencias conviene hacer antes de entrar en la enumeración de los principales rasgos y tendencias comunes en el derecho laboral latinoamericano. La primera advertencia es que se trata de tendencias generales, pero no unánimes, que en casi todos los casos encuentran excepciones en uno u otro de los países de la región. La segunda es que tales rasgos y tendencias, cuya determinación hemos hecho partiendo fundamentalmente del estudio de los sistemas normativos, no siempre corresponden a una realidad generalizada en los sistemas de relaciones de trabajo de América Latina, pues la brecha entre normatividad y realidad es característica propia de tales sistemas. Por último, debo advertir que el señalamiento que hacemos en el presente texto de los grandes rasgos y tendencias del derecho del trabajo en América Latina, el cual no debo atribuirme exclusivamente, pues fue objeto de muchas enriquecedoras conversaciones con apreciados colegas de la región, está concebido en función del que podríamos denominar derecho del trabajo tradicional latinoamericano, es decir el que surge de los procesos codificadores que se realizan entre los años treinta y cincuenta, y que para los años setenta y ochenta presentaba estructuras consolidadas, que en atención a los factores arriba indicados permitían percibir tendencias que pudimos considerar generalizadas y, en cierta forma, tradicionales. La irrupción de las tendencias flexibilizadoras, importadas de Europa y parcialmente impuestas en varios países con motivo de los programas de ajuste económico acordados con los organismos financieros internacionales, no permite que para la década de los noventa pueda afirmarse de manera pura y simple la vigencia generalizada de tales tendencias, sin que sea posible, por otra parte, señalar su pacífica sustitución por otras. Se plantea, en el actual contexto, una situación de tensión entre las concepciones garantistas tradicionales y las nuevas corrientes flexibilizadoras, a la cual nos referiremos más adelante.

Hechas estas advertencias, esbozaremos, en forma sinóptica, algunos rasgos y tendencias generales del derecho del trabajo en América Latina, enunciación ésta que en forma alguna consideramos taxativa:

1. Importante desarrollo constitucional, legislativo y doctrinario de los principios generales del derecho del trabajo

El derecho del trabajo, como toda disciplina jurídica especializada, se basa en principios peculiares que contribuyen a fundamentar su autono-

mía. Sería falso afirmar que estos principios no han sido adecuadamente desarrollados fuera del ámbito latinoamericano, pero se pecaría de inadvertencia científica si no se reconoce que, en la región, los principios generales del derecho del trabajo han sido especialmente objeto de un destacado tratamiento, no sólo por las leyes y códigos del trabajo, sino por las propias Constituciones, las cuales, como hemos indicado anteriormente, suelen dedicar un importante espacio a este tema. La doctrina latinoamericana ha sido rica en el análisis de los principios del derecho del trabajo. La obra que el uruguayo Plá Rodríguez dedica a este tema, escrita en 1975, puede ser considerada como un clásico universal.¹⁵

Es de observar que la irrupción de las nuevas tendencias flexibilizadoras ha supuesto un cierto cuestionamiento o, en todo caso, relativización de principios que se consideraban sacrosantos. El análisis de los principios generales del derecho del trabajo a la luz de las tendencias flexibilizadoras es un tema que requiere la atención de la doctrina contemporánea.

2. Desarrollo legislativo relativamente independiente del desarrollo social, económico y político

Tratándose de una disciplina estrechamente ligada a la realidad social, económica y política, es curioso observar que en algunas legislaciones de América Latina el derecho del trabajo haya alcanzado un desarrollo mayor que el registrado en países desarrollados. Asimismo, resulta curioso observar que en algunos países el desarrollo de la legislación laboral ha sido promovido por gobiernos conservadores o autoritarios, cuya ideología habría lógicamente favorecido una regulación del trabajo menos avanzada.

3. Persistencia de las normas de derecho individual del trabajo aun en los regímenes autoritarios, los cuales suelen determinar una reducción del derecho colectivo del trabajo

A pesar de la presencia alterna de gobiernos dictatoriales y democráticos, el pensamiento constitucional y jurídico latinoamericano ha permanecido, salvo contadas excepciones, fiel a la concepción democrática del

¹⁵ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios generales del derecho del trabajo*, Montevideo, 1975.

Estado. Asimismo, se puede señalar que el derecho individual del trabajo, concebido como sistema regulador de las relaciones laborales individuales, y protector del trabajador como parte económicamente más débil de la relación, no sólo ha sido respetado por los regímenes dictatoriales que encontraron legislaciones laborales concebidas dentro de esta idea, sino que en varios casos alcanzó progresos importantes bajo este tipo de gobiernos. Así, en República Dominicana, Nicaragua, Haití, Panamá y Paraguay, regímenes militares promulgaron códigos del trabajo, algunos de los cuales fueron conocidos con el nombre del dictador de turno. Por otra parte, el grado de aplicación práctica general del derecho individual del trabajo, cuya eficacia relativa ha sido ya señalada como característica de la región, no ha sido sustancialmente diferente en épocas dictatoriales o democráticas. No puede decirse lo mismo con relación al derecho colectivo del trabajo, el cual ha experimentado siempre una fuerte restricción en los gobiernos autocráticos. Ello se explica porque las instituciones del derecho colectivo y, muy especialmente, la libertad sindical tienen una implicación política que las lleva naturalmente a sus actores a adoptar posiciones antagónicas con los detentadores del poder autocrático. En su afán totalitario, los gobiernos despóticos, y muy especialmente los de inspiración militarista, pretenden controlar el movimiento sindical, para lo cual tradicionalmente han buscado la forma de sustituir sus legítimos dirigentes por personas que le sean adeptas, a cuyo fin desarrollan mecanismos de limitación y represión de las actividades sindicales.

4. Desarrollo desigual del derecho del trabajo y de la seguridad social

Como se puede desprender del análisis de sus fuentes, el derecho del trabajo ha alcanzado en América Latina un importante desarrollo constitucional, legislativo y científico, que no es inferior, salvo las deficiencias en su aplicación, al propio de países industrializados, específicamente que al de los países de Europa occidental, con cuyo sistema legislativo estamos emparentados. No puede decirse lo mismo de la seguridad social, que no sólo ha tenido un desarrollo legislativo mucho más modesto, sino que, en general, no ha logrado proporcionar un grado de protección ni siquiera comparable al de los países industrializados. Podría afirmarse que la gran diferencia entre los niveles de protección de que gozan los

trabajadores latinoamericanos y los trabajadores europeos no radica en las garantías que le son ofrecidas por el derecho del trabajo, sino en el deficiente sistema de seguridad social existente en América Latina. Como reacción frente a esta situación, se ha venido desarrollando recientemente una tendencia hacia la privatización de la seguridad social, cuyos fundamentos y cuya viabilidad deben ser objeto de un cauteloso análisis.

5. Prevalencia del principio de la territorialidad de la legislación laboral

La generalidad de los países latinoamericanos, y la mayor parte de ellos mediante expresa disposición legislativa, han adoptado el principio de la territorialidad de la ley laboral. De esta manera, la solución de los conflictos espaciales de aplicación de las normas del trabajo resulta más fácil que en otras áreas geográficas, donde tal principio no está explicitado legislativamente. Así, tan sólo en algunos casos muy específicos, habrá que acudir en América Latina a los complejos mecanismos del derecho internacional privado para resolver tales conflictos.

6. Armonización de las normativas individuales con los convenios internacionales del trabajo

Los convenios de la OIT han tenido una importancia fundamental en la formación del derecho laboral latinoamericano. De allí que sea fácil constatar cómo, en general, las legislaciones armonizan con tales convenios, especialmente en cuanto al derecho individual del trabajo. En la parte colectiva surgen discrepancias derivadas del carácter intervencionista y restriccionista que suele adoptar la legislación sindical latinoamericana.

7. Prevalencia de sistemas de estabilidad relativa y establecimiento de estabilidad absoluta o inamovilidad para casos excepcionales

En general, las legislaciones latinoamericanas, con algunas importantes excepciones —por ejemplo, el caso de Honduras, donde la estabilidad absoluta tiene raigambre constitucional—, permiten al empleador despedir al trabajador, aun sin causas justificadas, mediante el pago de

una indemnización, cuyo alcance varía mucho de país a país. Para algunos casos de excepción (directivos de sindicatos, trabajadores en huelga, enfermedad, embarazo, etcétera), las legislaciones establecen un sistema de protección que supone que el despido sólo puede proceder cuando una autoridad competente haya calificado la existencia de una causa justificativa del mismo.

8. *Tendencia a la existencia de mecanismos permanentes u ocasionales para la fijación heterónoma de salarios*

Tratándose de sistemas de relaciones laborales en los cuales la actividad autónoma de las partes suele verse considerablemente restringida por la intervención del Estado, no es extraño que en muchos países del área la fijación de salarios —y no solamente de salarios mínimos— se encuentre sujeta a mecanismos que comportan una acción externa a las partes. En algunos casos se trata de comisiones o consejos de salarios conformados institucionalmente, muchas veces con representación tripartita. En otros se trata de simples decretos ejecutivos que en determinadas ocasiones establecen aumentos compulsivos de salarios. En general, la doctrina tiende a criticar esta tendencia, que encuentra explicación, que no justificación, en el escaso poder de negociación y la reducida cobertura que suelen caracterizar a los sindicatos latinoamericanos.

9. *Tendencia a la reglamentación de las condiciones y medio ambiente del trabajo*

En las últimas décadas y al influjo de las actividades del extinto Programa Interamericano para las Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (PIACT), dependiente de la OIT, muchos países latinoamericanos establecieron normas, de mayor o menor alcance, para reglamentar esta importante área, en la cual el PIACT, en diversas misiones nacionales, observó grandes deficiencias.

10. *Tendencia a la excesiva reglamentación de la vida sindical*

Desde sus mismos orígenes, las legislaciones laborales latinoamericanas observaron con cautela a las organizaciones sindicales, considerándolas

como entes que no debían dejarse a su libre albedrío, pues sus actividades suponían un interés público del cual el Estado no podía desentenderse. Así, en ocasiones con el pretexto de fortalecer el sindicalismo incipiente y, en otras, con la intención clara de establecer controles que impidieran que el mismo sindicalismo se convirtiera en elemento perturbador del orden social, las legislaciones latinoamericanas, quizá con la única excepción de la uruguayana, establecieron un estrecho control sobre la formación, constitución y funcionamiento de los sindicatos. Esta tendencia excesivamente intervencionista, que obstaculiza mediante un exceso de requisitos formales la constitución y actuación de los sindicatos, ha sido señalada como contraria a las normas de la OIT sobre libertad sindical, no obstante lo cual se ha mantenido como predominante, aun cuando algunas recientes reformas legislativas han moderado un tanto este afán regulador.

11. Tratamiento diferente para las organizaciones profesionales de trabajadores y de empleadores

Es común que en América Latina, al tiempo que las legislaciones, como acabamos de señalar, desarrollan un gran intervencionismo en la vida de los sindicatos, permiten que las organizaciones profesionales de empleadores actúen como asociaciones civiles, sin cumplir los requisitos de la legislación laboral ni sujetarse a los controles establecidos por la misma legislación, pero cumpliendo en la práctica las mismas funciones que la ley reserva a los sindicatos.

12. Prevalencia, en la mayor parte de los países, del sindicato y el convenio colectivo de empresa, previéndose en algunas legislaciones mecanismos diseñados para expandir el ámbito de la negociación

El sindicato latinoamericano es prevalentemente un sindicato de empresa, y los convenios colectivos están circunscritos al ámbito empresarial. Tan sólo en Argentina, Brasil y Uruguay la tradición apunta a sindicatos y convenciones colectivas profesionales. Pero aun en estos países se viene abriendo paso una tendencia hacia la descentralización de la actividad sindical y de la negociación colectiva. Esta circunstancia ha sido señalada por la doctrina como un factor de “atomización” del poder sindical.

En algunos países, como México y Venezuela, se han previsto mecanismos destinados a expandir la eficacia de la convención colectiva a ramos o sectores industriales, los cuales han tenido una aplicación relativa.

13. *Sacramentalización de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos de trabajo*

En muchas legislaciones latinoamericanas, especialmente en las de México y Centroamérica, se ha exagerado el procedimiento de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos de trabajo. En lugar de propiciar una dinámica en la cual las partes puedan de la manera más libre y abierta buscar los medios de dirimir sus diferencias, la ley las sujeta al cumplimiento de una serie de etapas formales, las cuales le dan a la negociación colectiva y a los medios de solución de conflictos una característica semijudicial, que los hace muy engorrosos, y que en la práctica ha determinado que las partes no acudan a las fórmulas ofrecidas por la legislación. Es por ello significativo que las estadísticas muestren una incidencia de huelgas legales que es insignificante al lado de los numerosos casos de huelgas ilegales.

14. *Tendencia a la laborización de la negociación colectiva de los funcionarios*

En su origen, las legislaciones latinoamericanas partieron de una clara distinción entre el régimen de los funcionarios sujetos a una regulación de tipo estatutaria y a quienes eran negados los derechos a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, y el régimen de los trabajadores privados, sujetos a las leyes o códigos del trabajo y que sí disfrutaban de tales derechos. Con el devenir de los tiempos se fueron formando, al margen de la ley, organizaciones gremiales de funcionarios que por su numerosa afiliación y coherencia llegaron, en algunos casos, a ser más importantes que muchos sindicatos legales de trabajadores privados. Tales organizaciones lograron una importante representatividad y su combatividad determinó que en la práctica llevaran a cabo las funciones de negociación colectiva y de huelga que la ley les negaba. Situación que se hizo muy difícil por cuanto la interdicción legal de los derechos colectivos a los funcionarios comportaba, en consecuencia, que no se previeran medios pacíficos de solución de los conflictos, todo lo cual generó un al-

to índice de conflictualidad en el sector público. Atendiendo a esta realidad, se ha venido desarrollando una tendencia, en ocasiones de hecho y en otras por disposiciones legislativas, de reconocer a los funcionarios el ejercicio de los derechos colectivos. Es de señalar, sin embargo, que tal tendencia no se ha desarrollado en una forma lineal y constante, ya que el tratamiento legislativo del tema ha sido más bien contradictorio y, en cierta forma, pendular.

V. LA NUEVA CONFRONTACIÓN: PROTECCIONISMO *VS.* FLEXIBILIZACIÓN

Los rasgos y tendencias generales del derecho del trabajo latinoamericano, anteriormente enunciados, corresponden a un ordenamiento jurídico-laboral que se aparta de los esquemas propios del derecho civil, el cual, fundamentado en los principios desarrollados por el Código Napoleón, reguló la prestación subordinada del trabajo humano a través de la figura del contrato de arrendamiento de servicios, que daba prioridad a la autonomía de la voluntad. Esta regulación privatística del trabajo, sustentada en el principio de la igualdad de las partes ante la ley, concedía a éstas la facultad de fijar autónomamente —sin intervención del Estado—, las condiciones de prestación del trabajo, tropezando, en la práctica, con el histórico escollo de que la proclamada igualdad jurídica correspondía a una profunda desigualdad económica. Ello determinaba que las condiciones de trabajo, más que convenidas entre trabajador y empleador, eran impuestas por este último a su libre arbitrio, dando lugar, en la generalidad de los casos, a situaciones carentes de equidad, en las cuales prevalecían las altas jornadas y los reducidos salarios. Para evitar las injusticias derivadas de esta situación, el derecho del trabajo consagró, en los diversos países de la región, un ordenamiento jurídico laboral que en lugar de descansar en la libre voluntad de las partes se orientó a proteger, aun en contra de manifestaciones de voluntad suyas, al trabajador y a su familia. De esta manera, se quiso compensar el privilegio económico de que gozaban los empleadores, otorgando a los trabajadores el privilegio jurídico de un estatuto protector.

Esta concepción no es únicamente latinoamericana, pues en general orientó el nacimiento y desarrollo del derecho del trabajo como disciplina autónoma, la cual progresivamente fue elevando los niveles de protec-

ción al trabajador. Ella vino a ser cuestionada por quienes, especialmente dirigentes del sector empresarial, consideraron que el continuo proceso de expansión de las normas laborales había llegado a crear rigideces en el mercado de trabajo, que determinaban situaciones insostenibles, especialmente en condiciones de dificultades económicas y de cambios tecnológicos. Tales rigideces, sostienen los autores de este planteamiento, estorban el crecimiento de la economía y el aumento del empleo, al punto que la normativa que las sostiene, en lugar de ser beneficiosa para los trabajadores, como teóricamente pretende ser, les resulta perjudicial, por lo cual debe ser flexibilizada dicha normativa. Este planteamiento llega a sus extremos en la voz de quienes, más que la necesidad de flexibilizar el mercado de trabajo, propugnan su desregulación.

El planteamiento anterior es formulado y desarrollado especialmente en Europa occidental durante la década de los ochenta. Sus repercusiones en América Latina fueron tardías. Por ello, en nuestro trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, presentado en 1988, nos referíamos al “fantasma de la flexibilidad”, pues no otra cosa era ésta en la región para aquel momento.¹⁶ Pero el fantasma, por obra de la aldeanización del planeta y de la tendencia muy arraigada entre nosotros de tomar como buenas todas las cosas que vienen del viejo continente, se hizo realidad presente poco tiempo después, cuando en algunas reformas legislativas que han venido produciéndose después de los años noventa dentro del marco de las políticas de ajuste acordadas por los gobiernos con los organismos financieros internacionales, se recogieron algunos aspectos fundamentales de las tendencias flexibilizadoras que a partir de los años ochenta inspiraron las reformas laborales europeas.

Es de señalar que con anterioridad, en Chile, durante el régimen militar en 1978 y 1979, y en Panamá, en 1986, se produjeron precozmente reformas legislativas de carácter desregulador.

En el caso chileno, se desmontó en buena parte uno de los sistemas protectores de mayor raigambre histórica en América Latina, pues a través de su consolidación en el Código del Trabajo de 1931 sirvió, como hemos visto con anterioridad, de fuente de inspiración de otras legislaciones de la región. En el caso panameño, la reforma fue más limitada.¹⁷

¹⁶ Hernández Álvarez, Óscar *et al.*, *La flexibilización del trabajo: un estudio internacional*, Barquisimeto, Universidad Lisandro Alvarado, 1990, pp. 227 y ss.

¹⁷ Una descripción sinóptica del contenido de estas y otras reformas laborales puede verse en Ermida Uriarte, Óscar “Algunas reacciones de la legislación laboral latinoame-

En 1990, la Ley 50 de la República de Colombia modificó el Código Sustantivo de Trabajo. La reforma favoreció la contratación precaria; flexibilizó la jornada de trabajo y el concepto de salario, creando la figura del “salario integral”, que permite que los trabajadores que devenguen más de diez salarios mínimos puedan convenir en una cantidad única como remuneración total que comprenda todos los beneficios adicionales aplicables a la generalidad de los trabajadores; eliminó la estabilidad absoluta a que tenían derecho los trabajadores después de diez años de servicios y reformó las llamadas “cesantías”, compensación por antigüedad de servicios que con anterioridad a la Ley 50 se pagaban con el salario que el trabajador tuviese en el momento de la terminación de la relación laboral y que ahora serán pagadas con el salario de cada año a través de unos fondos privados. Asimismo, Colombia aprobó una legislación que favorece parcialmente, y sin renunciar al control gubernamental, el sistema privado de seguridad social. En contrapartida a la flexibilización del derecho individual, la Ley 50 incluyó algunas disposiciones tendientes a favorecer la libertad sindical, con lo cual atendió, al menos parcialmente, a reiteradas observaciones de la comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones en la OIT. Doce años después, en diciembre de 2002, el Congreso colombiano aprobó la Ley 789, que, al tiempo que profundiza algunas medidas de flexibilización laboral (entre otras disposiciones se reduce el tiempo de la jornada que se considera nocturna, el porcentaje de recargo por trabajo en los días feriados y de descanso, la indemnización por despido sin causa en los contratos por tiempo indeterminado; asimismo, se establece un límite temporal a la indemnización por falta de pago de los beneficios laborales y se establece un régimen de aprendizaje que comprende condiciones de contratación precaria, algunas de las cuales desaparecen al disminuir el porcentaje nacional de desempleo), desarrolla un sistema de protección social que comprende políticas orientadas a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente los más desprotegidos, procurándoles el derecho a la salud, a la pensión y al trabajo. Asimismo, la Ley 789 establece una serie de políticas y medidas de estímulo para la generación de empleo, y favorece la participación de los trabajadores en el capital de las empresas.

ricana ante las políticas de ajuste”, *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 165, pp. 61 y ss. Para un análisis más amplio, con monografías nacionales y un estudio comparativo, véase Hernández Álvarez, Óscar (coord.), *Reforma laboral en América Latina: un estudio internacional*, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1995.

En 1991, Ecuador reformó su Código del Trabajo, estableciendo formas de contratación precaria, y limitando el ejercicio del derecho de huelga. Asimismo, se aprobó una ley especial, de corte flexibilizador, sobre el contrato de trabajo en la maquila.

En Perú, en 1991 se aprobó la Ley de Fomento del Empleo, de carácter flexibilizador, y que ha sido objeto de sucesivas reformas parciales. Entre otras medidas se reformó la compensación de tiempo de servicio eliminando su pago al último salario y por todo el tiempo de antigüedad del trabajador; se establecieron formas de contratación precaria especialmente para jóvenes, así como formas de subcontratación o exteriorización del empleo; se redujo el nivel de protección en caso de despido; se flexibilizó la jornada de trabajo; se estableció, a semejanza de la Ley 50 colombiana, la remuneración integral para empleados de confianza; se establecieron restricciones al ejercicio de derecho de huelga y a la negociación colectiva. La onda flexibilizadora en Perú tuvo, incluso, repercusión constitucional, pues en 1993 se reformó la Constitución política eliminando algunas normas garantistas, como las que establecían la estabilidad absoluta y el privilegio absoluto de los créditos laborales y moderando otras, como las relativas a la participación de los trabajadores y a los derechos colectivos. Con posterioridad a los cambios políticos vividos en el Perú, que determinaron la sustitución del gobierno de Fujimori y la instauración de un nuevo gobierno constitucional de orientación democrática, se está elaborando una reforma constitucional, cuyo proyecto en material laboral, redactado con consenso de diversos sectores sociales, amplía la vigente formulación de los derechos sociales. Asimismo, se está discutiendo un proyecto de Ley General del Trabajo que recupera algunos espacios de tutela laboral que habían sido desmantelados por el fujimorismo.

En el mismo año de 1991, Argentina adoptó una Ley Nacional de Empleo que establece diversas modalidades flexibles de contratación laboral y de la jornada de trabajo, para cuya aplicación reserva un papel importante a la negociación colectiva y prevé un seguro de desempleo. Con relación a esta Ley, Ermida Uriarte afirma:

...una cierta impresión de estar ante una ley equilibrada, que tiene por primer objetivo flexibilizar y, consecuentemente, brindar ciertas ventajas al empleador, respecto de la situación preexistente, pero que simultáneamente, crea un sistema de controles, frenos y contrapesos que procuran evitar el desequilibrio o desregulación salvaje. Por supuesto, que este aspecto equilibrado, puede ser insuficiente si se parte del paradigma del derecho

Laboral unilateralmente protector del trabajador y en constante agregado de beneficios, pero puede parecer excelente si se le compara con otras formas de desregulación salvaje que se habían practicado hasta entonces en algunas legislaciones latinoamericanas.¹⁸

En 1995 se aprobaron dos leyes, también de tendencia flexibilizadora. Una, destinada a reglamentar el trabajo a tiempo parcial, el aprendizaje y prever nuevas formas de contratación atípica, y otra, a regular el trabajo en la pequeña y mediana empresa. Con posterioridad a estas leyes, en Argentina se presentaron nuevas propuestas que acentuaban la flexibilización. Las mismas generaron importantes resistencias, al punto de haberse postergado su aprobación. En 1998 se aprobaron dos leyes, la Ley 25.013 y la Ley 25.165, y en mayo de 2000 se aprobó la Ley 25.250, que tratan materias como el aprendizaje, las pasantías educativas, la terminación del contrato de trabajo, el empleo estable, el periodo de pruebas, las relaciones colectivas y la inspección del trabajo. Estas leyes, aprobadas en un ambiente de dura discusión, reflejan, en cierta forma, la presencia contradictoria y dialéctica de las tendencias garantistas y flexibilizadoras que se han venido confrontando en el proceso de reformas legislativas laborales latinoamericanas a partir de los años noventa. Así, en el derecho individual, mientras, por una parte, se recuperan espacios de garantismo al reducir notablemente las modalidades de contratación precaria y de contrato de aprendizaje, y favorecer la contratación por tiempo determinado, por la otra, se flexibilizan otras instituciones, como el periodo de prueba, que es generalizado, mientras que anteriormente tenía carácter excepcional, y la indemnización por despido, cuya base de cálculo se reduce. En materia de derecho colectivo del trabajo, la Ley 25.250, de 2000, introduce una serie de modificaciones que en general están destinadas a flexibilizar la rígida estructura de negociación colectiva por actividad económica nacional, tradicional en Argentina, a fin de facilitar su adaptación a las nuevas realidades económicas, tecnológicas y organizativas del trabajo.

En Brasil, una reforma de enero de 1998 a la Consolidación de Leyes de Trabajo establece modalidades de flexibilización laboral, facilitando la adopción de contratos de trabajo de duración determinada que eliminan el derecho del trabajador a obtener un preaviso y una indemnización en caso de despido injustificado. Por otra parte, la nueva legislación esta-

¹⁸ *Op. cit.*, nota 17, p. 86.

blece una flexibilización de la jornada de trabajo, mediante la creación de un banco de horas, que permite compensar entre sí periodos de baja y alta actividad laboral. Es importante señalar que estas nuevas modalidades solamente pueden ser implantadas mediante autorización acordada en la negociación colectiva, lo cual supone la introducción de una “flexibilidad concertada”, al estilo de las adoptadas en varios países europeos.

A pesar de los anteriores ejemplos, no puede decirse que las tendencias flexibilizadoras se hayan impuesto en América Latina al punto de establecer un panorama general del derecho laboral totalmente diferente a aquél cuyas tendencias y rasgos generales hemos intentado describir en el acápite anterior. Por una parte, las reformas que acabamos de mencionar no comportaron una exclusión total del sistema protector, sino una modificación localizada a determinadas áreas, especialmente a aquellas alrededor de las cuales se centró la presión del sector empleador en favor de la flexibilización. Por otra parte, coetáneamente a las reformas que podrían considerarse “flexibilizadoras”, se produjeron otras que no sólo mantuvieron el esquema tutelar tradicional, sino que en algunos aspectos lo reforzaron.

Así, en Chile, una vez restaurada la democracia y ante las perspectivas de reforma, se plantearon diversas posiciones. Por una parte, algunos sectores, especialmente los de oposición, sostenían que si la legislación laboral existente había sido adecuada para conducir al país a un proceso de crecimiento, no parecía prudente proceder a su reforma. Una segunda posición, favorecida por sectores de izquierda y grupos sindicales, recomendaba la puesta en vigencia de la legislación existente antes del gobierno militar, con lo cual se restauraría el proteccionismo tradicional en el derecho del trabajo. Ante esas dos posiciones, la definitivamente adoptada por el gobierno, y que logró un importante consenso, al punto de que los proyectos fueron aprobados por el Congreso en un tiempo más bien breve y con una amplia mayoría, fue la de que la primera posición, que si bien atendía a los objetivos del crecimiento, no tomaba en cuenta la justicia social ni las modernas tendencias de participación, mientras que la segunda respondía a estos últimos objetivos, pero no tomaba en cuenta la necesidad de continuar el proceso de crecimiento en función de los cambios ocurridos en la economía y en la sociedad de Chile y el mundo. Dentro de esta óptica, la concepción legislativa propuesta se fundamentó en asignar al Estado, al mercado y a las organizaciones sindicales y empresariales el papel que les corresponde para lograr un crecimiento con

justicia social y participación, para lo cual parte de tres premisas fundamentales: a) los proyectos debían ser elaborados dentro de un proceso de concertación social; b) debía propenderse al desarrollo de una legislación laboral equitativa, que respondiera a la confianza que debía ponerse en la autonomía social de las partes y que se adecuara a las nuevas realidades, y c) había que dar una mayor importancia a la adecuada fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral.¹⁹

De acuerdo con la concepción predominante y dentro del marco de los acuerdos de concertación social, han sido aprobadas varias leyes laborales, ninguna de las cuales puede ser considerada “flexibilizadora”, sino que, por el contrario, significan un abandono de la tendencia a la desregulación impulsada por el depuesto gobierno militar. Así, la Ley 19.010, promulgada el 23 de noviembre de 1990, sobre la Terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo, pone fin al régimen del libre despido, establece indemnizaciones para casos de despidos injustificados, crea fueros de inamovilidad y, en general, establece una protección mayor a la estabilidad del trabajador que la prevista en la legislación promulgada por el gobierno militar. El 8 de febrero de 1991 se promulgó la Ley 19-049 sobre Centrales Sindicales, que postula un régimen pluralista y, en general, armónico con los principios de libertad sindical contenidos en las normas de la OIT. El 22 de julio de 1991 se promulgó la Ley 19069 sobre Organizaciones Sindicales y Negociación Colectiva, que sustituye las normas aprobadas por la dictadura militar. A finales de 2001 se promulgó una reforma al Código del Trabajo que retoma la orientación garantista que caracterizó la legislación laboral chilena en la etapa previa a la dictadura militar. Entre otros temas, la nueva reforma laboral chilena determina y prohíbe los actos de discriminación en el trabajo, sujeta el trabajo domiciliario a la regulación laboral, reduce las jornadas de trabajo y aumenta el tiempo de descanso diario, reduce a dos el número de días domingos en los cuales se puede trabajar en un mes, limita el trabajo en horas extraordinarias, reduce las causas de despido, establece la indexación de indemnizaciones laborales. En materia colectiva se definen, prohíben y sancionan las prácticas antisindicales; se derogan normas intervencionistas en materia sindical; se fortalece el fuero sindical; se disminuye el número de trabajadores requeridos para constituir un sindica-

¹⁹ Sobre esta temática versó la exposición del ministro del Trabajo y Previsión Social de Chile, René Cortázar, en el V Encuentro Iberoamericano de Derecho del trabajo, Puebla, noviembre de 1991.

to. En fin, y ello es emblemático en un país que estuvo sujeto a una dura dictadura militar, se establece que los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional podrán constituir organizaciones sindicales en conformidad con las normas del Código del Trabajo.

En 1990 se aprobó la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, vigente a partir del 1o. de mayo de 1991. Esta Ley mantiene el esquema garantista tradicional de la Ley del Trabajo de 1936, cuyos niveles de protección elevó en algunos aspectos, tomando en cuenta el desarrollo económico logrado por el país desde esa fecha y los progresos alcanzados por la negociación colectiva que cubre a menos de la tercera parte de la población asalariada, de manera que el resto tenía estancados sus beneficios laborales desde 1936. Aparte de mantener el carácter tutelar de la vieja Ley, la Ley Orgánica del Trabajo estableció lo que podríamos denominar “nuevas rigideces”, como por ejemplo, la reducción de los casos en los cuales es válida la celebración de un contrato por tiempo determinado, la concesión de facultades al Ejecutivo nacional para decretar aumentos generales de salarios y para fijar salarios mínimos por decretos, la creación de nuevas inamovilidades para mujeres después del año siguiente al parto, para trabajadores cuyos sindicatos realicen elecciones, para delegados sindicales de buques y para representantes laborales en los directorios de organismos públicos y de empresas del Estado; el derecho del trabajador a “considerarse despedido injustificadamente en caso de sustitución de patronos, etcétera”.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Trabajo otorgó pocas concesiones a las tendencias flexibilizadoras. Así, entre otras normas, se reguló el concepto de salario hora facilitando la contratación a tiempo parcial; se flexibilizó la jornada de trabajo, permitiendo que las partes acordaran, sin intervención de la autoridad administrativa, una jornada que excediera los límites normales siempre que el promedio de horas trabajadas en las semanas se mantuviera dentro de esos límites; se permitió la modificación en *peius* de normas de una convención colectiva, siempre que se establezcan compensaciones, y se previó un procedimiento para permitir que un empleador en dificultades económicas pueda acordar con los trabajadores la suspensión de beneficios otorgados por la convención colectiva.

Esta Ley fue objeto de una reforma parcial en 1997, la cual fue acordada en un proceso de concertación social que puso fin a una larga tensión planteada alrededor de los temas de la prestación de antigüedad y

del salario. La reforma, al igual que la Ley de 1990, mezcla elementos de “rigidez” y “flexibilidad”. Así, flexibilizó la prestación de antigüedad, compensación por tiempo de servicio que se pagaba como derecho adquirido al término de la relación de trabajo, tomando en cuenta todo el tiempo de duración de la misma y calculada sobre la base del último salario, y que ahora se liquidará con el salario de cada mes. También flexibilizó el despido, estableciendo un tope máximo de ciento cincuenta días a la indemnización, que anteriormente era de treinta días de salario por cada año de servicios de manera indefinida. En cambio, en materia salarial abandonó ciertas flexibilidades y exclusiones que habían sido incorporadas por el legislador de 1990. Por último, la nueva Ley estableció un sistema concertado para la fijación de salarios mínimos, el cual comenzó a ponerse en práctica a los pocos meses de su aprobación.

En 1999 la Asamblea Nacional Constituyente, expresamente convocada dentro de un importante proceso de cambios políticos, aprobó una nueva Constitución que incluye doce artículos en materia laboral. La nueva Constitución mantiene las grandes líneas garantistas de sus antecedentes de 1947 y 1961, desarrollándolas con una concepción que profundiza más aún el proteccionismo. Esta tendencia se expresa tanto al regular aspectos que anteriormente no estaban contemplados en el ordenamiento constitucional como al contradecir anteriores concesiones legislativas a la “flexibilización”, las cuales deberán ser revisadas por la legislación que se dicte para el desarrollo de los mandatos constitucionales. Los criterios interpretativos que adopte el nuevo legislador para la aplicación de la normativa constitucional podrían representar nuevos elementos de rigidez en la regulación de temas, como la prohibición de que ninguna ley altere “la intangibilidad y progresividad” de los derechos y beneficios laborales, la prohibición de transacciones y convenimientos durante la vigencia de la relación laboral; la reducción de la jornada nocturna a treinta y cinco horas semanales, el pago de la prestación de antigüedad conforme al último salario devengado.

En 1992, y en el marco de la concertación social lograda dentro del denominado diálogo tripartito, se aprobó, en la República Dominicana, por consenso entre los actores sociales el gobierno y la fuerzas parlamentarias, un Código del Trabajo que, al igual que la nueva Ley venezolana, mantiene el carácter atutelar de la legislación anterior y eleva algunos niveles de protección. Así, entre otras normas, el Código extiende su apli-

cación a todos los trabajadores agrícolas, anteriormente parcialmente excluidos; reconoce el fuero de inamovilidad a los dirigentes sindicales, aumenta los niveles de protección en ciertas áreas como plazo de desahucio, auxilio de cesantía, vacaciones anuales, horas extraordinarias, jornada nocturna, establece inamovilidad para la mujer embarazada durante todo el periodo del parto y seis meses después; establece la indexación de las condenas e impone un régimen más severo de sanciones.

En Guatemala, una reforma parcial de 1992 amplió la protección de los derechos colectivos e incorporó algunas reformas al derecho individual que no pueden ser consideradas como adscritas a la corriente flexibilizadora.

En 1993, y atendiendo a presiones sindicales internacionales, Costa Rica aprobó una reforma mediante la cual se prohibieron ciertas prácticas antisindicales; se redujo el número de trabajadores requeridos para constituir un sindicato; se estableció el fuero sindical y se prohibió la negociación de convenios colectivos con grupos no sindicalizados en aquellas empresas donde existiera sindicato. Se trata, pues, de una ley tendiente a incrementar el nivel de protección de las garantías sindicales. En sentido contrario, en 1998, el Poder Ejecutivo aprobó un instructivo contentivo de disposiciones de flexibilidad laboral, cuya legalidad ha sido cuestionada por invadir áreas de la competencia legislativa. También en 1993 se aprobó en el Paraguay un nuevo código, revisado parcialmente en 1995, que refuerza los derechos sindicales, extiende su ámbito de validez a trabajadores anteriormente excluidos e incrementa las vacaciones y la indemnización por despido.

En El Salvador, la reforma del Código del Trabajo aprobada en 1994 en el marco del Foro de Concertación Económica y Social instaurado en los Acuerdos de Paz y con la asesoría directa de la OIT, tiene un carácter tutelar. Refuerza especialmente los derechos colectivos, facilitando la constitución de sindicatos, permitiendo la sindicación de los trabajadores rurales, reduciendo la injerencia administrativa en las organizaciones sindicales y las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga. En materia individual incrementó la indemnización por despido, mejoró la protección de la maternidad e incorporó a los aprendices al ámbito de aplicación del Código.

En Panamá, el Código de Trabajo de 1971, considerado por Arturo Brostein, funcionario de la OIT, como “un paradigma de la legislación laboral

garantista de América Latina”,²⁰ fue objeto a partir de 1976 de diversas reformas que, en general, disminuyeron, en uno u otro aspecto, al nivel de tutela originalmente establecido. La última reforma, de agosto de 1995, mezcla elementos de flexibilidad y de galantismo. Así, por una parte, se facilita la movilidad funcional del trabajador y la contratación por tiempo determinado, se limitaron los salarios caídos que corresponden al trabajador en caso de despido injustificado y se establecieron normas de flexibilidad salarial. Por otra parte, se extendió la prima de antigüedad a todos los trabajadores; se establecieron normas destinadas a prohibir la aplicación de sanciones durante los periodos de vacaciones o de reposo por maternidad, y se modificaron varias normas sobre organizaciones sindicales; se redujo el número de trabajadores requeridos para formar un sindicato, facilitando los trámites de inspección; se permitió a los sindicatos el ejercicio de actividades lucrativas en beneficio de sus afiliados; se redujeron los niveles de intervención legislativa y administrativa a favor de la autonomía estatutaria, todo ello en atención a observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT.

En fin, el panorama del derecho laboral latinoamericano con posterioridad a la década de los noventa se caracteriza por la dinámica lucha entre dos tendencias: la tradicional, que pretende que, aun haciendo las adaptaciones que fueren requeridas, debe mantenerse el carácter tutelar e imperativo que caracteriza desde su origen al derecho del trabajo, y la flexibilizadora, que alegando la necesidad de eliminar rigideces que obstaculizan el buen funcionamiento del mercado de trabajo, persigue flexibilizar el ordenamiento jurídico laboral, rescatando el papel preponderante de la autonomía de la voluntad y tendiendo hacia la individualización de las relaciones de trabajo. Determinar cuál de las tendencias prevalecerá es tarea de videntes. Ofrecer alternativas de solución es trabajo de los iuslaboralistas, que deberíamos estar conscientes de que las razones que determinaron el nacimiento de esta disciplina especializada como un instrumento para regular las relaciones entre empleadores y trabajadores en un marco normativo diferente al ofrecido por el derecho civil y por la autonomía de la voluntad siguen estando vigentes, razón por la cual un proceso adecuado de aplicación flexible de la legislación laboral no debería suponer el desmontaje del complejo ordenamiento jurídico laboral de cada país.

²⁰ Brostein, Arturo, *op. cit.*, nota 1, p. 101.