

LAS MUTACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Carlos REYNOSO CASTILLO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las mutaciones estructurales*. III. *Las mutaciones de la relación de trabajo*. IV. *Las mutaciones colectivas*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, cuando terminaba mis estudios de licenciatura en derecho, tuve el privilegio de escuchar al doctor Hugo Ítalo Morales disertando sobre las novedades legislativas e implicaciones que traería la recién publicada reforma procesal de 1980; su lucidez y la firmeza con la que exponía sus ideas, me dejaron gratamente impresionado, y al paso de los años se convertiría, por lo menos para quien escribe estas notas, en una referencia obligada en el panorama doctrinario del laboralismo nacional. Por ello, nos sentimos muy honrados para atender la amable invitación que nos hiciera la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por conducto de su presidenta la doctora Patricia Kurczyn Villalobos, para rendir homenaje a un destacado abogado y formador de muchas generaciones de laboristas, y a quien le debemos, entre otras cosas, ser parte del lustre que ha tenido el derecho del trabajo en las últimas décadas.

Consciente del gran compromiso que implica escribir un trabajo, en homenaje a un maestro, y el reto que ello conlleva, hemos considerado conveniente no detenernos en la tarea de describir tal o cual capítulo o institución jurídica de la legislación laboral;

* Profesor en la Universidad Autónoma Metropolitana

sino mas bien, compartir con los lectores una reflexión amplia del marco jurídico laboral actual, en la cual deseamos centrar nuestra atención en los cambios y manifestaciones de transformación que está teniendo en estos tiempos el derecho del trabajo, de quien el doctor Hugo Ítalo Morales ha sido un destacado cultor. Para ello, hemos querido plantear nuestras ideas en tres grandes direcciones: 1) que busca analizar los cambios que se vienen dando en todo la estructura del sistema normativo laboral, ideas a las que hemos denominado mutaciones estructurales; 2) los cambios en la relación de trabajo propiamente dicha, exploradas bajo el subtítulo de mutaciones de la relación de trabajo; y 3), un breve vistazo a los cambios en los denominados derechos colectivos.

Estas son las ideas que, como guía, permitieron darle cuerpo al presente trabajo en sus tres partes.

Si bien el término mutación tiene su origen en la biología, en este trabajo se ha querido evidenciar con este los cambios que se vienen dando en varios de los apartados o capítulos del derecho del trabajo en países como México. Hay que recordar que si bien las mutaciones en los organismos no siempre son reversibles y forman parte muchas veces de la misma evolución de los seres vivos, en el caso de las normas laborales, no estamos aún seguros de si estamos en presencia de mutaciones temporales o definitivas, las cuales, sólo el tiempo nos permitirá identificar con tal o cual carácter. Por ahora, el sentido que aquí se le quiere dar a la palabra, es simplemente denotar la idea de cambio y transformación, sin que en este momento se haga una valoración o calificación de ellos. De cualquier manera, nos parece que una de las deudas actuales que tiene la doctrina laboral, por lo menos en México, es la falta de un análisis integral que permita estudiar y entender los cambios que está viviendo la normativa laboral; en ese sentido, consideramos que es necesario avanzar hacia la construcción de lo que podríamos denominar, como una teoría de las mutaciones, que nos ayude a identificar los grandes ejes que hoy en día orientan la evolución del derecho del trabajo. Desde este punto de vista, estas líneas deben ser vistas simplemente como una preliminar aproximación a tales propósitos.

Como puede verse, el uso de una palabra como la que lleva el título de esta colaboración, no es unívoca, y pretende llamar la

atención de los laboralistas sobre los cambios que está experimentando esta rama jurídica, y respecto de los cuales, no sólo conviene alimentar su análisis y debate, sino incluso, idear cuál debiera ser su futuro a partir de reflexiones y propuestas de adecuación.

II. LAS MUTACIONES ESTRUCTURALES

Cuando tomamos distancia para estudiar al derecho del trabajo, advertimos un edificio, más o menos estructurado, cuya construcción data de hace no mucho tiempo, pero que coincidió con una serie de acontecimientos que marcarían la concepción política, social y filosófica de la humanidad. El triunfo del liberalismo durante el siglo XVIII y XIX, que tenía como elementos factuales el advenimiento de una nueva manera de organizar la economía, permitieron que las constituciones políticas que se adoptaron en el mundo fueran los espacios en los que se reivindicarían los derechos humanos, como reacción a los regímenes que los negaban y desconocían; de esta manera, con una organización económica basada en el lucro, la defensa de las libertades del individuo, permitieron que en los espacios de trabajo, se reivindicara la igualdad entre quienes ofrecían trabajo y los que lo aportaban. Esta situación creó una serie de injusticias basadas en esa ficción de igualdad, que si bien tenía una construcción perfecta en lo formal, no se correspondía con la realidad, dando lugar a una serie de injusticias que serían la simiente de las primeras reivindicaciones obreras, motor de lo que, años más tarde, serían las primeras normas protectoras de los trabajadores y posteriormente del derecho del trabajo todo.

El derecho del trabajo nació como un proyecto equilibrador e igualitario que buscaba ofrecer un marco jurídico propicio para el desarrollo económico, teniendo como base, diversos conceptos filosóficos de justicia, y en todos ellos, se justificaría la necesidad de reglas que permitieran relaciones laborales humanizadas. Esta historia del surgimiento de las normas laborales, contada por un historiador del derecho del trabajo, tendría, por lo menos un gran momento culminante y estelar, y que sería aquél en donde el mundo del derecho privado es vencido, para dar origen al mundo nor-

mativo que se alejaba de los conceptos propios del derecho privado; se trataba de la victoria de una nueva normativa justiciera como serían presentadas las normas del trabajo, frente a las egoístas garras del derecho civil, cuya frialdad habría sucumbido a los nuevos conceptos del trabajo. Los laboristas verían, no sólo la razón de su existencia, sino también “el parto de los montes”, que daría lugar, años más tarde, a toda una nueva rama jurídica, plena de vigor y autonomía. En esta historia se presentarían, como ganadores, a los principios, por ejemplo, de la norma más favorable al trabajador, frente a la igualdad de las partes, la autonomía acotada de la voluntad de las partes, frente a una autonomía sin límites, etcétera.

Se trataba del “nuevo derecho” al cual, metafóricamente se referían autores como Georges Schelle en 1922, como aquél adolescente vigoroso y en pleno desarrollo,¹ que encarnaba las más sentidas ambiciones de un amplio sector de la población, como los trabajadores hacia la construcción de un marco jurídico, especialmente humanista.

Estas ideas sobre la naturaleza y rasgos que distinguen el derecho del trabajo no han sido ajenas al pensamiento del doctor Ítalo Morales; hay que recordar como al paso de los años, en la exposición de su pensamiento y sus conceptos, enfatizó por lo menos dos ideas; por un lado, la necesidad de proteger el empleo como una premisa indispensable, sin la cual, el derecho del trabajo carece de sentido, y por otra, la necesaria vinculación que, desde su punto de vista, debe de haber entre el entorno y la situación económica, por una parte, y los derechos y garantías de los trabajadores por el otro:

Debemos inferir luego entonces que esta disciplina tiene por objeto la creación, desarrollo y el fomento de las relaciones de trabajo, las cuales sólo son posibles si existe previamente la fuente de labores. Basados en estos antecedentes no debemos olvidar que la ciencia económica influye en forma determinante en estos principios y todo centro de producción en tiempo de bonanza debe repartir equitativamente con su personal las ganancias. Pero también a la

¹ Cfr. Barbagelata, H. H., *El particularismo del derecho del trabajo*, Montevideo, FCU, 1995, p. 9.

inversa en periodos de crisis las condiciones de trabajo deben ajustarse a las circunstancias financieras y posibilidades de la empresa.²

Esta manera de ver la necesaria adecuación de las normas del trabajo, plantea para los expertos, retos en el análisis del mundo del trabajo, en donde la historia sobre las normas laborales como una historia sólo de conquistas y logros irrenunciables, no siempre es vista de esa manera. El argumento del doctor Ítalo Morales plantea un debate, siempre latente, en la doctrina iuslaboralista, a saber este estrecho nexo entre las normas laborales y otras condiciones en las cuales pretende aplicarse, y de manera particular en el entorno económico;³ de esta manera, Ítalo Morales participa de una tendencia del laboralismo latinoamericano, en el cual, se hace un llamado y pone el énfasis en la necesidad de que las normas laborales, y los análisis que se hagan sobre las mismas, deben mantener

² Cfr. Morales Saldaña, H. I., “Comentarios sobre la necesidad de reformar la Ley Federal del Trabajo”, conferencia sustentada por el doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña, Tuxtla Gutiérrez y Tapachula, Chiapas, 2 y 3 de marzo de 1990.

³ Al plantear las cosas de esta manera, la evolución de las normas del trabajo así como su eventual modificación e interpretación, parecieran situarse ante la necesidad de incorporar el ingrediente económico y sociológico que no siempre está presente en los análisis de la dogmática jurídico laboral, pero que permite enfrentar de manera directa el análisis de la realidad laboral en un país como México. Cfr. Etala, C. A., *Interpretación y aplicación de las normas laborales*, Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 9 y ss.

En algunos estudios sobre contexto, en el cual se vienen dando esta serie de cambios a los derechos sociales que se habían adoptado, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial, en muchas partes del mundo, se señala que este escenario se caracteriza por impulsar las ideas del neoliberalismo, entendido como “...una perspectiva económica, filosófica y política del funcionamiento de la economía y la sociedad, que se expresa en lineamientos de una política económica, que desde una perspectiva, de la teoría economicista y el discurso político asume que, para el funcionamiento adecuado del capitalismo, es imprescindible la libre actuación de las fuerzas del mercado”. Cfr. Ramírez López, B., “Neoliberalismo, derechos sociales y reformas a la seguridad social”, en Ruiz Moreno, G. (coord.), *El derecho social en México a inicios del siglo XXI*, México, Porrúa-U. de G., 2007, pp. 285 y ss.

la objetividad respecto del contexto y realidad en donde pretenden ser aplicadas.⁴

Esta historia de un derecho del trabajo casi mítico contada una y mil veces y de muy diversas maneras, según el país de que se trate, pareciera estar siendo hoy revisitada, y por lo menos, severamente cuestionada por la realidad laboral. Son varias las manifestaciones tangibles de estas mutaciones, aunque por ahora quisiéramos referirnos a una que tiene que ver precisamente con esa historia secuencial y cronológica, en donde las normas laborales dejarían en el lejano horizonte a las normas privadas para encontrar una vía de surgimiento y fortalecimiento. Cuando nosotros estudiamos cuáles han sido las principales modificaciones a las leyes y códigos laborales de buena parte del mundo en los últimos 30 años, nos queda la impresión de que, una línea conductora de dichos cambios ha sido precisamente el intento por regresar y retomar los principios y reglas del derecho privado. El derecho del trabajo confrontado a un contexto de globalización, en donde su aplicación presenta severas dificultades, pareciera estar siendo rescatado por los civilistas, quienes hace unos 100 años, habrían claudicado al dejar las relaciones laborales en manos de una disciplina, como la laboral, la regulación jurídica de las relaciones obrero patronales. Muchos son los ejemplos que muestran este regreso a los criterios civilistas, plasmados en reformas laborales de los últimos años, como el intento por rescatar la forma y contenidos de los contratos individuales, la búsqueda por reestablecer la unilateralidad en la definición de las condiciones de trabajo, el remozamiento de los diferentes mecanismos legales para disolver la relación laboral, solo por mencionar algunos casos; y que son muestra de que la añeja teoría de las obligaciones del derecho civil, está de regreso, lo cual, sin duda

4 Algunos autores, al referirse a este aspecto lo hacen señalando que “El jurista y mas concretamente el juslaboralista, no puede enclaustrarse, ni menos todavía caer, en la especulación nihilista de la ciencia por la ciencia misma. Tampoco puede en su carácter de docente, comprometer la cátedra en las luchas ideológicas y partidistas, ni ponerla al servicio de determinados intereses de hombres o grupos, por muy sanos y elevados que sean los propósitos que los guíen”. Cfr. Napoli, R. A., *Desarrollo, integración y derecho del trabajo. Estudio esquemático para América latina*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 72.

ha sido favorecido por la ausencia de nuevos conceptos propios del derecho del trabajo que permitan dar cuenta de las nuevas realidades económicas en el mundo del trabajo.

Sin embargo, tal vez esta cronología sobre la evolución de la normativa laboral, no siempre ha correspondido a la realidad, ya que, cuando tratamos de ver de cerca estas normas, no sólo en su diseño legislativo, sino también en su interpretación, nos damos cuenta que las normas civiles tal vez nunca se fueron del todo del mundo laboral, y que por el contrario, están ahí coexistiendo con las normas del trabajo, como una omnipresencia constante, a veces de forma discreta, y otras, de manera más palpable. Es por eso, que hoy en día cobra más vigor la afirmación de que la autonomía del derecho del trabajo es un concepto relativo.⁵ Esta relatividad, viene dada, no sólo por la necesidad de aceptar que hay una unidad de todo un sistema jurídico, y que en ese sentido, una rama del mismo no puede verse y aplicarse de manera aislada con conexiones y relaciones, con el resto de las ramas del derecho, sino también porque algunas legislaciones laborales reconocen de manera expresa esa presencia del derecho privado en el mundo del trabajo, en ocasiones, por ejemplo, bajo la forma de una aplicación supletoria.

En el caso mexicano contamos con una situación paradójica, hay que recordar, por ejemplo, que el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, al ocuparse de la integración del derecho del trabajo, señala que a falta de disposición expresa en diversas normas, se estará a las disposiciones que se ocupen de casos semejantes, a los principios generales, y en particular, a aquellos que derivan de la Constitución (artículo 123), la jurisprudencia, costumbre y equidad, descartando de esta manera al derecho común como fuente supletoria del derecho sustantivo y procesal del trabajo, tal y como lo han señalado algunos laboristas;⁶ sin embargo, la presencia de los términos (como contrato, rescisión, etcétera), como de la

⁵ Cfr. Mangarelli, C., *Aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo. Doctrina y jurisprudencia*, Montevideo, FCU, 2000, p. 17.

⁶ Cfr. Trueba Urbina, A. y Trueba Barrera, J., *Ley federal del trabajo. Comentarios, prontuario, jurisprudencia y bibliografía*, México, Porrúa, 2008, p. 31.

interpretación basada en el derecho común es a veces normal y recurrente en las decisiones judiciales.

En los tiempos de crisis, ha sido el derecho privado, el que ha venido al rescate de la empresa, para reinsertar el mundo de lo privado en las relaciones laborales, actualizando de esta manera un debate, entre lo público laboral y lo privado, que suponíamos, según los viejos libros de los laboristas, que se había quedado en el siglo XIX.

Para algunos autores, este desplazamiento de la normativa dirigida a las relaciones laborales hacia el derecho privado, se traduce en una huída del derecho del trabajo de ciertos terrenos, que normalmente le eran propios, lo cual, se ha traducido en un achicamiento del campo de aplicación personal de las normas laborales, con las consiguientes consecuencias de desprotección para las personas inmersas en esas relaciones de trabajo: pero, cabe anotar también que ese debilitamiento le viene dado, por factores, no sólo internos, sino externos, sin duda, el más importante es el crecimiento desmedido del denominado elegantemente sector informal de la economía, donde las normas del derecho social, son desconocidas. En algunos países latinoamericanos, la atención a este amplio sector ajeno al derecho del trabajo, ha sido objeto de una normatividad que busca, mínimamente, ofrecer algún tipo de protección, se trata de un esfuerzo loable, que en el caso mexicano ha sido incipiente.

Pero, hablando de cambios estructurales, no podemos dejar de mencionar algunas variantes que se vienen presentando en un tema clave, como lo son las fuentes del derecho del trabajo; en efecto, decían los clásicos, se construye y nutre a partir de las fuentes que le dan origen. Esas fuentes, hay que recordar, son los mecanismos formales que el mismo derecho reconoce y acepta como creadores de los derechos y sus normas específicas. En el caso del derecho del trabajo esas fuentes, siempre tuvieron algunos capítulos y rasgos que le eran propios y que, por su propia naturaleza, tenían gran singularidad:

Actualmente los cambios en materia de fuentes del derecho del trabajo se manifiestan, por lo menos en dos vertientes; por un lado, el desarrollo desigual de sus fuentes formales, y por otra, la aparición de fuentes periféricas. En el primer caso, hay que recordar

que muchos rubros tradicionales, hablan de la existencia de diversas fuentes formales, como son las normas internacionales, normas constitucionales, leyes reglamentarias, reglamentos, jurisprudencia, contratos propios a la materia laboral (contratos colectivos, contratos ley y contratos individuales). Es el caso que, en los últimos años, el desarrollo de cada una de estas fuentes ha sido diferente, así tenemos que, dado el dinamismo propio y acrecentado del derecho del trabajo, ha sido la jurisprudencia una de las fuentes en donde podemos constatar una serie de cambios que muestran en muchas instituciones laborales, una verdadera transformación de sus conceptos, tal es el caso de los conceptos de salario y salario integrado, huelga, etcétera. En materia de contratos individuales de trabajo, por ejemplo, y con ellos las diferentes modalidades legales de acceso al empleo, como comentaremos más adelante, hoy en día son la muestra de cambios significativos, tanto cuantitativos, como cualitativos. Esta situación puede ser contrastante con los cambios en fuentes tan importantes como las normas laborales constitucionales o las mismas leyes reglamentarias de esas mismas normas.

Estos cambios desiguales en las fuentes del derecho del trabajo, cuya constante transformación, son históricamente parte de sus características, pueden crear la apariencia y la ficción, para aquellos poco observadores del edificio normativo laboral, que nuestra disciplina se encuentra inamovible, y planteando la necesaria modificación de la normativa sobre el trabajo.

Esta situación, se puede advertir de manera clara en el caso de México, en donde, desde hace años, uno de los debates importantes en el mundo laboral, es el relativo a la reforma laboral, y donde se plantean una serie de modificaciones puntuales, respecto de las cuales ha costado mucho trabajo a los legisladores ponerse de acuerdo, pero que puede hacer creer que el derecho del trabajo no ha cambiado, desde hace muchos años. Frente a esta engañosa percepción, habría que señalar que, si bien es cierto, podemos, en el caso de México, estar o no de acuerdo, con determinadas propuestas de cambio a la legislación laboral, lo cierto es que la gran mayoría de las propuestas se refieren sólo a algunas de las fuentes del derecho del trabajo, el cual, por su propia naturaleza, no siempre espera a que se modifiquen algunas de sus fuentes mas importantes, como lo son

las normas constitucionales y sus leyes reglamentarias, y que sus cambios se han venido dando en otras de sus fuentes no menos importantes, como la jurisprudencia y los contratos.

Pero el derecho del trabajo ha sufrido cambios por medio de otros mecanismos normativos o periféricos que hace años, o eran desconocidos o simplemente no tenían la importancia que hoy pueden tener, tal es el caso de las Normas Oficiales Mexicanas (NOM). Las NOM, son regulaciones técnicas que incluyen determinada información, requisitos o especificaciones que sirven como parámetros para regular y vigilar el cumplimiento de operaciones o actividades en el país; estas se ocupan de diferentes temas, entre los cuales están los laborales, así tenemos por ejemplo aquellas relativas a condiciones de seguridad de los centros de trabajo, en actividades agrícolas, sustancias químicas, comisiones de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo en minas, condiciones de iluminación, etcétera;⁷ de alguna manera, en esta circunstancia estarían también los conocidos códigos de conducta, que han venido poco a poco a formar parte de la normativa empresarial, y en los cuales, es común encontrar obligaciones y derechos de carácter laboral.

Inmersos en este panorama, por demás ambiguo, estas normas, cuyos rasgos no siempre reúnen las características propias de una norma tradicional, a saber contar con supuestos normativos, y en su caso, sanciones, ante el incumplimiento de esos supuestos, para algunos estamos en presencia de un derecho blando, o del *cuasi* derecho, por medio del cual, se ha venido tratando de atender, dentro y fuera de las empresas, una serie de situaciones que por diversas razones no pueden ser reguladas por el derecho tradicional; estos códigos de conducta o de ética, la mayoría de los cuales son declaraciones unilaterales de voluntad de instituciones, organizaciones o empresas, por medio de los cuales asumen una serie de compromisos de comportamiento y/o de cumplimiento de algunas reglas en temas sensibles para la sociedad, como por ejemplo, no discriminación, respeto a las mujeres, menores, migrantes, etcétera.

⁷ Las NOM tienen como fundamento a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (*Diario Oficial de la Federación*, 1o. de julio de 1992), y han permitido la adopción de mecanismos novedosos para su adopción.

Estos compromisos se asumen muchas veces, como parte de una estrategia mercadológica de las empresas frente a los mercados, como una manera de mostrar su preocupación por determinados temas.

El tema sin duda es interesante por muchas razones, pero de manera destacada, por lo que se refiere a aquellos casos en donde se ocupan y abordan temas de carácter laboral; en el caso de empresas cuyo radio de acción, va más allá de las fronteras de un país, y asume una importancia mayor, ya que, ante la dificultad jurídica por regularlas, por el hecho de que dichas empresas se encuentran asentadas en diferentes países, y en consecuencia, inmersas en varios órdenes jurídicos nacionales, este tipo de normas o códigos han venido ganando terreno y relevancia en los últimos años a nivel internacional, incluso bajo el auspicio y promoción que de ellas han hecho organismos internacionales. Si bien todas estas nuevas reglas tienen un impacto en el mundo laboral, por lo que se refiere a los derechos colectivos, asumen diversos efectos, entre los que están la dificultad que plantea para los sindicatos formar parte de los mecanismos de adopción de estas nuevas normas, las cuales transitan por caminos ajenos a los códigos de trabajo; sobre el particular, el doctor Ítalo Morales ha dicho:

La adopción de normas voluntarias de política laboral en las empresas no representa una solución fácil, y su eficacia depende de múltiples circunstancias. Por tal motivo, deben examinarse las condiciones particulares en cada caso para tomar la decisión más viable, en beneficio de los afectados.

Toda inversión que se traduzca en la creación de fuentes laborales debe fomentarse en cualquier punto que se establezca, sin dejar de considerar los riesgos que esto implica; sin embargo, en un mundo globalizado la responsabilidad social de todas las empresas es creciente y no puede soslayarse.⁸

⁸ Cfr. Morales S., Hugo Ítalo, “Responsabilidad social de las empresas multinacionales. Los códigos de conducta laborales y su seguimiento privado”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, México, UNAM, 2006, p. 351.

Se trata sin duda, de normas que, de una u otra manera, han venido a mover el panorama del esquema tradicional de las fuentes del derecho del trabajo, las cuales, si bien, en la mayoría de los casos, pueden considerarse técnicamente como declaraciones unilaterales de voluntad, hoy son parte de las mutaciones en el mundo del trabajo y forman parte del paisaje laboral internacional.

Se trata finalmente de reglas que forman parte de la vida cotidiana de las empresas, sin que hayan avanzado por los caminos tradicionales de adopción de normas, para ser puestas en vigor.

En materia constitucional, por lo menos en México, están sucediendo cosas, no sólo interesantes, sino de gran trascendencia; hay que recordar, que el derecho del trabajo tiene fundamentos constitucionales que le dan sustento en todo el mundo, en el caso mexicano son varios los artículos constitucionales que han servido de base para su consolidación; el artículo 5o., 133, 135, etcétera; pero, sin duda el más importante es el artículo 123, en el cual, desde 1917, se sentaron las bases de desarrollo durante todo el siglo XX en México. Curiosamente, éstos artículos, en los últimos años, no han sufrido transformaciones importantes; sin embargo, ha sido la modificación reciente de otros artículos de la misma Constitución en los que si se han hecho modificaciones y reformas que están impactando de manera importante al derecho del trabajo. De momento, sólo destacaríamos dos de esos cambios, como son la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, y la reforma constitucional de este mismo año en materia de amparo. En el primer caso vale la pena anotar que se reformaron diferentes disposiciones constitucionales, todas ellas teniendo como eje la incorporación de manera decidida de los derechos humanos al texto constitucional. En lo sucesivo, dice el nuevo artículo 1o. constitucional:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Como puede verse, este nuevo texto constitucional, amplía de manera significativa el espectro de derechos protegidos para las personas; esta novedad adquiere un significado trascendente, pero en alguna medida, incierto en materia laboral, ya que es necesario saber cuáles son los derechos humanos que se encuentran reconocidos en normas internacionales que tratan aspectos laborales; y, señalamos que hay cierta incertidumbre, ya que no queda claro, por lo menos en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, cuáles son los derechos humanos laborales, ni mucho menos, los que ya se encuentran reconocidos en normas internacionales, y que hayan sido ratificadas por el Senado de la República.

La referencia y anotación que hacemos del tema en estas notas, tiene el sentido de señalar que, con esta trascendente reforma constitucional, los contenidos del derecho del trabajo en México, en los próximos años, serán objeto de importantes transformaciones por la vía de la interpretación jurisprudencial; si bien es cierto que la jurisprudencia siempre ha jugado en materia laboral un papel de gran relevancia, nos parece, y esto será una hipótesis que solo el tiempo desmentirá o avalará, está llamada a jugar un papel de mayor trascendencia en la evolución de la normativa laboral, dándosele un papel sólo comparable con sistemas jurídicos de origen anglosajón.

Junto a esta reforma, debemos anotar otra que modifica algunos fundamentos constitucionales en materia de juicio de amparo; en efecto, entre otros cambios, la reforma introduce la idea de que el amparo será procedente cuando se violen derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que México sea parte. Este fortalecimiento de la incorporación de la normatividad internacional al espacio nacional, constituye un avance hacia la plena vigencia de las normas laborales internacionales, con lo cual, estas normas serán sin duda un catalizador hacia la adecuación de las normas laborales en nuestro país.

Pero, esta reforma al texto del artículo 1o. de la Constitución, habrá que verla junto con la reforma a otros de los textos constitucionales, como es el caso de la reforma al apartado B, del artículo 102 constitucional, en virtud del cual, en lo sucesivo, las comisiones de derechos humanos podrán conocer de asuntos laborales. Hay que recordar que estos organismos autónomos, desde su crea-

ción, les estaba señalado expresamente que no eran competentes en materia laboral; pues bien, esa prohibición ha quedado eliminada. Este cambio tiene una gran significación, ya que se asume entonces que existen asuntos en materia laboral que pueden involucrar la violación de derechos humanos de los trabajadores. Si bien es cierto, desde hace años estas comisiones habían conocido de manera excepcional y marginal, asuntos y quejas en los cuales los trabajadores denunciaban dilación en la tramitación de sus asuntos ante algunas autoridades laborales; hoy, esos temas ya no serán excepcionales, y conocerán de otras posibles hipótesis.

Por ahora, la gran duda es, respecto de quiénes serían los potenciales violadores de derechos humanos en materia laboral; y por otra parte, qué tipo de conductas derivarían en la intervención de estos organismos. En el primer caso, la misma Constitución señala que se trata de actos de autoridad o servidores públicos, y en el segundo aspecto, se trataría de actos de naturaleza administrativa; de esta manera, la reforma atiende de manera parcial el tema de las posibles violaciones de los derechos humanos de los trabajadores, al seguir en la lógica, de sólo atender las violaciones por actos de autoridad, y dejando de lado las eventuales violaciones que se dan en los centros de trabajo, en el día a día, en la ejecución cotidiana de las relaciones laborales. Como quiera que sea, en el horizonte laboral se avizoran los pronunciamientos de las comisiones de derechos humanos por medio de sus recomendaciones, las cuales si bien no tienen las mismas características y naturaleza de una sentencia o laudo, sin duda habrán de tener un impacto en la manera en que se aplique el derecho del trabajo en algunos temas particularmente controvertidos (libertad sindical, equidad, etcétera).

Como podemos ver, la Constitución mexicana esta modificando de manera mediata e indirecta al derecho del trabajo, sin que la mayoría de los laboralistas lo vean así; seguimos creyendo, al paso de los años, que nuestro derecho constitucional del trabajo, inicia y acaba en el artículo 123; sin embargo, los años por venir, habrán de mostrar que esto, hoy mas que nunca, es equivocado.⁹

⁹ La inclusión de los derechos humanos en la terminología laboral, fue un referente que podemos encontrar en algunos estudios sobre los orígenes del de-

III. LAS MUTACIONES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La relación de trabajo, entendida como la concreción de un trabajo personal y subordinado, fue considerada desde mediados del siglo pasado, como el referente objetivo a partir del cual el derecho del trabajo desplegaba toda su manto protector; hoy, este concepto, es en donde, tal vez, se advierten con mayor crudeza, algunas de las mutaciones que están cimbrando el edificio laboral, en varios de sus niveles; detengámonos en algunos de esos cambios.

Por ejemplo, en materia de acceso al empleo, los cambios han sido variados; sin embargo, hay que anotar que, de origen, el análisis por parte de los laboralistas, enfrenta ciertas limitaciones, ya que, si bien la normativa laboral se ocupa de las diferentes maneras y modalidades en que puede nacer jurídicamente una relación de trabajo, lo cierto es que ese nacimiento se da muchas veces precedido o acompañado de otros procesos y circunstancias, en las cuales, el derecho del trabajo sólo se ocupa de manera limitada; es el caso de la selección, reclutamiento de personal, ofertas de empleo, etcétera.

Hay que recordar cómo el desarrollo económico de muchas economías, sobre todo durante la primera mitad del siglo XX, y parte de la segunda, permitieron el florecimiento de contratos de trabajo que presentaban ciertos rasgos de tipicidad, como eran, la clara definición de una jornada laboral, cercana a la legal, la duración indeterminada de los contratos como regla, la concreción de las facultades de mando del patrón en las labores cotidianas, la ubicación del espacio laboral, etcétera. Este panorama permitiría la construcción de un derecho del trabajo, que señalaba como sus pilares fundamentales a la estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad de los derechos laborales, búsqueda de la equidad en las relaciones laborales, entre otros;¹⁰ este esquema normativo, como es de entenderse,

recho del trabajo; sin embargo, se trata de una expresión que, a inicios del siglo XXI, tienen un significado más amplio y con implicaciones que, sólo con el paso del tiempo, los laboralistas podrán dimensionar.

¹⁰ *Cfr.* Pasco Cosmópolis, M., “Contratos de trabajo, economía informal y empresas de mano de obra”, *Décimo encuentro iberoamericano de derecho del trabajo*, México, UNAM, 2006, p. 67.

corresponde con economías que mantenían cierto crecimiento, y un papel del Estado empeñado en dotar a las relaciones laborales, de un marco normativo que permitiera, a la economía tener estabilidad. En el caso específico de esta, se trató de establecer en las normas laborales, la garantía de permanencia de las relaciones de trabajo, reconociendo la duración indeterminada de los contratos como la regla; y, a la duración determinada, como la excepción; sin embargo, este esquema, como bien lo ha señalado el doctor Ítalo Morales, se ha venido enfrentando a una realidad que lo ha ido adecuando:

Durante largo tiempo se pensó crear un sistema de protección absoluta, pero las excepciones se multiplicaron e hicieron que perdiera la seguridad que debía representar el puesto definitivo; la fantasía se alejó cada vez más de la realidad y ha colocado a las partes en su verdadera dimensión, enfrentándolas con el medio económico, tecnológico, industrial, político y social que obliga a cambiar las reglas del juego.¹¹

De esta manera, el derecho del trabajo, durante el siglo XX, construyó un esquema conceptual, con base en el cual, se regulaban las modalidades legales para que un trabajador se relacionara con el patrón; de esta manera, se habló primero del contrato de trabajo, y más tarde, de la relación de trabajo como las dos figuras emblemáticas por medio de las cuales un trabajador podría quedar legalmente vinculado a un patrón, y en consecuencia, ser acreedor de los derechos laborales; sin embargo, esas dos figuras han quedado rebasadas en más de un sentido, y se asiste a una explosión de estos conceptos, lo cual, se ha traducido en la mayoría de los casos en una creciente dificultad para encuadrar en ellas a las nuevas maneras en que se presta el trabajo. En el caso del contrato individual de trabajo, en ocasiones se asiste a una negación de la realidad, y en otras a la aparición de modalidades contractuales exóticas desconocidas por la normativa laboral. La negación de la realidad se presenta cuando la ley y los laboralistas niegan, por ejemplo, la exis-

¹¹ Cfr. Morales Saldaña, Hugo I., “La estabilidad en el empleo. Una idea superada”, *Revista Laboral*, México, SICCO, núm. 69, 1998, p. 41.

tencia de los, desde hace años conocidos como, contratos a prueba, los cuales son una práctica cotidiana en los centros de trabajo, en ocasiones, apoyándose con el elástico fundamento que da el actual artículo 47, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo, o usando disfraces de contrataciones de duración determinada que no se apegan a la normatividad.

En este panorama contractual, es interesante ver como se asiste también al vertiginoso regreso de las modalidades privadas de contratación; de esta manera el creciente número de contratos por servicios profesionales, de mandato y comisión mercantil, entre otros, empiezan a ocupar la escena laboral actual, desplazando al contrato de trabajo y excluyendo de esta manera el marco jurídico laboral, con la complacencia de las autoridades laborales.

Todas estas vicisitudes y cambios del contrato de trabajo permitirían, hacia finales del siglo XX, hablar de su atipicidad y precariedad, como rasgos que lo distinguen en estos tiempos. En este caso, el carácter atípico tiene que ver con el alejamiento de aquellos rasgos que formaban parte de sus rasgos distintivos, y la precariedad con el alejamiento de la duración indeterminada como regla general, para dar lugar de manera creciente a la duración determinada o limitada.

Por su parte, la figura de la relación de trabajo, que durante la segunda mitad del siglo XX fuera presentada en muchos códigos de trabajo como el concepto vanguardista y revolucionario por medio del cual, muchas personas que trabajaban, podían acceder a la protección del derecho del trabajo, por el sólo hecho de demostrar que prestaban un trabajo personal y subordinado para otra persona, sin necesidad de haber suscrito un contrato de trabajo, reafirmando de esta manera el principio de primacía de la realidad, según el cual, más allá de las formalidades, será la realidad y los hechos, en este caso la prestación del trabajo en ciertas circunstancias, las que determinarían la aplicación y exigibilidad de las normas laborales. La relación de trabajo, como figura de gran trascendencia en el esquema protector del derecho del trabajo ha sido desmantelada para que ahí, en sus entrañas, componentes y elementos básicos, se vaya difuminando su estructura y contornos, para ir dejando

poco a poco vacía y sin sentido. Hay que recordar que, históricamente se dijo, que uno de los elementos básicos en la delimitación y aplicación del derecho del trabajo, era que, en las relaciones laborales se presentaran ciertos elementos y características de manera objetiva, decía la jurisprudencia; entre esos elementos, aparecía de forma destacada la subordinación, entendida de manera dual como aquella posibilidad de que el patrón ordene y que el trabajador, en contrapartida, obedezca; este criterio, que sirvió durante muchos años a la aplicación del derecho del trabajo, parece confuso, oculto o francamente inidentificable.¹²

Tal vez una de las muestras mas evidentes y significativas de esta situación, sean fenómenos como la subcontratación y la tercerización, las cuales, se han convertido en mecanismos de relacionamiento laboral frente a los que, se dificulta la identificación de tales conceptos y elementos tradicionales como la subordinación, el lugar de trabajo, y de manera destacada, también el patrón o empleador. En efecto, en el caso del patrón (y por extensión, la misma empresa), su diseño jurídico en el mundo laboral lo ubicaba como aquella persona, ya sea física o moral, que contrataba trabajadores para que laboraran bajo sus órdenes; sin embargo, hoy se asiste, como dicen algunos, autores a una verdadera explosión de este concepto, en donde sus rasgos y características tradicionales ya no son tan fácilmente identificables.¹³ En el caso de las empresas,

¹² Cfr. Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O., “Crítica de la subordinación”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, C. A. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen L.*, México, UNAM, 2003, p. 269.

¹³ Hoy, sin embargo, esta generalizada coincidencia no existe más. En las últimas décadas se han producido transformaciones que han terminado por hacer estallar la forma centralizada y autárquica de la producción que la sustenta; y con ella, el modelo tradicional, o clásico de la empresa y del empleador, contruidos a su imagen y semejanza. Los caracteres del cambio operado son a estas alturas bastante conocidos. La necesidad de adaptar las estrategias de gestión empresarial a un contexto cada vez más inestable y competitivo, ha conducido a la adopción de una nueva forma de organización basada en la segmentación de los procesos de producción y colaboración entre organizaciones empresariales, en principio, independientes, unas de las otras. Frente al tradicional predominio del modelo centralizado de empresa, basado en el control directo del entero ciclo de

varios autores han venido comentando en los últimos años cómo estas se enfocaron a nuevas estrategias de organización y gestión; en esa labor, sería la fragmentación de los ciclos productivos y la búsqueda de ventajas competitivas, lo cual sin duda se vio reflejado en las nuevas formas de organización en el interior de las empresas, y hacia fuera de las mismas, y sobre todo, en sus formas de relacionarse entre ellas.¹⁴

Frente a estas mutaciones objetivas, en la manera que asume el patrón en la vida económica de hoy, el derecho del trabajo aparece con retraso y muy obsoleto, en su intento por retratar las nuevas realidades, pregonando, por medio de muchos de sus cultores, un discurso nostálgico de que nada debe cambiar.

Se trata en conclusión, de una serie de fenómenos frente a los cuales, los laboristas aparecen pasmados, y viendo el triste espectáculo que representa el hecho de que les vacíen y arrebaten de manera elegante, su materia de trabajo y objeto de estudio.

Pero los cambios no se ha quedado en la puerta de la empresa y en los primeros actos en la formación de la relación de trabajo, sino que han trascendido y entrado a la vida cotidiana de estas, y en la ejecución de esta de muy diversas maneras, por ahora, sólo señalemos la relativa a las prestaciones y a su pago. Efectivamente, desde hace años, el salario constituye la contraprestación simbólica y más significativa que recibía un trabajador por su trabajo; y en buena medida lo sigue siendo; sin embargo, la mutación que se advierte hoy, es que a lado del salario, han hecho su aparición otros conceptos que van teniendo un peso específico cada vez más importante en lo que recibe el trabajador por su trabajo, nos estamos refiriendo a conceptos como gratificaciones, bonos, etcétera, los cuales, recordemos, son reconocidos en la legislación laboral, pero como conceptos complementarios al salario, y no como algo, que en muchos casos

producción y su actuación autónoma respecto de las demás...”. Cfr. Sanguineti Raymond, W., “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, Buenos Aires, núm. 3, 2007, p. 50.

¹⁴ Cfr. Mugnolo, Juan P., “La empresa como estructura compleja”, en Ackerman, M. A. y Tosca, Diego (comps.), *Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 331.

llega a tener un impacto mayor. En este tema, hay que señalar el gran papel que ha jugado la jurisprudencia al ver estos conceptos, antes complementarios, como aquellos que no integran, en la mayoría de los casos el salario, permitiendo de esta manera, avanzar hacia una disminución del costo de la fuerza de trabajo por la vía de la delimitación y acotamiento de conceptos como el de salario integrado.

Así mismo, la diversidad de las prestaciones es otro de los cambios que se advierten en las contraprestaciones que recibe el trabajador, temas como la productividad, forman parte de la terminología que usan los laboristas, sin acabar de entender cuál es el contenido y alcance jurídico de estos términos. La productividad como tema de análisis, ha sido desde hace tiempo, recurrente entre los economistas, pero no con los laboristas; la razón está en que, para un economista, incluso para un administrador, la empresa como instancia productora y reproductora de capital, constituye el espacio en donde se genera la riqueza, y esta cuenta con variables con las que se puede mostrar y verificar si tales objetivos se están o no alcanzando, una de las cuales, es precisamente la productividad; y es a partir de la importancia de este concepto, que otras áreas del conocimiento se han esmerado en dotarlo de un contenido claro, señalándole límites metodológicos para su alcance, además del mejoramiento y medición; sin embargo, salvo escasas referencias al tema en la legislación laboral, la productividad no había formado parte del glosario cotidiano de los laboristas; tal situación está destinada a cambiar, y habrá que acostumbrarnos a hablar de productividad cada vez que hablemos de derechos obrero patronales, entre otras razones, por que ya en la vía de los hechos, y generalmente ajeno a las normas laborales, la productividad forma parte de los criterios, con base en los cuales, las empresas han empezado a organizar los sistemas de remuneración a los trabajadores a lado del concepto tradicional de salario.

Las mutaciones del derecho del trabajo han trascendido también a uno de los espacios de regulación jurídica, en donde, a manera de crisol, se conjugan y convergen las pasiones y los más encendidos debates entre los laboristas y sus sujetos de estudio y asesoría, como lo es el relativo a la ruptura de la relación de trabajo; en efecto, la regulación de la disolución de la relación laboral es un terreno

en donde jamás podrá haber unanimidad y coincidencia, respecto de la manera de abordarlo jurídicamente; la razón es simple, se trata de la posibilidad de regular la negación de la esencia del derecho del trabajo, es decir, el trabajo mismo por medio de mecanismos que privarían a un trabajador de serlo.

El marco jurídico que intenta regular este evento traumático como es la ruptura de la relación laboral, se ha resquebrajando y debilitado. Hay que recordar, cómo en la segunda mitad del siglo XX, se construyeron conceptos como el de la estabilidad en el empleo, que tenían en las leyes y códigos de trabajo, un conjunto de disposiciones que, se decía, buscaban garantizar la permanencia de los trabajadores en su trabajo, y regular sólo de manera excepcional las formas, causas y mecanismos en que ese principio protector podría quebrarse. Los tiempos han cambiado, y estos relatos nostálgicos e históricos, en donde la prioridad era la protección del trabajo y los trabajadores, han pasado a ser verdaderas entelequias, cuya invocación en ciertos foros, puede ser vista como un sacrilegio. Hoy, el derecho del trabajo avanza hacia una nueva manera de abordar las rupturas entre trabajadores y patrones, invocando conceptos que tratan de aderezar lo traumático de las mismas (empleabilidad, carrera laboral, aprendizaje para la vida, etcétera), pero ahí, en la operación cotidiana de la ruptura laboral, han sido varios los espacios en donde la normativa ha variado, entre estos están, por ejemplo, la ampliación de las causas de despido, en donde se viene operando una ampliación en varios sentidos, no sólo de manera cualitativa, aumentando las causas de despido en los códigos de trabajo, sino de manera cualitativa, incorporando a la ambigüedad en la redacción de las causas de despido, como una manera de hacerlas más elásticas, para así abrir y ensanchar la veda por medio de la cual, la interpretación informal en los centros de trabajo, o la interpretación formal en la jurisprudencia, permitirán consolidar la vulnerabilidad de los trabajadores al momento de ser separados del trabajo.

En muchos de los análisis que la doctrina hace del despido, se positiviza el debate, al discutir los significados que tal o cual término de la ley implica; o, las formas en que la asesoría cotidiana de las empresas deben interpretar los mandatos legales en el tema;

sin embargo, no hay que olvidar que en sus orígenes, la regulación del despido constituye un intento del Estado moderno por limitar, acotar y enmarcar las libertades de empresa que tiene el patrón, en tanto que es dueño y responsable directo de los procesos productivos; ahí radica la dificultad de abordar y regular el despido, no sólo en los intentos de alejamiento de las normas que en materia de rescisión aplican en el derecho privado, sino también en la dificultad que implica acotar un derecho que algunos suponen tiene por naturaleza quien a su vez, es dueño de los espacios y organización donde se presta el trabajo.

El fundamento del derecho a despedir, no es sólo un derecho positivizado, es también el derecho de propiedad expresado en marcos jurídicos que pretenden limitarlo; en ese sentido las causas de despido aparecen como este margen dentro del cual, el patrón puede reivindicar sus derechos originarios de propiedad, al decidir quien continúa o no en el desarrollo de los procesos productivos que él dirige; por ello, el Estado busca alejarse de un derecho absoluto para presentarlo como un derecho relativo.

En el fondo subyace la eterna lucha sobre los límites de las potestades patronales y los intentos humanizadores del derecho del trabajo. Por ello es que, cuando analizamos el despido y las causas legales de este; la sensación de ambigüedad reina en su análisis; la cual, se ve acrecentada en tiempos de crisis y apertura económica, como los actuales, ya sea por los nuevos textos legales reformados, o por la jurisprudencia sobre los mismos, e incluso, por los matices que les incorpora la contratación colectiva. Esta situación es, hasta cierto punto, natural, ya que la economía, la empresa, y en consecuencia el patrón, necesitan presentarse como un ente sólido y fuerte en los espacios de disputa económica abiertos y en donde pueda rescatar y reivindicar su carácter de director de los procesos productivos, dejando para otro momento las protecciones que el derecho del trabajo había construido a favor de los trabajadores para eliminar la discrecionalidad, si se trata de su permanencia en el trabajo.¹⁵ En ese sentido, el régimen del despido aparece en la

¹⁵ Cfr. Lyon Caen, G., Camerlynck, G. H. y Péllissier, J., *Droit du travail*, 12a. ed., Paris, 1984, pp. 247 y ss.

mira de los cambios, y es presentado como el villano de la película, proponiendo entonces que debe ser eliminado o por lo menos flexibilizado, ya que es acusado de ser un obstáculo a la modernización y la creación de empleos.

De igual manera, y con estas mutaciones la vieja idea y teoría de la estabilidad en el empleo, se debilita por medio de otras modalidades, como los costos asociados a las rupturas, ya sea tasando los precios de la misma, o incorporando mecanismos que pueden eliminar el costo o simplemente degradándolo. Esta situación se presenta traumática en aquellos países donde no se han incorporado mecanismos de compensación para los trabajadores que pierden su empleo. Junto a esto, el esquema se ve completado al incorporar formas simplificadas para llevar a cabo la ruptura; la idea motivante es clara, hay que romper rápido, sencillo y sin consecuencias, y bajo esta idea, las normas, otrora protectoras de los trabajadores, se van diluyendo en las nuevas tendencias laborales.

Sobre este debate, la opinión del doctor Ítalo Morales ha sido clara, el poner de manifiesto la necesaria, y a veces, cruda realidad, al enfatizar que las normas laborales guardan una estrecha relación con la situación económica de un país y que ante la disyuntiva entre derechos adquiridos o protecciones laborales, debe privilegiarse el empleo:

Las modificaciones en los principios accidentales, no constituyen retroceso como algunos lo afirman; deben ser simples desplazamientos circunstanciales adecuados a las condiciones históricas y económicas de su aplicación. El Derecho del Trabajo Contemporáneo debe adaptarse al momento que atraviesa en el tiempo y en el espacio debiéndole preocupar la subsistencia de la fuente de labores sin menoscabo de los derechos adquiridos; pero si para conseguir sus objetivos se requiere sacrificios normativos, la discrepancia debe favorecer a la colectividad abstracta que pudiera sentirse sacrificada; de sostener inmutables los privilegios de unos cuantos o el respeto de normas secundarias. Ante la disyuntiva, siempre deberá preferirse el mantenimiento de las relaciones laborales a toda costa, puesto que la indemnización económica sustitutiva del

trabajo se traduce en la desaparición del empleo y aumento de los desocupados, poniendo en peligro la estabilidad económica, política y social del país.¹⁶

Con este señalamiento, el citado autor plantea una discusión por demás interesante y de gran polémica en esta época de escasez del empleo como en los tiempos que actualmente se viven. En efecto, ante la eventualidad de modificar la legislación laboral en México, estos son los debates que se necesitan plantear, y que están en el fondo de toda discusión relacionada con la adecuación del marco jurídico laboral, a saber que conviene privilegiar la protección nostálgica de los derechos laborales de los trabajadores, o el empleo; por nuestra parte, nos parece, como lo afirma el doctor Morales, que hay que preocuparse por la subsistencia de la fuente de trabajo, pero sin menoscabo de los derechos adquiridos; en ese sentido, plantear una disyuntiva entre empleo o protección de los trabajadores, nos parece un falso debate, no debe ser la manera como se debe plantear la discusión, ya que no necesariamente se trata de posiciones irreconciliables, sino más bien, el tema ha de plantearse, como ya lo señaló el legislador mexicano, en términos de búsqueda de un equilibrio de los factores de la producción.

IV. LAS MUTACIONES COLECTIVAS

Por otra parte, en materia de derechos colectivos, las cosas también han venido cambiando en varios de los capítulos y temas importantes; hay que recordar sin embargo, que todas estas modificaciones han tenido como telón de fondo, una profunda crisis de la actuación colectiva de los trabajadores que se ha manifestado de muy variadas maneras, como son, la disminución de la tasa de afiliación sindical, la cual, si bien es cierto, nunca ha sido precisamente alta en los países latinoamericanos, actualmente, dependien-

¹⁶ Morales Saldaña, Hugo Ítalo, *La nueva dimensión del derecho del trabajo. Su realidad laboral a finales del siglo XX. Análisis laboral*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1967, pp. 139-150.

do de la fuente que se utilice, no llega al 13% de los trabajadores en países como México. Esta situación ha permitido señalar a muchos de los sindicatos como entes encargados de mantener privilegios prestacionales, frente a la inmensa población trabajadora que carece de ellos; se trata de una estrategia, muchas veces deliberada, que busca desprestigiar la actuación de los sindicatos en un contexto de reformas laborales que buscan acotar, limitar, o francamente, desaparecer logros y conquistas laborales que los sindicatos habían logrado durante muchos años.

Hay que reconocer además, que en muchos países, entre los cuales está México, los sindicatos no sólo vivieron durante muchas décadas en un contexto político y económico que les llevó a obtener logros para sus agremiados, pero también, alejarse en muchos casos de sus bases agremiadas, y ocuparse de sus relaciones y aspiraciones políticas, provocando una serie de deformaciones, y en ocasiones, de sus fines primigenios, como lo eran la defensa de los derechos de los trabajadores. En la actualidad, el sindicato, por desgracia, en el imaginario social de muchos lugares, es visto como sinónimo de corrupción y opacidad, con lo cual, socialmente se viene creando el ambiente y disposición propicia para limitar los derechos colectivos.

La libertad sindical fue, desde hace tiempo, reconocida a los más altos niveles de la jerarquía normativa, no sólo a nivel constitucional, sino también en un número considerable de normas internacionales, en las cuales tiene un lugar de primer orden, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, además de los convenios de la OIT que se ocupan del tema, entre otras.¹⁷

¹⁷ Cfr. Albuquerque, R. F., “Libertad y autonomía sindicales”, en *Décimo encuentro iberoamericano de derecho del trabajo*, México, UNAM, 2006, p. 155; en este, como en otros temas de gran trascendencia en materia laboral que cuentan con un reconocimiento expreso a nivel constitucional y en la normativa internacional, será interesante ver, tal y como se señalaba al inicio de este trabajo, como aplicarán los tribunales competentes la reforma constitucional de 2011 en México, en virtud de la cual, podría estar incluidos, en el concepto de derechos humanos, algunos derechos como el de sindicalización, de tal manera que, podría

En materia de libertad sindical, sigue siendo un espacio lleno de ambigüedades; por un lado, se argumenta de manera abstracta por el respeto a esta libertad, pero muchas veces, en los hechos, la aplicación de este principio se ve obstaculizado de muy diversas maneras con trámites administrativos, por mencionar algunos; sin embargo hay que destacar el tema que, si bien no ha sido objeto de modificaciones importantes en el marco constitucional y leyes reglamentarias, ha venido evolucionado por otras fuentes del derecho, como son la jurisprudencia y normas internacionales. En el primer caso desde hace varios años podemos constatar como los criterios interpretativos, han venido poco a poco tratando de fortalecer la libertad sindical, y de avanzar hacia un concepto más democrático y transparente; dos ejemplos nos parecen ilustrativos de ello, por una lado, aquel criterio emitido, ya hace algunos años, en el sentido de declarar inconstitucional la limitación de la pluralidad sindical que se establecía en la legislación laboral de los trabajadores al servicio del estado, en virtud de la cual, se señalaba (por ejemplo en la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado) que sólo podía haber un sindicato por dependencia pública, criterio que sería considerado inconstitucional, abriendo así la posibilidad de contar con otras organizaciones sindicales en ese sector; por otra parte, debemos destacar en el reciente criterio jurisprudencial, relativo a las características en que debe darse el voto en los juicios de titularidad de contratos colectivos, mejor conocido como el criterio relativo al voto libre y secreto. Como se recuerda en estos juicios, en donde se plantea una controversia entre sindicatos, la manera en que la legislación laboral ha previsto que se puede dirimir los conflictos, centrado en saber quien cuenta con el mayor número de sindicalistas adeptos a una u otra organización sindical, es precisamente la prueba del recuento, la cual, dada la trascendencia en una controversia como esta, juega un papel de gran importancia, y lo que hace la jurisprudencia es tratar de establecer una serie de criterios,

cuestionarse toda aquella normatividad secundaria y reglamentaria o prácticas judiciales o administrativas que pudieran estar inhibiendo el respeto de este tipo de derechos.

logísticos incluso, que permitan el adecuado respeto y protección de la libre expresión de la voluntad de los trabajadores.

Como puede verse la posibilidad de eliminar barreras a la sindicalización en ciertos sectores como el burocrático, así como las medidas de protección de la voluntad de los trabajadores, son sólo algunas muestras de esta renovación lenta, pero firme de la libertad sindical.

Algunos autores, al referirse a los sindicatos, señalan en la actualidad, que adolecen de diversos y variados problemas, como la falta de democracia sindical, corrupción de las dirigencias, falta de capacidad negociadora, entre otras que se traducen en una verdadera decadencia del sindicalismo.¹⁸

En materia de contratación colectiva, es interesante constatar como las mutaciones han sido discretas pero trascendentes; en efecto, históricamente los laboristas vieron y conceptualizaron a los contratos colectivos como uno de los espacios que de mejor manera ilustraban el carácter protector y reivindicador del derecho del trabajo; aquél carácter dinámico y expansivo de las normas sociales laborales encontraban un terreno fértil para crecer y ampliarse en los clausulados de los contratos colectivos; sin embargo, esa imagen idílica de la negociación y contratación colectiva, pareciera estar cambiando, dejando de lado, su cada vez más degradado campo de aplicación; muchos contratos colectivos, ya no son el espacio de aumento, mejoría o ampliación de los derechos de los trabajadores, sino que, se han convertido en espacios para reorganizar los procesos productivos y formalizar sus nuevas formas; en muchas ocasiones la negociación colectiva ha pasado de ser un proceso, en donde se discute cuanto se aumentan los derechos (por ejemplo salarios), a discutir cuánto es lo menos que se reducirán los mismos. De esta manera, la disminución de derechos y reorganización productiva, parecieran ser la novedad en muchas agendas de negociación. Un espacio como este, siempre fue visto como el terreno

¹⁸ Cfr. Martínez y González, A., “La decadencia del sindicalismo en México. Causas y efectos”, en Ruiz Moreno, Ángel Guillermo (coord.), *El derecho social en México a inicios del siglo XXI*, México, U. de G.-Porrúa, 2007, p. 171.

reivindicatorio por excelencia en el mundo laboral, para convertirse en un espacio de ajustes.

Dirían algunos, que los contratos colectivos están siendo un espacio recobrado y reconquistado por las empresas y el patrón, para darle un sentido utilitario a los acuerdos alcanzados, dejando para otros momentos, los temas tradicionales de la contratación, como lo eran los derechos y prestaciones de los trabajadores.

Ítalo Morales ha señalado en reiteradas ocasiones que estos espacios normativos no siempre fueron utilizados de manera adecuada, ya que también en ellos se cometieron abusos, y que, en consecuencia, es necesario plantear modificaciones en los mismos:

Amparados por las garantías sociales, se llegó al abuso de su ejercicio, afectando a las propias fuentes de trabajo que hacen posible la subsistencia del vínculo laboral, y se combatió al Estado en sus posiciones ideológicas, poniendo en jaque su estabilidad. En esta situación se deciden tomar las medidas pertinentes que limiten esta conducta y los derechos adquiridos de los trabajadores, preconizados como irrenunciables, sufren fuertes cambios. Sus principios generales se empiezan a tornar mutables, demostrando su valor relativo. El propio Estado, los trabajadores y los patrones toman conciencia de sus implicaciones, reconociendo la influencia decisiva de la economía en la norma laboral, la cual necesariamente deberá adaptarse a las circunstancias que la rodean. La inflación, las devaluaciones, las deudas externas e internas de cada país inciden en la relación de trabajo.¹⁹

En México, discutir de contratación colectiva es, en muchos casos, hablar de simulación; en efecto, el surrealismo jurídico en toda su extensión, se presenta aquí, bajo la forma de documentos bilaterales respetuosos de la legalidad con cabal cumplimiento del marco normativo, pero vacíos de contenido. Los denominados contratos de protección, en donde se cumplen con las reglas legales para que un contrato colectivo sea válido, aún en ausencia del conocimiento y aprobación de los trabajadores, a quienes se le va a aplicar, han

¹⁹ Cfr. Morales Saldaña, Hugo Ítalo, *op. cit.*, p.148.

venido a invadir el panorama contractual sindical de nuestro país.²⁰ Se trata de un tema que, si bien ha ido subiendo de tono, y ocupando mayores espacios en un amplio sector de los laboristas, ha sido presentado como un reproche y reclamo, que no ha ido acompañado de los análisis que pongan al descubierto los cimientos jurídicos, desde los cuales, se fomente y justifique este modelo de contratación colectiva.

En materia de huelga hay que recordar, como algunos señalan, que se trató en sus orígenes, de un reconocimiento jurídico que, aún forma parte de innumerables controversias, no sólo en su esencia misma de derecho positivizado, el encarnar la aceptación de cierta forma de autotutela, sino también, al haber pasado de una fase de prohibición expresa en las legislaciones de varias partes del mundo, a un verdadero régimen jurídico de la huelga, con marcos claramente diseñados para contar con requisitos de fondo y forma para su ejercicio.

Este derecho, eternamente discutido y envuelto en la polémica, sigue siendo visto como una de los más importantes logros de la clase obrera, y en ocasiones como un conjunto de reglas que limitan su realización. La huelga es un derecho que, si bien cuenta con una sólida fundamentación jurídica, no siempre fue así, y en sus primeros reconocimientos formales en los textos jurídicos, se le vio muchas veces, como una de las más importantes afrontas a la propiedad privada. Bien, pues ese origen tortuoso, no se ha borrado del todo, y hoy, no faltan las voces e intenciones de reforma legal que rescatan los argumentos decimonónicos, para tratar de juridizar una revancha jurídica, estrechando y limitando este derecho, tratando de aumentar las formalidades para llevarla a cabo, o bien, acotando los casos en que pudiera proceder.

²⁰ Para profundizar el tema se sugiere ver los diferentes trabajos compilados en UNAM-IEC, *Contratación colectiva de protección en México. Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores*, México, UNAM, 2007.

V. CONCLUSIONES

Los cambios que el mundo económico y político experimentaron desde los años 80 del siglo pasado, tuvieron como efecto, que la eficiencia económica, independientemente de lo que esto signifique, fuera puesta en el centro de las preocupaciones de los gobiernos de tal manera, que la estabilidad económica como fin, justificaría una serie de cambios, denominados estructurales, que llevarían a la adaptación de todas las regulaciones de la actividad comercial; de esta manera, temas, como el régimen jurídico de la inversión, política arancelaria, participación del Estado en la economía, entre otros, serían revisados y adecuados.

Todos estos acontecimientos, pusieron en un predicamento a todo el derecho social, incluido el derecho a la seguridad social y, de manera destacada, al derecho del trabajo; de manera casi sorprendente, los laboristas asistirían a un severo cuestionamiento de sus contenidos protectores, orillando en muchas partes del mundo a la adaptación y reforma de los marcos jurídicos laborales. En esa vorágine reformadora, el debate público sería planteado de manera trucada, por un lado, los que planteaban y reivindicaban el derecho del trabajo de carácter protector y a favor de los trabajadores; y, por otro; quienes promueven la adecuación, adaptación y flexibilización de esos marcos jurídicos.²¹ Y es en ese proceso de mutación, es en donde, países como México, se encuentran inmersos.

En la búsqueda de respuestas a las nuevas situaciones, los laboristas enfrentan una serie de retos, siendo el más importante, el avanzar hacia la construcción de un nuevo marco conceptual, que reivindique la vigencia, necesidad y actualidad del derecho del tra-

21 “...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 fueran 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...”. Hernández Álvarez, O., *op. cit.*, p. 315.

bajo; en esa tarea, será necesario, ver de otra manera a los contratos individuales, y actualizar su tipología, habrá también que aceptar, que el viejo esquema de la contratación por tiempo indeterminado, como regla, es, en muchos espacios de la economía, más un mito que una realidad. Debemos ver en el microscopio a la subordinación como vértice, a partir del cual se construyó buena parte de la protección social que ofrecía el derecho del trabajo, para avanzar tal vez hacia la construcción de nuevas subordinaciones, que correspondan también a las nuevas formas en que la relación de trabajo se presta.²² Si bien, nos parecen necesarias las proclamas militantes de amplios sectores defensores de las causas obreras, nos parecen insuficientes si no van acompañadas de los análisis teóricos conceptuales que permitan vislumbrar la construcción de nuevos paradigmas.

Ya algunos autores vienen señalando desde hace tiempo, que estas novedades conceptuales tendrán que ser plasmadas en la legislación laboral del futuro, como una manera en que el derecho del trabajo tendrá que irse adaptando a las nuevas realidades.²³ Hay que avanzar, dicen algunos, hacia un derecho del trabajo de los ciudadanos, donde al trabajador se le vea en una dimensión más amplia, que aquella estricta de la relación subordinada industrial.²⁴

En materia de derechos colectivos, el caso de la contratación colectiva, es tal vez uno de los casos en donde, de manera más

²² En esa búsqueda de renovación de los conceptos tradicionales del derecho del trabajo, han hecho su aparición términos que son dignos de estudio como la parasubordinación reconocida en Italia como una modalidad que ronda entre el tradicional trabajo bajo las órdenes de un patrón y el trabajo independiente. Cfr. Barthélémi, J., *Evolution du droit social*, Paris, Lamy, 2009, p. 421.

²³ “La futura legislación en América latina tendrá a dejar de colocar el contrato de trabajo subordinado, a tiempo completo y por plazo indeterminado, como el centro de un sistema de garantías del cual son excluidos los trabajos desarrollados sobre la base de regulaciones contractuales distintas. La realidad de la estructura ocupacional prevaleciente en la mayoría de los países latinoamericanos nos hace un severo llamado de atención. El trabajo independiente no profesional concentra alrededor del 40% total de los ocupados, además del trabajo familiar no remunerado que en algunos países llega cerca del 20%”. Ciudad Reynaud, Adolfo, *Las normas laborales y el proceso de integración en las Américas*, Lima, OIT, 2000, p. 220.

²⁴ *Idem*.

clara, se puede ver cómo la crítica a un modelo contractual, por demás poco claro, no se apoya en una propuesta conceptual sólida que permita responder a la pregunta, de qué ponemos, si quitamos el esquema legal vigente.

En la búsqueda de adaptar y adecuar la legislación laboral a un nuevo contexto, es que muchos países han iniciado la tarea de reformar sus legislaciones laborales; esas reformas, en la mayoría de los casos, no sólo adecúan la normativa a las necesidades empresariales, sino que, se ha traducido en verdaderas limitaciones a derechos que se suponían inamovibles. Pero también, buena parte de los cambios, han centrado su atención en las instituciones del derecho sustantivo del trabajo, dejando de lado otros de los espacios del modelo de relaciones de producción igualmente relevantes como las instituciones encargadas de impartir justicia laboral, tema, respecto del cual, desde hace años, el doctor Ítalo Morales, ha manifestado la necesidad de avanzar hacia una jurisdicción especializada en materia laboral, que cumpla cabalmente con los postulados constitucionales de justicia.²⁵

En este esfuerzo necesario, dirigido hacia la renovación del derecho del trabajo, todos están llamados a participar, desde cada una de las trincheras, en la cual, cada quien vive estas normas, entre los que se encuentran alumnos, académicos, litigantes, jueces, funcionarios públicos, trabajadores, sindicatos, patrones, organizaciones empresariales, etcétera. Sólo a partir del esfuerzo colectivo, se podrá alcanzar la necesaria actualización del marco jurídico laboral que demandan las nuevas relaciones de producción.

25 Véase Morales Saldaña, Hugo Ítalo, “Estado y justicia social”, Quinto Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, noviembre de 1991, Puebla, México.