

EL DERECHO DEL EMPLEO. LA NUEVA DIMENSIÓN DEL TRABAJO

Juan RASO DELGUE

SUMARIO: I. *Introducción: el trabajo y la sociedad industrial.* II. *La sociedad posindustrial.* III. *La crisis del contrato de trabajo.* IV. *¿Hacia una sociedad sin trabajo?* V. *Hacia un nuevo derecho: el derecho del empleo.* VI. *Hacia una sociedad consensuada en torno al empleo: ¿una utopía?*

I. INTRODUCCIÓN: EL TRABAJO Y LA SOCIEDAD INDUSTRIAL

En otras oportunidades desarrollamos la idea de que la forma y los instrumentos de producción determinan el modelo de sociedad en la que el individuo está inserto. Así, el modo de trabajar con instrumentos de piedra, hierro o bronce definiría tres modelos históricos de sociedad primitiva; el cultivo extensivo de la Edad Media promovería una sociedad feudal; el advenimiento de la máquina produciría una sociedad fabril, con roles diferenciados del capital y el trabajo.

La sociedad de gran parte del siglo XX se organizó en torno de una determinada forma de producción que fue conocida como el modelo taylorista-fordista de trabajo (otros hablan de la segunda Revolución Industrial, para diferenciarla de aquella del siglo XVIII marcada por el advenimiento de la máquina de Watt).

Frederick Taylor fue el teórico que concibió una modalidad de trabajo en la que cada trabajador debía encontrar la mejor y más rápida forma (*the best one way*) de realizar la tarea encomendada. En ese modelo la fragmentación del trabajo fue un aspecto esencial de la modalidad laboral. Los trabajadores debían especializarse en tareas breves y consecutivas, que luego se unirían en la cadena de producción. Probablemente las ideas de Taylor

no habrían dejado huellas si un industrial innovador —John Ford— no las hubiera trasladado a su modo de organizar la producción de automóviles.

La forma de trabajo fordista-taylorista requirió la construcción de fábricas donde los obreros realizaban su trabajo, y organizó un sistema de trabajo en el que tiempos rígidos, salarios iguales para categorías iguales de trabajadores y un estricto poder de dirección distribuido a través de una cadena de mandos, constituían los ejes esenciales del modelo.

La teoría de Taylor no previó una consecuencia de ese especial modo de producir: los trabajadores unidos en el trabajo de fábrica supieron construir sobre la base de condiciones e intereses similares (tiempos de trabajo, categorías, salarios) la fuerte solidaridad que serviría de base al crecimiento de la organización sindical.

Las relaciones de conflicto/negociación del trabajo industrial de fábrica determinaron la consolidación de un sistema de normas (el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social) que marcarían las características no sólo del trabajo subordinado, sino de toda la sociedad. Es por eso que hablamos de sociedad industrial para individualizar este tipo de sociedad del siglo XX en la que prevaleció el trabajo subordinado, la fábrica, la presencia de pocos interlocutores y muy representativos (Estado, empleadores y sindicatos), un sistema de seguridad social construido precisamente en torno a los aportes de los dos principales agentes productivos: el empleador y el trabajador subordinado.

Las relaciones sociales y el sentimiento de seguridad y pertenencia del individuo se fueron construyendo alrededor de la particular valoración del trabajo y en especial del contrato de trabajo típico: ese contrato caracterizado por la subordinación que vinculaba a las partes durante una jornada de trabajo de ocho horas y que se celebraba generalmente por tiempo indefinido.

El salario no solo significó la compensación del trabajador por el trabajo prestado, sino que se volvió el eje central de un gran sistema de redistribución de la renta nacional: el sistema fiscal, la seguridad social, la riqueza de los individuos dependió esencialmente de un equitativo equilibrio en la distribución de la renta nacional, cuyo principal mecanismo era precisamente el salario.

Las transformaciones del mundo del trabajo, la pérdida de centralidad del trabajo subordinado y la consecuente caída de todo un sistema de valores económicos y psicológicos construido alrededor de él, provocaron esa

crisis del modelo que, comenzada en los años ochenta, perdura hasta estos primeros años del nuevo siglo.

II. LA SOCIEDAD POSINDUSTRIAL

A partir de la revolución tecnológica, surge un nuevo modelo social que, confirmando nuestro planteo inicial, es la consecuencia de los cambios que se producen en la forma de trabajar y producir. La sociedad industrial entra en crisis, amplios sectores de trabajadores son expulsados de la actividad y el desempleo —en muchos casos— significa no sólo la privación de un ingreso, sino también la exclusión de la “nueva sociedad”. Pero, ¿realmente hemos sustituido el antiguo modelo con una nueva conformación de la sociedad? No es fácil responder a esta pregunta al estar insertos en los procesos de transformación. Sabemos de dónde venimos, es fácil diagnosticar lo que se perdió y por qué se perdió; pero no es simple entender dónde estamos y qué consecuencia va a tener el nuevo modelo laboral sobre la sociedad.

La primera conclusión parece, sin embargo, obvia. Este nuevo modelo —el modelo de la sociedad tecnológica y de las comunicaciones, el modelo de las fábricas sutiles (donde ya no es necesario construir grandes edificios para albergar centenares de trabajadores), del desplazamiento de la fuerza de trabajo que es sustituida por la fuerza de las máquinas, de la crisis del contrato de trabajo subordinado— no responde más a aquellos criterios del sistema industrial, donde todos los individuos (empleadores y trabajadores) encontraban su lugar en la sociedad. Como expresa Forrester, era una sociedad en la que el capital era algo tangible y cada uno tenía asignado un rol: fábricas sólidas, bancos, edificios inscritos en los catastros, las fortunas estaban encerradas en las cajas fuertes. El jefe —un individuo también tangible— era generalmente el propietario de la empresa; los productos manufacturados, la negociación, la circulación de materias primas eran de importancia esencial; la realidad se enunciaba en nuestro idioma. “Vivíamos un reparto de papeles a veces desastroso —dice la autora—, pero todos éramos personajes de la misma novela”. En cambio, el mundo que se desarrolla a partir de la cibernética no tiene vínculos reales con el “mundo del trabajo”; es un mundo de activos virtuales en el que el capital y las riquezas han perdido su materialidad; operamos con valores financieros no sustentados en activos reales, y los que toman las decisio-

nes son aquellos que Reich llama “analistas simbólicos”, es decir manipuladores de símbolos.¹

Hopenhayn, en su interesante ensayo sobre el trabajo, compara las ilusiones de los pensadores en la década de los setenta y de los ochenta sobre el futuro del trabajo, con las realidades laborales de este nuevo siglo. En la futurología optimista de los años ochenta se cifraban grandes esperanzas en el aumento de la productividad que aportarían las nuevas tecnologías. Se trabajarían —tal la ilusión de aquellos años— menos horas, más creativamente, se contaría con mayores ingresos y más libertad para disponer del tiempo propio.² Los futurólogos de la época imaginaron en definitiva un nuevo Estado de bienestar social potenciado por los beneficios de las nuevas tecnologías.

Sin embargo, la realidad actual está bien lejos de las previsiones eufóricas de las décadas del pleno empleo y del Estado social.

La realidad del trabajo en todo el mundo es hoy crítica, tanto por la crisis del empleo como por la incertidumbre de cómo mantener (o crear) protección social frente a la crisis. El desmoronamiento se refleja en el desempleo masivo, la precarización de las condiciones laborales, la inestabilidad que genera la flexibilización del trabajo y de los contratos, y la aparición de situaciones intermedias entre el trabajo reconocido y la desocupación.³

La nueva sociedad se expresa —en el orden internacional— a través de la globalización mercantilista y —en el ámbito interno— a través de nuevas formas de organización del trabajo que en mayor o menor medida apuntan a la desresponsabilización de la empresa. El trabajo “típico” —aquel de jornada completa, por tiempo indefinido y realizado para un único empleador— es sustituido por nuevas modalidades llamadas *atípicas*, que tienen todas ellas en común un mayor grado de inseguridad y precariedad. La atipicidad se manifiesta de formas diferentes: la reducción del tiempo de trabajo (contratos a tiempo parcial), la duración del vínculo (contratos a plazo, a prueba, por temporada), la locación de la actividad (tercerización), las características jurídicas del vínculo (contratos de arrendamiento de servicios, subcontratación), la dualidad de la figura del em-

¹ Forrester, V., *El horror económico*, 15a. reimp., París, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 27 y ss.

² Hopenhayn, M., *Repensar el trabajo*, Buenos Aires, 2001, pp. 210 y ss.

³ *Ibidem*, p. 228.

pleador (suministradoras de mano de obra temporal), modalidades de contratación antes completamente desconocidas (*staff-leasing*, arrendamiento de planilla, *franchising*), nuevas tareas a partir de las posibilidades que brinda la informática (teletrabajo) y, finalmente, contrataciones especiales para supuestamente favorecer la inserción de determinados colectivos de trabajadores (jóvenes, ancianos, discapacitados, etcétera).

Se produce en muchos casos la dislocalización de la empresa. El trabajador realiza su actividad al externo de la empresa y va perdiendo la referencia física de su empleador (la fábrica, la oficina, el comercio); la tecnología permite relaciones de trabajo a distancia (el teletrabajo); los galpones de las fábricas se transforman muchas veces en espacios virtuales.

Los cambios del trabajo y de la sociedad se proyectan sobre el individuo. Las certezas que rodeaban al trabajador en un sistema laboral jurídicamente protegido son sustituidas por la inseguridad permanente de los nuevos trabajos. Las enfermedades y accidentes físicos de la fábrica fordista ceden el paso en la sociedad pos-industrial a nuevas enfermedades, expresión del deterioro psicológico que provocan los “nuevos” trabajos (estrés, angustia, depresiones, síndrome de *burn-out*, etcétera.). En la civilización de la informática lo inmaterial sustituye a lo material y de este modo también aumentan las “enfermedades inmateriales”, que tienen muchas veces consecuencias más nefastas que las tradicionales, más fáciles de calificar y cuantificar.

III. LA CRISIS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sabemos que el trabajo regulado por el derecho laboral es aquella expresión de la actividad productiva humana que tiene especiales características. Las más destacables son la *ajenidad* (el producto del trabajo pertenece *inicialmente* a persona distinta del trabajador) y el pago del *salario* al trabajador como compensación por la enajenación del fruto de su trabajo. El sinalagma se formaliza en un contrato (el contrato de trabajo) por el cual el trabajador se compromete a producir para otro y bajo las directivas de este “otro” a cambio de una retribución: es, por lo tanto, implícita en la relación la existencia de la *subordinación* de una parte a la otra. Ajenidad, subordinación y salario son pues las características del contrato de trabajo.

La historia del derecho laboral es la historia de la formación y desarrollo de un sistema jurídico que va imponiendo límites y condiciones a esa “ex-

propiación” de los frutos del trabajo y a los poderes de dirección que el contrato otorga al beneficiario de esos frutos (el empleador). Surge así una red normativa de tutelas y beneficios que protege la contraparte “subordinada” de la relación contractual.

El derecho del trabajo —expresa Ackerman— aparece como un conjunto de reglas —originariamente de fuente estatal y luego también producto de la autonomía colectiva— que reconoce tanto la *falta de libertad* de quien *es contratado* —carencia que es a su vez consecuencia de su *necesidad económica*— como la *resignación de libertad* que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador. Y, a partir de tales reconocimientos, despliega una serie de reglas y diseña un conjunto de medios técnicos jurídicos para poner límites tanto al ejercicio de la posición de supremacía del empleador como a la resignación de libertad por el trabajador.⁴

A mediados de los años setenta comienzan a cuestionarse —especialmente desde los sectores empresariales— los derechos que el contrato de trabajo garantizaban al trabajador, por considerarlos excesivos. Nace en esos años y se prolongará en los ochenta el debate sobre la necesidad de desregularizar o flexibilizar el derecho laboral. Es un debate cargado de confrontación y polémica, pero en el que las partes coinciden en la aceptación del contrato laboral y de un piso de reglas jurídicas.

A partir de los años noventa se produce un cambio de enorme trascendencia: el contrato de trabajo entra en crisis. Comienza un proceso de “deslaborización” de la relación de trabajo, que tiene como inmediata consecuencia que, allí donde se extiende la contratación no-laboral, desaparece implícitamente la regulación del derecho del trabajo.

Este proceso va expandiéndose en todos los sistemas laborales del mundo, bajo el influjo de la *new economy*, que promueve el mercado a expensas de todo lo que pueda oponerse a él. La protección laboral se vuelve un costo y como tal una carga perjudicial para el producto final, que deberá comercializarse en un mercado que, por demás, se globaliza. En la competencia de todos contra todos, la obsesión es abaratar y —valga la redundancia— a cualquier costo. Bajo la consigna de facilitar el acceso al empleo para todos, se agita la bandera de la deslaborización del contrato de trabajo. Las consecuencias están a la vista: la deslaborización del contrato de

⁴ Ackerman, M., *Volver al principio, para no retroceder*, Buenos Aires, 2002, pp. 2 y 3.

trabajo ha precarizado el empleo y obligado a millones de personas a trabajar para otros fuera de todo marco regulatorio: la realidad demuestra que un vínculo laboral sin contrato de trabajo significa la imposición de las reglas del contratante fuerte (empleador) al contratante débil (trabajador).

La idea de la deslaboralización del contrato pudo avanzar y expandirse debido a la presión que ejerce en el mundo la gran escasez de empleo. Hoy para millones de personas, más importante que un contrato de trabajo es conseguir cualquier ocupación y bajo cualquier condición.

IV. ¿HACIA UNA SOCIEDAD SIN TRABAJO?

El autor estadounidense Jeromy Rifkin ha pronosticado el “fin del trabajo”. Creemos que la sociedad seguirá produciendo para sobrevivir y por lo tanto muy lejos estamos del “fin del trabajo”. Lo que está desapareciendo (en parte, creemos) es ese determinado modo de producir que fue históricamente el trabajo subordinado. Porque —y en eso hemos insistido hace largo tiempo— el trabajo subordinado es un fenómeno histórico. Existe cierta tendencia natural en imaginar que el individuo siempre trabajó a través de un contrato de trabajo subordinado: pero eso es sólo imaginación. El trabajo subordinado —como lo hemos conocido— nació a mediados del siglo XVIII y se extendió con plenitud hasta el último cuarto del siglo XX. Ahora ha entrado en una fase descendente, en una etapa de crisis, sustituido por otras modalidades de trabajo y por espacios cada vez más amplios de desempleo.

La cuestión preocupa porque los cambios y la supresión de franjas de trabajo subordinado ponen en crisis a toda la sociedad. La crisis del trabajo subordinado es la crisis de un modelo social que se construyó en torno al trabajo subordinado. La redistribución de la renta, la conexión del individuo a la sociedad, el sistema de seguridades y amortiguadores sociales se asentaron todos en la idea de una sociedad desarrollada alrededor del mundo del trabajo subordinado.

Enfrentamos un nuevo modelo social que ya no reconoce el trabajo subordinado como expresión de estabilidad colectiva. Es una nueva sociedad que busca organizarse en torno a nuevas realidades laborales y productivas y a nuevas ideas (la ideología de la nueva economía), que reconoce en el mercado una importancia central. La idea de una “sociedad económica” parece querer sustituir a la “sociedad industrial”, aunque no logra la nece-

saría consolidación. Este incipiente modelo de sociedad reposa sobre una contradicción fatal: su crecimiento y su límite es el “mercado”. *Hay que producir más para el mercado con menores costos*, expresan los teóricos del modelo, quienes señalan la necesidad de reducir entre los costos, los “costos laborales”. El mercado necesita consumidores, pero el modelo al mismo tiempo propone la expulsión de trabajadores y la reducción de salarios para abatir los “costos laborales”, lo cual en definitiva significa la destrucción de consumidores.

No creemos, por lo tanto, en la viabilidad de un modelo mercantilista (por lo menos con la puridad de los teóricos de la nueva economía). Tampoco creemos que es posible volver al modelo industrial taylorista-fordista. Ese modelo ha quedado atrás no por fuerza de las ideologías (aunque las ideologías pudieron acelerar los cambios), sino por la fuerza de los cambios tecnológicos que modificaron la forma de producir.

La sociedad está hoy marcada por nuevos criterios de organización del trabajo y por nuevas formas de producir. Regular los nuevos trabajos significarán ordenar y volver más justa la nueva sociedad, pero para ello es necesario construir, a partir de principios esenciales del derecho, una nueva regulación y tutela de esos nuevos trabajos. A esa nueva regulación jurídica de los trabajos la llamamos “el derecho del empleo”, para diferenciarla del “derecho del trabajo”. Concebimos “el derecho del empleo” como un derecho más amplio que el laboral (en su concepción original), porque éste siempre se limitó a regular la relación de trabajo subordinada.

Para avanzar en estas reflexiones parece necesario familiarizarse con la expresión “empleo”, que ha comenzado a utilizarse en forma más habitual que su sinónimo “trabajo”. Hoy hablamos de *condiciones de empleabilidad*, de *subempleo*, de *desempleo*, de *creación de empleo*, *políticas activas de empleo*, etcétera. Los expertos en formación profesional, técnica que ha adquirido nueva vitalidad en el sistema, se refieren preferentemente a la cuestión del *empleo* y no al trabajo.

No es fácil identificar las diferencias semánticas entre un concepto y el otro. El *Diccionario* de la Real Academia Española define *empleo* como “acción o efecto de emplear” y *emplear* como “ocupar a uno, encargándole un negocio, comisión o puesto”. Por su parte, *trabajo* es la *acción de trabajar*, es decir “ocuparse en cualquier ejercicio, obra o ministerio”. Empleo y trabajo hacen referencia, en definitiva, a cualquier “ocupación” del individuo.

Debemos recurrir a un artículo de Gerard Lyon-Caen —¿*Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?*— para percibir las diferencias. Para el au-

tor francés la expresión “trabajo” está ligado al derecho del trabajo, es decir a una disciplina social que garantizaba al trabajador una serie de tutelas, mientras que “empleo” es un término vinculado básicamente a la economía de mercado y se refiere a la actividad laboral inserta en el sistema económico. Consiste —expresa el autor francés— en la “reinserción del mercado de trabajo en el conjunto de la economía de mercado”.⁵

En la visión del autor francés, “trabajo” es un concepto principalmente jurídico, mientras que “empleo” es su equivalente económico. Es una diferencia no menor y que tiene en definitiva proyecciones muy importantes: en el primer caso hablamos de actividad humana que requiere protección, tutelas, reglas jurídicas; hablamos de trabajador, de hombre, de dependencia. En el segundo nos referimos a un elemento del mercado: un “recurso”, en insumo productivo; en definitiva: una mercancía. “Empleo” es también un dato estadístico despojado de referentes jurídicos o sociales: los índices de empleo indican los puestos de trabajo disponibles para determinada actividad, prescindiendo de cualquier criterio legal o axiológico. Como dato estadístico de la economía, el empleo importa más por su dimensión, que por su calidad. El “empleo” es en otros términos “la demanda de mano de obra” en una economía de mercado. Así lo indica Lyon-Caen cuando afirma: “el mercado de trabajo es el lugar de encuentro entre una oferta de mano de obra —la población activa— y una demanda de mano de obra —el empleo—. Cuando ese encuentro no se realiza, hablamos de desempleo”.⁶

En nuestra opinión, el contenido semántico del empleo no debe necesariamente estar ligado a un criterio absolutamente economicista. Es cierto que la palabra empleo es un término ligado más a la economía del trabajo y al mundo de las estadísticas que al derecho del trabajo. En ella está implícita la idea de relacionar la actividad laboral con la economía y el mercado. Pero también debemos aceptar que en la actualidad se va abriendo camino un nuevo y más amplio significado del término empleo, que engloba diferentes formas de trabajo y que trasciende el concepto de *trabajo* regulado por el derecho laboral. “Las relaciones del derecho al empleo con el derecho del trabajo y el derecho a la seguridad social —expresa Barretto Ghione— no han sido pacíficas en tanto el derecho del trabajo se ha visto en

⁵ Lyon-Caen, G., “¿Derecho del trabajo o derecho del empleo?”, *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, Montevideo, 1997, p. 270.

⁶ *Ibidem*, pp. 265 y ss.

muchas oportunidades instrumentalizado a efectos de permitir el acceso al empleo; así las políticas desreguladoras de origen neoliberal han postulado que sólo eliminando las regulaciones protectoras del trabajo podrá generarse empleo para todos”.⁷

Sin desconocer el estrecho vínculo entre empleo y mercado, a partir de esta comprobación se va perfilando una nueva construcción jurídica dentro del elenco de derechos sociales que llamamos *derecho del empleo*, —entendido como un conjunto de normas, que no se limita a la cuestión del “derecho al empleo” y a las relaciones con el mercado— “con independencia y estructura propias, entendido no sólo como un derecho subjetivo, sino compuesto por una serie de normas y principios que aseguran su perfeccionamiento y exigibilidad”.⁸

V. HACIA UN NUEVO DERECHO: EL DERECHO DEL EMPLEO

Unos de los debates doctrinarios más encendidos en los últimos años es el que se refiere al futuro del derecho del trabajo y a la necesidad de formular un marco de protección que alcance a las nuevas modalidades laborales excluidas del derecho laboral. La posición tradicional de la doctrina ha sido la de intentar atraer a la zona del “trabajo subordinado” las diversas expresiones del trabajo autónomo económicamente dependiente. Se postula la posibilidad de extender las fronteras del Derecho del Trabajo, para abarcar situaciones que hoy no están protegidas.⁹

Barbagelata, en su edición del *Derecho del trabajo* de 1995 reflexiona sobre la tendencia expansiva del derecho del trabajo, que si bien permanece referida básicamente al trabajo que se presta bajo un régimen de subordinación consentida, se extiende excepcionalmente “a los que prestan servicios con autonomía, se sirven simultáneamente del trabajo ajeno, trabajan como consecuencia de una sanción penal, integran una comunidad de trabajo asociado, etcétera”.¹⁰ En esta visión más amplia del derecho del trabajo, lo define como el derecho que “regula todas las formas de aplica-

⁷ Barretto Ghione, H., “Derecho al empleo y derecho del trabajo: una dialectica de interferencias” *Contribuciones. Orden económico y mercados laborales*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer Stiftung, 4/2002, p. 23.

⁸ *Idem*.

⁹ Véase, al respecto, Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O., “Crítica de la subordinación”, *Revista Derecho Laboral*, Montevideo t. XLV, núm. 206, 2002, pp. 246 y ss.

¹⁰ Barbagelata, H. H., *Derecho del trabajo*, Montevideo, 1995, t. I, vol. 1, p. 95.

ción de las energías intelectuales y corporales consideradas socialmente trabajo y, de manera especial, las prestadas bajo una relación libremente asumida con un tercero”.¹¹

El derecho del empleo responde a esa idea central expresada por el laboralista uruguayo: un derecho general que regula todas las formas de aplicación de las energías intelectuales y corporales consideradas socialmente trabajo, aunque en nuestro criterio preferimos separarlo del derecho del trabajo. El derecho del empleo es el derecho de “los trabajos”, mientras que el derecho del trabajo es un conjunto de normas focalizado a un determinado tipo de trabajo, el trabajo subordinado y por cuenta ajena.

Gerard Lyon-Caen —como adelantáramos— es muy crítico con relación a la posibilidad de admitir un “nuevo” derecho en torno al término “empleo”, nombre desconocido en los tratados laborales de la época industrial. Expresa que el derecho del empleo sería un derecho del trabajo *a la inversa*, “reorientado únicamente en el sentido de los intereses de la empresa (como lo había sido a menudo en otros periodos)... No es más que un avatar contemporáneo del derecho del trabajo; un derecho del trabajo reducido al nivel de instrumento de política económica, manipulado por el Estado o las empresas”.¹²

No compartimos esta visión que plantea una confrontación radical entre el derecho del trabajo y el derecho del empleo. Si bien es cierto que la aproximación del derecho del empleo al sistema de las relaciones laborales es diferente a la del derecho laboral, no podemos concluir que aquél deba necesariamente ser una especie de derecho *empresarial* del trabajo. El derecho del trabajo y el derecho del empleo pueden tener espacios de coincidencia y de confrontación propios de las realidades que regulan (el trabajo subordinado en un caso, la pluralidad de expresiones ocupacionales en el otro), pero de esa relación dinámica es posible extraer elementos que enriquezcan ambas disciplinas. Barretto Ghione acertadamente considera que las fronteras entre el derecho del empleo y el derecho del trabajo y la seguridad social no son impermeables y permiten en definitiva una intercomunicación dialéctica. Existe —según expresiones del autor— una dinámica intertextual (entre estas disciplinas) que ha provocado que entren unas veces en contradicción y otras en complementación y diálogo; pero no ha impedido que en ese proceso se solapen, superpongan, circulen, sustituyan,

¹¹ *Idem.*

¹² Lyon-Caen, G., *op. cit.*, nota 5, pp. 269 y 270.

absorban, crezcan a expensas unas de otras, modifiquen sus alcances y sus límites, en una dialéctica de interferencias recíprocas”.¹³

Del planteo del autor uruguayo surge, a nuestro juicio, el estímulo para analizar el derecho del empleo sin prejuicios pesimistas. La realidad nos desborda, como seguramente la realidad de comienzos de la segunda Revolución Industrial desbordaba a la cultura y a las reglas jurídicas de comienzos del siglo XX. Pero no será la negación de la realidad lo que nos hará avanzar en la búsqueda de nuevos criterios de tutela del empleo.

Al hablar del derecho del empleo pensamos en una construcción jurídica con un alcance más amplio que la del derecho del trabajo: un derecho del empleo que en definitiva pueda abarcar la nueva geografía laboral, en la que aparecen nuevas fronteras y nuevas regiones fuera del alcance del derecho del trabajo.

En esta visión, se proyecta el derecho del empleo, que no sólo abarca espacios más amplios que el derecho del trabajo, sino que también apunta a finalidades nuevas, como una mayor atención a la realidad productiva, sin desatender principios de promoción y tutela del trabajo como derecho humano fundamental.¹⁴

En nuestra visión, el derecho del empleo deberá abarcar básicamente tres diferentes aspectos del trabajo —su promoción, distribución y protección—, a los que nos referiremos a continuación.

1. *La promoción*

El deterioro de la ocupación en el mundo y los problemas que ello aparea indican que no es posible dejar librada la cuestión del empleo a las reglas del mercado, que sólo provocan nueva destrucción de empleo. Al mismo tiempo, tampoco parece razonable negar la realidad del mercado, porque ello nos conduciría por otro camino también peligroso: el de la construcción de reglas totalmente divorciadas de la realidad y por lo tanto inaplicables.

Preocupación del nuevo derecho es por lo tanto la promoción del empleo, la posibilidad de incentivar las ocasiones de trabajo que ofrece el

¹³ Barretto Ghione, H., *op. cit.*, nota 7, p. 24.

¹⁴ Véase, sobre trabajo y derecho humano, Ermida Uriarte, O., “Derechos laborales y comercio internacional”, *Memoria del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, septiembre de 2001, pp. 291 y ss.

mundo productivo. Se habla así de las políticas activas del empleo, que comienzan a desarrollarse con fundamentos sólidos en las dos últimas décadas a partir de planteos de los países más avanzados y de la Organización Internacional del Trabajo.

Las políticas activas del empleo han insistido particularmente en mejorar la formación y capacitación laboral de los trabajadores como forma de adaptación de la fuerza de trabajo a los grandes cambios producto de la revolución pos-industrial (la llamada *reconversión industrial*). Las políticas de formación apuntan básicamente a mejorar la *empleabilidad* del trabajador, es decir la “oferta de trabajo”, criterio en definitiva muy valorado por la nueva economía, que ha impulsado la *supply-side economics* o teoría económica de la oferta. Si bien es un hecho positivo el mejoramiento de los conocimientos laborales y de la capacidad de producción del trabajador, debemos reconocer que las políticas del empleo concentradas en la sola formación apuntan —sin proponérselo expresamente— a la sustitución de trabajadores menos capacitados con otros más capacitados, sin aumentar en definitiva los puestos de trabajo. En otras palabras, promueven la *inclusión* a expensas de la *exclusión*.

El derecho del empleo deberá orientar las políticas activas de empleo —y sin perjuicio de insistir en la formación laboral— también hacia el mejoramiento de la demanda. Es necesario por lo tanto imaginar un rol amplio de estas política, que incluya acciones tendentes al incentivo y reforzamiento de la demanda de empleo.¹⁵ Estas políticas podrían expresarse a través de subsidios a la contratación, financiación de autoempleo, cooperativas y micro o pequeñas empresas, y en algunos casos contratación directa de empleo por parte de servicios nacionales o locales de empleo. En definitiva, son actividades de fomento y gestión del empleo que tienen como objetivo potenciar la contratación de desempleados, que se encuentran en grandes dificultades para introducirse en el mercado laboral.¹⁶

Este tipo de políticas deben sin embargo gestionarse con mucha cautela para evitar la difusión de relaciones de empleo “barato”, y en definitiva provocar, como consecuencia indeseada de una política de abatimiento del desempleo, una mayor precarización del mercado de trabajo.

¹⁵ Cfr. Corbo, G., *Políticas activas de empleo a nivel local*, inédito.

¹⁶ Vázquez García, A., *Incentivos y desincentivos a la búsqueda de empleo*, Madrid, 2002, p. 22.

2. *La distribución*

En un mundo en el que el volumen del trabajo humano disminuye y aumenta la población mundial, la distribución del trabajo se vuelve un imperativo social y político. El derecho del empleo debe, a nuestro juicio, ocuparse también de la distribución equitativa del trabajo. Nuestra Constitución desde 1934 establece que “la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo” (artículo 55). Esta norma adquiere hoy extraordinaria actualidad a la luz del insuficiente volumen de empleo que marca nuestra época.

Las experiencias internacionales son numerosas y exitosas, atendiendo fundamentalmente a tres aspectos: la no realización de horas extra, la rotación de trabajadores entre actividad y seguros de desempleo y, por último, la reducción de la jornada de trabajo. Por vía de normas legales o de convenios colectivos se ha reducido la jornada de trabajo a menos de 39 horas en Alemania, Holanda y Francia (donde se ha alcanzado el objetivo de las 35 horas), como forma de generar nuevos empleos. Para tomar el caso concreto de Holanda, el número de trabajadores empleados subió de los 4,730,000 en 1985 a 5 millones y medio en 1996: el “milagro” holandés fue consecuencia de un lento crecimiento del producto interno bruto, pero esa mejoría pudo repartirse entre más trabajadores (y por lo tanto más población) precisamente por la reducción del tiempo de trabajo, que bajó a 1,421 horas por año en 1996. Hoy en día el símbolo de la propuesta sindical europea proclamada por la Confederación Europea de Sindicatos (CES) es el número “35”: las 35 horas de trabajo en la semana, así como a comienzo del siglo pasado las reivindicaciones pasaban por la jornada de 48 horas.

Hoy —expresa Ermida Uriarte— la reducción del tiempo total de trabajo es consecuencia del tipo de producción asumido, destructivo o prescindente del empleo. Se necesitan menos horas de trabajo para producir lo mismo y/o para obtener iguales o mayores beneficios. En ese sentido, la *masa horaria* (el total de horas trabajadas en una empresa, sector, país o en el mundo), tiende a reducirse... En esos términos, la reducción del tiempo total de trabajo es inevitable.¹⁷

¹⁷ Ermida Uriarte, O., “El fin del trabajo y la seguridad social: del seguro de paro al ingreso mínimo garantizado”, *Informe de seguridad social*, Montevideo, 2002, p. 7.

3. *La protección*

La tercera función del derecho del empleo debe ser la tutela del trabajo, extendida a “todos los trabajos”, es decir independientemente de las modalidades en que se ejerce la actividad productiva del individuo.

El desafío del derecho del empleo es el de organizar un sistema de tutelas mínimas que proteja los derechos y la dignidad de “todos” los trabajadores: “No existiría un verdadero Estado social y democrático del derecho —expresa Sagardoy— sin el respeto de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan”.¹⁸ En el “nuevo mundo de los trabajos” se produce una fragmentación de la cadena productiva, se acentúa la diferencialidad de las diversas expresiones de trabajo, aparecen trabajadores de diversas clases y categorías (cuentapropistas, independientes subordinados económicamente, informales, etcétera) y se desarrollan formas de gestión y gerenciamiento en la empresa. Las fronteras limitadas del derecho del trabajo no logran abarcar todas las nuevas expresiones de la actividad productiva humana; de ahí la necesidad de nuevas reglas que permitan gobernar los nuevos territorios.

Como expresa Treu,

la actual diferenciación entre los trabajos ha desde hace tiempo puesto en crisis los criterios tradicionales, basados en la relación de trabajo subordinada como modelo único. Las tentativas de hacer ingresar en este modelo único la múltiples formas de actividad expresadas en la actual organización económica —tratando de extender a aquéllas, en todo o en parte, las reglas propias del trabajo subordinado— se mostraron cada vez menos convincentes y al mismo tiempo contribuyeron a promover fenómenos de ilegalidad difundida en el mercado del trabajo.¹⁹

El derecho del empleo debe plantear la cuestión de la necesidad de una protección general del empleo, más allá de las reglas de protección del contrato de trabajo subordinado. La protección del empleo significa por supuesto la tutela del trabajador, pero también nuevas protecciones como, por ejemplo, la del ambiente en el que se desarrolla el trabajo, la valoriza-

¹⁸ Sagardoy, J. A., “La dignidad en el trabajo y el «mobbing»”, *Diario ABC*, Madrid, 19 de marzo de 2002.

¹⁹ Treu, T., *La Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*, memoria a un proyecto de ley presentado en el Parlamento italiano, Roma, 2002.

ción del trabajo humano con incentivos adecuados, el mejoramiento de la calidad del empleo, un sistema de tutelas ante la pérdida del trabajo que permitan el reconocimiento de un ingreso mínimo sustitutivo del salario u otro ingreso que percibía el trabajador.

El primer paso para la construcción de este sistema de tutelas es el reconocer y ordenar las normas que organizan una red de protecciones extensibles a todos los trabajos. En la actualidad estas normas, más que en leyes y decretos nacionales, están contenidas en las constituciones y en los grandes pactos y declaraciones jurídicas internacionales.²⁰

En efecto, los textos constitucionales iberoamericanos en general, cuando se refiere al trabajo, lo hacen en un doble sentido: por un lado a trabajo en general, por otro al trabajo subordinado. Esta distinción, aunque importante, no es suficientemente destacada en la doctrina. Cuando los textos constitucionales sancionan el derecho al trabajo se están refiriendo al trabajo en general, pretenden abarcar toda expresión de trabajo: trabajo independiente, trabajo subordinado, trabajo en la función pública, trabajo artesanal, etcétera. Es así, por ejemplo, cuando el artículo 53 de la Constitución uruguaya expresa —sin hacer distinciones— que el trabajo está bajo la protección de la ley y que todo habitante tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en beneficio de la colectividad.

Por lo tanto, la primera conclusión es que el derecho constitucional establece tutelas generales para todo trabajo, que constituyen la base de un derecho general del empleo. En 1998 escribíamos sobre la *diferencialidad* del sistema de relaciones laborales, donde convivían formas diferentes de trabajo y en el que individualizábamos por los menos tres subsistemas diferentes, cada uno con reglas y criterios propios: el subsistema informal, el subsistema del trabajo atípico y el subsistema de trabajo típico. En un símil geométrico hablábamos de la “teoría de los círculos” y planteábamos la necesidad de buscar respuestas jurídicas diferentes a realidades diferentes. Hoy los círculos siguen multiplicándose y, más que hablar de un sistema jurídico con diversos grados de protección, preferimos hablar de un derecho del empleo con un sistema general de protecciones mínimas que se extiende a todo trabajador, por la sola condición de participar en una comunidad productiva, con reglas políticas y sociales, que la doctrina italiana denomina *ciudadanía laboriosa*. Luego, en cada caso, la legislación, el acuerdo, los usos y costumbres irán perfilando las reglas de cada uno de los

²⁰ Cfr. Ermida Uriarte, O., “Derechos laborales...”, *op. cit.*, nota 14, pp. 291 y ss.

trabajos, de cada uno de los posibles “círculos”. Compartimos además lo expresado por Ackerman, quien condiciona la posibilidad de una protección diferenciada a “la calidad y precisión de la estructura normativa que la instrumente; producida ésta, deberán operar los medios tradicionales de control administrativo, judicial y sindical. Y, además y especialmente, deberá tenerse presente la necesaria *complementación* que podrá aportar la *Seguridad Social*”.²¹

El cuadro de protección extensible “a los trabajadores de toda clase” deberá construirse a partir de una serie de principios y derechos de tutela del empleo, ya reconocidos en las Constituciones y los grandes Pactos supranacionales. Entre ellos, mencionamos:

- a) El principio de protección del empleo.
- b) El derecho al empleo.
- c) El derecho a la educación y a la formación profesional.
- d) El derecho a usufructuar de las políticas activas de empleo.
- e) El derecho de toda persona a la seguridad y a la asistencia social.
- f) El derecho a la salud física y mental.
- g) El derecho a la libre asociación y la defensa de los intereses profesionales.
- h) El principio de la no discriminación en todo trabajo.

Finalmente debemos hacer referencia al reconocimiento de un *ingreso mínimo garantizado* como objetivo a largo plazo del derecho del empleo en un contexto de reducción del trabajo. No nos referimos al *seguro de desempleo*, porque esta protección de la seguridad social está siempre limitada —en aquellos países que han organizado prestaciones de desempleo— a los trabajadores subordinados, es decir, un sector cada vez más reducido del mundo del trabajo. Objetivo del derecho del empleo debería ser el de asegurar a todos sus ciudadanos un ingreso mínimo garantizado. Ermida Uriarte habla de “ingreso de ciudadanía”, renta a la que todo ciudadano tiene derecho en tanto no pueda recibir otros ingresos por concepto de prestaciones retributivas o provisionales.²²

²¹ Ackerman, M., *op. cit.*, nota 4, p. 14.

²² Ermida Uriarte, O., *El fin del trabajo...*, *cit.*, nota 17, pp. 8 y 9.

VI. HACIA UNA SOCIEDAD CONSENSUADA EN TORNO AL EMPLEO: ¿UNA UTOPIA?

Vivimos cotidianamente la realidad de una sociedad que está perdiendo cohesión, que se disgrega en franjas cada vez más diferenciadas: trabajadores de primera clase acceden rápidamente a puestos de trabajo de alta tecnología con retribuciones muy satisfactorias, mientras millones de hombres pierden sus trabajos y son relegados en la periferia de la sociedad. Hoy percibimos que el signo característico de la sociedad industrial fue elevar el trabajo a condición de pertenencia a la comunidad. El individuo era miembro de la comunidad fundamentalmente por su condición de trabajador, ya sea empleador u obrero o funcionario público. El nuevo modelo de sociedad excluye trabajadores y, como consecuencia de ello, margina individuos. En esta nueva sociedad *quien no trabaja, no es*, había alertado hace una década el laboralista italiano Umberto Romagnoli. El trabajo ya no es cuestión de recibir un ingreso, de atender las necesidades de la familia; el trabajo es algo más: es el “pase” para integrar a la sociedad (en una sociedad virtual quizá sea preferible hablar de *password*). Las consecuencias son evidentes y dramáticas: una sociedad que expele a los individuos a través de la destrucción de empleos está destinada a perecer. El comienzo de ese “perecer” está a la vista. El desempleo, la miseria, la marginalidad producen violencias de toda clase: violencias en nuestras calles, violencia en un mundo cada vez más ligado a la guerra, violencia de las ideologías potenciadas por el fanatismo religioso. *Con trabajo no hay violencia*, es el mensaje de un graffiti que resume en términos breves y precisos la relación entre el empleo y la sociedad, porque una sociedad sin trabajo se desarticula en la violencia y la miseria, y desaparece.

Creemos que es responsabilidad de todos, en especial del jurista que por vocación ha elegido pensar y ejercer el derecho como sistema organizador de la sociedad, promover la cohesión social. Para ello es necesario —y valga el juego de palabras— “incluir a los excluidos”, reinsertarlos a través del trabajo a la comunidad, promover un diálogo social en el que todos participen. Hoy el diálogo social asume una nueva dimensión porque es necesario construir un amplio consenso en torno a la construcción de una sociedad que satisface cada vez a menos individuos. La gravedad y la emergencia de las crisis nacionales impulsan la búsqueda de soluciones que tengan un significado común para todos los ciudadanos. La cuestión

del empleo y sus consecuencias sobre toda la sociedad constituye a nuestro juicio el tema central del debate, porque es un tema que interesa a todos: a las empresas porque el desempleo destruye potenciales consumidores; a los trabajadores porque el trabajo sigue siendo la fuente de sus recursos; al Estado porque una sociedad donde el desempleo alcanza niveles insostenibles se autodestruye. En este contexto, el derecho del empleo, como derecho de la promoción, distribución y protección de “los trabajos”, se vuelve una herramienta no sólo de tutela de los individuos, sino de construcción de una nueva sociedad. ¿Una utopía? Un desafío.