

**LOS DERECHOS SOCIALES EN EL MARCO DE LAS REFORMAS
LABORALES EN AMÉRICA LATINA ***

Por Adrián Goldin **

* Este documento se presentará en la ILS Research Conference on Decent Work, Social Policy and Development que se celebrará del 29 de noviembre al 1 de Diciembre en el International Institute for Labour Studies de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra.

** Profesor Plenario del Departamento de Humanidades – Área de Derecho

1. Para una consideración de los derechos sociales en América Latina

Cada una de las naciones de Latinoamérica ha hecho su propia trayectoria en la construcción de sus respectivos ordenamientos sociales y seguirá – no es una audacia predecirlo - transitando su propia ruta. Es posible reconocer, no obstante, algunas influencias comunes en sus “puntos de partida”, ciertos rasgos compartidos en su configuración, una cierta convergencia en las tensiones reformistas experimentadas en los últimos 15 a 20 años, y la necesidad de afrontar algunos desafíos similares en los días por venir.

Esa liminar referencia a los trazos compartidos no conlleva, pues, el propósito de sustentar la idea de una hipotética comunidad regional de sus derechos sociales y de los modelos sociales que los contienen. Su objetivo, más modesto, es puramente metodológico y de ningún modo original¹: se trata – como parece demandarlo el tema encomendado - de habilitar un cierto modo de presentar el devenir de los derechos sociales en la región en el contexto de los recientes procesos reformistas, de hacer posible el tratamiento conjunto y simultáneo de trayectorias cuya intransferibles señas de identidad, en cualquier caso, no pasarán inadvertidas. Porque no es de desdeñar, por cierto, otra aproximación distinta de la que hoy se escoge, en la que se priorice la apreciación de la diversidad de contenidos de cada uno de los ordenamientos nacionales – la radical singularidad de cada uno de ellos, por lo tanto - y se asigne condición no dirimente a sus rasgos comunes a partir de la hipótesis de que *buena parte de lo que los sistemas de derechos sociales de América Latina tienen en común es lo que tienen de*

¹ Es el enfoque conjunto de estudios como los de Efrén Córdoba, “Comparative Labor Law Journal, Vo. 17:314 pag. 314 y sgtes.; Arturo Bronstein, “L’évolution sociale et les relations professionnelles en Amérique Latine: Bilan et perspectives” en la Revue Internationale du Travail, vol 134, 1995 No. 2 pags. 179 y sgtes y “Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad” en Revista Internacional del Trabajo vol 116 (1997), núm 1, pág. 5 y sgtes; Oscar Ermida Uriarte, “Ajuste y legislación laboral en América Latina”, T y SS 1993 pags. 473 y sgtes; Geraldo von Potobsky, “Evolución de la legislación laboral en América Latina: influencias y tendencias” Derecho de Trabajo (Ed. La Ley) 2000 A pág. 773 y sgtes; Adolfo Ciudad Reynaud, su presentación, relativa a América Latina en la Mesa Redonda sobre Evolución y Tendencias recientes del Derecho del Trabajo en el VI Congreso regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que tuviera lugar en Querétaro, Mexico del 14 al 17 de septiembre de 2004 y, muy recientemente, “La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado”, María Luz Vega Ruiz (Edit) OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2005.

universal y son, como se verá enseguida, el producto de las influencias extra-regionales que comparten.²

Aquella opción metodológica y expositiva elegida para la elaboración de este documento, procura también dejar a salvo una concepción cuanto menos *binaria* de la evolución de los derechos sociales en cada experiencia nacional. Perspectiva ésta según la cual los tiempos que corren son el escenario de procesos y transformaciones políticas, económicas, sociales, tecnológicas y demográficas de signo muchas veces diverso y hasta contradictorio que someten a aquellos sistemas a tensiones reformistas en secuencias que coinciden en el tiempo pero responden a impulsos y motivaciones bien diversas: los derechos sociales evolucionan y cambian como *categoría histórica universal* – y como tales, afrontan en común, entre otros desafíos, los de la creciente internacionalización de los intercambios - pero también experimentan transformaciones sólo susceptibles de interpretarse *en clave estrictamente nacional*³. Resta considerar una *tercera línea evolutiva* que se materializaría en el plano regional bajo el impulso de los procesos de integración; ciertamente intensa en la dimensión europea, no parece tener aún incidencia destacada en los derechos sociales de la América Latina.

2. Algunas influencias compartidas

2.1 Sobre la reglamentación de las relaciones individuales

En cuanto referencia a los sistemas jurídicos históricos, los derechos sociales de los países de América Latina abrevan nítidamente en el modelo continental; tal es el sistema de pertenencia de sus derechos nacionales, tal el modo en que se construyeron los ordenamientos laborales y sociales. Tal entonces la matriz por la que en ellos *la ley* adquiriera su condición de *experiencia jurídica primaria*⁴, denotada en lo específico por la idea del *orden público laboral* y el consiguiente sesgo imperativo de sus normas. Esa influencia continental implica - también para la región - el híbrido cultural que suma sincréticamente las visiones contractual y comunitarista, esta última originada en el derecho germánico y el vasallaje⁵ y que permea los derechos del trabajo de las influyentes experiencias europeas (tal el caso, recuerda Supiot, de España, Portugal, Italia, Holanda y Francia, vestida en este último caso con el ropaje de la teoría de la institución). Se trata en suma de la caracterización del contrato como fruto de la combinación de las culturas romanistas y germánica, o más bien de las nociones de cambio y vínculo personal⁶.

² Sin desconocer, desde luego, que hay también algunos rasgos comunes estos sí de clara y compartida estirpe regional, a los que nos referimos en las próximas líneas

³ Hice referencia a esa doble línea evolutiva en mi “Las tendencias de transformación del derecho del Trabajo” Colección Monografías Jurídica, Lexis Nexis Buenos Aires 2003.

⁴ Díez Picazo, Luis, “Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho” Ed. Ariel, Barcelona, 1993, pág. 7.

⁵ Cfr. Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTy AS, Madrid, 1996, pag. 32

⁶ Cfr. Supiot, Alain, op. cit en nota anterior pág.38. Otto Kahn Freund, en “Trabajo y Derecho” MTSS, Madrid, 1987, pag. 64 afirma que “...postular una comunidad de intereses como sustrato de las relaciones laborales es pura utopía. Excavar las raíces de esta utopía de la armonía preestablecida entre empresarios y trabajadores sería una tarea fascinante para un sociólogo ; éste probablemente descubriría doctrinas basadas

En ese marco, grande ha sido – y es aún – la influencia de los Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre los ordenamientos latinoamericanos. En los países de la región el papel de esas normas internacionales “...más que (el de) armonizar legislaciones preexistentes, como ocurrió en el caso de algunos países industrializados, fue el dar un vigoroso impulso y una clara inspiración a los nuevos sistemas jurídicos laborales que comenzaron a establecerse en sociedades predominantemente industriales...”⁷. En 1941 el experto D.H. Blelloch⁸ sostenía que la parte más importante de la legislación laboral latinoamericana encontraba inspiración en los convenios y recomendaciones de la OIT, destacándose entre los instrumentos más influyentes, los de jornada máxima, prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, protección de la maternidad, edad mínima de acceso al trabajo en la industria, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Ni que decir hay que esos instrumentos son también, a su modo, expresión de la más temprana experiencia normativa europea, que también por esta vía proyecta su influencia sobre el nuevo continente.

La relación frecuente entre la legislación garantista y los regímenes autoritarios que de modo recurrente se enseñorearon en la región⁹ no parece haber alterado esos perfiles tutelares, al menos en el plano de las normas que regulan las relaciones individuales. Ora populista, otras veces paternalista, en América Latina el estado autoritario fue también un estado protector¹⁰.

No han de desdeñarse, por fin, las influencias recíprocas entre los ordenamientos latinoamericanos, constante desde su fundación; particularmente influyentes fueron en sus comienzos la legislación chilena de 1924 y luego los Códigos del trabajo chileno y mexicano de 1931, “piezas” iniciales de una “gesta” codificadora que – obedeciera a consideraciones de emulación o de prestigio (aún por parte de gobiernos autoritarios) –

en el *laissez faire*, junto a una cruda variante de marxismo y con toda certeza las más o menos espurias construcciones ideológicas utilizadas por Mussolini para apuntalar el *Stato Corporativo*, y asimismo podría observar como la utopía puede degenerar en el falso romanticismo de aderezos feudales que empleó Hitler en su legislación laboral...” Concepción está que, coincide Baylos, Antonio (“Derecho del Trabajo; modelo para armar” Ed. Trotta Madrid, 1991 pág. 23) ha servido de fuente a procesos autoritarios en Europa y, agrego ahora yo, también en América Latina.

⁷ Conf. Hernández Álvarez, Oscar, transcripción del propio autor de su intervención en la mesa redonda celebrada en el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Paris 5 al 8 de Septiembre de 2006) sobre el tema “Qué futuro para la ley en el derecho laboral”.

⁸ En “L’Amérique latine et la réglementation internationale du travail”, *Revue internationale du Travail*, vol XLIII No. 4, abril 1941, cit. por von Potobsky en op cit. en nota 1 pág. 777.

⁹ En “Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad” en *Revista Internacional del Trabajo* vol 116 (1997), núm 1, pág. 5 y sgtes, en particular pág. 8, Arturo Bronstein llama la atención sobre la existencia de “...una correlación muy llamativa entre los regímenes dictatoriales y la legislación garantista...” y menciona los códigos de trabajo de Nicaragua (Somoza, 1944), República Dominicana (Trujillo, 1951, Haití (promulgado por Duvalier, de quien recibió su nombre) y Paraguay (Stroessner, 1961, así como la legislación peruana de los años ’70 o el Código de Panamá de 1971, estos dos últimos productos de regímenes militares populistas.

¹⁰Cfr. Bronstein, Arturo, “Pasado y Presente de la Legislación Laboral en América Latina”, <http://www.oit.or.cr/oit/papers/pasado.shtml> pag. 20; con la excepción, por cierto, del Chile de Pinochet y, en menor medida en este aspecto, de la dictadura militar argentina entronizada en 1976.

alcanzó sorprendente implantación¹¹. Los códigos resultantes se influenciaron recíprocamente y de allí tienden a exhibir una estructura semejante¹².

2.2 Sobre la reglamentación de las relaciones colectivas

Los regímenes de regulación de las relaciones colectivas de trabajo parecen haber respondido a una concepción bastante más autóctona. Ella tuvo más bien sustento en una originaria desconfianza del legislador latinoamericano hacia los sindicatos, su politización, su aptitud contestataria y su consecuente conflictividad. Esa prevención se canalizó en la mayoría de las naciones de la región bajo la forma de un intenso reglamentarismo restrictivo: registro sindical, limitaciones estructurales y funcionales, condiciones minuciosas para ser dirigente, control de los procesos electorales, procedimentalización excesiva de la huelga y de los medios de solución, limitación de la duración, finalidad y titularidad de las medidas de acción directa., etc¹³.

Ese tratamiento reglamentario condujo en la mayoría de los países a la configuración *impuesta* de una estructura sindical confinada al ámbito de la empresa (haciendo por lo tanto frecuentemente inaccesible la sindicalización por la reducida dimensión de las unidades productivas) con restricciones incluso para la formación de federaciones y confederaciones. En algunos otros países de la región, en cambio - señaladamente Argentina y Brasil¹⁴ - la estrategia de control fue análoga, si se atiende a la densidad reglamentaria que conlleva, *pero bien distinta en lo que se refiere a la estructura impuesta*: la experiencia corporativa de la Europa de los años '30 y primeros '40 influyó para que prevaleciera en esos países la imposición de regímenes altamente centralizados¹⁵, tanto en su implantación funcional (inclusive bajo la forma del monopolio representativo) y territorial como en su estructura de gobierno, fuertemente cupular; todo lo que haría factible su control político “desde arriba y desde afuera”. Hay que decir que también Uruguay conoce a partir de los años '40 una estructura sindical centralizada que *es producto de un acto de intervención centralizadora*: la convocatoria

¹¹ Cfr. von Potobsky, op cit en nota 1 pag. 778. Chile y México en 1931, luego, Venezuela en 1936, Bolivia en 1939 (texto aún vigente), Ecuador en 1938, Panamá en 1941 y 1947, Brasil y Costa Rica en 1943, Nicaragua en 1944, Guatemala en 1947, Colombia en 1959 y Honduras en 1959, República Dominicana en 1951, paraguay en 1961 y El Salvador en 1963.

¹² Ver en von Potobsky op. cit. en nota 1, pág. 778 una minuciosa relación de las influencias recíprocas entre códigos y legislaciones latinoamericanas.

¹³ Cfr, Ermida Uriarte, Oscar, en “Las relaciones de trabajo en América Latina”, en Temas Laborales, Rev. Andaluza de Trabajo y Bienestar social 18/1990 pág. 67. En el mismo sentido, von Potobsky en op. cit en nota 1 pág. 779

¹⁴ También México registra un rasgo centralizador y corporativo, pues si bien se negocia a nivel de empresa, esa negociación se encuentra sujeta a unos comités de control de nivel superior que deben aprobar los acuerdos. Alguna analogía registra ese régimen respecto de la experiencia de los '90 en Argentina: si bien se multiplicaron las negociaciones en el nivel de la empresa, las mismas fueron protagonizadas por los sindicatos de industria y por consiguiente desde niveles de centralización intermedia..

¹⁵ Su marco, respectivamente el régimen político del entonces coronel Perón (la primera norma sindical con vigencia emitida por ese gobierno data de 1945), y el sedicente “Estado Novo” del presidente Getulio Vargas, en el poder desde los años '30.

de los Consejos de Salarios para enmarcar una negociación colectiva con intervención estatal que diera lugar a una estructura sindical correlativamente centralizada. No hubo en la experiencia uruguaya, no obstante, una intencionalidad de control o dominación autoritaria ni puede atribuirse a esa centralización ser producto de un determinado régimen legal de organización sindical, allí inexistente¹⁶.

Por sintetizar en pocas palabras ese “punto de partida” de los sistemas latinoamericanos de relaciones colectivas del trabajo – con todos los riesgos de simplificación que implica tal suerte de síntesis – podría afirmarse que, con la notable excepción de Uruguay, comparten todos ellos una vertiente controladora y restrictiva, en muchos casos de estirpe autoritaria, pero respondiendo a cuanto menos dos modelos bien diversos: mayoritario, el del *control por descentralización impuesta*; en el resto de los casos, el *del control por centralización impuesta*. Ambos distan de alinearse en su concepción con los principios de la libertad sindical. Hay que decir, no obstante, que, en muchos casos, habrían de experimentar en el período reformista cambios alentadores – inducidos por la lógica democrática sobreviviente – que les harían transitar (sin alcanzarlo del todo) hacia un *punto de convergencia* marcado por los convenios 87 y 98 de la OIT. Es ello parte de lo que procuraremos examinar en las secciones que siguen.

3. La inefectividad de los derechos sociales en América Latina

Además de los que son directa derivación de esas influencias compartidas así como de las concepciones que tiñeron la regulación de lo colectivo, entre los rasgos comunes de los derechos sociales latinoamericanos suele destacarse, y con razón,¹⁷ el de su alta inefectividad en las más diversas de las expresiones: desde la gran extensión del sector informal¹⁸, a la ya recordada introducción de códigos del trabajo no siempre compatibles con las realidades socioeconómicas en las que habrían de operar (lo que deriva en su consiguiente inaplicación), pasando por la ratificación frecuente de convenios internacionales como estrategia de prestigio y no siempre tras el propósito de instar su efectiva vigencia.

Esa inefectividad probablemente no proviene de una etiología unicausal: junto a una extendida cultura de la anomia¹⁹, medran la falta de recursos de control (o el desinterés por proveerlos), la incorporación de normas o influencias desentendidas de la

¹⁶ Hasta la reciente sanción de la ley 17940 de “Protección de la actividad sindical” no regía en Uruguay otra norma que las del convenio 87 de la OIT.

¹⁷ Por todos, Ermida Uriarte, Oscar en op. cit en nota 13 pág. 70.

¹⁸ Para 2004, la menor incidencia del informal en el sector no agrícola se verificaba en Uruguay (37.7%), Costa Rica (41,8 %) y Panamá (41,6 %), en tanto en Colombia, Ecuador, Paraguay y Perú esa incidencia era poco menor o superior al 60 % (del Panorama Laboral 2005 para América Latina y el Caribe, Avance del primer semestre, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, página 30. Informalidad imputada alternativamente al exceso de intervención y la rigidez legislativa, o a la presencia insuficiente del estado, o al desempleo y caída del salario real (cfr, Ermida Uriarte, op cit en nota 13 pág. 84).

¹⁹ Para la Argentina, merece recordarse el ensayo sobre la anomia del recordado jurista Carlos Nino “Un país al margen de la ley; estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino”, EMECE editores, 1992

propia realidad social y productiva, el desinterés por el fortalecimiento de los aparatos y procedimientos aplicativos (justicia e inspección del trabajo)²⁰, los deficitarios diseños legales, las dominantes incitaciones “costo” a incumplir las normas²¹. Factores todos ellos que marcan la distancia entre el derecho y la realidad y que, como enfatiza Ermida Uriarte²², puede reconocerse también en el campo de las relaciones colectivas de trabajo: frecuente desconocimiento legal de las organizaciones sindicales más poderosas que pese a ello son aceptadas como interlocutores por gobiernos y empleadores, negociación sobre temas o en niveles excluidos por la legislación, ejecución por los sindicatos de actividades que les están vedadas, inaplicación deliberada de la ley por la propia autoridad laboral, a sabiendas de su radical ineficacia.

4. Recuperación de la democracia; antesala de los procesos reformistas

Nuevos tiempos vendrían para América Latina a partir de finales de los '70 y comienzos de los '80. La mayoría de las naciones de la región recuperarían a partir de entonces las instituciones de la democracia²³. Comenzaba una nueva etapa que impactaría de modo intenso, pero también contradictorio y paradójico, en el dominio de los derechos sociales.

En el campo de la acción colectiva, el repliegue autoritario habilitaría una pronta tendencia de recuperación de las libertades sindicales; la democracia, señala Bronstein, haría a partir de entonces innecesaria la lucha de los sindicatos por su independencia y la

²⁰ Cfr. Bensusan, Graciela, “La distancia entre normas y hechos: instituciones laborales en América Latina” copia electrónica, pag. 4. Se trata del informe en el que se recogen algunos resultados del proyecto “Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina, financiado por el CONACYT, bajo la coordinación de la mencionada investigadora. Una primera versión de este trabajo había sido presentado en el Seminario Internacional sobre Cumplimiento de Normas Laborales realizado en Buenos Aires los días 29 y 30 de noviembre de 2005 bajo los auspicios del Ministerio de Trabajo argentino y la oficina de la OIT en ese país.

²¹ Bensusan, Graciela (op. y loc. cit. en nota anterior) puntualiza que los responsables del cumplimiento de las normas laborales toman en cuenta el costo del cumplimiento, el costo de la sanción por su omisión, el “coeficiente de detectabilidad” (extremadamente bajo en razón de las carencias de los sistemas de control), el grado de legitimidad de las normas (que pierden legitimidad social cuando se instala la idea de su subalternidad. respecto de la satisfacción de las necesidades de mercado). En última instancia, sostiene la autora, ahora en la pag. 17, las diferencias de eficacia entre los países parece residir prevalentemente en la presencia o ausencia de un sindicalismo fuerte y autónomo, en la capacidad estatal para detectar y sancionar el incumplimiento y en la legitimidad social de las normas, más que en los costos de cumplimiento. En el caso de México, cuyo nivel de efectividad en la vigencia de las normas reputa inferior al de Chile, Argentina y Brasil, la autora lo atribuye al irrealismo del alto grado de protección en un contexto de escaso desarrollo de las fuerzas productivas, el predominio de unidades de menor tamaño, la inefectividad de la inspección del trabajo, el menor grado de autonomía y democracia sindical. Ciertamente, dice la autora, hace falta en México una reforma que baje el nivel de rigidez de las normas y aumente el de la protección real.

²² Cfr. Ermida Uriarte, Oscar, en op. cit en nota 13 pag. 70

²³ Como lo recuerda Arturo Bronstein en op. cit en nota 10 pág. 6, este ciclo virtuoso se inició en Ecuador en 1979 y continuó luego en Perú en 1980, Bolivia y Honduras en 1982, Argentina en 1983, Brasil y Uruguay en 1985, Paraguay en 1989 y Chile en 1990.

propia vida de sus dirigentes²⁴ y permitiría el trazado de ese ya invocado proceso de convergencia en el que la sustitución de los ordenamientos entronizados por las dictaduras²⁵ y la aproximación a los principios contenidos en los Convenios 87 y 98 serían inocultable punto de destino.

El contexto, no obstante, no sería sencillo y los resultados de ese proceso distan de satisfacer las expectativas que en él era legítimo depositar. El tiempo de la libertad coincide con el del ajuste, la precarización y la agudización del flagelo del desempleo. Cambian los climas de la consideración social y en esa dinámica pierden los sindicatos: cae la afiliación, junto con su poder de conflicto, su prestigio y su influencia política y social. Y, en todo caso, el proceso de la recuperación de las libertades sindicales dista de haberse completado: el evocado intervencionismo estatal en las relaciones colectivas de trabajo se matiza, se despoja de algunos de sus perfiles más irritativos, pero no resulta abatido²⁶.

Paradoja y contradicción que se adueñara también de las fuentes normativas de reconocimiento y regulación de los derechos sociales en el plano de las relaciones individuales. Mientras en las nuevas constituciones de la región se exalta la lógica del garantismo y la tutela²⁷, en un número significativo de países la legislación – *al mismo tiempo* - procuraría, con distinta intensidad, proyectar sobre los ordenamientos laborales la lógica del ajuste estructural, las tendencias de privatización (de las empresas estatales, de los sistemas de pensiones), la apertura de las economías y consiguiente liberalización de los intercambios y demás acciones propias de la concepción económica dominante.

Procuraré en las próximas líneas echar una mirada crítica sobre los procesos de reforma: sobre su inspiración y también sobre el sesgo del pensamiento que se le opusiera, sobre sus rasgos más extendidos, sobre sus contenidos y sus impactos.

5. Los procesos de reformas laborales

5.1 Su inspiración

A comienzos de los '80 también en América Latina se perciben señales intensas de agotamiento del sistema mercado internista, que se manifiesta inepto para crecer, generar empleo, controlar la inflación y mantener el nivel de los ingresos. Desde esa perspectiva, en muchos de los países de la región aquél modelo ha de ser sustituido por otro sustentado en el ajuste estructural, la liberalización y apertura financiera y comercial de la economía, privatización de las empresas estatales y de los sistemas de pensiones,

²⁴ Cfr. Arturo Bronstein, "L'évolution sociale et les relations professionnelles en Amérique Latine: Bilan et perspectives" en la Revue Internationale du Travail, vol 134, 1995 No. 2 pag. 183.

²⁵ Sustitución operada en los casos de Chile, Uruguay y la Argentina, entre otros.

²⁶ Conf. Bronstein, Arturo, en op cit en nota 24, pág 190.

²⁷ Es el caso de las constituciones de Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay que, sostiene Bronstein (en op. cit en nota 10, pág. 7), buscan una nueva legitimidad para el estado democrático y procuran exorcisar los demonios del autoritarismo precedente mediante un acuerdo político por la democracia, los derechos humanos y los derechos sociales.

supresión de subsidios, reducción del gasto social, desmantelamiento de la regulación estatal de los mercados (“desregulación”), achicamiento del Estado muchas de cuyas funciones son puestas en cuestión²⁸. Presupuesto de este proceso era la convicción de que desde él se impulsaría el crecimiento y el desarrollo que se proyectaría en crecimiento del empleo y mejora de la calidad de vida de la población.²⁹

En el plano específico de las relaciones de producción, aquella lógica tendió a concebir a las normas laborales como mera interferencia en la capacidad de ajuste de los mercados. En esa condición, se les imputó operar como factores de restricción a la competitividad de las empresas y a la inversión, se les estigmatizó como responsables del crecimiento de la informalidad, del desempleo y de la subocupación³⁰, se les reputó en cualquier caso excesivas e infundadas³¹. Imputaciones detrás de las cuales suele más sencillamente encubrirse el propósito de reducir y variabilizar los costos del trabajo, ajustarlos a la evolución e la demanda en los mercados de productos, trasladar a los trabajadores parte de los riesgos de los emprendimientos, recuperar el control de la fuerza

²⁸ Esos procesos de ajuste, recuerda Bronstein (op. cit en nota 24 pag. 184) se manifiestan antes, al comienzo de los '80, en Bolivia, Costa Rica y México, mientras que otros países– tal el caso de Argentina, Brasil, Colombia, Perú y Venezuela – sobrevienen más tarde, hacia fines de los 80 comienzos de los '90.

²⁹ Objetivos que no alcanzarían a cumplirse, según pudo verificarse al cabo de ese proceso: si bien se alcanzaron resultados satisfactorios en cuanto al control de las cuentas públicas y la inflación, las tasas de crecimiento se manifestaron bajas, inestables y dependientes de los volátiles flujos de capitales externos, y sin que se alcanzara una expansión del ahorro nacional y de la inversión interna. En materia social, se pudo observar aumentos del desempleo, de la precarización laboral, de la inequidad en la distribución del ingreso, del sector informal y de las tasas de pobreza.

³⁰ Desde esa perspectiva, los mercados de trabajo (internos y externos), se equilibran mediante ajustes de cantidades (oferta y demanda de trabajo) o de precios (salarios), y, preferiblemente, de unas y otros, y funcionan mejor cuanto más rápido esos ajustes responden a los cambios en los mercados de productos y a las situaciones de crisis. En ese marco, las regulaciones laborales se perciben como factores de interferencia que perturban la espontánea adecuación de oferta y demanda en el mercado y, en concreto, como costos que deben controlarse y limitarse y, en cuanto sea posible, suprimirse (desregular).

³¹ Eduardo Lora y Carmen Pagés en “Legislación laboral en el proceso de reformas estructurales de América Latina y el Caribe”, BID, 1996, sostenían que era necesario introducir profundas reformas laborales para adecuar la legislación laboral al nuevo contexto de flexibilidad y competencia. Y que mientras a la sazón se habían producido cambios profundos en política comercial, cambiaria, tributaria, financiera y en materia de privatizaciones, se advertían pocas reformas laborales en material laboral (23 países de 26, se decía, habían realizado profundas reformas comerciales, 24 liberalizaron sus sectores financieros y 14 llevaron a cabo políticas de privatización en tanto sólo 5 países (se referían a Argentina, Colombia, Guatemala, Panamá y Perú,) habían hecho reformas laborales significativas. Si el deterioro de los indicadores del mercado de trabajo no eran por entonces tan pronunciados, se afirmaba allí, ello obedecía a la escasa efectividad de la legislación laboral y de sus consecuentes rigideces: la informalidad que permite evadir las limitaciones a las contrataciones temporales, los sobrecostos de las jornadas extraordinarias y los recargos a la nómina, y la inflación que ha permitido reducir remuneraciones reales individuales que la ley no permitiría bajar. Para los autores, los códigos laborales en vigencia en América Latina son muy rígidos y distorsionantes, pueden producir grandes pérdidas en términos de eficiencia e incentivan a las empresas a evadir la legislación para minimizar esos costos. Sostienen, por fin que la escasez de las reformas laborales es atribuible a la ausencia de mecanismos de representación de los posibles beneficiarios, pues los sindicatos solo defienden los intereses de los “insiders” y no existen organizaciones que representen a los desempleados y a los informales. Inferencia esta última que, obviamente, implica la creencia de que esas hipotéticas organizaciones, de existir, (y en rigor, si existen en algunos países; no otra cosa expresan por ejemplo, los “piqueteros” de la Argentina) tendrían un pensamiento análogo al de la ortodoxia económica. Hay que decir que, como se verá luego, el enfoque que se viene de sintetizar aparece años más tarde mucho más matizado.

del trabajo por parte de la gerencia para hacer posibles los procesos de reconversión así como la introducción de nuevos modos de organizar el trabajo y la producción³². Y que se corresponden muchas veces con la voluntad deliberada de atraer la inversión extranjera directa mediante la reducción de los costos y obligaciones derivados de la contratación de trabajo humano.³³

Desde esa lógica, de fuerte estirpe ideológica neo-clásica, esos juicios críticos sobre la configuración de los derechos sociales no contó siempre con sustento documentado acerca del impacto real de las normas. Se multiplican las cuantificaciones comparativas basadas en índices que no parecen debidamente contextualizados³⁴ y que omiten considerar el carácter sólo relativo de la idea de flexibilidad normativa, insusceptible de “medirse” exclusivamente en términos de su literalidad jurídica. Como sostuvimos en otra oportunidad³⁵ las normas laborales no tienen un “óptimo abstracto de flexibilidad” ni pueden compararse en puros términos de su contenido prescriptivo, sino en relación concreta con diversos factores del contexto en el que operan (que en aquella oportunidad llamamos “grado de flexibilidad/rigidez contextual”³⁶).

Pese a esa y otras debilidades, el emprendimiento reformista contaría en su favor con algunas de las particularidades de los regímenes laborales de la América Latina de las

³² Conf. Efrén Córdoba, “Comparative Labor Law Journal, Vo. 17:314 pag. 314 y sgtes..

³³ Cfr. El trabajo en el mundo 1997/1998, OIT, Ginebra 1997.

³⁴ Por ejemplo, los que Eduardo Lora y Carmen Pagés Serra incluyen en la pagina 206 de su “Labor Market Regulations and Institutions” que constituye el capítulo 7 de “Economic and Social Progress in Latin America”, 2004 Report, que refieren una evaluación del cotejo de intensidad de los sistemas de protección laboral. En sus términos, los sistemas de tutela de América Latina serían algo menos protectores que los de Europa del Este y Asia Central, pero bastante más que los Europa continental y, sobre todo, que los de los países del área del Common law. Esto, se agrega, es menos cierto en el campo de la seguridad social, en el que la protección en América Latina es inferior a la de los países desarrollados, de Europa del Este y de Asia Central. Esa insustancialidad comparativa se percibe también en el capítulo “Hiring and Firing Workers” del “Doing Business in 2005” (World Bank, 2005), que fuera objeto de la crítica por parte de la ICFTU/Global Unions en su documento “Comments by ICFTU/Global Unions on the World Bank’s Doing business in 2005: “Hiring and Firing of Workers”.

³⁵ En la contribución del autor al Libro Blanco del Empleo en la Argentina, MTySS Buenos Aires 1995.

³⁶ Decíamos en la obra citada en la nota anterior que las mismas normas “son” más flexibles o más rígidas según cuál sea la cultura industrial vigente, cuáles los criterios empresarios de gestión de los recursos humanos (esquema de comunicaciones, tipo de estructura jerárquica, criterios de integración y sistemas de recompensas, etc), sus propias flexibilidades estratégicas de tecnología y de producto, sus opciones de organización de la producción, la tradición sindical y las relaciones de fuerza que suscita y el estilo de sustanciación de las relaciones laborales (básicamente, en términos de cooperación o de conflicto). Agregábamos entonces que inciden también de modo destacable el grado de cumplimiento efectivo de las normas, la profundidad de las acciones de contralor administrativo, las tasas de conflictividad judicial, el comportamiento de los protagonistas del litigio y de los jueces, los criterios de interpretación de las normas y el sentido en que evolucionan las relaciones entre las diversas fuentes de producción normativa. Y que definen igualmente el grado de “flexibilidad contextual” de las normas factores tales como la eficacia del sistema educativo y del aparato institucional de formación profesional, la calidad del medio ambiente laboral, la existencia y calidad de los servicios de salud, el funcionamiento de las instituciones de la seguridad social (nivel y suficiencia de las prestaciones sustitutivas del salario, edad jubilatoria, condiciones para la vuelta a la actividad, etc) y el contenido y alcances de las políticas sociales. Concluíamos en esa oportunidad que resulta insuficiente (por pecar de una suerte de abstraccionismo literal) toda evaluación o cotejo de normas o sistemas de regulación que pretenda efectuarse al margen de esa imprescindible consideración contextual.

que diéramos cuenta en las líneas precedentes: no es sencilla, sin duda, la defensa de un régimen de baja efectividad, incluyente de normas muchas veces desentendidas de la propia realidad social y productiva. Tampoco contribuiría al objetivo de preservación de los derechos sociales una visión defensiva apoyada sobre una visión a veces teñida de cierto fetichismo depositado sobre las normas que están, suponiéndolas buenas solo por ello y valorando toda pretensión reformista como necesariamente regresiva³⁷.

5.2. Su dinámica y sus actores

Sostiene Ermida Uriarte³⁸ que en tanto en los países de la Unión Europea los concomitantes procesos de reforma laboral transitaron ora la vía de los acuerdos tripartitos (los casos de España e Italia), ora la del debilitamiento del poder sindical (Reino Unido), los que tuvieron lugar en América Latina fueron más el producto de la unilateralidad estatal y, consiguientemente, de una “desregulación salvaje”. Para mejor evaluar esa perspectiva, tal vez convenga tener en cuenta que, como lo recuerda von Potobsky, en estos países *también la introducción de la norma laboral fue un producto de unilaterales decisiones de gobierno* (en materia de descanso semanal, trabajo de niños y mujeres, accidentes del trabajo, seguridad e higiene, jornada de trabajo, etc).³⁹ Y que, por otro lado, sí hubo algunos acuerdos reformistas en niveles confederales – expresos o implícitos - que no fueron en verdad expresiones levantadas de diálogo social sino, en cambio, de compromiso político y cooptación⁴⁰.

³⁷ No parece un modo adecuado de acercarse a las normas laborales y a los valores que expresan, ignorar la necesidad de que las decisiones relativas a su instalación, mantenimiento, rediseño o supresión tengan en cuenta sus variadas implicaciones en términos de protección laboral y de equidad, pero también de su significación económica y productiva y de sus proyecciones sobre el mercado de trabajo y del empleo. Se trata de lo que podría caracterizarse como *la ineludible funcionalidad tripolar de las normas laborales*, de resultados de la cual cada institución debería expresar el punto óptimo de equilibrio entre su faceta tutelar – sin duda, razón predominante de su existencia – y los modos diversos y hasta contradictorios de vincularse con la economía y el sistema productivo, además de su incidencia sobre el mercado de trabajo y el empleo; baste, en efecto, considerar de a pares las categorías involucradas – protección laboral, eficiencia productiva, empleo – para advertir en cada binomio tendencias alternativamente convergentes o antagónicas (v.g., la elevación de las tasas de productividad puede, en ciertas condiciones, derivar en mayor inversión y nuevos puestos de trabajo y en otras, por el contrario, en la supresión de los existentes) (de mi trabajo citado en nota 35). Debe admitirse, no obstante, que los emprendimientos reformistas provinieron en una casi excluyente mayoría de la cantera neoclásica, lo que puede justificar la prevención y desconfianza de otros sectores del pensamiento.

³⁸ En “Ajuste y legislación laboral en América Latina”, en T y SS 1993 pág. 475 con cita de Rodríguez Piñero. En el mismo sentido se expresa Lance Compa, en su informe como relator del XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (París, 5 al 8 de septiembre de 2006), citando el documento nacional precedente del Ecuador. Es la misma debilidad participativa que se evoca en Panorama Laboral 2003 (América Latina y el Caribe) OIT, 2003, en particular “Aspectos laborales en los procesos de integración y los tratados de libre comercio en la región” (pág. 68) en este caso en el marco de los procesos de integración, en la definición de las políticas comunitarias y la adopción de las decisiones subregionales.

³⁹ En op. cit en nota. 1 Pág. 6. Rol que cumplieron gobiernos socialistas, conservadores y hasta autoritarios. En el tiempo de la incorporación de esas normas – puntualiza el autor - la dirigencia sindical de perfil anarquista y anarcosindicalista ponía en cuestión la legislación laboral burguesa que, a su juicio, sabotaba la solidaridad de clase.

⁴⁰ Sobre el caso argentino, véase mi “Continuité et changement dans le système des relations professionnelles argentines”, en el Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale”

De modo que, tal vez, esa inocultable unilateralidad no tenga sólo que ver con las militantes opciones gubernamentales –sin duda activas en el período en consideración – sino también con unos trayectos históricos en las que la unilateralidad y sus prácticas derivadas se configurarían como trazo constitutivo del desenvolvimiento de los sistemas de protección laboral⁴¹. Todo lo cual se encuentra íntimamente vinculado⁴², hay que decirlo, con las congénitas debilidades del diálogo social en buena parte de los países de América Latina, por razones no siempre iguales; entre otras, la ausencia de relaciones de estricta alteridad y autonomía recíproca entre los gobiernos y cada uno de los interlocutores sociales (no se dialoga de modo consistente sino con **otro** sujeto autónomo), la equívoca concepción del diálogo social como forma moderna de legitimación democrática de viejas prácticas autoritarias, la provocada debilidad de los sujetos colectivos⁴³, la subsistencia de instrumentos jurídicos o políticos a disposición del estado que le permiten ingerir en la vida y acción de los interlocutores sociales a “costo” menor que el de involucrarlos en fórmulas de diálogo y la participación social, etc.⁴⁴

Otro rasgo más bien generalizado de los procesos de reforma laboral en América Latina – obvio y casi universal – ha sido el de la homogeneidad de los discursos de contestación de los ordenamientos laborales, evocada líneas arriba. Muy probablemente, esa cierta convergencia institucional que puede apreciarse como resultado de aquellos procesos – sobre ella se reflexiona en secciones ulteriores de este ensayo – sea precisamente más el producto de ese común discurso de puesta en cuestión de la protección laboral que de su configuración inicial que, como sugerimos en las primeras líneas, tanto admite una aproximación desde sus trazos comunes (es la elegida en este ensayo), cuanto desde la diversidad de sus contenidos.

5.3 Diversa intensidad nacional de los procesos reformistas

Hay que decir que los países que de modo más sistemático impulsaron – con diversa intensidad – procesos reformistas en el período en consideración bajo la inspiración de la impronta ideológica recordada líneas arriba, fueron Argentina, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú. En el marco de la dictadura de Pinochet, Chile había

COMPTRASEC, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2001, pág 1010. Es también en cierto sentido el caso de México, donde el proyecto Abascal, de contenido altamente flexibilizador, contó en su origen con el apoyo de la fracción parlamentaria sindical del PRI y del sindicalismo oficial (Chronique Internationale de l'Ires, No. 98, Janv. 2006, Mexique, Récomposition du Syndicalisme, “La réforme Abascal du code du travail”. Pag. 6 y sgtes).

⁴¹ Ya hemos evocado el componente autoritario presente en muchas de las experiencias nacionales (ver antes nota 10).

⁴² Como efecto de esa historia y quizás como causa de las dificultades para superarla.

⁴³ Es el caso de Perú y, en particular, de la notable debilidad de los sindicatos y sus aliados, como lo recuerda el informante de Perú registrado por Lance Compa en su documento citado antes en la nota 38.

⁴⁴ Conf. mi “El trabajo y los mercados; sobre las relaciones laborales en Argentina” EUDEBA Buenos Aires 1997, pág. 128. Cfr Trebilcock “Structural Adjustment and tripartite consultation” in “Internacional Journal of Public sector Management” Feb, 1996, vol 9 Issue 1 Page 5- 16, que concluye que la naturaleza del dialogo social y la consulta tripartita refleja el tipo de sistema de relaciones del trabajo (corporatista, pluralístico o emergente) vigente en un cierto país.

sido objeto de una tan temprana como intensa reforma desreguladora (1978/1979), por lo que durante los '90 no se alineó con aquellos países, protagonizando en cambio un matizado proceso de reflujo y reinstitucionalización - redefinición - de su sistema de tutela.

Algunos países que no parecen haberse embarcado de modo explícito en ese tipo de reformas, quedaron de todos modos envueltos entre los tejidos – cierto que más laxos – de los “tiempos” de la flexibilidad. Tal especialmente el caso de Brasil⁴⁵, que tras poner tempranamente fin al régimen de estabilidad en el empleo mediante la introducción e la Ley de Fondo de Garantía por Tiempo de Servicios 1966) transitó los tiempos del ajuste estructural con una amplia flexibilidad *de hecho* fundada en una muy extendida descentralización productiva, el predominio consiguiente de las pequeñas unidades empresarias al margen de los controles de cumplimiento y con un salario mínimo extremadamente bajo. Hubo también concretas manifestaciones normativas que, sin embargo, no alcanzaron a configurar por sí un emprendimiento reformista: en 1983, la ley permitió la tercerización de la vigilancia, admitida también por la jurisprudencia para la prestación de servicios en las denominadas actividades-medio (limpieza, aseo y mantenimiento). En 1994 se consagra la inexistencia de vínculo entre las cooperativas de trabajo y sus socios, así como entre estos y la usuaria, generalizándose el recurso a cooperativas falsas. Desde 1988 se admiten los contratos a plazo sin necesidad de acreditar causas objetivas, en tanto se les introduzca mediante convenio colectivo y en 1999 se regula el trabajo a tiempo parcial y la pasantía “no laboral” de estudiantes tanto universitarios como secundarios, tengan estos últimos o no perfil profesional. A partir de 2003 se introduce el Programa Nacional de Primer Empleo para la contratación de jóvenes de 16 a 24 años que estén estudiando y miembros de familia cuya renta no pase de medio salario mínimo, contratación que cuenta con subsidio público. El “clima” de flexibilidad permitió también que, tras la aprobación de la Convención 158 y la apertura de un nuevo debate sobre la estabilidad absoluta, el Supremo Tribunal Federal suspendiera su aplicación y el presidente Cardoso procediera a denunciarla⁴⁶.

También, aunque en menor medida, se encontraría Uruguay en ese mismo “registro”. En este país, se derogó el proceso laboral especial (generalizando un único procedimiento para todas las competencias), se omitió la convocatoria de los Consejos de Salarios desde 1992 hasta la reciente asunción del gobierno del Frente Amplio, se redujo (1998) la prescripción laboral de 10 a 2 años, se introdujeron contratos especiales de aprendizaje y capacitación para jóvenes en 1997 con menores niveles de protección laboral y se consagró un régimen no laboral de pasantías. Junto a la deslaboralización de estas últimas, se admite también la de las llamadas “empresas unipersonales” facilitándose de ese modo, dicen Slinger y Rodríguez Azcué⁴⁷, el encubrimiento de

⁴⁵ En relación a este país seguimos el muy documentado e interesante informe nacional elaborado por Marcio Tulio Viana para el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que tuviera lugar en París del 5 al 8 de Septiembre de 2006

⁴⁶ Idem, nota anterior.

⁴⁷ Cfr. en relación al caso de Uruguay el informe nacional producido por Leonardo Slinger, y Álvaro Rodríguez Azcué para el Congreso citado en la nota 45.

verdaderas relaciones subordinadas. Se advierten también manifestaciones de flexibilidad y negociación a la baja en los convenios colectivos, incluso “contra legem”.

Finalmente, en México - tampoco un país explícitamente reformista - se incrementa la utilización de contratos por tiempo determinado, en particular contratos por 30 días que sólo podrían existir bajo condiciones que no se cumplen, crece el sector informal, se amplía la utilización de trabajo independiente o pseudo-independiente, se multiplican las tercerizaciones, y, en el marco de una constante pérdida de poder sindical, se extinguen los contratos por rama industrial⁴⁸

Otros países, como Venezuela (en 1990),⁴⁹ la República Dominicana (1992) y Paraguay (1993) y El Salvador (1994) experimentaron reformas orientadas a profundizar sus regímenes de protección laboral en lo individual o en lo colectivo. Como se verá enseguida, algunos de ellos no pudieron eludir, no obstante, la materialización de ciertas concesiones en clave de flexibilidad..

Diversa fue, ciertamente, la orientación de la jurisprudencia. Mientras que en el Perú algunas decisiones judiciales operaron en el sentido de atenuar las reformas más incisivas⁵⁰, en Uruguay – país, como queda dicho, sin reformas “explícitas” – los jueces fueron más receptivos a “los vientos del cambio”⁵¹. En México, la Corte Suprema “jugó” a favor de los principios de la libertad sindical, invalidando cláusulas convencionales de taller cerrado, así como el monopolio representativo en el sector público, y en la Argentina, en tanto en los ’90 la Corte Suprema acogía en diversas materias criterios de flexibilidad laboral⁵², los tribunales inferiores mantenían una jurisprudencia más tradicional de sesgo tutelar. La jurisprudencia de los tribunales del trabajo de Brasil, a su vez, mientras prestaba algún acompañamiento a las inclinaciones “flexibilizadoras” del legislador, se mantenía en cambio en la tradicional línea de protección en materia de trabajo forzado e infantil, “mobbing” y violación de los derechos de intimidad, evidenciando su sensibilidad respecto de los derechos fundamentales y de su problemática epocal.⁵³

⁴⁸ Del informe nacional de México elaborado por Patricia Kurczyn para el congreso citado en la nota 45

⁴⁹ Aunque se introduce en Venezuela algún matiz de flexibilidad en materia de jornada de trabajo, que se menciona luego.

⁵⁰ Conf. Villavicencio, Alfredo, en su informe nacional para el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Paris, 5 al 8 de septiembre de 2006).

⁵¹ Son palabras de Héctor-Hugo Barbagelata, evocadas por Slinger y Azcué en loc. cit en nota 47.

⁵² En temas tales como la tercerización (desresponsabilizando en ciertos casos al empresario principal) y la legitimación de la modificación “in peius” de los contratos individuales. Estas decisiones fueron adoptadas por la Corte argentina durante la década de los ’90, tiempo en que su composición incluyera la llamada “mayoría automática”, integrada por cinco magistrados que solían alinear sus decisiones con las preferencias del gobierno que impulsaba a la sazón reformas en clave de flexibilidad.

⁵³ Del informe de Marco Tulio Viana, citado en nota 45.

5. 4. Los contenidos de la reforma

5.4.1. En las normas e instituciones sustantivas del trabajo

Los cambios normativos producidos en el marco de los procesos de reforma laboral de las últimas décadas han sido cuidadosamente descriptos en numerosos estudios más o menos recientes⁵⁴. Es por ello que no se considera necesario formular en esta oportunidad una relación completa de esas reformas, que serán evocadas sólo en la medida necesaria para hacer posibles algunas ulteriores reflexiones conclusivas.

Entre los principales y más difundidos contenidos de las reformas de la época cabe mencionar:

- *Facilitación de la contratación temporaria.* En concreto – y aunque no se le manifiesta a texto expreso – esas contrataciones se proponen hacer posible la elusión de la figura del contrato por tiempo indeterminado, tradicionalmente reconocido como la modalidad preferida y hasta presumida por los ordenamientos latinoamericanos, mediante la habilitación de la contratación por períodos predeterminados, despojada ahora de la necesidad de acreditar causas objetivas para su adopción. Estas modalidades, bajo formas múltiples y diversas, fueron adoptadas en Argentina⁵⁵, Perú, Panamá, Colombia y también antes en Brasil, sujetas en este último caso a su introducción mediante convenio colectivo.
- *Modulación de la jornada de trabajo.* Se introdujo en Argentina – jornada en base a promedios – donde debe ser establecida necesariamente mediante convenio colectivo. En Colombia se admite cierta modulación de la jornada de trabajo en la distribución desigual de las 48 horas semanales, en tanto no exceda el tope de 10 horas diarias. También en Perú se reconoce al empleador individual cierta posibilidad de modular la jornada diaria hasta el límite semanal de las 48 horas, con aviso previo al sindicato. En Chile se revierte en los '90 la amplia facultad de modulación de la jornada introducida durante la dictadura, aunque más tarde, en 2001, se vuelve a admitir cierta modulación de la jornada de hasta 186 horas mensuales, en la medida en que no se excedan las 12 horas diarias. Estas formas de flexibilidad de la jornada también aparecen en países que, como queda dicho, no protagonizaran emprendimientos reformistas sistemáticos: Brasil, donde sólo se le admite mediante convenio colectivo con un plazo de 120 días para la compensación del tiempo excedido y tope de 10 horas diarias; Venezuela, que admite ese tipo de jornada en tanto el total de horas trabajadas no exceda de las 44 semanales en el plazo de 8 semanas, y la República Dominicana que, pese al

⁵⁴ Entre otros, los citados en la nota 1 de este ensayo.

⁵⁵ Introducidas a partir de 1991, se extendieron en años posteriores hasta que fueran derogadas por la ley 25013 dictada en 1998 por el mismo gobierno que las introdujera.

sesgo tutelar de sus reformas, admite alguna modulación de la jornada en tanto no exceda de las 10 horas en comercio y 9 en industria y no supere las 44 semanales.

- *Disminución de la intensidad de la protección contra el despido.* En línea con la tradicional puesta en cuestión de las restricciones al despido⁵⁶, numerosas son las reformas en este aspecto. En Colombia se sustituye el régimen de la estabilidad absoluta por otro en que asume carácter relativo, aunque con una indemnización más alta. En Panamá, ya en 1976, se matiza el derecho de reinstalación del trabajador despedido, que se restablece en 1981 aunque con numerosas excepciones, a favor de pequeñas empresas y zonas de exportación, al tiempo que se habilita a las juntas de conciliación a dispensar una indemnización en lugar del reintegro; más tarde (1986) se amplía el período de prueba, de 2 semanas a tres meses y en 1995 se simplifican las indemnizaciones por despido injustificado y se limita el derecho a los salarios caídos en caso de despido procedente.

En Perú, en 1991 se deja sin efecto el derecho a reintegro y cobro de los salarios caídos en caso de despido injustificado⁵⁷, con la excepción de los despidos nulos por motivos antisindicales, discriminatorios o por embarazo. En Argentina, en 1998, se suprimió el tope indemnizatorio mínimo (dos meses de salarios)⁵⁸ al propio tiempo que se suprimía la posibilidad de utilizar modalidades de contratación a plazo fijo que no respondieran a causas objetivas.⁵⁹ En Brasil, como se señaló líneas arriba, se había suprimido tempranamente (1966) el régimen de la estabilidad absoluta, reemplazado entonces por el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicios.

- *“Deslaboralización”⁶⁰ y “desalarización”⁶¹.* En una nítida estrategia de “abaratamiento de la laboralidad”⁶², en Panamá en 1986 se “deslaboraliza” a los

⁵⁶ Que, se suele decir, obstruiría los ajustes de plantilla, limitaría la capacidad de responder al crecimiento con el aumento correlativo del empleo, induciría una mayor rotación de la fuerza de trabajo pues se despiden para evitar que el trabajador aumente su costo de despido, alentaría la contratación temporal y la subcontratación en el informal. Desde otras perspectivas, algo más matizadas, la seguridad en el empleo reduce las fluctuaciones de corta duración pero no las asignaciones de empleo inducidas por “shocks permanentes, orientan las decisiones de los empleadores (menos despidos en malos tiempos, menos contrataciones en los buenos) y no afectaría el empleo, pero sí la duración y estructura del desempleo. En algunos casos, se sostiene, puede inducir el aumento de la productividad cuando estimula el incremento de la inversión (en tecnología y en capacitación), pero dificulta la productividad en empresas en que hay cambios constantes en las capacidades requeridas, Redistribuye, por fin, a favor de trabajadores adultos y calificados, en perjuicio de mujeres, jóvenes y no calificados (Conf. Eduardo Lora y Carmen Pagés Serra, en op. cit en nota 34 pag. 217)

⁵⁷ Más tarde, el Tribunal Constitucional, en una virtual contrarreforma jurisprudencial (así la denomina Alfredo Villavicencio en su informe citado en nota 50) declaraba la invalidez del despido incausado.

⁵⁸ A partir de entonces, la indemnización (un mes de sueldo por año de antigüedad en el empleo) sería proporcional al tiempo trabajado; por ejemplo, un trabajador despedido a los 4 meses de su ingreso tenía anteriormente derecho al mínimo indemnizatorio de 2 meses de salario completos, y a partir de esta reforma percibiría sólo las 4/12 partes de un mes de salario..

⁵⁹ En el tiempo del “reflujo postreforma” (2004) se restableció una indemnización mínima por despido, que desde entonces sería de un mes de sueldo (y no de 2 meses, como la que se suprimiera en 1998).

⁶⁰ Neologismo que expresa el *tratamiento legal de relaciones de trabajo dependiente como si no lo fueran.*

⁶¹ En este caso, *tratamiento legal de un concepto de naturaleza salarial como si no fuera tal.*

trabajadores a domicilio. En Perú reciben ese tratamiento los contratos de formación laboral y prácticas profesionales. En Uruguay, los pasantes y los titulares de las denominadas “empresas unipersonales”. En Argentina, los pasantes, los transportistas y los aprendices (estos últimos serían posteriormente “relaboralizados”). También en Argentina se “desalarizan” los denominados “beneficios sociales”, algunos de los cuales – señaladamente, los vales para la adquisición de alimentos – tienen en sí una indiscutible condición salarial⁶³. En Panamá se desalarizaron las primas de producción y otras bonificaciones, de otro modo también incuestionablemente salariales. En Brasil, la compensación que se paga durante el tiempo de formación, la participación en los beneficios, los beneficios e cobertura de la salud, asistencia odontológica, escuela, seguros y vivienda. También en Perú se despoja de naturaleza salarial a diversos conceptos.

- *Facilitación de los procesos de tercerización o “outsourcing”*. Estrategia institucional particularmente intensa en Perú a través de empresas de servicios temporales, empresas especializadas en la prestación de ciertos servicios (mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, etc) y a través de sociedades cooperativas cuyos miembros son socios y no empleados (aunque se les reconoce el derecho de acceso a condiciones de trabajo no inferiores a las de los trabajadores de la usuaria con funciones laborales análogas). En Brasil, como se expresó más arriba, se admite en el período la tercerización en la actividad de la vigilancia, mientras que la jurisprudencia la admitió para la prestación de servicios en actividades-medio, como limpieza, aseo y mantenimiento y en Argentina, alguna jurisprudencia de la Corte, inspirada de modo explícito en la finalidad de facilitar el flujo de los negocios, limitó los supuestos de extensión a la usuaria de la responsabilidad del empleador directo en ciertos casos de subcontratación. Es también el caso de Chile. y, esta vez en los hechos más que en las normas, el de México⁶⁴.
- *Autorización de agencias privadas de colocación y regulación de las empresas de trabajo temporal*. En Panamá en 1993 se autorizan las agencias privadas de colocación. Colombia y Perú admiten las empresas de trabajo temporal en 1991 (Brasil y Argentina lo había hecho con anterioridad, en 1974 y 1976 respectivamente)
- *Fondos de cesantía o despido*. Tras su introducción en Brasil (1966), también se introduce en Colombia, donde la indemnización por terminación de contrato de trabajo, que se pagaba directamente, pasa a un fondo de depósitos anuales del

⁶² Expresión utilizada por Antonio Ojeda Avilés en su “La representatividad sindical como excepción”, Relaciones Laborales, Madrid No. 7 abril de 1992 pág. 23.

⁶³ También se “desalarizan” los servicios de comedor de la empresa, los vales para el almuerzo, los reintegros de gastos de medicamentos y de gasto médicos y odontológicos, la provisión de ropas de trabajo y otros elementos de la indumentaria o el equipamiento del trabajador, los reintegros por gastos de guardería y sala maternal, la provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador, el pago de cursos o seminarios de capacitación, el pago de gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador.

⁶⁴ Del informe de Patricia Kurczyn, cit en nota 48.

empleador con capitalización individual (luego, a partir de 1993, unido a los fondos de pensiones). También en Perú se prevé el depósito de la contribución por tiempo de servicios sobre bases similares a la cesantía colombiana. En Panamá en 1995 se extiende la prima de antigüedad a todo trabajador, que se deposita en una cuenta especial que garantiza también las indemnizaciones por despido injustificado. En Venezuela, la prestación por antigüedad (que se paga además de la indemnización por despido injustificado) se acredita en un fideicomiso individual a nombre del trabajador o en un fondo de prestaciones por antigüedad, capitalizando los intereses en su cuenta.

5.4.2. En las normas e instituciones de aplicación y control

En el marco de la histórica tendencia de ineffectividad de las normas en los sistemas de protección laboral de los países de la región, las reformas sustantivas no fueron acompañadas por modificaciones de análoga intensidad en los aparatos y procedimientos concebidos para su aplicación (inspección del trabajo, justicia del trabajo, etc). Pese a que esa carencia es reconocida desde las más diversas expresiones del pensamiento, no parece una audacia pensar que quienes impulsaban los procesos de reforma claramente orientados a reducir la intensidad de los regímenes tutelares no deseaban reducir correlativamente el margen de “flexibilidad de hecho” – de ilegalidad tolerada, en suma – que les denotaba y aún caracteriza. Inaplicación e ineffectividad que, sostiene Bensusán, obedece entre otras causas⁶⁵ a fallas en los diseños y estrategias de las instancias o mecanismos encargados de la aplicación de las reglas, en especial de la inspección del trabajo y del sistema de justicia laboral.

El contexto económico del ajuste incide también en esta materia; hay cierta contradicción entre el interés, sustentado en la lógica democrática, de mejorar el nivel de control en la aplicación de la ley y el temor correlativo de destruir empleos y desalentar la inversión como su consecuencia. En ese marco, se registran ciertos esfuerzos no siempre fructíferos de mejorar la capacidad de fiscalización en Argentina, Brasil y Chile, ausentes en cambio en México, en el que se intenta reemplazar el enfoque sancionatorio por el de la prevención y el autocumplimiento⁶⁶

En materia judicial, se registran reformas procesales en Venezuela y Ecuador y otras menores en Chile, Guatemala y Nicaragua y una extremadamente importante en Brasil, que elimina la representación sectorial en la justicia del trabajo, establece procedimientos sumarísimos para cuestiones de bajo monto y para la ejecución de sentencias, limita la intervención de los tribunales en la solución de los conflictos colectivos de intereses (dissidios colectivos) y extiende la competencia de la justicia

⁶⁵ Tales como el diseño de la ley y las incitaciones-costo a incumplirla; los factores de cumplimiento de la ley toman en cuenta el costo del cumplimiento *vis a vis* el de la sanción, el “coeficiente de detectabilidad” de la transgresión, el grado de legitimidad social de la norma (en la época, subalternizado a la satisfacción de las necesidades de mercado), etc. (Conf. Graciela Bensusan en op cit en nota 20, pág. 4).

⁶⁶ Idem, pág. 14.

laboral a los vínculos de trabajo no dependientes⁶⁷. En Argentina, a su vez, se estableció un régimen de conciliación obligatoria en los reclamos individuales como condición para el acceso a la justicia. Si bien ese régimen fue en cierto modo eficaz en los objetivos de aligerar la carga judicial y, correlativamente, los costos empresarios de la litigiosidad, el sistema se resiente de una alta dependencia del Poder Ejecutivo y una sistemática inducción a la renuncia de derechos y al encubrimiento de situaciones de simulación.⁶⁸

Hay que decir, finalmente, que los duros embates reformistas generaron, aún más allá de las reformas efectivamente introducidas, un cierto estado de “invigilancia putativa” de las instituciones de protección del trabajo al socaire de las constantes propuestas desregulatorias (aún de aquellas que no progresaran) y del clima de deslegitimación de la tutela laboral, estigmatizada por su hipotética incompatibilidad con las necesidades del mercado⁶⁹. La inaplicación del derecho social encuentra de ese modo renovado sustento no sólo en lo que de verdad se desregula o modifica, sino también en lo que *cree, se hace creer o se querría invigilar*.

5.4.3. En las normas relativas a las relaciones colectivas del trabajo

Como se expresó líneas arriba, en materia colectiva sería éste el tiempo de la recuperación de las libertades y, simultáneamente – como consecuencia del ajuste, la precarización, la exacerbación del desempleo - de la caída de la afiliación, de la atenuación del poder de conflicto, de la pérdida del prestigio y de la influencia política y social de los sindicatos.

En ese complejo contexto, los países de la región transitarían un proceso de convergencia que, al menos en lo normativo e institucional, les pondría en mejor sintonía con los Convenios 87 y 98 y los principios de la libertad sindical aunque, como señala Bronstein⁷⁰, en la mayoría de ellos el Estado seguiría conservando instrumentos que le permitiría incidir con amplios poderes en los sistemas de relaciones profesionales.

De tal modo, Uruguay, un país de notable tradición libertaria, derogaría en el período la legislación sindical de la dictadura para proceder bastante después – en 2006 – a dictar la ley 17940 de libertad sindical en la que se alinea de modo expreso con el convenio 98 en materia de discriminación antisindical y con el 135 en punto a las facilidades para el ejercicio de la representación antisindical. También para Chile⁷¹ y la

⁶⁷ Del informe de Marco Tulio Viana citado en nota 45.

⁶⁸ Conf. Bensusan, Graciela en op cit en nota 20, pág. 17.

⁶⁹ Marco Tulio Viana da cuenta de una tal imagen de debilidad del estado de aplicación de los derechos sociales en Brasil (su informe citado en nota 45). A juicio del autor de este ensayo, tal era también el clima dominante en la Argentina durante los '90.

⁷⁰ En op cit en nota 24 pág. 183

⁷¹ En Chile – donde tras la recuperación de la democracia en 1990 se había derogado la legislación sindical impuesta por la dictadura - se habilita en 2001 la posibilidad de negociar en niveles supraempresariales, con el acuerdo de las partes, y se procura limitar la utilización de los contratos de adhesión a las ofertas patronales por ser manifiestamente contradictorios con el objetivo de fomentar la negociación colectiva voluntaria. En esa misma oportunidad, se consagra el derecho de información del sindicato, al tiempo que

Argentina sería el tiempo de la superación de las duras restricciones impuestas por sus dictaduras a las normas regulatorias de las relaciones colectivas del trabajo⁷².

Costa Rica (1993)⁷³, República Dominicana (1992) y Guatemala (2001) – en este último caso, en oportunidad de la visita de una Misión de Contactos Directos de la OIT – y Perú (2003)⁷⁴ reformaron sus legislaciones para satisfacer las observaciones formuladas por los órganos de control de la OIT. También El Salvador, a su vez, reforma en 1994 su Código del Trabajo, y en particular las normas relativas a las relaciones colectivas de trabajo siguiendo las propuestas normativas formuladas desde la Oficina⁷⁵. Colombia ratifica en 2000 los convenios 151 y 154 y El Salvador ratifica los convenios 87 y 98 en 2006.⁷⁶

En ese contexto de convergencia aún no completa hacia el reconocimiento pleno de las libertades sindicales, se observan manifestaciones de regresión en el sistema institucional de Venezuela a partir de la sanción de su nueva constitución en 1999, reiteradamente señaladas por los órganos de control de la OIT⁷⁷ y que dieran lugar a

se establece el derecho de la federación o confederación de incorporar uno de sus dirigentes al proceso de negociación de un convenio colectivo de nivel inferior emprendido por uno de sus sindicatos adheridos (ley 19579)

⁷² En Argentina la dictadura había suprimido ciertas garantías pero no había sustituido el histórico modelo del monopolio sindical basado en la denominada “personería gremial”. La reforma legal que se llevó a cabo en el renovado contexto democrático (1988) conservó en lo esencial ese modelo, dotándolo, no obstante, de mejores garantías de acceso a la jurisdicción. No logró superar, sin embargo, otras objeciones que vienen siendo señaladas invariablemente desde entonces por los órganos de control de la OIT (ver, últimamente, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (parte 1 A), págs. 44 y 45. En el año 2000, la ley 25250 suprimió el arbitraje obligatorio luego de más de tres décadas de vigencia; la ulterior ley 25877 preservó esa manifestación de progreso.

⁷³ Aunque Costa Rica sigue siendo objeto de diversos cuestionamientos por parte de los órganos de control de la OIT. Por ello, el caso de Costa Rica fue objeto de tratamiento en la Comisión de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2006 y de la visita en Octubre de 2006 de una Misión de Alto Nivel de la OIT:

⁷⁴ Tras confirmarse en 1992 el modelo tradicional latinoamericano “autoritario, reglamentarista, controlista y restrictivo” (Villavicencio, Alfredo, su informe cit en nota 50), la ley 27912 del año 2003 corrigió buena parte de esos déficits, orientándose hacia un cumplimiento mejor del convenio 87 (se eliminan prohibiciones generales para la actividad política de los sindicatos, se elimina la exigencia de superar el período de prueba para poder afiliarse a un sindicato, se reduce a 50 el número de trabajadores necesario para formar un sindicato supraempresarial, se cancela la potestad administrativa de cancelar el registro sindical, se restablece la ultraactividad de los convenios colectivos, y se elimina la potestad del Poder Ejecutivo de ordenar la reanudación de las labores en el caso de huelgas prolongadas en el tiempo que comprometan a una empresa o sectores productivos o deriven en actos de violencia o asuman características graves).

⁷⁵ Como recuerda Bronstein (en op. cit. en nota 10 pág 14), esta nueva legislación habilita la sindicalización en el campo, pone límites a la ingerencia, facilita la constitución de sindicatos, reduce las mayorías necesarias para la declaración de la huelga y consagra la presunción de su legalidad hasta el pronunciamiento de la justicia.

⁷⁶ A partir de estas ratificaciones de El Salvador, los convenios 87 y 98 se encuentran ratificados por todos los países de la región, con excepción de Brasil, que no ratificó aún el 87 en razón de su régimen de sindicato único consagrado en su Constitución, y México, que no ha ratificado aún el convenio 98.

⁷⁷ Ver, últimamente, el dictamen de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones , Informe III (parte 1 A), págs. 137 a 129. además de varios casos que se encuentran en instancia ante el Comité de Libertad Sindical.

sucesivas – e infructuosas - misiones de contactos directos y de alto nivel. Hay también cuestiones pendientes en esta materia en Argentina, Brasil⁷⁸ y México⁷⁹, países que, como señala Graciela Bensusan⁸⁰ tienen antecedentes de perfil corporativo⁸¹ y escasa experiencia acerca de cómo transitar hacia modelos sindicales basados en un nuevo equilibrio entre las libertades individuales, los derechos de las organizaciones y el pluralismo⁸².

En ese marco, junto a un cierto debilitamiento de la negociación colectiva.⁸³, se percibe, como adicional y convergente “señal de los tiempos”, la utilización de la negociación colectiva como instrumento para la introducción de la flexibilidad, que se observa en Brasil⁸⁴, Uruguay⁸⁵ y Argentina⁸⁶, países en los que se admite, de derecho o simplemente de hecho, la negociación “a la baja”.

6. Los procesos de integración y los acuerdos de libre comercio.

Como se señala en un informe relativamente reciente de la OIT⁸⁷ esas iniciativas de integración subregional dieron lugar a importantes avances en el reconocimiento normativo de los derechos de los trabajadores aunque, como es tradición, mucho menos en su aplicación efectiva, ambivalencia que, se señala “...pone en cuestión el respaldo

⁷⁸ En Brasil, la Constitución de 1988 ratificó el modelo de sindicato único hasta entonces imperante, aunque suprimió al mismo tiempo la fuerte ingerencia estatal precedente y amplió el derecho de huelga, permitido desde la ley 7783 de 1989 incluso en los servicios esenciales (ver informe de Marcio Tulio Viana cit. en nota 45)

⁷⁹ Aunque en este país la jurisprudencia evolucionara ulteriormente en sentido progresivo, al declararse la inconstitucionalidad de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado que sólo admite la existencia de un sindicato en cada centro de trabajo y la de la cláusula de exclusión consagrada por la Ley Federal del trabajo.

⁸⁰ Conf. Bensusan, Graciela, en op. cit. en nota 20 pág. 19.

⁸¹ Para Marcio Tulio Viana, no es fácil establecer si las tensiones de reforma del régimen sindical del Brasil responde al declarado propósito de denunciar el autoritarismo corporativo de su concepción original o, más bien, al de reivindicar las libertades del mercado (de su informe citado en nota 45)

⁸² El cambio, afirma Bensusan en op y loc cit, en nota 80, se ve dificultado por el razonable temor de los sindicatos verdaderos a perder poder legal en un contexto adverso para los trabajadores, mientras que los gobiernos tampoco avanzan por temor a hacer peligrar la paz laboral.

⁸³ Que se advierte en México, Bolivia y Perú (conf. Relato de Lance Compa, cit. en nota 38), atribuible en estos países entre otras causas al crecimiento del sector informal. En Perú las peticiones de negociación colectiva se redujeron de 2000 en 1990 a 535 en 2003 (del informe de Alfredo Villavicencio citado en nota 50) Es también el caso de Colombia, donde la cobertura de la negociación colectiva que había llegado al 12,3 % en 1980, cae hasta el 5,2 % en 2002 (de un estudio del Observatorio de Mercado de Trabajo y Empleo de la Universidad Externado de Colombia).

⁸⁴ Donde se expresa la línea de “valorizar la contratación colectiva” tras el propósito de convertirla en vector de flexibilidad y “disponibilidad colectiva” (posibilidad de negociación “a la baja”); sobre este último concepto, ver mi “La autonomía colectiva y la ley” en la revista Derecho del Trabajo Ed. La Ley, Buenos Aires) .XLVIII-1069.

⁸⁵ Del informe sobre Uruguay de Slinger y Rodríguez Azcué, citado en nota 47.

⁸⁶ La denominada “disponibilidad colectiva” alcanzó su mayor extensión en los '90. Como expresión de la reversión de la reforma de los '90, hoy ha quedado virtualmente limitada a la jornada de trabajo “modulada” y a las vacaciones en el ámbito de las pequeñas empresas.

⁸⁷ Ver “Aspectos laborales en los procesos de integración y los tratados de libre comercio en la región” en Panorama laboral 2003 OIT Lima 2003, pag. 64.

social a los procesos, porque los beneficios económicos de la integración y el libre comercio no llegan equitativamente a todos y algunos, incluso, son negativamente afectados...”⁸⁸.

De tal modo, en los procesos de integración existentes en la región (MERCOSUR; Comunidad Andina de Naciones y Sistema de Integración Centro Americano (SICA) se han desarrollado – con diversa intensidad - compromisos y acuerdos sobre normas laborales en diferentes áreas (derechos fundamentales, condiciones de trabajo, empleo, género, administración del trabajo, seguridad social, órganos de promoción y control)⁸⁹ de índole muchas veces meramente declarativa y genérica, con escaso impacto sobre la realidad.⁹⁰

Los efectos de esos procesos en materia de empleos, salario y goce de condiciones de trabajo decente se encuentran controvertidos. Mientras que para unos la liberalización comercial a que dan lugar conlleva un saldo negativo en materia de puestos de trabajos, otros, en cambio, exaltan su aporte en la generación de mayores oportunidades de empleo. Lo cierto, se señala en el documento ya citado⁹¹, es que en el marco de esos procesos de integración no se observó en la región ni un crecimiento del sector formal de empleo de la mano de obra no calificada (en relación a la calificada), ni tampoco una reducción del desempleo urbano; la evidencia disponible de más de una década de integración, se concluye, no es satisfactoria, desde que la generación de puestos de trabajo fue insuficiente, los salarios mínimos no recuperaron sus niveles previos, se ha producido un deterioro del trabajo decente y la pobreza se ha incrementado⁹².

⁸⁸ Op y loc. cit. en nota anterior.

⁸⁹ Mientras que en el SICA se ha hecho poco en materia normativa, en el ámbito de la Comunidad andina de Naciones se han concluido acuerdos de integración también en materia laboral, con participación tripartita e instrumentos sobre seguridad social, salud y seguridad en el trabajo, migraciones intracomunitarias y un plan integrado para la reducción de la pobreza. En el MERCOSUR, a su vez, se aprueba en 1997 un tratado multilateral sobre seguridad social que entrara en vigor en 2005, un repertorio de recomendaciones prácticas sobre formación profesional y en 1998 una Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR, suscripta por los presidentes de las cuatro naciones que por entonces le integraban; este último consagra los derechos fundamentales en el trabajo, el derecho de los empleadores a dirigir y organizar sus empresas, además de normas sobre los derechos de los trabajadores migrantes, la promoción del empleo, la formación profesional, la salud y seguridad en el trabajo y la inspección del trabajo.

⁹⁰ En el MERCOSUR alguna actividad ha existido, en cambio, en el campo de la representación colectiva. Existen mecanismos de coordinación tanto entre los sindicatos como entre los empleadores. Y se concertó ya una primera convención colectiva del MERCOSUR para la empresa Volkswagen entre ésta y los sindicatos del sector en Argentina y Brasil que contiene normas en materia de información, prevención y composición de conflictos, reconocimiento de la representatividad de los sindicatos y las comisiones internas y sobre formación. También se hicieron algunas acciones en materia de inspección conjunta e intercambio de experiencias en esa materia, pero sin que se produjeran cambios significativos en su consecuencia.

⁹¹ Ver nota 87.

⁹² La tasa de desempleo en la región se encontraba, al comienzo de la década de los '90, entre el 5,5 % y el 6,5 %, y había llegado a fines del 2002 al 10,8 %. La informalidad, a su vez, que a nivel regional ascendía al 42,8% del empleo urbano en 1990, había alcanzado el 46 % en 2002. En la década de los '90, 7 de cada 10 nuevos ocupados se incorporaban al sector informal.

Hay que considerar, además, los numerosos acuerdos de libre comercio concertados, en su amplia mayoría, entre Estados Unidos – y en algunos casos, también Canadá - y diversos países de la región⁹³. Acuerdos tales son principalmente alentados por los países más desarrollados, habilitados para celebrarlos con otros de dimensión notablemente menor, y que le permiten colocar sus excedentes (de producción y capital) sin sacrificar la porción de soberanía que, en mayor o menor medida, necesariamente implican los procesos de integración⁹⁴.

En ese marco, se percibe una vinculación de algún modo problemática entre los acuerdos de libre comercio y los procesos de integración: cuando Colombia y Perú celebran acuerdos de libre comercio con Estados Unidos, Venezuela abandona la Comunidad Andina; cuando Uruguay y Paraguay manifiestan ser objeto de alguna desconsideración en su condición de socios “menores” del MERCOSUR, se involucran en la negociación de potenciales acuerdos comerciales con Estados Unidos; cuando Estados Unidos insiste en la concertación de un acuerdo de libre comercio para todas las Américas, algunos países de América del Sur – señaladamente, Argentina, Brasil y Venezuela - le condicionan a la previa formación de un espacio de integración que abarque a todo el subcontinente.

Esos acuerdos de libre comercio establecen en su mayoría el compromiso de sus firmantes de cumplir los convenios fundamentales del trabajo contenidos en la Declaración sobre los Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 de la OIT y fijan, en algunos casos, estándares internacionales en materia de salarios, tiempo de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, empleo y riesgos del trabajo. En sus trazos más gruesos, la fórmula habitual consiste en la obligación de los países firmantes de cumplir sus propias normas nacionales, que deben encontrarse alineadas con aquellos estándares. En los acuerdos más recientes se incluyen sanciones monetarias para el caso de incumplimiento de esas normas y, subsidiariamente, sanciones comerciales para el caso de que aquellas – las monetarias – no fueran oportunamente satisfechas.⁹⁵

Si bien los acuerdos de libre comercio suelen conllevar un incremento significativo del comercio entre sus partes⁹⁶, no parecen haber alcanzado una influencia significativa en la dimensión normativa ni en la efectividad de sus sistemas de protección social y del trabajo. Esos procesos parecen afectar más los debates laborales en círculos políticos y académicos que en la realidad social de las naciones involucradas⁹⁷. Las posibilidades de

⁹³ Entre otros, el NAFTA, que incluye a EEUU, México y Canadá, y los que los EEUU celebraron respectivamente con Chile, con los países de América Central (el CAFTA), con Perú y con Colombia, los que Canadá celebró con Chile y con Costa Rica y el que Colombia, México y Venezuela concertaron entre sí.

⁹⁴ Conf., Martínez, Daniel, “El Mundo del trabajo en la integración económica y la liberalización comercial. Una mirada desde los países americanos” Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín y Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, Lima, 2004, pág. 26.

⁹⁵ El acuerdo entre EEUU y Chile y el que celebraran EEUU y los países de América Central (CAFTA) incluyen además la prestación de asistencia recíproca en materia de condiciones de trabajo, formación profesional, seguridad social y estadísticas del trabajo.

⁹⁶ A título de ejemplo, el NAFTA habría implicado una casi cuadruplicación del comercio intra-zona, aún cuando sus detractores denuncian que beneficia más a los inversores que a los sectores más vulnerables.

⁹⁷ Del informe de Lance Compa citado en nota 38.

sanciones comerciales son remotas; sólo están previstas en el NAFTA, donde en más de 10 años no se han aplicado, y en el CAFTA donde parece improbable que se apliquen.

Resta decir, finalmente, que los sistemas generales de preferencias de los países industrializados – señaladamente, el de los Estados Unidos - sí han incidido fuertemente en la introducción de reformas en algunos países de la región, que han debido ajustar algunos aspectos de sus legislaciones a ciertos convenios de la OIT o a los criterios de sus órganos de control, para no quedar al margen de sus preferencias comerciales.

7. El impacto de los procesos de reforma

Con las mismas cautelas teóricas con las que en las primeras líneas de este documento se ensaya la presentación de los derechos sociales de la América Latina desde la perspectiva de sus rasgos compartidos, se procurará en las que siguen identificar el modo en que los procesos de reforma han impactado sobre ellos con alcances más o menos extendidos.

Ha de concederse, en primer lugar, que las reformas que tan sucintamente hemos examinado no alcanzaron a conmover los fundamentos estructurales de los derechos sociales en la América Latina⁹⁸. *Estos últimos no salieron, no obstante, indemnes de esos procesos*. Experimentaron, a mi modo de ver, un genérico estado de debilitamiento relativo que puede apreciarse en, por lo menos, tres dimensiones:

- a. Un *debilitamiento subjetivo* motivado, entre otros fenómenos, por el ya evocado crecimiento de la informalidad, las recurrentes y deliberadas acciones de “deslaboralización”, tercerización y outsourcing, el uso creciente del trabajo independiente, ambiguo⁹⁹ o pseudo-independiente (además, naturalmente, del irresuelto flagelo del desempleo). En otras palabras, *una contracción significativa en el ámbito cubierto por el sistema de protección laboral, que se expresa en una reducción de las categorías y los trabajadores alcanzados*
- b. Un *debilitamiento aplicativo* que deriva del hecho de que a la tradicional ineffectividad de los ordenamientos sociales de la América Latina - declamada por “propios y ajenos” *pero, como se viera, palmaria y tal vez deliberadamente*

⁹⁸ Efrén Córdova destaca que ni aún la dictadura chilena, que redujo derechos, desactivó el control estatal – pasó del control del cumplimiento de las normas al control del sindicato y el conflicto – procuró la descentralización de la estructura sindical y la negociación colectiva y cercenó el derecho de huelga, alcanzó a conmover las bases y fundamento del Derecho del Trabajo. En el mismo sentido, Bensusan (op cit en nota 20 pag. 1) autora que afirma que esas reformas – se refiere a las que afectaron a Argentina, Brasil, Chile y México - “...no llegaron a afectar drásticamente las reglas preexistentes...”. Desde otra perspectiva, pero confirmando la misma idea, Eduardo Lora y Carmen Pagés (op y loc cit en nota 31) se agravan de la tibieza de las reformas laborales, esta vez en relación con reformas producidas en otros ámbitos de las políticas públicas.

⁹⁹ Designación ésta de la que se vale la OIT en el proceso que condujera a la adopción en 2006 de la Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo, y que se refiere, en particular, a esos vínculos en los que se advierte una indiscutible dependencia económica, pero que no exhiben con igual claridad el rasgo de la subordinación jurídica.

*ignorada en el plano de las reformas institucionales*¹⁰⁰ – se agrega la virtual ausencia de acciones dirigidas a limitarla - el desinterés por el fortalecimiento de los aparatos y procedimientos aplicativos (justicia e inspección del trabajo) evocado al comienzo de este ensayo - la interesada deslegitimación ideológica de la protección laboral y la ya recordada y consecuente “invigencia putativa” de sus instituciones. Por lo tanto *una pérdida adicional de efectividad del derecho social*.

- c. Finalmente, el más obvio *debilitamiento normativo* del sistema de protección que es natural derivación de las demandas de flexibilidad laboral. Y que no se expresa sólo en la menor densidad tutelar de las normas sino, además, en el desarrollo de una particular sensibilidad para resistir la introducción de nuevos mecanismos de protección¹⁰¹. En suma, *una pérdida de recursos de tutela*.

Puede también reconocerse un cierto proceso de *convergencia institucional* entre esos ordenamientos, que en el caso de las relaciones individuales del trabajo transitara obviamente el rumbo de la denominada *flexibilidad laboral* en varias de sus manifestaciones, y en materia de relaciones colectivas de trabajo tuviera a los convenios de libertad sindical y los principios que de ellos emanan como *punto de convergencia*¹⁰². Como se expresara líneas arriba, esos trayectos de convergencia fueron impulsados en cada uno de esos ámbitos por factores políticos e ideológicos simultáneos pero de bien diversa estirpe: el pensamiento neoclásico en el marco de la liberalización de los intercambios y la consiguiente homogeneidad en los discursos de contestación, en el primer caso; la recuperación de la democracia y una concepción más extendida del sistema de libertades, en el restante.

Una precisión es necesaria: no se trata en este caso de la tan elaborada reflexión sobre la *convergencia* de los sistemas de relaciones laborales¹⁰³ sino de la que opera sobre los

¹⁰⁰ Pues habría aportado, junto a la inflación, el grado de flexibilidad de que el ordenamiento carecería (Lora, Eduardo y Pagés, Carmen, en op y loc. cit en nota 31).

¹⁰¹ Sirva de ejemplo la tenaz resistencia a que dio lugar en Brasil la ratificación del convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, que condujo a la suspensión judicial de su vigencia y a su ulterior denuncia.

¹⁰² Si la convergencia es acción o efecto de dirigirse dos o más líneas a unirse en un punto, una acción de convergencia supone el desplazamiento común de los diversos elementos convergentes en el sentido de un mismo punto de destino (*punto de convergencia*). Este puede estar mas cerca de uno u otro de los sistemas (o elementos de ellos) que se relacionan, en un punto intermedio entre ellos o en un lugar exterior al espacio que los vincula (de Feldman, Silvio y Goldin Adrián, “Relaciones colectivas de trabajo en el MERCOSUR; una hipótesis de convergencia), publicado en RELASUR-OIT (Revista de Relaciones Laborales en América Latina – Cono Sur OIT/MT y SS de España, No. 7, p. 47).

¹⁰³ Reflexión iniciada por Clark KERR, John T. DUNLOP, Frederick HARBISON y Charles A. MYERS con la publicación de su obra "Industrialism and Industrial Man" cuya primera edición data de 1960, quienes sostuvieron que en el marco de la sociedad industrial, la lógica de la industrialización habría de llevar a los diversos sistemas de relaciones del trabajo a convergir en un modelo al que denominaran "industrialismo pluralista". Esa teoría, sustentada en la prevalencia de la racionalidad económica y tecnológica propia de la sociedad industrial, fue contestada desde la diversidad de los factores culturales, políticos y sociales que singularizan a las diversas sociedades nacionales y, más tarde, desde la variedad de la opciones estratégicas de que disponen los actores en cada concreto escenario social; Mochan y Katz, “Collective Bargaining and industrial relations”, Irwin Hommewood Illinois 1989, cit. por Cedrola

regímenes legales de protección del trabajo y, por lo tanto, de perfil predominantemente jurídico. Pueden, no obstante, rescatarse algún elemento teórico de aquella perspectiva que contribuye a una mejor comprensión de los efectos del proceso: la *convergencia no supone un proceso de aproximación hacia la uniformidad de las instituciones en sí, sino de ciertas propiedades de ellas, de modo que esas instituciones no abdicen en un tal proceso de su diversidad ni de sus señas idiosincráticas*¹⁰⁴. Puede por ello hablarse de *fenómenos de aproximación convergente* tanto en el campo de la regulación de las relaciones individuales cuanto en de las colectivas y, sin embargo, *confirmarse la hipótesis formulada al comienzo de este ensayo en el sentido de que de que cada uno de los ordenamientos de la América Latina conserva, no obstante ello, sus propios rasgos y sigue transitando su propia ruta*.

En esa dimensión convergente, los procesos de reforma laboral que tuvieron lugar en América Latina parecen haber sido más sensibles a los reclamos de *flexibilidad externa y numérica*¹⁰⁵ concebida para impulsar la reducción nominal de los costos de la mano de obra¹⁰⁶, y mucho menos receptivos, en cambio de esa otra perspectiva que se sustenta más en la denominada *flexibilidad funcional*¹⁰⁷ y la *perdurabilidad de los vínculos*, desde la cual las normas laborales, junto a su específico cometido protectorio, suplen otras funciones relevantes en el sistema productivo (superación de métodos productivos tayloristas, compro-

Spremolla, Gerardo, en RELASUR, Revista de relaciones Laborales en América Latina- Cono Sur No. 2, págs. 49 y sgtes, en particular pag. 69) factores todos ellos, sostienen quienes participan de esta perspectiva de rechazo, que excluyen cualquier alternativa de determinismo en la evolución de las sociedades contemporáneas (Spyropoulos, Georges, "Sindicalismo y Sociedad, Problemas Actuales del sindicalismo en el mundo" PROIITE-CEIL Buenos Aires, pag. 90, citando a Kochan, Katz y Mackersie, "The transformation of American Industrial Relations", New York Basic Books, Inc. 1986) .No se pretende tomar partido ahora en relación a esa teoría de la convergencia, ni tampoco enrolarse (ni rechazar) aproximaciones más modernas de análoga orientación referidas esta vez a hipotéticos fenómenos de "reconvergencia" que tendrían lugar en los escenarios de la sociedad postindustrial (conf. KUMAR, K. "Prophesy and Progress: The sociology of Industrial and Post Industrial Societies" Harmondsworth: Penguin, 1983, cit. por Anna POLLERT en su "La ortodoxia de la flexibilidad", capítulo Primero del libro "¿Adiós a la flexibilidad?", Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid 1994, pag. 54). Sobre todo ello, véase Feldman, Silvio y Goldin,, Adrián, op. cit en nota anterior).

¹⁰⁴ Feldman Silvio y Goldin, Adrián, op. cit en nota 106, pág. 54. Refiriéndose en este a caso a las instituciones de la seguridad social, CHASSARD, Ives, en "El Mercado Unico y el desarrollo de los sistemas de seguridad social" en "Los sistemas de seguridad social y el mercado único europeo", Colección Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 263, expresa que la *convergencia* "...está concebida por el contrario, en el reconocimiento y en el respeto de su diversidad, lo cual no es fruto de la casualidad, sino que se explica ante todo por la historia económica y social de cada Estado miembro... la estrategia comunitaria de convergencia debe respetar esta diversidad y dejar en consecuencia a cada Estado miembro el control total del modo de financiación de su propio sistema de protección social

¹⁰⁵ Sobre este concepto, cfr. OCDE, "Flexibilidad y mercado de trabajo; el debate actual" (informe técnico) MT y SS Madrid 1987, pág. 135 y sgtes. En algunos casos se advierte también una voluntad manifiesta de sustituir técnicas tradicionales para la provisión de la tutela, por otras más complacientes con los mercados, tales como los esquemas de capitalización individual o colectivo – principalmente en los sistemas de pensiones, pero también en regímenes de seguridad en el empleo – y el recurso al seguro privado (accidentes del trabajo, prestaciones de salud).

¹⁰⁶ Panorama Laboral 2005 América Latina y el Caribe, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, avance primer sem. Lima, 2005, pag. 60

¹⁰⁷ Cfr. OCDE, op cit. en nota 105, pág. 169.

miso y motivación de los trabajadores y habilitación de formas de gestión participativa y cooperativa, aliento de la inversión en formación, aumento del nivel de calificaciones y mejora del capital humano, elevación de los criterios de calidad, estímulo a la diversificación productiva y a la incorporación de nuevas tecnologías y modernización consecuente, etc). En el debate suscitado por los procesos de reforma laboral en América Latina, en el que se enfrentaron los discursos de la desregulación neoclásica y la conservación acrítica de la institucionalidad histórica, parece haber estado ausente la concepción del denominado “*camino alto*”, ese que se sustenta en prácticas e instituciones que tienen un satisfactorio desempeño en términos sociales y, al propio tiempo – y, en parte, precisamente por ello – un resultado altamente eficiente “en clave” de productividad¹⁰⁸.

En línea con el proceso correlativo desencadenado en los países de la Unión Europea, aunque de modo ciertamente menos incisivo, se descubre también en los países de la región una incipiente tendencia de exaltación de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo, los específicos, consagrados en los ocho convenios fundamentales de la OIT, y los inespecíficos¹⁰⁹ de la persona en su consideración en el ámbito de trabajo. Aparecen en la legislación, como en el caso de Chile en la etapa democrática de reconstrucción – reinstitucionalización – de su sistema de tutela,¹¹⁰ como en la jurisprudencia, entre otros, de Brasil¹¹¹, Perú¹¹² y Argentina¹¹³. ¿Cómo explicar esta tendencia de exaltación de derechos fundamentales, precisamente en tiempos en que la lógica de la protección es puesta en cuestión? Hay que decir, con Jeammaud¹¹⁴, que esa tendencia “neo-garantista” no afecta ni cuestiona las nuevas formas de organización del trabajo y de la producción ni la propia

¹⁰⁸ Dando cuenta de esa misma omisión, Bensusan en op cit. en nota 20 pág. 1, citando en el mismo sentido al Panorama Laboral 2004, América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, OIT, Lima 2004.

¹⁰⁹ Así les llama Manuel Carlos Palomeque (“Los derecho laborales en la Constitución Española”, Madrid, CEC, 1991) en terminología que ya “ha hecho carrera”. Tales los de intimidad, opinión y expresión, libertad ideológica y religiosa, preservación de la propia imagen, no discriminación, cumplimiento de deberes familiares, restricción en el tratamiento de los datos sobre el asalariado, evaluación de datos genéticos, prevención de excesos en el uso de nuevas tecnologías de control laboral, preservación de la privacidad de la correspondencia electrónica, entre otras.

¹¹⁰ En relación, entre otros aspectos, con la prevención de la discriminación por edad y ascendencia nacional así como la tutela de la creación artística y la imagen de los salarados.

¹¹¹ La jurisprudencia de Brasil se muestra sensible a los procesos de flexibilidad pero, en cambio, exigente en temas vinculados a los derechos fundamentales, como el trabajo forzoso, el trabajo infantil, el “mobbing” o la violación de la intimidad (del informe de Marco Tulio Viana, para el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social cit. en nota 45).

¹¹² Alfredo Villavicencio destaca la influencia que la Declaración de los Derechos Fundamentales en el Trabajo tuviera en el Perú, impulsando la adecuación de la legislación nacional a los convenios que los expresan (de su informe cit. en nota 50)

¹¹³ Dí cuenta de la jurisprudencia argentina en la que se invocan las normas internacionales del trabajo, entre ellas, las de los convenios fundamentales, en mi “Los Convenios Internacionales del Trabajo; su impacto en la Argentina” que forma parte del libro “La aplicación local de los tratados de derechos humanos: la experiencia de una década (1994-2005), Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), del Puerto, Buenos Aires 2006.

¹¹⁴ Cfr. Jeammaud, Antoine, “Le droit du travail en proie aux changements” Texto destinado a una obra colectiva sobre los cambios del derecho bajo la dirección de Michel Miaille, que aparecería en 1997 en la Colección Derecho y Sociedad, Ed. LGDJ, en manuscrito fotocopiado.

racionalidad económica que las sustenta, y expresa la reacción de los ordenamientos jurídicos a nuevos datos contextuales que entorpecen el estado de sujeción laboral¹¹⁵.

Pareciera también posible, por fin, reconocer entre esos impactos aquella dimensión *binaria* sugerida en las líneas introductorias de este ensayo, que propone distinguir los que son más bien el producto de la evolución de los sistemas de derechos sociales en tanto categoría universal – tales, por ejemplo, los que se vinculan con el modo en que sobre ellos inciden los procesos de liberalización del comercio de un lado, con los nuevos modos de relacionamiento entre las fuentes de regulación¹¹⁶ o con la exaltación de los derechos fundamentales – y otros que, en cambio, ilustran transformaciones que pueden mejor interpretarse en clave estrictamente nacional, como es el caso de ciertas reformas “postcorporativas” en Brasil¹¹⁷, el reflujo de reinstitucionalización de la tutela en Chile (luego de los excesos de la dictadura), la jurisprudencia en materia de libertad sindical en México y otras reformas en el campo de lo colectivo que, como se expresara más arriba, tiende siempre a ser el más localista y autóctono de los espacios de regulación. Como se anticipara en aquellas líneas introductorias, no se advierte aún incidencia significativa en América Latina de una probable *tercera línea evolutiva*, que es aquellas que podría operar bajo el impulso de los procesos de integración.

8. Perduración, reflujo...u otra reforma

Pero en los albores del nuevo milenio se había hecho ya evidente que esas reformas laborales, en el marco de las concomitantes reformas económicas, no habían tenido un efecto virtuoso sobre la situación socio-laboral ni los mercados de trabajo de los países de la región: alto desempleo, informalidad creciente, precariedad e inseguridad en el empleo, inaplicación de la tutela del trabajo, caída en los salarios reales y la protección social, incremento notable de la pobreza y la desigualdad¹¹⁸.

¹¹⁵ Relacionados con la utilización de tecnología y nuevas formas de gestión empresarial, como la definición de “valores y cultura de la empresa” (a los que el trabajador debe ajustarse, el escrutinio cada vez más riguroso de las condiciones personales del trabajador al momento del ingreso y durante su desempeño (que no solo atañen a sus aptitudes y nivel de formación sino también a aspectos de su personalidad y de su vida privada), al desarrollo de tecnologías novedosas para diversas formas de control ejercidas sobre el personal y sus comunicaciones, como en las posibilidades de injerencia en su privacidad, etc.

¹¹⁶ Me refiero aquí, entre otros fenómenos, a la más complaciente relación entre la ley y la negociación colectiva, en la admisión de intervenciones no necesariamente mejorativas de esta última.

¹¹⁷ La supresión de los jueces “clasistas” y la atenuación notable de la incidencia de los “dissidios” colectivos, ver antes nota 67 y texto al que allí se anota.

¹¹⁸ En ese sentido, véase Pagés Serra, Carmen, en “Good jobs wanted. Labor markets in Latin America-Overview,” en “Economic and Social Progress in Latin America, 2004 report, pag. 3, donde se admite que “...las reformas estructurales no produjeron los cambios previstos en el mercado laboral”. Años antes, los mismo autores reclamaban con vehemencia ese tipo de reformas (véase op.cit en nota 31, donde se propiciaban “...profundas reformas laborales para adecuar la legislación laboral al nuevo contexto de flexibilidad y competencia...”. Y, como se recordara antes, se denunciaba el hecho de que en tanto se habían producido cambios profundos en política comercial, tributaria, financiera, y en privatizaciones, las reformas laborales habían sido de mucho más baja intensidad).

En ese marco, sobreviene una virtual suspensión de los procesos de reforma de inspiración neoclásica y, en algunos de ellos, una tendencia de reflujo de diversa intensidad.¹¹⁹ A partir de 2004, Argentina revierte algunas de las reformas introducidas en los '90 y en los primeros años de la nueva década. De ese modo, entre otras disposiciones, se restablece el tope mínimo de la indemnización por despido, aunque sólo hasta la mitad de su monto original¹²⁰; se reduce el período de prueba – período que, como tal, sin embargo se conserva - y se suprime la aptitud de la negociación colectiva para incrementar su duración, así como la de modificar el régimen del despido para las pequeñas empresas; se deroga el régimen legal que habilitaba con amplitud la negociación colectiva en cualquiera de sus niveles e incorporaba mecanismos de corte descentralizador; se multiplican los proyectos legales orientados a restablecer o incluso superar los parámetros históricos de tutela.

También en Perú se aprecia un cierto proceso de reflujo. Mientras el Tribunal Constitucional, en una virtual *contrarreforma jurisprudencial*¹²¹ declaraba la invalidez del despido incausado, en el plano legislativo se limitaban las facultades del empleador en materia de jornada de trabajo, se reducía el ámbito del contrato de formación juvenil que, en lo sucesivo, no podría extenderse por más de un año, a trabajadores no mayores de 21 años y hasta no más de un 10 % de la plantilla, se limitaban las posibilidades de intermediación laboral solo para labores temporales y hasta no más del 20 % de la plantilla¹²² y se procura potenciar la inspección del trabajo¹²³.

Mientras tanto, Chile continúa su ya evocado proceso de reinstitucionalización laboral y Brasil, aunque mantiene sus reformas, parece abandonar la expectativas que en materia de crecimiento del empleo se depositaran en ellas¹²⁴, México, en cambio, un país

¹¹⁹ A excepción de unas pocas reformas que se propusieron aligerar los costos laborales de las pequeñas empresas. Tal, el caso de Perú, donde en Julio de 2003 se adoptaran nuevas normas mediante las cuales se redujeran los derechos laborales en las empresas de no más de 10 trabajadores (conf. Villavicencio, Alfredo, su informe para el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) y el de Paraguay, donde la ley 1980 de septiembre de 2002 permite a las pequeñas empresas contratar hasta el 20 % de su personal bajo contrato de primer empleo (las que no superan cinco trabajadores pueden contratar uno bajo esta modalidad), sin que ello imponga aportar por ellos al régimen de pensiones, ni seguro social, asignación familiar, indemnización por preaviso ni vacaciones, y deduciendo los aportes jubilatorios y pensiones del impuesto a la renta; conf “La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado”, María Luz Vega Ruiz (Edit) OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2005.

¹²⁰ Ese tope indemnizatorio mínimo era de dos meses; ahora alcanza a sólo un mes.

¹²¹ Así la denomina Alfredo Villavicencio en op. cit en nota 119.

¹²² Pero al no limitarse la tercerización, se canaliza por medio de ésta la resistencia a la incorporación de trabajadores permanentes.

¹²³ Como en julio de 2003 se adoptaran nuevas normas mediante las cuales se redujeran los derechos laborales en las empresas de no más de 10 trabajadores a partir de entonces la demanda empresaria se orienta en busca de la generalización de ese régimen, en tanto los trabajadores reclaman la reinstalación del los anteriores niveles de tutela (del informe citado en nota 119).

¹²⁴ Conf. Bensusan, Graciela en op. cit. en nota 20 pág. 6. En cualquier caso, mientras los empleadores siguen denunciando la hipotética rigidez de la legislación laboral, piden la ampliación de los contratos a plazo, una mayor flexibilidad de la jornada y la facilitación de los despidos y dan carácter estratégico a la demanda de mayor descentralización y precedencia del convenio colectivo por sobre la ley, los trabajadores defienden los derechos vigentes, con pequeñas adaptaciones puntuales, y piden avances en la protección del

en el que no se introdujeran hasta ahora reformas legislativas sustanciales, mantiene aún abierto el debate sobre la posibilidad de recuperación del empleo “en clave” de flexibilidad, como lo ponen en evidencia recientes iniciativas reformistas¹²⁵.

El mejor desempeño macroeconómico de los países de América Latina en el último trienio no ha cambiado de modo decisivo aquel crítico panorama social¹²⁶. Si bien se alcanzan en ese período aún en curso las mayores tasas de crecimiento económico del último cuarto de siglo merced a la favorable coyuntura del comercio internacional, las bajas tasas de interés y la devaluación del tipo de cambio producida durante el mismo, los problemas sociales y de mercado de trabajo constatados al cabo de aquellos procesos de reforma institucional no han encontrado aún respuesta adecuada. El desempeño del empleo continúa siendo insatisfactorio¹²⁷, repercutiendo en elevadas tasas de pobreza y desigualdad. Las subidas en los salarios reales no alcanzan aún a compensar las caídas que experimentarían en los '80 y la productividad laboral no supera la que se registrara 25 años atrás. Los nuevos empleos se generan, mayoritariamente, en el sector informal y siguen exhibiendo, en todo caso, altas tasas de precariedad, bajo nivel de salarios, limitada tutela laboral, escasa protección social y reducida productividad.

En ese marco aún problemático, es improbable que el tiempo de las reformas institucionales en América Latina se encuentre agotado.

Otra, no obstante, debiera ser su inspiración, y otros sus contenidos¹²⁸. En el marco de nuevas estrategias productivas¹²⁹, habrá que repensar normas, prácticas e instituciones con el objeto de concebirlas menos desde anacrónicas perspectivas declamatorias y mucho más desde el compromiso con su aplicación efectiva, desde la eficacia en la satisfacción de sus fines, desde la recuperación de su aptitud tutelar. La vigencia plena de los derechos sociales es ineludible condición del desarrollo armonioso de las relaciones de producción y no su antítesis. Equidad social y eficacia productiva – vale la pena decirlo una vez más – son valores inseparables en un programa de progreso.

empleo y reducción de la jornada de trabajo sin pérdida salarial, así como un combate más eficaz contra el trabajo esclavo y el trabajo infantil (del informe de Marco Tulio Viana cit en nota 45).

¹²⁵ Como el proyecto Abascal que, paradójicamente, contara en un comienzo con el apoyo de la fracción parlamentaria sindical de PRI, así como con el del sindicalismo oficial, y quedara más tarde “congelado”, en parte por la movilización del sindicalismo independiente. Como de una población empleada de 43 millones de trabajadores sobre una población total de 105 millones, sólo 16 millones tienen acceso a prestaciones vinculadas al salario y, entre ellas, solo 11 millones cuentan con un empleo permanente, podía sostenerse que la reforma Abascal no hacía sino institucionalizar prácticas largamente extendidas (de la Chronique Internationales de l'IRES, No. 98, Janv. 206, Mexique, Recomposition du Syndicalisme, pag. 6).

¹²⁶ Panorama laboral 2005, cit. en nota 106; loc. allí citado.

¹²⁷ Ligeramente inferior al 10 %, sigue siendo aún superior al que registraba la región a comienzos de los '90.

¹²⁸ Habrá, naturalmente, que superar la desconfianza generada por la inspiración de las reformas que tuvieron lugar durante la década pasada.

¹²⁹ Como las que se propician en op. cit. en nota 106, págs. 71 y sgtes.