

CUADERNILLOS

DE LA FUNDACIÓN ELECTRA

7

HELIOS SARTHOU

HACIA UNA TEORÍA PURA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Montevideo
2012

La **Fundación Electra** tiene por objeto fomentar y promover, por cualquier medio apropiado, el estudio científico del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. A tales efectos, podrá otorgar premios, becas y toda forma de apoyo económico para la participación en cursos, seminarios, congresos, maestrías, doctorados y especializaciones en la disciplina. También podrá organizar o participar en la organización de cualesquiera de tales actividades. Podrá, asimismo, publicar o apoyar la publicación de monografías, tesis, libros, revistas y otros medios de divulgación de estudios de Derecho del trabajo y de la Seguridad social. También podrá crear o apoyar la creación de archivos y bases de datos, así como asumir toda otra forma de apoyo a la enseñanza y divulgación de la regulación del trabajo y de la seguridad social. De igual modo, la Fundación podrá apoyar, fomentar y promover cualquier otro tipo de actividad científica, artística y cultural que no tenga fines de lucro.

□



En portada: Joaquín Torres García. "Hombre Universal", 1938, tinta sobre papel.

PALABRAS PRELIMINARES

He asumido el compromiso, muy honroso para mi, con la FUNDACIÓN ELECTRA de intentar un aporte sobre la idea del Derecho del Trabajo, para la importante colección temática de CUADERNILLOS de la Fundación.

En ese objetivo, acorde con una preocupación permanente que todos tenemos en nuestra docencia laboralista sobre el mejor cumplimiento de la finalidad humanista del Derecho del Trabajo, he estimado adecuado y conveniente la tarea de un intento de desarrollar los caracteres, las fuentes y los principios así como el instrumento del sindicalismo que serían todos, elementos imprescindibles en tanto configuradores de ese objetivo de un Derecho del Trabajo que merezca la calificación de puro. Es decir, la máxima eficacia tuitiva técnico jurídica posible.

Con razón Hans Kelsen sostenía la necesidad de la depuración de la norma de derecho en general, pero aún asiste mayor razón a esa aspiración frente al Derecho del Trabajo que en razón de ser el trabajo subordinado un costo para el empleador, vive asediado en su identidad filosófica y jurídica por la patronal y los cuadros políticos y técnicos jurídicos afines.

Es necesario armar un cuadro de caracteres, principios, fuentes y acción sindical definatorios del DERECHO PURO DEL TRABAJO, para resistir las alteraciones y retrocesos que se pretenda incluir en las fuentes estatales y convencionales, en que se concreta la existencia del derecho.

Montevideo, mayo de 2012

ADVERTENCIA

HELIOS SARTHOU había hecho una primera entrega de originales de este ensayo a fines de abril del corriente año, pero con la prevención de que todavía no era una versión definitiva, pues tenía previsto revisar algunas partes para ajustarse al formato de los Cuadernillos.

En efecto, en su computadora personal y en la de su estudio figuraban varias correcciones que se han tomado en cuenta para la presente edición.

No obstante, debe advertirse que esta versión no pudo ser revisada por el autor.

ÍNDICE

I. Introducción. Factores preexistentes a considerar	5
II. Los Fines del Derecho del Trabajo	8
III. Los caracteres ontológicos del Derecho del Trabajo . . .	10
1) Propuesta de análisis	10
2) La autonomía absoluta	11
3) El carácter antropocéntrico del Derecho del Trabajo	12
4) Irrenunciabilidad	13
5) Tuitividad	18
IV. La custodia jurídica de las fuentes	20
1) La fuente constitucional	20
2) Los Convenios colectivos	22
3) Las otras custodias	23
4) Las demás fuentes	25
V. Los principios del Derecho del Trabajo Puro	26
1) El Principio de ajenidad	26
2) Búsqueda de la verdad material y primacía de la realidad	27
3) Principio de la progresividad y no regresividad	28
4) Referencia a los demás principios	29
5) El principio de continuidad	30
Palabras finales	31

I

INTRODUCCIÓN

Factores preexistentes a considerar

Resulta imposible internarse en la problemática jurídica aportando la idea de una *Teoría pura del Derecho del Trabajo*, sin evaluar los factores que le dieron origen y su incidencia histórico-conceptual.

Este objetivo está de algún modo atado al recuerdo del Hans KELSEN de nuestros estudios curriculares, aquél que conmovió al mundo jurídico con su *Teoría Pura del Derecho* que tanta repercusión tuvo en el ámbito docente y académico.

Tampoco es posible entrar al tema sin localizar las causas y medidas a cumplir para la realización de la *justicia social* que ha sido la meta de nuestro laboralismo.

A) El Derecho del Trabajo por su origen es una rama herética del Derecho Universal

¿Porqué el calificativo de herética? ¿Por qué es una herejía por su origen?

Es sin duda porque el Derecho del Trabajo no nació ni se desarrolló en un ámbito de paz, en los despachos de empresarios o de prestigiosos académicos o en las oficinas confortables de los amigos del poder. En esos lugares, lo que el Derecho del Trabajo aprendió fue: a luchar contra el poder económico y sus asociados.

El Derecho del Trabajo puede darse por nacido, en la fábrica sustituta del taller artesanal, la cual ante el crecimiento de lo colectivo hace brotar la solidaridad compartida y comunicada frente a la represión patronal.

Todo ocurrió en la batalla por el salario, por el respeto de la igualdad y por la conquista de derechos humanos absolutamente nuevos, como la libertad sindical y el derecho de huelga.

La lucha se desarrolló en las fábricas, pero también en las ciudades y sus calles, así como en los campos.

Cuando los obreros recorrían las calles de Londres cantando la canción de los tres ochos, estaban creando en el Derecho del Trabajo nada menos que un eje de las luchas futuras por la jornada de las ocho horas.

No me resisto a resaltar en este momento, los extremos de explotación, que están en los orígenes del Derecho del Trabajo, como resulta de los ejemplos del excelente libro de BARBAGELATA¹.

Por todo eso, la memoria no olvida, ni puede olvidar, aquel 29 de septiembre de 1864 en que como respuesta a esos abusos, se lanza en el meeting del Saint-Martins Hall de Londres el “Manifiesto o llamamiento inaugural de la Internacional” anunciando el nacimiento de la Primera Internacional de Trabajadores con su “Proletarios del mundo unidos”.

Será algo así como la partida de nacimiento del movimiento obrero mundial y piedra fundamental de la lucha por la justicia social, la igualdad y el respeto de la persona humana.

De todo lo expresado resulta que la historicidad cuenta e importa sobremanera la herejía dura del nacimiento del Derecho del Trabajo, comparado con otras ramas, lo cual explica el derrotero posterior.

En suma, en cuanto al origen, la fuente básica de la existencia de esta rama del derecho, de sus caracteres, de sus fuentes, de sus principios y su identificación correcta, es la relación de trabajo subordinado.

B) Por sus repercusiones en el propio presente es preciso ubicar el Derecho del Trabajo por su contenido, en la zona peligrosa y minada de la *lucha de clases*²

Tal vez por cierto pudor en manejar institutos o figuras sociales y jurídicas gastadas de algún modo en el tráfico político de las ideas pertenecientes a filosofías partidarias, cuesta asumir y aceptar la incidencia de la *lucha de clases* que no terminó y que tiene una parábola, cuyo conocimiento es indispensable para fijar cuales deben ser los caracteres puros del Derecho del Trabajo, cuales las fuentes que hay que custodiar y cuales los principios que van, de algún modo, a alimentar filosóficamente la disciplina, superando la mera inmediatez del juicio o pleito concreto.

Habitantes de este meridiano de angustia del trabajo subordinado desprotegido, nos sentimos incitados a pensar distinto y superar los actos automáticos de servicio al orden existente, pleitear estrellándose con-

¹ *Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista*. FCU, 2009. Ese libro además de la profundidad jurídica filosófica e histórica, documenta en apéndices, valiosos detalles históricos del trabajo subordinado y de su explotación.

² Se entiende por *clase* el grupo humano caracterizado por la identidad de recursos de vida y el carácter no puntual sino con la generalidad de pertenencia a la clase trabajadora. Por supuesto no se descartan variables cuantitativas de raíz personal o individual, adicionadas a la posición de clase.

tra la rutina, confiar en la idea de justicia que no amanece, convencer al asistido que el simulacro es verdadero.

Todo lleva a pensar en forma modesta sin la pretensión de poseer la verdad, a creer de nuevo en el *deber ser puro* sin contagio de intereses creados, sin contaminaciones de la estructura social clasista e injusta, cuestiones todas que KELSEN sostenía debían eliminarse para cumplir su idea de una Teoría Pura del Derecho.

En este punto, nos aparece clara la necesidad de buscar y recorrer un camino nuevo de ensayo o intento de esta Teoría Pura del Derecho del Trabajo.

Tal vez, la medida higiénica primaria sería aceptar que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social son evidentes coartadas del sistema de capital y trabajo para que el capital siga ejerciendo el poder y las migajas de la torta engañen, para disimular ese ejercicio del poder total o de fondo de los dueños del sistema.

Pero esto no puede querer decir que las migajas no sirvan, y que solo decoran la subordinación y operan las abdicaciones de derechos fundamentales del ser humano.

El hecho de discrepar con el sistema de capital y trabajo subordinado no impide trabajar en la fragua de la existencia real, intensificando las rectificaciones en la máxima medida que puedan lograrse. De algún modo, el modelo de ciencia jurídica pura puede ser la guía de esas rectificaciones.

La esencia del *contrato de trabajo*, vale decir un hombre o mujer que entrega su energía a un ser igual para que la dirija y lucre con esa energía, tiene que ser un régimen transitorio porque no se ajusta a la naturaleza de las cosas.

Algún día el ser humano seguirá siendo propietario de su energía, sin enajenarla a otro, haciéndose dueño de sus resultados que hoy se le expropian.

Por ello hablamos de la temporalidad o del “mientras tanto” del Derecho del Trabajo.

II

LOS FINES DEL DERECHO DEL TRABAJO

No es unánime la opinión de la doctrina sobre los fines del Derecho del Trabajo.

Cuáles son las orientaciones del pensamiento *Kelseniano* para cumplir el objetivo de pureza jurídica que emerge de su afirmación: “al calificarse como teoría pura indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición”³.

De otro modo, es posible afirmar, que al estar enclavado el tema en la contienda de clases, la aparente neutralidad o esterilización, es licencia para incorporar, bajo la apariencia de Derecho, la incidencia más fuerte del capital y en consecuencia, de algún modo, los elementos derivados del interés político o sectorial, especialmente cuando ese concepto de Derecho importa los caracteres de justicia social y los principios relacionados con la *irrenunciabilidad* y la *ajenidad* frente al riesgo patronal.

El abroquelarse en la juridicidad es riesgoso si los fines del derecho no son antropocéntricos, humanistas y transformadores de la explotación de la energía humana, una constante vigilancia jurídica de defensa del trabajo subordinado en todo lo que se refiere a esta disciplina.

El fin del derecho no tiene unidad en la doctrina, pero la reafirmación de un Derecho del Trabajo como ciencia pura, supone la caracterización como un humanismo como lo sostuvo DE FERRARI en el primer editorial de la revista DERECHO LABORAL en el año 1948, ligando firmemente los caracteres de este derecho a la defensa de sus fuentes y la reafirmación de sus principios, que son esclarecedores de que la definición de pureza no es un mecanismo de esterilizar los principios y fines esenciales de la rama, dada la trascendencia del contrato de la energía humana en situación de subordinación.

De algún modo KELSEN resume su identificación de la pureza jurídica en la ya citada calificación de lo que debe entenderse como “teoría pura”. Tratándose de una disciplina que regula el trabajo del ser humano es necesario dejar establecido que esa pureza no debe ser confundida con prescindencia de los fines profundos del derecho humanitario y antropocéntrico que posee el Derecho del Trabajo, sino la exclusión del poder de la clase patronal y su asociación con la política, dado el enclave de este derecho en la *lucha de clases*, de una clase débil, frente a las concesiones

³ *La Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires p. 15

a la parte fuerte individual y colectivamente, que es la clase representativa del capital.

Por eso, la idea de ciencia jurídica nunca podría justificar la destrucción de las bases fundamentales del Derecho del Trabajo, invocando dicha pureza. Pero si cabe negar, como lo quería KELSEN, toda intromisión política deformante del objetivo de pureza jurídica.

Mirado a escala uruguaya una teoría de pureza jurídica podría haber considerado compatible con el concepto de Derecho del Trabajo el poder patronal de despedir sin causa cualquiera sea el pago o el abusivo uso de sociedades anónimas para el lucro de las mismas.

Sin embargo, nunca la pureza de la ciencia jurídica podría haber habilitado medidas impuestas por la política y el poder empresarial unidos. Más allá de la vestidura democrática de un parlamento que las aprueba.

El camino de un Derecho del Trabajo ciencia jurídica pura, nunca podría haber autorizado esas violaciones a las fuentes y a los principios del Derecho del Trabajo.

El Derecho del Trabajo tiene principios, tiene fuentes que deben ser respetadas y también caracteres propios.

La ciencia jurídica de KELSEN respetaría siempre ese segundo paquete de derechos humanos que son los derechos económicos y sociales.

III

LOS CARACTERES ONTOLÓGICOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

1) Propuesta de análisis

La configuración de la Teoría Pura del Derecho del Trabajo que tratamos de encarar requiere esencialmente el requisito de la depuración permanente.

Esto significa la eliminación en las soluciones del Derecho del Trabajo adoptadas, o sea definir toda contaminación o desviación interesada del capital o del sistema político o sectores asociados en tanto estamos en un régimen bipolar de capital y trabajo del sistema capitalista o de economía de mercado, ya sea en el área del espacio desarrollado o subdesarrollado.

Ese objetivo enunciado implica necesariamente el contralor de cuatro aspectos temáticos esenciales que son los siguientes: 1) El establecimiento y adjudicación de los caracteres irrenunciables y esenciales al Derecho del trabajo como ciencia del Derecho -según denominación de KELSEN- que imponga el respeto firme de las consecuencias jurídico técnicas de los caracteres implantados.

2) Realizar la custodia jurídica de las fuentes del derecho del trabajo indispensables para el mantenimiento de su identidad filosófica laboralista. Esa defensa es imperativa porque como rama jurídica se encuentra acosada por revisionismos adversos u oponentes como no lo está ninguna otra rama jurídica en tanto está enclavada en la conflictividad de lucha de clases⁴.

3) La adopción y jerarquización de los Principios del Derecho del Trabajo rectores de toda disciplina jurídica que traduzca los fines como un humanismo en las instancias de creación, de interpretación o integración del derecho positivo.

4) Estar dotado de un factor instrumental que la doctrina y jurisprudencia a nuestro juicio no suelen jerarquizar en su real dimensión en el rol que ha cumplido de carácter decisivo para el nacimiento del Derecho del Trabajo y su evolución que es el sindicalismo independiente del poder político y económico y defensor de la clase trabajadora frente a una clase patronal.

⁴ Hacemos remisión en este aspecto a los capítulos IX y X del libro ya citado de BARBAGELATA en que examina ese asedio que debe enfrentar la disciplina.

Los institutos o factores temáticos enunciados pueden y deben ejercer una vigilancia y orientación de alta importancia de un Derecho de Trabajo integral.

El examen de estos aspectos nos ocupará los próximos capítulos.

Y consideramos que desde el estudio de esos cuatro ejes temáticos puede delinarse la aspiración de un derecho que contemple los objetivos esenciales del Derecho del Trabajo pensado como puro.

Como lo hemos reiterado, los caracteres del Derecho del Trabajo constituyen una de las claves del Derecho del Trabajo Puro. Consideramos por eso que dichos caracteres deben ser a condiciones esenciales y permanentes de la rama jurídica.

Por la infracción de los mismos o su ausencia invalidan la esencia del sector jurídico y de la norma que se pretende aplicar.

Planteamos en este trabajo que los caracteres deben ser: 1) La autonomía absoluta; 2) El carácter antropocéntrico, 3) La irrenunciabilidad y 4) La *tuitividad*.

Estamos queriendo señalar que la omisión de cualquiera de esos caracteres *desidentifican* a la norma como co-integrantes del Derecho del Trabajo. La razón es clara, si no es autónomo pasará a estar penetrado por otras disciplinas o ramas y sus principios. Si no es antropocéntrico perderá su centralización en la condición humana propia del Derecho del Trabajo por su naturaleza humanista. Si no es irrenunciable desaparecerá la custodia esencial frente a la desigualdad con el patrono y la debilidad del trabajador, y si no es tuitivo omitirá un deber indiscutible de protección del más débil y no se podrá usar la eventual desigualdad compensatoria preceptuada y adoptada por el Derecho del Trabajo para el principio de igualdad en su adaptación al Derecho de Trabajo.

Esos caracteres ejercen una vigilancia y orientación para aplicar los principios de creación, interpretación o integración de la norma.

Nos ocupará su desarrollo y la expresión de los mismos en los principios de la disciplina. Los caracteres revisten un carácter de absolutos no admitiendo excepcionalidad o anulación o flexibilización.

2) La autonomía absoluta

Esto implica que toda la materia fáctica conflictiva que se presente respecto del Contrato de Trabajo será resuelta sin la aplicación de otras ramas, sea el Derecho Civil, el Derecho Comercial o el Derecho Administrativo entre otros, en aquellos casos de estructuración del derecho posi-

tivo laboral o en la interpretación en caso de oscuridad de la norma o vacío o laguna de la norma laboral aplicable.

Esto no implica descalificación de esas otras ramas sino el apego a un eje fundamental del pensamiento jurídico que es el de la adecuación de la norma a la identidad de su objeto.

Por eso tampoco esta autonomía absoluta supone la independencia de todo principio jurídico compartido por otras ramas en base a lo cual algunas posiciones teóricas han sostenido con error la pretensión del rupturismo por parte del Derecho del Trabajo. Es decir que aún la autonomía absoluta importa reiterar principios también de otras ramas que no perjudiquen el finalismo del Derecho del Trabajo de lo que puede ser ejemplo el derecho de defensa, el derecho a la indemnización del daño entre otros pero siempre adaptados y evaluados conforme al particularismo del Derecho del Trabajo. Puede ser ejemplo de esto el principio de igualdad que si bien se reafirma en el Derecho del Trabajo, lo es admitiendo la desigualdad compensatoria eventual fundado en el hecho de que cuando las partes comprometidas son desiguales, la igualdad mecánica del Derecho Civil, es desigualdad en la vida real del conflicto entre desiguales.

Por esta razón ejemplificando lo expuesto rechazamos la supresión en la norma modificativa de la ley 18.572 respecto de la supresión de la obligación de depósito del empresario apelante para poder ejercer ese derecho. Igualmente y de la misma ley el principio de la admisión de la desigualdad compensatoria se aplicó correctamente para las diferencias entre el patrono y el trabajador en el acceso a la primera audiencia. Esa desigualdad compensatoria no se admitió en la ley modificativa.

3) El carácter antropocéntrico del Derecho del Trabajo

El segundo carácter del derecho del trabajo es la condición de antropocéntrico.

Entendemos por este carácter filosófico jurídico que debe poseer un Derecho del Trabajo auténtico, que sus soluciones deben preservar en primer grado el respeto del ser humano trabajador y especialmente para evitar que la descentralización o extracción de su energía no importe una cosificación virtual de su persona.

Esto significa que la centralidad en las decisiones adoptadas debe radicar en el ser humano comprometido en la relación jurídica. Hemos recibido del pasado una humanidad de desiguales. El carácter antropocéntrico debe procurar soluciones que operen la corrección de la desigual-

dad y entre el objetivo de lucro emergente para el patrono de la relación y la condición del trabajador debe predominar el humanismo del predominio de la condición humana frente a la materialidad económica

El contraste entre norma formal y la realidad ha determinado soluciones equívocas e inadecuadas si se tiene en cuenta el objetivo de un Derecho Laboral puro en cuanto a la rígida aplicación de sus principios.

Pensando en la incidencia de este carácter en cierto modo filosófico jurídico de la jerarquía máxima del enfoque antropocéntrico creemos que nunca podría haberse mantenido el criterio de legitimidad del despido incausado que viene soportando nuestro Derecho Positivo que es absolutamente falto de equidad y violatorio del artículo 53 de la Constitución. En el sentido racional propio del derecho son admisibles decisiones respaldadas en causas determinadas. Supone actitudes con referencia de causa, pero no la extinción de la relación sin que el trabajador haya provocado la decisión desde el momento que el silencio del patrono en cuanto a causa convierte el acto del despido en una represión ajena a la racionalidad fundante del Derecho a que se aludió. También y sólo a título de ejemplo y sin ninguna pretensión de exhaustividad dos situaciones graves de carácter forense son la aplicación de la tesis de la teoría del acto propio transplantada indebidamente del derecho Civil al Derecho Laboral.

Y una novedad, la aplicación de la jactancia en el Derecho Laboral imponiéndole al trabajador jurisprudencialmente un plazo para accionar emergente del Derecho Civil, cuando por norma expresa sólo puede ser presionado por el plazo prescripcional del año del Derecho del Trabajo.

Sin perjuicio de que lo expresado es solo ejemplificación, de algún modo compromete hacia el futuro operar a una higienización ética del Derecho positivo si aplicamos el antropocentrismo humanista como carácter de nuestra rama.

4) Irrenunciabilidad

El tercer carácter del Derecho del trabajo es el de la irrenunciabilidad. El Derecho del Trabajo es irrenunciable y como fundamento prioritario para sostener esta tesis es que la materia esencial también es indeclinable. Representa, nada menos, que el Derecho del Trabajo como el motor de la declaración del segundo paquete de los derechos humanos económico y sociales. La Revolución Francesa por la inspiración de la clase que la generara, desarrolló los derechos humanos políticos en tanto la burguesía requería el instrumental jurídico para consolidar su poder ante el *ancien régime*, pero no habilitó los derechos humanos de las clases trabajadoras pese a que habían sido también impulsoras de la revolución.

El proceso del movimiento sindical, con la participación política de los sectores que movieron las revoluciones del 48 y la Comuna de París con la inspiración marxista y de la Primera Internacional, en las Constituciones de Weimar y de Querétaro ligada a la Revolución Mexicana, por primera vez en la historia una sección de esas constituciones lanzaron el impacto de la constitucionalización social y los derechos humanos de la clase trabajadora y en forma genérica los derechos humanos económicos y sociales.

Esos derechos humanos de acuerdo al artículo 7 de la Constitución uruguaya son irrenunciables salvo ley de interés general que establezca limitaciones y eventualmente privaciones.

Debe tenerse en cuenta la importancia del art. 30 de la ley 18.572 en relación con los derechos humanos en tanto, al establecer la nueva fuente del *bloque de constitucionalidad*, completa el alcance de los art. 332 y 72 de la Constitución con la valiosa vigencia del derecho humanitario internacional, al cual será imprescindible recurrir en el futuro para la imperatividad de los derechos humanos que han contado con la garantía del art. 7⁵.

La desatención del art. 7 de la Constitución es una infracción que se está cometiendo en forma reiterada en nuestro medio jurídico por convenios colectivos que rebajan los salarios como préstamo patronal o admiten la reducción o rebaja violando el Principio de Irrenunciabilidad.

Un Derecho del Trabajo Puro, no podría tampoco como ejemplo, habilitar la regularidad de oponer la *excepción de acto propio* ya aludida. Esto sea dicho aclarando que, además de esta objeción a la *excepción de acto propio*, procede impugnarla también por violación del carácter autonómico.

Si se alude a algunos ejemplos, desde este modesto intento, es para ver si las fallas que se registran en la actividad forense derivan de omisión de encarar rasgos esenciales de un Derecho puro.

La idea de ensayar la hipótesis de un Derecho del Trabajo que responda a la Teoría Pura del Derecho del Trabajo compromete la definición de situaciones problemáticas del tema irrenunciabilidad sin perder el derrotero fijado.

⁵ Recordamos que a su vez el artículo 332 de la Constitución dispone que la falta de reglamentación será suplida por los Principios Generales de Derecho y las Doctrinas generalmente admitidas Y el citado artículo 7 de la Constitución dispone que “*Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general*”.

Cuando hemos señalado que esa pureza jurídica como los sostenía KELSEN debía alcanzarse librando a la disciplina de cualquier transacción o perturbación derivada de circunstancias fácticas o conceptuales que impurifiquen el análisis jurídico. Aún cuando puedan ser útiles en el orden pragmático, se impone deslindar algunas situaciones específicas que pretenden encubrir la violación de la irrenunciabilidad.

El carácter de la irrenunciabilidad debe agregar la previsión frente a fórmulas de renunciabilidad encubiertas tendientes a sortear la prohibición directa de toda renuncia de derechos en casos límite, como pueden serlo las figuras jurídicas de la transacción, la novación, la prescripción, la renuncia y el *jus variandi*.

En primer término señalamos la novación como modo de modificar el contrato de una situación jurídica preexistente. En una Teoría Pura del Derecho del Trabajo como la que se intenta, solo se puede entender la irrenunciabilidad como absoluta y en tanto la novación instauro el presupuesto de la libertad de consentimiento del trabajador para novar modificando el contrato, sin tomar en cuenta los controles sobre la verdad jurídica de la novación admitida.

Alguna tesis ha sostenido la validación de la novación cuando nace de la voluntad del trabajador. Es muy difícil determinar la voluntad del trabajador en cuanto a la promoción de la novación, ya que solamente un fenómeno similar a la transacción podría permitir que un juez en “intra pleito” pudiera determinar la naturaleza de la iniciativa novatoria. No puede olvidarse que la aceptación forzada de una novación por el trabajador podía significar también la violación del principio de *ajenidad*, admitiéndose alteraciones favorables al empresario y no queridas por el trabajador.

Con respecto a la *transacción* tiene validez la posición que entiende que la misma solo puede existir en Derecho del Trabajo “intra pleitos”, porque es de la única manera que existe alguna capacidad para determinar si se dan las recíprocas concesiones cuya efectividad, conforme al Código Civil, es ineludible.

Esto lleva a sostener la invalidez de una transacción celebrada en el Ministerio de Trabajo pues el funcionario abogado, tiene capacidad técnica pero no tiene *imperium* para juzgar sobre la existencia de ese requisito esencial de las recíprocas concesiones.

Se adiciona a lo expresado respecto a la novación, que frecuentemente si bien se la admite fundándola en una causal justa del patrono respecto de las necesidades de su empresa, igual se lesiona un derecho irrenunciable del trabajador. Esto importa, además, hacer predominar el

interés patronal y violar el Principio de *ajenidad* del trabajador respecto del riesgo empresarial.

En el orden subjetivo se ha sostenido que la condición de alto empleado, que se supone más libre en cuanto al consenso, habilitaría la novación.

Sin embargo, la jerarquía del cargo no puede alterar la garantía genérica de la irrenunciabilidad, porque la naturaleza del cargo no es elemento cierto que habilite la violación de ese principio, y el carácter de orden público de las normas. Tampoco puede descartarse que una exigencia de novación a un alto empleado puede encerrar la búsqueda del despido.

El carácter de irrenunciabilidad es de trascendencia porque atendida la reconocida desigualdad inherente a la relación de trabajo, sería fácil para el patrono imponer como aparentemente voluntaria una pretensión ilegítima del empleador exigiendo la supresión de determinados derechos. De no existir este carácter de irrenunciabilidad proliferarían los contratos de trabajo en los que podrían aparecer los trabajadores suscribiéndolos para poder ser admitidos a las tareas aceptando la suspensión de derechos laborales.

Puede pensarse que no se admitiría la suscripción de un contrato que no contuviera y aceptara las exigencias de renuncia impuestas por el patrono respecto del descanso o licencia o salario mínimo o aceptación de las normas disciplinarias.

Si bien nuestra Constitución tiene reconocida la autonomía individual en el artículo 10, el contexto constitucional constituye el límite de los derechos humanos laborales que impiden la libertad absoluta de las estipulaciones como también la indefensión en una eventual negociación de carácter colectivo.

Y además, los límites del Derecho Internacional del Trabajo como el PIDESC y también el artículo 7 de la Constitución ponen su freno al eventual cese voluntario o promovido por coacción del empresario.

Claro está, que esto lo suponemos en el plano de la previsión formal, ya que sin dudas el sindicalismo y también sectores políticos se negarían a admitir una derrota del Derecho del Trabajo, como implicaría la pasividad frente a tal crisis de existencia.

Correspondería analizar una forma también de renuncia pero tácita, que es el instituto de la prescripción.

En la misma posición de contados laboristas, consideramos que la prescripción es una renuncia tácita que no puede admitirse por las garantías de orden público. Con la prescripción, el empleador con el trans-

curso del tiempo adquiere un beneficio injusto que se saca del patrimonio del trabajador. Si bien se invoca la seguridad jurídica del patrono, no se evalúa debidamente la gravedad de la existencia de un incumplimiento y un enriquecimiento sin causa.

Se pretende afirmar, como valor a lograr, que el patrono con el transcurso del tiempo pueda adquirir la tranquilidad ya que su incumplimiento en el pago no va a configurar el requerimiento judicial normal. La eventual tranquilidad patronal invocada es también violación del principio de *ajenidad*, haciendo correr a cargo del trabajador la pérdida, por lo menos en debate judicial, de sus créditos laborales. Menos seguro, dada la desigualdad existente, se sentirá el trabajador si se aplica la prescripción.

Asimismo, la prescripción sigue siendo instituto del Derecho Civil que implica de algún modo también la violación del principio protectorio en tanto, aparece como elemental garantía imperdible que el trabajador pueda reclamar en cualquier momento su derecho en la medida de que su libertad en el plano jurisdiccional contra el patrono, al existir en este país el despido libre, puede acarrear la reacción patronal del despido.

En lo que se refiere al acuerdo voluntario ya mencionado, corresponde aclarar que en el campo jurisprudencial el acuerdo voluntario como figura transaccional se desarrolla en el escenario de la empresa y es aprobado en el Ministerio de Trabajo en la convocatoria respectiva, violándose por esta mecánica la exigencia de la asistencia letrada de la ley 16.995, pues no se aplica la preceptividad de dicha asistencia, que sí es ineludible en las audiencias por citación del trabajador.

Se señaló al *jus variandi* como instituto que, aceptado lisa y llanamente por el trabajador, podía importar también una violación de la irrenunciabilidad.

En este aspecto tenemos una posición firme en cuanto el *jus variandi* solo debería ser admitido en el marco del hueco de indefinición que tiene todo contrato de trabajo en las formas de ejecución del contrato. En cambio, toda alteración que no revistiera ese carácter, más allá de que están previstos correctivos por nuestra disciplina, que podrían caer en las observaciones respecto a la novación, en tanto el ejercicio por el empleador del *jus variandi* es una pretensión de modificación del contrato. La única particularidad es que la doctrina ha elaborado un cúmulo de requisitos para habilitar el *jus variandi* que se aplican en la jurisprudencia pero que de algún modo tiene contenidos de trabas y prohibición de alteraciones injustificadas que están dependiendo de la eficacia del control judicial. Pero tiene la ventaja dicha situación que la eventual novación posee el contralor como lo hemos señalado antes del “intra pleitos”.

5) Tuitividad

El carácter de *tuitividad* o protección fundamentalmente en razón de su nombre, ha promovido desde ciertas fuentes, reservas en su admisión, sosteniendo que implica un eventual riesgo de la arbitrariedad por su definición en cuanto al alcance de esa *tuitividad*. Esta objeción no resulta válida porque la doctrina y jurisprudencia han desarrollado ciertas reglas y pautas que aseguran que la *tuitividad* tenga controles jurídicos normales, los que hacen que la *tuitividad* se ajuste al debido respeto de la imparcialidad que es esencial al rol de la Justicia. A ello se refieren los criterios de aplicación de la norma más favorable, la situación más beneficiosa o la interpretación más favorable, requiriéndose siempre la legitimidad de preexistencia de una “res dubia”. Por supuesto entendemos que la posición más favorable al trabajador tiene una justificación en tanto que no sería más que otro caso de desigualdad compensatoria derivada de que la negociación se entabló entre desiguales, y como es sabido la desigualdad compensatoria es el juicio favorable para la parte más débil. Por eso no existe arbitrariedad. Vale decir también que no es tan atípico el caso ni exclusivo del Derecho del Trabajo este principio de favorabilidad en tanto la fórmula “in dubio pro operario” tiene su equivalente en el derecho penal en el “in dubio pro reo” y en el Derecho Civil mismo, en el beneficio para el deudor (“favor debitoris”).

Sin duda el fundamento constitucional emana, en forma indiscutible, del art. 53 y el complemento del art. 54 de la Constitución. El 53 estableciendo el principio general de que el trabajo estará bajo la protección de la ley, y el 54 las normas que acuerdan protección a derechos concretos, en beneficio del trabajador.

La *tuitividad* laboralista como carácter, es privilegio puntual y tiene procedimientos para su solución, en tanto la desigualdad laboral es de una clase social y permanente por la naturaleza de la relación de trabajo.

Para el objetivo de máxima *tuitividad* sería preciso que la fórmula “in dubio pro operario”, (que cierta jurisprudencia no reconoce cuando no se ha probado en juicio la relación de trabajo), en un Derecho de Trabajo puro, fuera aceptada. Asimismo, que la duda conocida acerca de la aplicación de la norma más favorable, en la hipótesis de aplicación global o fraccionada que se discute, se solucionara adoptando la que resulte más favorable para el trabajador. Aparece como necesaria una legislación de sostén al igual que en otros casos de protección de derechos del trabajador, para no depender de la incertidumbre jurisprudencial por la diferencia de criterios.

De igual modo en el terreno jurisprudencial se está atacando el derecho a la justa remuneración en base a una figura civil como el *fideicomiso*, que el empleador utiliza para delegar un pago pero con reducción de salario y el cambio pretendido inclusive del patrono por el *fiduciario* lo que ha sido admitido por la jurisprudencia.

Es cierto también como lo ha señalado el neoconstitucionalismo que algunas normas constitucionales aparecen solo como teóricas al haberse omitido su reglamentación, no obstante la incidencia del art. 332 de la Constitución.

IV

LA CUSTODIA JURÍDICA DE LAS FUENTES

Dentro del acoso doctrinario que sufre el Derecho del Trabajo por ser el trabajo subordinado un costo de la clase patronal está la vía de afectación de sus caracteres y sus fuentes en el marco de la economía de mercado.

Notoriamente la fuente constitucional y de los convenios colectivos están hoy afectadas en su identidad tuitiva y ontológica. Se examinarán, en relación al tema de este estudio, dos fuentes esenciales, más una mera referencia a las restantes, no decisivas para el logro de máxima *tuitividad* del deber ser jurídico.

Además de la trascendencia de los caracteres señalados, que deberían incorporarse al Derecho positivo para defender al Derecho del Trabajo en sus Derechos fundamentales, es preciso adoptar la custodia de las fuentes propias y esenciales del Derecho del Trabajo. Se hace preciso señalar, a ese respecto, que una de las vías del ataque a la existencia misma del Derecho del Trabajo con sus caracteres clasistas ha venido siendo la desvirtuación en este último tiempo, no solo en nuestro país sino en la misma reforma laboral española, de la naturaleza de las fuentes propias y constitucionalizadas y también el despojo de los caracteres esenciales de los convenios colectivos, convirtiéndolos virtualmente en contratos comunes de Derecho Civil.

1) La fuente constitucional

Si bien es obvia la trascendencia que tiene para todas las ramas del Derecho, la fuente constitucional, en el caso del Derecho del Trabajo asume una especial importancia específica teniendo en cuenta el relieve que los Derechos Humanos económicos, sociales y laborales poseen, atendida la vulnerabilidad del objeto que es la energía humana y el rol que asume la economía y además las consecuencias sociales que genera.

El derecho al trabajo, el derecho a la justa remuneración, el respeto de la personalidad moral y física del trabajador, la libertad sindical, el derecho a la Seguridad Social y otros registrados por la Constitución uruguaya en su Sección Segunda, deben ser vigilados en su vigencia y respeto indeclinables.

La custodia de las fuentes en el caso de la fuente constitucional debería cumplirse sobre las tres bases siguientes: 1. Aplicar lo que podría calificarse como la auto-protección de la propia Constitución sobre los Derechos Humanos fundamentales. 2. En segundo término aplicación del

artículo 30 de la ley 18.572 que habilita la protección del derecho internacional y 3. Atender al aporte realizado por el movimiento neoconstitucionalista.

El constituyente tuvo cautela y previó la necesidad de protección para los Derechos Humanos establecidos.

Entendemos por auto-protección dicha cautela del constituyente, que por el artículo 7 de la Constitución otorgó las garantías del debido respeto a esos derechos, norma que estableció: que nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general. Esta protección no ha sido plenamente respetada en el plano doctrinario y jurisprudencial admitiendo entre otros casos, la violación del principio de la *justa remuneración* previsto por el artículo 54 de la misma.

La Constitución podría cumplir un rol muy importante si el sindicalismo actuara en la vigilancia de esos derechos humanos consagrados en la norma máxima.

Bueno es señalar que el carácter terminante del artículo 7 no admite ninguna flexibilización por vía de convenios siendo la única posibilidad una ley inspirada en razones de interés general.

Otro mecanismo de la protección, es la previsión del artículo 57 en su último inciso, sobre el *derecho de huelga*, en cuanto a que la reglamentación solo se puede operar para el ejercicio y la efectividad del derecho y no para anularlo.

Una tercera protección emerge de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, de lo cual es ejemplo el PIDESC que consagra en su artículo 7 todos los derechos laborales en forma muy precisa y que en su artículo 5 es terminante en cuanto a la nulidad de las violaciones.

El PIDESC fue ratificado por Uruguay por la Ley 13.751 y se agrega en el plano tutelar a lo expresado, la remisión de los artículos constitucionales 72 y 332 que disponen una declaración abierta de Derechos Humanos, siguiendo de algún modo el camino de la Cátedra de Derecho del Trabajo actualizada y ratificada por el artículo 30 de la Ley 18.572, en tanto incorpora como fuente el *bloque de constitucionalidad*.

De este modo se hacen aplicables las normas reguladoras de los Derechos Humanos del Derecho Humanitario Internacional.

Finalmente, sería preciso que hacia el futuro se tuviera en cuenta el alerta del *neoconstitucionalismo* que reclama que las constituciones sean *autoejecutables* para evitar las omisiones en la reglamentación, por más que en el caso de Uruguay, el artículo 332 establece las normas a las

cuales es preciso remitirse si no estuvieran reguladas las protecciones a la norma constitucional.

Sostiene el Neoconstitucionalismo acertadamente, que si bien no deja de reconocerse la lucha que dieran el movimiento obrero y el pensamiento político revolucionario a partir de la Primera Internacional, las constituciones se anclaron en el encomio y no prosiguió el movimiento y la acción reglamentaria. Afirma ese movimiento, la necesidad de la defensa y otorgamiento de licencia y vida a los derechos fundamentales declarados.

De ahí, su posición antipositivista y la exigencia de constituciones autoejecutables o garantidas para no depender de una reglamentación eventual. Incide en ello, la realidad de que la lucha de clases continúa en el marco del régimen de economía de mercado.

Puede señalarse en Uruguay la ausencia de reglamentación del artículo 53 de la Constitución que coloca al trabajo bajo la protección de la Ley, pero a pesar de ello se mantiene una violación abierta al despido incausado que sin duda afecta gravemente a la parte trabajadora.

La fuente de la ley 18.572 modificada por la ley 18.847 en el artículo 30, al consagrar el *bloqueo de constitucionalidad*, refleja una importancia procesal y sustantiva respecto de los principios de defensa concretados de forma terminante en el artículo 5 del PIDESC. Se recogió en realidad una posición sostenida por BARBAGELATA y se corrigió una línea incorrecta en el caso de las violaciones de los Derechos Humanos que alcanzaron a nuestros sindicalistas laborales, pese a la Convención de 1968 de las Naciones Unidas y a la prohibición de dictar leyes exoneratorias de las violaciones a esos derechos o de la resolución 3074 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 1973.

2) Los Convenios colectivos

Para la custodia jurídica de las fuentes del Derecho del Trabajo puro es esencial en el marco de este objetivo de operar un Derecho del Trabajo puro y libre de la influencias de las orientaciones patronales, capitalistas y políticas, que buscan impedir una regulación del trabajo subordinado que tienda a la justicia social y a una disciplina humanística y antropocéntrica frente a las violaciones de los derechos humanos laborales.

Especialmente, existe cierta doctrina y jurisprudencia que busca afectar al Derecho Sindical, incidiendo sobre sus más típica fuente propia y exclusiva que es el Convenio Colectivo.

Esa orientación es la que busca encaminar el Derecho del Trabajo hacia el derecho común o tolerar un Derecho Laboral rebajado en su fuerza y metas a cumplir y desconociendo un principio de historicidad entre

esos objetivos anulando los aspectos sindicales del convenio colectivo, pretendiendo transformarlo virtualmente en un contrato común del Derecho Civil.

Por ello, procede reivindicar la originalidad y caracteres jurídicos del Convenio Colectivo, emanado de un sujeto nuevo, el sindicato, apoyado por la lucha de los trabajadores.

Las fuentes propias del Derecho del Trabajo revelan un sesgo de peculiaridad o particularismo lo que las convierte en un soporte esencial de la autonomía de esta rama jurídica.

El *convenio colectivo* es la fuente propia esencial del Derecho del Trabajo. Si bien tiene similitud con el contrato civil, en tanto tiene la materia del acuerdo sobre determinado rol de regulación de la energía humana, existen diferencias trascendentes que radican en los siguientes caracteres.

La parte trabajadora está representada por un sujeto político nuevo que es el sindicato representativo de la clase trabajadora en el área de actividad económica de que se trate.

Los efectos del Convenio colectivo por el efecto denominado *erga omnes* no recaen solamente sobre el sindicato (cláusulas de obligaciones de las fuentes en su esencialidad) sino también sobre los integrantes de la categoría.

Cláusulas normativas imprecisas en su número e identidad, porque el efecto de la Convención se extendería a todos los que integren las categorías en un momento determinado.

De acuerdo a la definición de JAEGER la categoría “es la serie no finita de trabajadores que desempeñan su trabajo en un mismo lugar determinado de producción al servicio, abiertas en los extremos para el ingreso o salida de la categoría”.

Este efecto *erga omnes* de la categoría tiene la importancia de ser una creación jurídica que representa el carácter clasista del convenio colectivo. Nada tiene que ver con las cláusulas sobre obligaciones que recaen sobre los sujetos concretos patrono y trabajador.

La custodia de las fuentes para mantener la identidad del convenio colectivo supone actuar para que se mantenga el carácter laboral del Convenio.

3) Las otras custodias

Aquí se hace necesario registrar un fenómeno nuevo. Para el laborista chileno UGARTE, el Derecho del Trabajo tiene un enemigo. Y de ahí la necesidad de que le preste atención y custodie sus frentes.

Un capítulo fundamental de esa protección del Derecho del Trabajo si queremos hacer de él una disciplina pura que vuelque todo su empeño en la preservación del mismo, como una disciplina pura, sin flexibilizaciones ni enmiendas impuestas por el capital u otras disciplinas.⁶

Desde otros espacios técnico patronales, también existen enemigos de ese objetivo del Derecho laboral puro y por eso, se busca negar la naturaleza firme de los convenios colectivos de trabajo como una fuente de derecho final y exclusiva de Derecho del Trabajo.

Y a veces, ese ataque encuentra promotores que pretenden negar la especialidad del Convenio Colectivo y asimilarlo a un contrato civil común que afecta a las partes y que cesado el contrato se acabarían sus efectos.

Por ello, reivindicamos la fuente convenios colectivos porque tiene efectos que van más allá de las partes de las cláusulas obligacionales extendidos los efectos a la categoría, lo cual es también un concepto nuevo propio de Derecho del Trabajo, que ha definido con ello otra clase de cláusulas.

Está en juego en esta dilucidación técnico jurídica, un intento de cierta doctrina para destruir virtualmente al *convenio colectivo*, dándole el trato de un contrato bilateral de Derecho Civil, ignorando el efecto *erga omnes* y olvidando que siempre se admitió, en diagnóstico correcto, la existencia de cláusulas obligacionales, fruto de la autonomía colectiva.

Por eso, el *convenio colectivo* incluye en sus efectos, además del producto de la autonomía individual la consecuencia jurídica de los derechos de los trabajadores que se le reconocen a la categoría como formación de clase, que corresponde al ramo de actividad.

Porque sin dudas, el Convenio colectivo es una fuente clasista del Derecho del Trabajo que es imposible desconocer reduciendo al Convenio a un contrato cualquiera del Derecho común.

Sin duda el Derecho el Trabajo Puro incluye la precaución jurídico-racional de no amputar los aportes de la autonomía colectiva. Este punto geográfico del trabajo, obliga a hacer remisión al capítulo sobre las fuentes, con especial referencia al *convenio colectivo*.

El debido reconocimiento del *convenio colectivo* como fuente, habilita destacar y reconocer que la unidad dogmática del Derecho del Trabajo no es incompatible con el pluralismo y la complejidad emergente de esa fuente en que conviven las obligaciones y derechos de la autonomía indi-

⁶ Cfr. UGARTE, *Análisis Económicos del Derecho*, FCU, Montevideo, pp. 9 y 10.

vidual y de las categorías de carácter colectivo comprendidas por el *convenio*.

No es válido para dar por terminados los *convenios* y extinguir los derechos y obligaciones de la categoría, desconocer la supervivencia de los derechos de la categoría, aún cuando hayan finalizado los que corresponden a la autonomía individual.

En nuestro propósito de alcanzar un Derecho puro y representativo de la clase obrera libre de ideas impostadas por intereses patronales o políticos, resulta de la mayor trascendencia esta temática de la dualidad jurídica entre el derecho estatal y el autónomo de los grupos sociales integrantes de la clase trabajadora expresando su autorregulación.

4) Las demás fuentes

En la defensa de las fuentes con esa visión de lograr la mayor eficacia tuitiva, corresponde señalar que deben considerarse fuentes estatales: la ley, el decreto, el laudo ya sea de salarios o fallo de tribunal, todos las cuales presentan la necesidad de vigilancia en forma permanente.

Puede bastar como ejemplo nuestra ley 18.566 de negociación colectiva que ha incorporado varios retrocesos respecto del nivel protector del derecho del trabajo.

Ellos son, la eliminación de la elección directa de los afiliados para la designación de delegados al consejo de salarios; la instalación eventual, promovida por cualquiera de las partes, de una especie de concertación, incompleta por ausencia del aporte estatal, si se recuerda bien la frustración de otra tentativa similar, que se llamó Concertación Programática.

Se incorpora a la ley, la *cláusula de paz* que funciona de oficio respecto de la libertad sindical y se remite a la Justicia común el conflicto respecto del convenio, si se viola la cláusula de paz referida.

Con respecto a las demás fuentes estatales señaladas, el decreto, la resolución y laudos, funcionan en razón de principios de jerarquía y la problemática deriva de dicha situación.

Por último, la Doctrina, la Jurisprudencia y los Principios no revisiten normalmente calidad de fuentes sino que son materiales jurídicos a disposición de los operadores.

Sin embargo, en caso de interpretación por oscuridad de la norma o de integración por laguna, se pueden considerar como fuentes eventuales.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO PURO

Se comparte el concepto de principios adoptado por el profesor PLÁ RODRÍGUEZ cuando expresa: “que son las líneas directrices que informan a algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.

En el mismo sentido GAMONAL, siguiendo a ALEXY considera que los principios son mandatos de optimización.

Nuestro objetivo precisamente es promover y encauzar en el área del derecho individual la aprobación de nuevas normas consideradas ineludibles para la concreción de un Derecho del Trabajo auténtico, que sea capaz de realizar su objetivo regulador, plenamente justo, del trabajo subordinado.

La operatividad completa de los principios, debe ser para la creación de normas, su interpretación y su integración. No creemos en la relevancia de la polémica a que se refiere el mismo GAMONAL en cuanto a la diferenciación entre principio y norma, en tanto la norma tiene un carácter instrumental y no se tipifica por la carga orientadora de los principios. Por otra parte, los principios se explicitan por normas.

Asimismo, estamos de acuerdo en que la contradicción de los principios debe resolverse, como lo ha sostenido el neo constitucionalismo, mediante la ponderación y no la mera subsunción en el marco de la relevancia que con razón se adjudica al rol judicial.

1) El Principio de ajenidad

La *ajenidad*, como principio, implica que nunca el trabajador asumirá total o parcialmente el riesgo jurídico-económico del empleador, principio recogido por la doctrina y la jurisprudencia. El trabajador percibe un salario a “forfait” como es sabido y si no está a la ganancia no puede estar a las pérdidas eventuales. El trabajador no percibe el precio verdadero de su tarea de subordinado, sino el ficto resultante de las normas laborales reguladoras del salario. En consecuencia el eventual riesgo de la empresa es de exclusiva responsabilidad patronal. En cierto tiempo pasado, ante la crisis de la empresa se pretendía que no estaba obligado el empleador al pago de la indemnización del despido en tanto se reputaba la causal económica como una supuesta fuerza mayor civilista.

Ciertas teorías laboralistas, generalmente de fuente patronal pero también de autores de voluntad imparcial y jerarquizadores de la *tuiti-*

vidad, han sostenido la idea de una posible colaboración y la posible asociación y acuerdo, que haga de la empresa un lugar constructivo como espacio posible de actuación societaria de hecho entre patrono y trabajador. Resultado de esa interpretación fue el hecho de que en cierta época cobraran reiteración los comités de empresa, hasta con relación a la gestión, todo lo cual en definitiva ha quedado superado doctrinariamente y en los hechos, ante el peso de la realidad de la contradicción profunda entre trabajador y patrono en tanto el trabajador subordinado representa un costo que el lucro patronal normalmente trata de reducir a su mínima expresión, aún en derechos que pueden tener que ver con las condiciones de vida del trabajador.

Una versión actualizada de esta intencionalidad entre las partes trabajadora y patronal, ha asumido un nuevo carácter bajo la forma de la concertación tripartita entre trabajador, empresario y el Estado.

De algún modo la ley 18.566 ha pretendido instalar una concertación ya fracasada en otra instancia en el país y además incompleta en sus caracteres.

En primer término, porque en lugar de concertación implica un sometimiento de la central sindical a un Consejo Tripartito en el que el Poder Ejecutivo actúa en forma hegemónica con el número de sus votos, lo que implica una lesión a la autonomía e independencia del movimiento sindical. Pero además, resulta incompleta como concertación, porque no aparece la cuota parte del Estado para el pretendido equilibrio de una solución concertante trilateral.

2) Búsqueda de la verdad material y primacía de la realidad

Este principio es diferencial fundamentalmente respecto del Derecho Civil. En el Derecho Civil el objetivo del litigio es encaminar la diferencia o discrepancia conflictiva de modo que se dilucide en un escenario reglado, siendo el resultado del mismo, la consecuencia de las pruebas respectivas en las que solo se garantiza la decisión formal de la contradicción planteada.

En el Derecho del Trabajo la verdad es lo sustantivo, la verdad de la vida, y ello está respaldado especialmente por dos principios fundamentales que son la búsqueda de la verdad material y por ende la *Primacía de la Realidad*, que predomina sobre cualquier acuerdo formal aun escrito o documentado.

Importa la búsqueda de la verdad fáctica de la controversia planteada. Esto sin duda tiene un acento ético de trascendencia de donde no da lo mismo el camino del proceso civil que el camino del proceso del trabajo.

De alguna manera, esta doble condición de búsqueda de la verdad material y de primacía de la verdad suele convertir en prueba esencial la de los testigos, pues el registro de la realidad tiene como principal ese elemento de contralor. Por ello se abre el riesgo en cuanto al logro de la prueba en caso de dificultad laboral litigiosa frente al riesgo del testigo ante la frecuente represión patronal. Por eso, la única salvaguarda plena es que ese principio de la búsqueda de la verdad esté asistido por un régimen de protección del testigo y que el sindicalismo en tanto fuerte en afiliación y combatividad, ejerza la defensa de los derechos de los afiliados.

3) Principio de la progresividad y no regresividad

En el camino de un Derecho puro asume trascendencia este principio de la *progresividad y no regresividad*, que implica la evolución, siempre positiva, de los derechos laborales y la consecuente improcedencia de las nuevas normas negativas o regresivas respecto de los derechos laborales reconocidos por normas ya existentes.

El cuadro de las fuerzas sociales y económicas que funcionan ante la lucha de clases se refleja en alteraciones negativas del Derecho. Por eso ha tenido importancia la doctrina especialmente encabezada por los autores argentinos Víctor ABRAMOVICH y Cristian COURTIS, que reaccionan sobre cierta doctrina más o menos consentida o tolerada en cierto tiempo y que aún funciona aunque atenuada, como estrategia que pretende que los derechos económicos, sociales y culturales formando parte de ellos los laborales “se caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones de compromiso político y en el peor de los casos de engaño o fraude tranquilizador”⁷.

En la obra citada, los autores mencionados sostienen legítimamente, que desde el punto de vista conceptual la obligación de *no regresividad* “veda al legislador y al titular del poder reglamentario toda reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales, y culturales de que goza la población”⁸.

No cabe duda, sobre el respaldo jurídico que los autores invocan para fundar ese principio tutelar cuando lo basan en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)⁹.

⁷ Revista *Contextos*, Buenos Aires, No 1 página 3.

⁸ Op. cit., p. 52

⁹ Aprobado por la ley 13.751 del 11 de julio de 1969 y resolución 2200 XXI de la Asamblea General aprobada el 16 de diciembre de 1966.

El artículo 2.1 de ese Pacto, establece en forma nítida el compromiso de cada estado de prestar “la asistencia y la cooperación internacional especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La finalidad de lucha por la *progresividad* es indiscutida y excluye toda *regresividad*, pues el artículo 5° del mismo Pacto dispone que “no se podrá interpretar que un Estado, grupo o individuo pueda emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en medida mayor que la prevista en él”.

4) Referencia a los demás principios

El principio de *no discriminación*.

En primer término, en orden de importancia después de lo ya examinado, deben establecerse los caracteres que debería tener este principio de la no discriminación, para cumplir ese objetivo sobre la eficacia tuitiva.

Señalaba bien el profesor ERMIDA, en su ensayo del Cuadernillo 1 de la *Fundación Electra*: “que el derecho del trabajo no es un ordenamiento jurídico igual para todos sino desigualador o compensatorio. En efecto, la igualdad del derecho Social es diferente a la igualdad del Derecho privado clásico, que “candorosamente” parte de la suposición de que todos somos iguales. En efecto, el Derecho Civil tradicional supone esa igualdad y por tanto se abstiene. El Derecho laboral, en cambio, constata una desigualdad e intenta corregirla”.

Este principio de la *no discriminación*, reviste alta importancia porque como es sabido afecta aspectos sustanciales del ser humano que tienen que ver con condiciones de vida tales como son los actos de distinción, exclusión, restricción, o preferencia por motivos de raza, color de piel, género, orientación, identidad sexual o discapacidad, que se prevén en la ley 17.817 en su art. 1° en tanto pautas de grave discriminación.

Si bien los actos referidos, tienen que ver también con la eventual conducta del empleador, se trata asimismo de un problema de igualdad de trato y no discriminación entre los propios trabajadores.

El Convenio N° 111 de OIT agrega una referencia genérica a la lista indicada, la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación. Esa referencia al trato tiene especial reiteración especialmente en el plano del empleo público, referido al acoso emergente de los propios

cargos de dirección. No debe descartarse la importancia de la violación de la igualdad en forma discriminatoria en el plano de la actividad sindical que regula los aportes de la ley 17.940. Merecería una aclaración o clarificación, la norma del Convenio N° 111 que dispone que se excluye las calificaciones exigidas para un empleo, como caso exento de la existencia del principio de *no discriminación*. El citado convenio remite en esta problemática a la consulta con las organizaciones sindicales, lo que importa, dada la dificultad que se constata en el aspecto probatorio, por la naturaleza personal de la mayoría de las situaciones y la dificultad d disponer de testimonios.

Sin dudas, la Comisión creada por la ley 17.817 podría realizar avances importantes que serían necesarios en la lucha contra la violación de la igualdad de los trabajadores.

Se comparte la referencia de la Profesora MÁRQUEZ GARMENDIA respecto a la importancia sobre la antidiscriminación de género de la ley 16.045 y especialmente la remisión que realiza, respecto del decreto reglamentario que ubica dentro de la discriminación al acoso sexual en la relación de trabajo.

Todo indica que las graves violaciones tienen que ser sancionadas con la nulidad absoluta, posición compartida por ERMIDA en el trabajo citado, y especialmente por BARBAGELATA, que es particularmente enérgico en cuanto a la necesidad de la nulidad absoluta del acto discriminatorio.

Se ha señalado para el apoyo de la nulidad el art. 2 de la Declaración de Derechos Fundamentales de la OIT de 1998 que establece “la eliminación de la discriminación respecto al empleo y ocupación”.

5) El principio de continuidad

En lo que se refiere al principio de *continuidad* especialmente la doctrina y la jurisprudencia han reconocido la conservación del empleo, de importancia para la vida del trabajador y de su familia, y por lo tanto las situaciones de reiteración o sucesión de los contratos de trabajo con plazo o la hipótesis de trabajo zafral reiterado, debían entenderse como casos de continuidad del contrato de trabajo.

Otros principios del derecho en general, como la *buena fe* y la *razonabilidad* entre otros, se aplican también al Derecho el Trabajo.

PALABRAS FINALES

Hemos apreciado el estado de libertad vigilada en que vive el Derecho del Trabajo y que le viene de su vida y de su historicidad combatiente desde la Revolución Industrial aún hacia el futuro. Esto se ha hecho aún más claro con la desaparición del régimen colectivista uniformizándose las formas políticas en la llamada social democracia de contornos políticos variables y a menudo imprecisos.

Hemos visto, el riesgo que representan las desviaciones y constantes propósitos de traslado hacia los criterios civilistas y la continua acción del pensamiento neoliberal para implantar la flexibilización laboralista y la desregulación como panaceas para la resolución económica de la conflictividad laboral.

Por todo ello, nuestro objetivo no ha sido la acostumbrada fotografía de un régimen de derecho positivo y luego las objeciones pertinentes, sino dar los pasos hacia un modelo, si se quiere estricto y alérgico a las transacciones y en general a los acuerdos disminutorios de los derechos sociales o sea como lo sostenía KELSEN un Derecho que esté puro de deformaciones de los poderes económicos o de otras disciplinas.

Sería preciso una mirada rápida y forzosamente incompleta de la realidad de los países de nuestra América, para visualizar la indubitable necesidad de un Derecho del Trabajo principista o como lo señala GARZÓN, en un término acertado de carácter plenihumanista. En una visión de nuestra realidad y en forma también incompleta pueden señalarse los salarios sumergidos, la desocupación y la temporalidad de los contratos de trabajo, la continuidad del despido incausado, mal llamado libre, porque el hambre no libera, también la seguridad social insuficiente y afectada de una grave informalidad y privatizada en uno de sus niveles con la aportación de los trabajadores entregada a sociedades anónimas para su lucro, las AFAPS, en volúmenes de dólares de gran trascendencia violando el artículo 67 de la Constitución entre otras imágenes sociales.

Sería ineludible terminar con la prescripción de los Derechos sustantivos, las novaciones simuladas y la renunciabilidad inadmisibles de los derechos humanos laborales.

No es irreverente usufructuar el camino señalado por KELSEN a nivel universal, con su Teoría Pura del Derecho y contribuir modestamente a la concepción y lucha por un derecho plenamente regido por el principio de justicia social en el Derecho del Trabajo como rama del Derecho Universal.

Bajo la apariencia de un duro formalismo, los pies del Derecho del Trabajo están muy hundidos en la realidad y perseguidos por la patronal, políticos o tecnócratas afines de donde la pureza es una defensa de la autonomía conceptual e ideológica.

