

Tiempo de Derechos

Propuestas para la construcción de un derecho social en democracia (Primer documento)

HÉCTOR OMAR GARCÍA – GUILLERMO GIANIBELLI – HORACIO
DAVID MEGUIRA – MOISÉS MEIK – ENRIQUE M. ROZENBERG

Sumario: I. El contexto: un nuevo horizonte. II. El potencial democratizador de los “derechos para obtener derechos”. III. Re-discutir el derecho a la estabilidad en el empleo. IV. Libertad sindical: un derrotero inexorable; IV.1. Libertad sindical y contexto económico, social y laboral en la Argentina; IV.2. La libertad sindical como derecho fundamental de los trabajadores; IV.3. La funcionalidad política de la libertad sindical; IV.4. La libertad sindical hoy y mañana; IV.5. De la libertad sindical “de” a la libertad sindical “cómo”. V. Nuestro principio jurídico activo.

I. El contexto: un nuevo horizonte

La Argentina aún transita un período de redefinición de su estructura social y política. Desencadenado a partir de la eclosión del “19/20-D” —fractura histórica que puso en evidencia la falla geológica con que estaba funcionando el sistema social—, dicho período se mueve aún en una transición en donde no alcanza a imponerse un nuevo orden con capacidad de hegemonizar el futuro mediato.

Lo peor del pasado, no obstante, intenta quedar atrás. El ciclo abierto con la dictadura en 1976 fue concluido por la fuerza de la ciudadanía social a finales de 2001. Fueron necesarios 25 años para reconstituir fuerza política suficiente como para provocar ese momento constituyente que expulsó un poder fundado, exclusivamente, en el capital económico.

La primera advertencia —antes de situarnos en el presente e imaginar el futuro— debe consistir en reclamar la vigencia de una justicia retrospectiva: no resulta admisible fundar un nuevo pacto social sobre la base de la impunidad. Quienes usurparon, de origen o por su ejercicio, el poder democrático que según nuestro sistema de derechos sólo puede legitimarse en tanto aseguramiento de los Derechos Fundamentales, deberán abandonar su altivez y arrogancia para someterse a la justicia democrática.

No puede ser otra la exigencia, como condición de legitimidad de una nueva constitución política que —aunque aún pulsando por su conformación e implantación— quedó inaugurada luego de la confrontación reciente. El conflicto social alteró las condiciones de ejercicio del poder, modificó las relaciones de fuerza y resituó el poder político. Si, como enseñara Foucault y a pesar de Clausewitz, “la política es la continuación de la guerra por otros medios”¹, el “19/20-D” es el momento constituyente que establece una nueva relación de poder y de fuerzas que lo sostengan.

El paradigma del poder constituyente es el de una fuerza que irrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda posible continuidad. Las manifes-

taciones insurreccionales del 19 y 20 de diciembre de 2001 no derrumbaron solamente un gobierno. Sobre todo, abrieron un formidable período de experimentación e innovación social, económica y política en el que el éxodo de las políticas neoliberales aparece como el éxodo constitutivo de una nueva política².

Es ese sentido, *poder constituyente* es un momento, ese momento de fractura, que luego queda subsumido como *derecho* constituido. Su realidad factual, su omnipotencia y expansividad son referidas en aquel punto del sistema donde la potencia formal del derecho queda expresada en la *grundnorm*, en la "norma básica" que la expresa y la congela³.

Si bien el 19/20-D tuvo suficiente potencia constituyente, ¿qué norma constituyó?. La paradoja es que reconstituyó o reinscribió la misma norma formalmente vigente: la norma constitucional de 1853/1994. Pero dicha constatación no significa esterilizar aquella capacidad constituyente, la misma queda referida ahora no tanto a su constitucionalización formal sino a su capacidad de materialización.

El cambio de paradigma social, y su expresión normativa, está dirigido entonces a la exigibilidad de un sistema de derechos que, aunque vigente, no encontraba la forma de hacerlos efectivos. La estrategia del poder autoritario ha sido la de negar los derechos, no tanto como eliminación del ordenamiento, sino como negación por ausencia de garantías para su exigibilidad.

La divergencia del modelo constitucional con su práctica infraconstitucional⁴ ha sido el procedimiento para bloquear el desarrollo y potencialidad de aquél, en función de la usurpación del poder por aquellos a quienes debería condicionar y limitar.

Anoticiados, entonces, por la fuerza de los hechos, de que es el *momento de la realización de los derechos*, adquiere relevancia ese nuevo paradigma que se expresa en el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar, tanto la división de poderes como los *Derechos Fundamentales de todos*, produciéndose un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del estado constitucional de derecho. Esta ya no es sólo mera legalidad condicionante, sino asimismo, estricta legalidad condicionada, por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados, los que quedan expresados en los Derechos Humanos reconocidos en todos los instrumentos internacionales de tal carácter⁵.

La teoría del garantismo se constituye, así, en la fuerza expansiva de democratización social, y en un estadio de cualificación por su efectividad, de los derechos reconocidos⁶.

Si quisiéramos referir sencillamente los alcances de este cambio político-social, que se difunde en forma jurídica luego, podríamos hacerlo básicamente, y como expresión de antagonismo con el modelo anterior, con el concepto de *desmercantilización*⁷.

Las más de dos décadas en que se impusiera el capital estuvieron signadas por algunas ideas con profunda carga simbólica: por ejemplo, la *desregulación* económica y la *flexibilidad* laboral. Ambas encubrían su verdadera misión: librar de ataduras, esto es de normas, el funcionamiento del mercado de bienes, servicios e inversiones. La eliminación de la ley importaba la ausencia de

Estado y, en consecuencia, la vigencia irrestricta del mercado. En su paroxismo, el neoliberalismo procuró convertir la sociedad, en sociedad de mercado, y el mercado de trabajo, en apéndice de aquélla.

El *Estado Social de Derecho* se ha caracterizado, precisamente, por incluir al mercado como un ámbito con relativa autonomía para la asignación de sus recursos en su propia esfera, dentro del círculo más amplio de funcionamiento de todo el sistema social. Su consideración dentro —y no fuera ni al margen— del sistema general de atribución de derechos, cargas y condiciones, desplaza al mercado como único mecanismo, mitigando su racionalidad reproductora de desigualdad por fórmulas progresivas de desmercantilización e igualación en derechos.

Similar opción dilemática puede observarse en las relaciones entre lo público y lo privado. Desregulación y privatización, fueron parejas que intentaron acomodarse a aquella lógica de expansión del mercado. *Privado* significa, ante todo “*privo*”, esto es, desprovisto de voz y de presencia pública⁸. La privatización, entonces, resultaba en una *despublicización*, a partir de una absolutización del mercado y una negación del Estado.

Las relaciones capital-trabajo no escaparon a dicha caracterización. A medida que el discurso flexibilizador ganaba terreno, se consolidaba como creciente mecanismo de producción y reflejo de desigualdad. La desestructuración social, a su vez, expulsando del trabajo a enormes cantidades de personas, consolidaba la exclusión y, paralelamente, reforzaba los alcances de la explotación de los incluidos en el mercado de trabajo.

Ambos procesos instalaron una pauta distributiva del ingreso francamente regresiva, dualizando y alejando estructuralmente a los extremos de la pirámide en condiciones de una desigualdad incompatible con el Estado de Derecho.

Situada así la cuestión, y afirmados en la necesidad de desarrollar como idea estratégica y expansiva la garantía de los derechos fundamentales —aceptado que los mismos tienen, en nuestro sistema de derechos, suficiente reconocimiento (plano formal)—, debemos buscar métodos e instrumentos tendientes a su exigibilidad (plano material).

Por su parte, siendo la garantía de los derechos —particularmente los derechos sociales— un recurso de democratización, tendencialmente debería irse reduciendo la divergencia entre reconocimiento y goce de los mismos, asegurando la igualación sustancial propia del *Estado Social de Derecho* (art. 75.23, C.N.⁹).

Puestos a buscar un eje vertebrador, que sirva como cauce de desenvolvimiento de la mencionada “estrategia por los derechos”, no es sencillo eludir la centralidad de la relación capital-trabajo como espacio en donde se debate el conflicto social en el capitalismo¹⁰.

En consecuencia, si la relación capital-trabajo ha absorbido las formas más extremas de autoritarismo —en su regulación y en su práctica—, un espacio dúctil para comenzar la democratización de la sociedad puede ser el de la democratización de dicha relación.

Para ello, propondremos dos instrumentos característicos e insustituibles, que se inscriben, ambos, en la racionalidad de los derechos instrumentales, es

decir, los “*derechos para obtener derechos*”: la estabilidad en el empleo y la libertad sindical.

La estabilidad en el empleo, se condensa en el *derecho al trabajo* como derecho al “proyecto de vida”. La libertad sindical, como el derecho a la participación para “ser también ciudadano en la empresa”.

Con dicha estrategia, estaremos propiciando un “retorno a los derechos”, lo que significa reemplazar el principio ordenador social fundado en la economía o el mercado —y por ende, esencialmente desigualador— por un principio *actuado* por el derecho o el Estado, e informado por la garantía de los Derechos Fundamentales.

Aunque el 19/20-D siga siendo esa frontera difusa, reúne una potencia emancipatoria que intenta trascender la épica de un día. La “repolitización”¹¹ del discurso y la práctica social configuran el espacio para su despliegue.

II. El potencial democratizador de los “derechos para obtener derechos”

Los regímenes totalitarios se han caracterizado, históricamente, por su capacidad de negación del sujeto. La devastación de la libertad, generalmente comenzaba por el intento de eliminación física, continuando un derrotero en el que se acallaba la voz pública y llevaba la aspiración última de desconocer al sujeto en tanto titular de derechos.

Hannah Arendt¹² advirtió a tiempo sobre la perversidad que ello encerraba: el no-sujeto carece del atributo de la existencia, pierde “visibilidad” para el sistema jurídico, no es representable en el político y es expulsado a los márgenes del Estado.

El “derecho a tener derechos” fue la fórmula básica democrática para desactivar al autoritarismo.

En tiempos más recientes, la noción de “excluido social” vino a asimilar aquella otra del no-sujeto y del no-derecho para bloquear cualquier aspiración de garantía de los derechos fundamentales de subsistencia. La exclusión social, entonces, es un instrumento tan brutal como el de la desaparición física y tan eficaz como el de la marginación jurídica.

La titularización de los derechos requiere de la consideración formal como sujeto, pero, además, de la recuperación de los espacios de autonomía negados por las condiciones materiales de existencia¹³.

En el mundo del trabajo la intensidad de la exclusión y la debilidad en reconocerse titular de derechos varía en función del carácter del vínculo de inserción, el tipo de organización productiva y la capacidad organizativa / defensiva del sujeto colectivo¹⁴.

La dictadura en nuestro país fue un ejemplo de cómo el capital identifica rápidamente aquellos vectores más significativos para bloquear el status de ciudadanía en la empresa, eliminando aquellas normas que reforzaban la estabilidad y democratizaban las relaciones hacia su interior.

Recuperar espacios de autonomía del sujeto trabajador implica, por un lado, dotarlo de garantías de protección frente al acto más unilateral y autoritario

al que puede estar expuesto, el del despido; y, por otro, permitirle proveerse de garantías de acción colectiva con las que disputar poder al empresario.

La vulnerabilidad por ausencia de estabilidad requiere para su superación de eliminar las condiciones con que opera el mercado de trabajo: clandestinidad, sobre-explotación, desempleo, subempleo.

Las condiciones de la economía en general, son sólo un marco sobre el que debe incidir la norma legal. La estabilidad en el empleo debe entonces reconocerse “como derecho” y en tanto así se sostenga y asuma irá desplazando las normas, las prácticas y las formas con que ha contado el capital para degradar las condiciones laborales pero, esencialmente, las de titulación de derechos y construcción de poder.

La debilidad por ausencia de libertad sindical requiere, por su parte, de un decidido ajuste normativo que ponga en línea nuestro sistema con el *plafond* de derechos que impone el derecho internacional ahora constitucionalizado¹⁵.

En igual modo, el dispositivo de derechos y de garantías consecuentes, irá desplazando las prácticas y las limitaciones que impiden la efectiva agregación de intereses. Un nuevo sujeto colectivo potenciará la acción y augurará nuevas relaciones de poder, en la empresa, en la red organizativa de producción y en la relación capital / trabajo.

Ambos derechos *instrumentales*, serán el soporte que devolverá no sólo la convicción sobre el derecho y la capacidad de ser sujeto del mismo, sino también la confianza en las propias fuerzas y en ese potencial emancipatorio que siempre se constituye sobre mayores espacios de autonomía del sujeto y, especialmente, en términos colectivos.

Un redescubrimiento de la capacidad de anudar solidaridad, en el lugar de trabajo y en el espacio social, promueve un potencial democratizador que se expande con aptitud de transformación social.

III. Rediscutir el derecho a la estabilidad en el empleo

Se impone reinstalar culturalmente el debate sobre el sentido y el alcance del derecho constitucional a la estabilidad en el empleo, como protección contra el despido ilícito —arbitrario o injustificado—, en la convicción de que sigue siendo uno de los tópicos trascendentes del Derecho del Trabajo, que se proyecta al entero de las relaciones laborales, siendo la regulación del despido como causa de extinción de la relación laboral, uno de los aspectos más delicados de los ordenamientos laborales¹⁶.

La figura jurídica del despido, y más concretamente los alcances de la tutela de la estabilidad verdadera en el empleo, como manifestación intensa y enérgica del derecho "a" trabajo durable, de su conservación con permanencia y continuidad, constituyen cuestiones claves en toda regulación del trabajo, cuyo régimen se proyecta no sólo en las relaciones individuales sino sobre aspectos sustanciales del derecho colectivo del trabajo, particularmente respecto del ejercicio efectivo de la libertad sindical por los trabajadores.

Sostenemos que el análisis del derecho a la estabilidad en todo ordenamiento nacional ofrece una óptica privilegiada para comprender, situar y valorar

el conjunto del mismo. Es que el despido, como extrema decisión empresarial, constituye una de las cuestiones más relevantes para descifrar la estrategia seleccionada como política legislativa por el ordenamiento especial referido a la extinción del contrato de trabajo.

Desde la normatividad suprema —art. 14 bis, CN— el trabajador es considerado el “sujeto de preferente tutela” respecto del otro actor social, para lo cual, la prohibición del despido injustificado, se establece como límite de ese poder empresarial, marcando una opción clara respecto de esa conflictiva relación contractual, que significa que ni la sociedad ni consecuentemente el Estado, deben ser neutrales frente a esa relación de intereses divergentes¹⁷.

La problemática compleja del derecho a la estabilidad y los límites al despido, deben ser enfocados desde la perspectiva de un Estado que merezca la calificación de *social y democrático de Derecho*.

El Derecho del Trabajo ha sido, es y debe seguir siendo, básicamente un sistema de límites a la autonomía de la voluntad y, más precisamente, del poder unilateral del empresario, porque tal autonomía, con frecuencia, opera como una máscara encubridora del exclusivo poder patronal. Esa limitación, debe ser más enérgica en lo relativo al poder empresarial de despido.

Sin embargo, en el sistema general de la LCT se percibe una defeción del legislador en la intensidad o energía de la garantía de la estabilidad, ya que la única consecuencia es la monetización, sin contemplar la posibilidad —prevista en diversos estados democráticos y en instrumentos normativos internacionales— consistente en el ejercicio de la opción por el trabajador mal despedido, de reclamar la readmisión en el empleo, en sus propios términos, accionando por la ineficacia extintiva del despido arbitrario¹⁸.

El contrato de trabajo desarrolla normalmente una relación continuada que supone que las prestaciones recíprocas de contenido patrimonial son repetidas preferentemente por tiempo indefinido. Es lo que se ha dado en denominar contrato de tracto sucesivo, de lo que se desprende, como estado de hecho, su continuidad, que el derecho positivo recoge como dato jurídico relevante.

Ello se traduce en la lógica expectativa o posibilidad de ejecutarse las prestaciones convenidas, con los alcances normativos del derecho necesario —el estatal y el regulado en las convenciones colectivas— que prevén la prolongación y continuidad de la relación.

El ordenamiento favorece la existencia y la conservación del contrato y de la relación de trabajo. Y como es comprensible, se extiende ese reconocimiento a sus efectos.

La tutela al trabajador comienza con la imposición legal rígida del contrato de trabajo y su protección, negándose al legislador y a los sujetos de ese tipo de relación, la desnaturalización del contrato típico, ya sea mediante la deslaboralización o a través de una huida fraudulenta, como supuesta elección de la autonomía de la voluntad.

Éste, es un ejemplo de la limitación a la autonomía individual en esta disciplina normativa, de su papel marginal en las relaciones de trabajo. La deslaboralización del vínculo no puede depender del arbitrio del sujeto empleador.

La deslaboralización afecta a la seguridad existencial del trabajador porque lo despoja, entre otros, de su derecho fundamental al trabajo tutelado como derecho a la estabilidad.

De la continuidad se origina el derecho o expectativa de permanencia del trabajador con relación al vínculo de trabajo. Es lo que lo habilita jurídicamente a constituirse como prestador de sus servicios infungibles, en un elemento personal y normal “de” y “en” la empresa. Y de esa permanencia, se infiere o deriva, a su vez, el derecho a la estabilidad, como modo de ser de la permanencia jurídicamente garantizada¹⁹.

La tendencia del Derecho del Trabajo es reconocer la mayor duración posible a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos. Es parte, cabría decir, de su *misión histórica*²⁰.

La efectiva estabilidad en el empleo es un derecho que, al igual que el que surge del principio de libertad sindical, posibilita el reconocimiento y el ejercicio eficaz de los demás derechos humanos o sociales, incluido los “inespecíficos”²¹, que tutelan al trabajador como *persona en el ámbito del trabajo*. La estabilidad en el empleo y la libertad sindical, son derechos en sí mismos, y que, además, se retroalimentan recíprocamente.

Los poderes públicos disponen de un solo medio para asegurar la plena efectividad del derecho del trabajo, entendido como derecho a conservar el empleo, consistente en: a) condicionar la facultad empresarial de despedir ante la presencia de motivos graves; y b) arbitrar procedimientos que permitan al trabajador reanudar su actividad profesional si dichos motivos se demuestran insuficientes. En esa dirección se orienta la genuina doctrina democrática del Derecho del Trabajo, sustentada en los países capitalistas desarrollados.

En ciertos casos de grave incumplimiento de un derecho fundamental — como acaece en el despido discriminatorio (que vulnera el derecho a no ser discriminado)— en el ordenamiento actual ya se habilita como sanción la ineficacia extintiva, no sólo porque no hay una causa real y seria que lo respalde, sino porque el hecho extremo tuvo un propósito especialmente lesivo del amplio principio de igualdad en su expresión de trato no discriminatorio. Esta solución normativa está prevista en la ley 23.592, como desarrollo infraconstitucional de tratados internacionales ratificados por el Estado argentino, que han adquirido jerarquización constitucional desde la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22 y 23, de la CN).

Es un derecho fundamental —el de estabilidad verdadera— que tiene el trabajador “como persona” en el ámbito de trabajo, además de los *específicamente laborales* como los de índole colectiva y de canalización individual.

Nuestro planteo sostiene la necesidad de repensar la relevancia que el despido tiene sobre los derechos o sobre la posición subjetiva del trabajador y su derecho fundamental a un puesto de trabajo, que es, asimismo, la base de sustentación que hace posible ejercer los demás derechos humanos inespecíficos.

Con ello, intentamos provocar reflexiones tendientes a un cambio cultural sobre la problemática del derecho a la estabilidad y sobre la protección contra el despido arbitrario, sin justa causa o *ad nutum*.

Se trata de colocar en primer lugar las repercusiones que la regulación del despido tiene en los derechos de los trabajadores y de dar prioridad a los derechos humanos fundamentales.

Sostenemos que la norma estatal por un lado y el convenio colectivo por otro —operando una apertura de la norma convencional como disponibilidad positiva de la ley— constituyen pasos impostergables, y que los jueces deben pensar en esa dirección, posibilitada ya por normas internacionales, constitucionales y de fuente interna nacional.

La expresión más apropiada del derecho a la estabilidad se orienta, consecuentemente, en el sentido de concebirse como la posición favorable del trabajador correspondiente a la privación del poder de despedir arbitrariamente por el empresario.

Por eso, es razonable inferir que un sólido régimen de estabilidad en el empleo es el que, además, impone en la práctica el respeto de las demás condiciones de trabajo, durante el desarrollo de la relación.

Ello explica que, con relación a la duración de la relación o vínculo, en la disciplina laboral —que se asienta en ciertos principios de carácter fundamental— se ha dado prevalencia a la tutela del trabajador perfilada en promover esa duración lo máximo posible y en la preferencia por el contrato por tiempo indefinido y su racional causalidad objetiva. El principio general de tutela del trabajador, que ha sido fundante de esta rama jurídica, se proyecta especialmente en la protección contra el despido despojado de justificación o carente de legitimación.

Sin desconocer —con realismo y rigor jurídico— el carácter transaccional y ambivalente del derecho del trabajo, aquel principio fundante de tutela del trabajador y su profunda trascendencia significan que el destinatario principal no puede ser otro que la persona del trabajador.

La *pax conditio contraecio*, propia de la estructura del derecho privado, está ausente en la relación de trabajo y, por ello, la tutela del sujeto más débil se expresa a través del intervencionismo estatal o colectivo compensador de esa asimetría ontológica de la relación de trabajo²².

La disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajadores y empresario, que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno con respecto al otro.

El legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto del empresario, pretende reducirla mediante la transformación de reglas indeterminadas, que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre las que se basa el derecho de los contratos.

El derecho del trabajo —estatal o extraestatal (convenio colectivo)— fue construido en un prolongado proceso de limitación o de reducción del poder de disposición de la suerte del contrato de trabajo por el empleador. Y precisa-

mente, una de las técnicas o estrategias jurídicas empleadas en el derecho comparado consistió en eliminar la rescisión sin causa.

Debe mediar un interés de la empresa objetivamente justificado por su gravedad y habilitado legalmente para poder producir la rescisión contractual. Tratándose de supuestos de incumplimiento grave y culpable del trabajador, esa conducta es la que hace inviable la prosecución de la relación de trabajo y legitima la decisión de despido como acto constitutivo. Aún así, ese acto jurídico estará sujeto a control jurisdiccional ulterior, que verificará si se ha acreditado la configuración fáctica de una las causales previstas en la normativa estatal.

Una técnica jurídica insoslayable que se suma a la exigencia de causalidad de la extinción, es la que se configura por otra limitación al poder de despido del empresario: el sometimiento del acto a formalidades y requisitos procedimentales sustanciales y considerados de estricto cumplimiento, que operan como garantía en protección del trabajador reguladas en la norma heterónoma, pudiendo ser complementados, para potenciar esa tutela en favor del trabajador, por la negociación colectiva.

La “visibilidad” del acto, es exigida para permitir al trabajador ejercer el derecho de defensa y la réplica oportuna frente a la exteriorización de la conducta expulsiva del empresario, como manifestación de autotutela individual.

Causalidad y exigencia de cumplimiento de formalidades sustanciales en el despido son, pues, las garantías de la estabilidad, que se trasuntan en el derecho del trabajador a no ser despedido cuando se ha eludido a esos condicionantes²³.

A ello, se agrega la sustancial garantía o técnica jurídica de tutela que es el control jurisdiccional posterior impulsado por el trabajador. Éste debería tener un derecho amplio para accionar por la revisión de la decisión segregatoria y obtener un pronunciamiento judicial declarativo de su nulidad²⁴.

Esto, que debiera ser extensivo a todo despido injusto, al menos para una etapa inmediata, merece ser concretado respecto del despido que resulta violatorio de un derecho fundamental, como es el derecho a no ser discriminado.

El derecho a la estabilidad, entendido como derecho *a/* trabajo, integra el repertorio de derechos funcionalizados hacia la desmercantilización de los trabajadores, porque contribuyen decisivamente no sólo al reconocimiento y extensión de los derechos públicos de ciudadanía, sino también porque confieren poderes que reducen la dependencia de los asalariados respecto del mercado.

La estabilidad en el empleo, el rechazo del despido sin causa, las garantías que han de rodear material y formalmente a ese acto del empresario y su sometimiento al control ulterior judicial, forman parte del objetivo de apuntalar también *la ciudadanía del trabajador en la empresa*²⁵.

IV. Libertad sindical: un derrotero inexorable

IV.1. Libertad sindical y contexto económico, social y laboral en la Argentina

Las condiciones productivas, juntamente con las condiciones sociales en general y de empleo en particular, se modifican sustancialmente en la Argentina durante la década de 1990²⁶. En una relación recíproca con aquéllas, también se alteran notoriamente las condiciones de protección social y laboral²⁷.

La organización sindical acompañó el período histórico “de sustitución de importaciones”, proyectada por un régimen legal que estructuró un modelo funcional a la estrategia económica productiva imperante, cimentado en base a la priorización de la *concentración sindical* por sobre la *libertad sindical*.

Dicha funcionalidad, sin embargo, no privó a dicho paradigma organizacional, del reconocimiento de su legitimidad ante la clase obrera —ni tampoco ante los empleadores y el Estado— para representar la amplitud de intereses políticos, económicos y sociales de los trabajadores²⁸.

También bajo ese régimen, se construyó un tipo de liderazgo sindical con capacidad de llegada a altos niveles del Estado pero con demostrada incapacidad para generar una dinámica participativa desde su propia base.

La nueva estructura económica surgida a partir de 1989, determinó un incremento explosivo del desempleo, del subempleo y del trabajo no registrado, que —acompañados por una clara estrategia del capital tendiente a la descentralización productiva—, segmentó el mercado de trabajo, generó una profunda dualización social entre el reducido sector del mercado de trabajo constituido por trabajadores con empleo relativamente estable y el ingente conjunto de trabajadores desempleados o vinculados por contratos precarios, con altísima rotación y escasa cobertura social.

Tanto la exclusión como la segmentación económicosocial cumplen un rol decididamente funcional a la sobreexplotación de la energía, el tiempo y la creatividad del trabajo humano como fuente de valor agregado en el mercado, amplificadas exponencialmente a partir de la caída del régimen de convertibilidad cambiaria.

La regulación jurídica laboral acompañó el señalado marco económico social, flexibilizando la relación salarial y reduciendo los espacios de imperatividad en favor de una mayor disponibilidad de las normas legales. La seguridad social, a la vez, redujo regresivamente su función casi a límites de negación del derecho²⁹.

La negociación colectiva, por su parte, se desarrolló en unidades cada vez menores al influjo de una descentralización inducida legalmente y, a la vez, reflejo de las dificultades de agregación de intereses y condiciones más o menos homogéneas propias de la etapa anterior.

En este período —cuyo transcurso no ha concluido— se hace evidente la creciente divergencia entre el sistema de representación sindical y las estructuras socioproductivas.

Las formas organizativas sindicales tradicionales aún responden al modelo productivo-social vinculado a la etapa fordista y que fuera “puesto en crisis” a partir de la última dictadura.

Esto se corrobora, por un lado, por el desconocimiento de derechos y las trabas legales impuestas a las nuevas asociaciones sindicales, de modo que nuevos sectores económicos o formas de organización del capital no han reci-

bido como respuesta el reconocimiento formal o institucional de la capacidad de los nuevos sujetos sindicales para aglutinar y representar los intereses de los trabajadores de esos sectores.

Mientras tanto, las estructuras tradicionales de representación no han experimentado cambios, pese a las modificaciones socioeconómicas operadas, potenciando su descrédito a través de las prácticas antidemocráticas de dirigencias emblemáticas con tradición autoritaria, poco transparentes y desapegadas de la acción.

El “modelo legal” de organización condiciona el modelo “voluntario-decisional” de los trabajadores. Habiendo permitido una cohabitación funcional en el período inicial, hoy el sistema legal impide o dificulta la adecuación al nuevo contexto económico productivo social.

El régimen normativo plasmado en la ley 23.551 y su reglamentación, impide el desenvolvimiento de nuevos sujetos sindicales que debieran ser la expresión de una nueva composición de la clase trabajadora —en razón de las condiciones impuestas por el capital— y del conjunto de la sociedad en general.

La continuidad de este desajuste puede determinar, no sólo que el sistema legal sea antifuncional con respecto a las necesarias estructuras sindicales para responder al modelo económico productivo, sino —lo más grave— que se convierta, como en muchos casos, en funcional a los intereses de los empleadores, conspirando de tal modo contra el principio-derecho fundamental de libertad sindical³⁰.

Como consecuencia de ello, la instrumentalidad de la libertad sindical adquiere, en la Argentina, singular especificidad. El marco económico, social y político condiciona a la libertad sindical a reorientar su tendencia defensiva de los derechos del trabajador priorizando como *target* el aspecto que condensa la mayor vulnerabilidad de la subordinación y posee, al mismo tiempo, relevancia estratégica en la secuencia defensiva de los demás intereses fundamentales de la clase.

El *para qué* de la libertad sindical actual, no es otro que reforzar la garantía de estabilidad en la relación de trabajo.

Las condiciones sociales y económicas exigen —sin perjuicio de la actuación de las asociaciones existentes y en la medida en que los propios trabajadores se sientan representados por ellas— de otros “continentes” que incorporen al conjunto de trabajadores excluidos, marginados o *desafiliados* de la relación salarial, recreando la voluntad constitutiva sindical sin injerencia del Estado.

Así como en el primer período descrito el *sujeto a representar* se reflejaba, a lo largo de su trayectoria laboral y de vida, idéntico —el contrato de trabajo estable, a tiempo completo, con cualificación e inserción en el sector de actividad, era el “contrato tipo” excluyente—, el nuevo sujeto a representar se desenvuelve en condiciones de permanente fragilidad y, por tanto, su referencia no es unívoca sino que muta y exige atender a cada una de esas distintas situaciones³¹.

La tutela no debe continuar dirigida exclusivamente al prototipo representado, sino que debe atender a ese “itinerario de vulnerabilidad”³², captando en cada estación las exigencias de defensa y de acción para su superación coyuntural, pero, a la vez, para su erradicación como forma de inserción social.

La identidad originaria de clase, que se dio tradicionalmente a través de la profesionalidad, hoy debe buscar nuevas formas representativas y organizativas que permitan contrarrestar la fragmentación social³³. Y la acción sindical, requiere calibrar su fuerza y dotarse de mayores dosis de ductilidad para atender a las actuales características de la clase trabajadora.

La vigencia emancipatoria del principio-derecho fundamental de libertad sindical incluye la posibilidad cierta de dar respuesta a las nuevas situaciones, ya que —en palabras del Comité de Libertad Sindical— “*todos los trabajadores (...) deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes*”, sin necesidad de que, por tanto, el criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho se funde “*en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse*”³⁴.

Es por ello que las nuevas exigencias de acción para la defensa de los derechos de los trabajadores ante los empleadores —como necesarias contrapartidas de las nuevas formas de organización del capital—, deberán ir acompañadas de nuevas y más eficaces construcciones representativas³⁵.

IV.2. La libertad sindical como derecho fundamental de los trabajadores

Los derechos fundamentales corresponden universalmente a todos los seres humanos por la sola virtud del *status* de ciudadanos o personas humanas dotadas de capacidad jurídica. En tanto derechos subjetivos, su significación reúne expectativas positivas —de recibir prestaciones— o negativas —de no sufrir lesiones— que pueden contraponerse a los poderes públicos, poderes económicos y particulares.

En función de su naturaleza, constituyen la base de la igualdad jurídica y del sistema democrático. En la experiencia histórica, los intereses superiores de los ciudadanos coinciden con las libertades y demás facultades, de cuya garantía —conquistada al precio de luchas y revoluciones— dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad humanas.

Estos derechos no son alienables ni negociables. Corresponden a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares, características que se encuentran reflejadas en los ordenamientos constitucionales y los tratados y declaraciones internacionales que compendian el *ius cogens* universal³⁶.

En el caso específico de la libertad sindical, las normas constitucionales, al igual que los principales documentos del *Derecho de Gentes*, no se limitan a formular simples enunciados meramente propositivos ni promocionales, sino que refuerzan la regulación positiva con *garantías* para asegurar su vigencia y exigibilidad *erga omnes*.

Las normas jurídicas de jerarquía superlativa *implementan* la configuración positiva de la libertad sindical proveyendo mecanismos de tutela específica a su titularidad individual en todos los trabajadores y prohibiendo el menoscabo de sus principales componentes naturales, como la huelga, la libre organización, la negociación colectiva y la tutela de los representantes gremiales en la empresa.

El diseño normativo de la libertad sindical —al igual que su configuración doctrinaria y consuetudinaria— se identifica con la noción de “*derechos-garantías*”³⁷.

La libertad sindical pertenece al conjunto especial de potestades subjetivas, denominadas *garantías*, cuya titularidad corresponde a toda la ciudadanía. En consecuencia, la libertad sindical es un derecho humano fundamental y, por lo tanto, su titularidad pertenece a todo trabajador —todo ciudadano—, sin distinciones, tal como lo declara el artículo 2 del Convenio n° 87 de la OIT.

Con lo expuesto en los párrafos precedentes, reafirmamos nuestra convicción en la importancia del Derecho como herramienta de construcción de espacios de involucramiento y participación social en la *cosa pública*. Pero no implica, en modo alguno, considerar que la libertad sindical, como derecho fundamental, nace de la Constitución ni de los instrumentos jurídicos internacionales, en tanto sabemos y reafirmamos que es el fruto de una energía histórica que tiene como sujeto portador a los trabajadores.

Sí implica, que un movimiento sindical libre y democrático sólo puede desarrollarse dentro de un marco de respeto y garantía de los derechos fundamentales, por lo que el Estado debe garantizar la vigencia de los mismos en todos los ámbitos, especialmente si entendemos que tales derechos se afirman como “leyes de los más débiles”.

En síntesis, las normas jurídicas constitucionales no carecen de relevancia política ni social; no constituyen *flatus vocis* ni están incapacitadas para realizar su función específica de orientar conductas y condicionar las relaciones sociales y económicas. Pero, por otra parte —como enseña la experiencia histórica— tampoco los derechos “caen del cielo”, sino que llegan a afirmarse cuando se hace irresistible la presión de quienes han sido excluidos ante las puertas de los incluidos.

En ese sentido, la libertad sindical, como derecho fundamental, se encuentra plasmada en las normas escritas del derecho positivo argentino desde hace muchos años³⁸. Pero el salto cualitativo en cuanto al tiempo histórico de estos derechos cuenta ahora con nuevos “sujetos portadores” que generan las condiciones para su plena vigencia en el actual contexto político, económico y social.

IV.3. La funcionalidad política de la libertad sindical

La acción sindical, se encamina al posicionamiento de los trabajadores frente al Estado y a la confrontación de sus intereses y derechos prioritarios con las políticas económicas y sociales.

Esa vocación política de la libertad sindical determina la necesaria relación entre las formas organizativas y la existencia de colectivos que exceden al ini-

cial y directo vínculo laboral, aunque manteniendo inalterada su condición social básica de organizaciones de trabajadores.

El sindicato autónomo se proyecta desde el lugar de trabajo hacia la sociedad y el Estado en la disputa de la *política*, entendiendo a ésta como el ámbito en el que el ciudadano-trabajador puede ejercer los derechos fundamentales en pos de remover los obstáculos que dificulten su realización plena, singular y colectiva.

El mayor logro de funcionalidad de las organizaciones sindicales será alcanzado con el más perfecto desarrollo organizativo y eficaz despliegue de su acción colectiva para que la necesaria injerencia en las políticas públicas determine la materialización de los derechos y la satisfacción de los intereses de los trabajadores.

Ello, desde luego, no será posible sin que los trabajadores desarrollen — en condiciones de real autonomía— formas de organización defensiva readaptadas a las vigentes formas de organización empresarial y productiva, en tanto ámbitos en los que genéticamente la organización sindical está destinada a incidir, en la convicción de que “*la formación de los sindicatos, es decir, la organización de los trabajadores, es la contrapartida de la acumulación del capital*”³⁹.

IV.4. La libertad sindical hoy y mañana

En consecuencia, y como obvia derivación del *sentido de la organización sindical*, la estructura y la metodología de representación y acción de los trabajadores no deben perder de vista la estructura de *organización y funcionamiento del capital* y los dispositivos que éste va adoptando en cada contexto económico, político y social.

El modelo legal de organización y representación sindical vigente en la legislación argentina, no puede responder afirmativamente a la inevitable pregunta sobre su idoneidad para cumplir con la función instrumental de defensa social y económica de los derechos de los trabajadores.

El ya descripto quiebre del sistema de relaciones económicas, y su potencialidad condicionante del marco jurídico y político, determinan la necesidad de repensar la crítica al modelo legal de organización sindical.

La inoperatividad de dicho régimen ha alcanzado tal grado de saturación que torna indiferente toda crítica formulada desde el interior del propio modelo, es decir, respetando su racionalidad corporativa.

En ese sentido, toda propuesta de reforma al régimen que se formule desde la preservación de su racionalidad —afincada en la *concentración* en detrimento y oposición a la *libertad*—, por bienintencionada que resulte, no tendrá más que efectos retardativos del alcance pleno de las condiciones jurídicas de libertad imprescindibles para que los trabajadores adopten las formas de organización que consideren necesarias en aras de la defensa material de sus derechos.

En el actual contexto de formas de organización empresarial horizontal y descentralizada y de fragmentación de la clase trabajadora, el modelo legal de

representación y organización sindical vertical se encuentra en fase terminal. Su notorio déficit de acción es prueba cabal de nuestra intuición.

De ese estado no se recuperará con inyecciones de pseudo democracia interna sin libertad sindical, ni con el botox del cupo femenino. La pretensión de adaptar el régimen sindical a través de la imposición de contenidos democráticos a los estatutos de las organizaciones manteniendo la representación vertical monopólica, tendrá un mero efecto cosmético, sino contraproducente, en todo caso estéril para la resolución de la problemática actual de la clase obrera frente al poder económico constituido.

Como las vitaminas a un obeso sedentario, una reforma en términos de “democracia interna sin libertad sindical” no tendrá más consecuencia que contribuir a acrecentar su peso; con suerte, será un ilusorio placebo que lo distraerá de enfrentar verdaderamente su problema.

El discurso que pretende sustituir la necesaria reforma en términos de libertad sindical por un refuerzo de “la democracia interna”, encierra un grave contrasentido y un malentendido.

En primer lugar, la democracia no es un atributo contingente ni un elemento endógeno de la organización gremial, sino un factor externo a la misma, propio del ordenamiento constitucional que determina el sistema de gobierno y, por lo tanto, proporciona el marco jurídico e institucional que condiciona la autonomía sindical.

Lo incompatible con el marco jurídico-institucional democrático no son sólo “algunos” artículos legales, sino la imposición y el soporte estatal a un régimen de *sindicato único*. No en vano el artículo 14 bis de la Constitución Nacional postula la organización sindical *libre*.

En segundo lugar, lo que se suele llamar “democracia sindical interna”, no constituye un elemento diferente de la libertad sindical. Al contrario, la democracia interna “es” libertad sindical. No es otra cosa que el denominado “plano individual” del derecho complejo de libertad sindical, construido como conjunto de poderes individuales y colectivos, positivos y negativos, que garantizan la independencia de sus titulares para la organización y acción sindical, de acuerdo con el concepto unánime de la doctrina⁴⁰.

Por lo tanto, pretender avanzar en términos de democracia asociacional manteniendo la racionalidad de la *concentración* en el sindicato único vertical —en lugar de progresar en una real e incondicionada apertura en términos de libertad sindical—, constituye una falacia, sino un juego de distracción para asegurar la perdurabilidad de un sistema que no resulta inquietante al poder económico.

El debate en torno a la *flexibilidad*, impuesto por el poder económico, puso en cuestión los institutos jurídicos con valor estratégico para la defensa de los trabajadores. El principal embate se dirigió contra la estabilidad en el empleo, en Europa, y en la Argentina —a falta de esta garantía— a “la protección contra el despido arbitrario” instrumentada como régimen indemnizatorio del despido sin causa.

Una arremetida tan devastadora sobre la clase obrera habría sido impensable con un sindicalismo fuerte y activo⁴¹. Es decir, que el debilitamiento sindi-

cal no es consecuencia de la flexibilidad, sino una de sus causas. Constituyó un dato anterior —un presupuesto— tenido en cuenta y apreciado por el empresariado para avanzar sobre los trabajadores.

El proceso de flexibilización ha dado sobradas muestras de impotencia para la creación de empleo y la elevación de su calidad; no ha arrojado más que seres al costado del camino y nieblas sobre el futuro del derecho del trabajo⁴².

Pero ha triunfado en la recuperación del poderío unilateral de las empresas y en la segmentación de la clase obrera. Para ello ha encontrado beneficios en la clasificación sindical de los trabajadores en función de la rama de actividad, como ha puesto en evidencia el caso “Carrefour”, en el que la flexibilización estratégica desarrollada por la empresa detonó una disputa intersindical por el monopolio de representación, que culminó en mayor flexibilización por tercerización⁴³, con los trabajadores de rehenes carentes de herramientas jurídicas y mecanismos de selección y elección de la representación de sus intereses.

De tal modo, el mantenimiento de la organización sindical vertical atada a la rama de actividad, genera zonas liberadas a la descentralización horizontal de la empresa, que potencia la segmentación de los trabajadores y neutraliza las posibilidades de éxito de la huelga ante semejante fragmentación social y tal desagregación de intereses laborales, redireccionando las energías del conflicto hacia el interior de la clase, es decir, a una lucha entre organizaciones, es decir, una lucha entre trabajadores.

Estas ventajas que le proporciona el régimen de organización sindical vigente, explican por qué lo único no puesto en cuestión por el empresariado ni por la corriente de la flexibilidad es el paradigma normativo de organización sindical única por rama de actividad, anclado en el modelo productivo vertical tayloriano-fordista, que ha sido cuestionado precisamente desde el interior del propio movimiento obrero.

IV.5. De la libertad sindical “de” a la libertad sindical “cómo”

Para avanzar en términos de instrumentalidad defensiva de la libertad sindical es necesario situar el análisis *más allá de la libertad de asociación*, esto es, pasar de la visión única de la libertad sindical como “libertad de” —es decir, como derecho de organizarse colectivamente en titularidad de los trabajadores, asunto que ya no admite discusiones— al debate sobre el ejercicio de la libertad sindical “cómo” y “dónde”.

Ambos términos se enuncian en forma interrogativa y no asertiva, dado que se trata, como primer paso, de formularnos las preguntas adecuadas para repensar el abordaje jurídico tutelar necesario o más conveniente como soporte técnico de la construcción agonal de la estructura defensiva que lleven a cabo los mismos trabajadores.

Que la libertad sindical de organización es un derecho de todos los trabajadores y —circularmente— que todos los trabajadores son titulares del derecho “de” organizarse de la manera que consideren más conveniente para asumir la defensa de sus derechos e intereses (art. 10, convenio n° 87, OIT), ya no puede ponerse en discusión, aunque subsista el intento de cerrojo normativo

sobre formas de organización en la literalidad del artículo 10 de la ley 23.551, y aunque haya sujetos minusválidos en términos de este derecho fundamental como son las entidades sindicales simplemente inscriptas, según puede verse en el paquete residual de derechos de ejercicio subsidiario dejado por el artículo 23 del mismo régimen⁴⁴.

Pero de nada sirve discutir estos modelos de organización si se plantea la mera inclusión de los trabajadores en representaciones monopólicas que corresponden a tipos organizativos aptos para esquemas productivos o empresariales perimidos, como es el caso de la organización de la empresa vertical fordista.

El desafío para los trabajadores, reside en *cómo* desarrollar las formas organizativas que permitan la mejor defensa de sus derechos allí donde más hace falta: la empresa o lugar de trabajo⁴⁵.

Los trabajadores necesitan construir organizaciones debida y firmemente implantadas en las actuales organizaciones productivas características de la estructura "horizontal" de la empresa postfordista.

De esta forma, la pregunta por el "*cómo*" del diseño de organización sindical más apto para la defensa de los derechos de los trabajadores, lleva implícita la pregunta por el "*dónde*". El "*cómo*" de la organización gremial vincula la reflexión y discusión sobre la problemática organizacional con los nuevos y variados tipos de explotación del capital, dando lugar a la interrogación sobre el "*dónde*" de la libertad sindical, que sin duda, deberá responderse —en forma genérica por ahora— "en el lugar en que incida sobre la toma de decisiones de la empresa" y especialmente en el lugar en el que se ponen en juego el reconocimiento y el goce de los derechos fundamentales, es decir, "en el lugar de prestación del trabajo".

Esto lleva implícito un fuerte cuestionamiento al prototipo de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo. La figura del delegado gremial, se ha mostrado ineficaz para asumir, no ya la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral, sino para desempeñar la multiplicidad de representaciones que el ordenamiento jurídico le pone a cargo.

Desde el punto de vista de su diseño, es imposible que un mismo mandatario sea fiel, al mismo tiempo, a dos voluntades contrapuestas. La representación sindical en el lugar de trabajo no puede depender de un único y a la vez múltiple mandatario, que representa al mismo tiempo a los afiliados, a los no afiliados y a la organización que, a su vez y para colmo, esta organización es un *sindicato único*.

El monopolio de representación convierte al representante de "doble canal" en correa de transmisión hacia los trabajadores, de los intereses de la organización y también de los intereses del empleador, resultando su fidelidad, sumamente difícil de controlar para los trabajadores, especialmente para los representados no afiliados a la organización sindical monopólica.

Lo prioritario es desarrollar nuevas formas de organización sindical *en la empresa*, el lugar en que se pone en cuestión el ejercicio de los derechos fundamentales y se produce el conflicto de intereses connatural del capitalismo, el conflicto estructural de la relación salarial.

Ningún otro fin da mayor justificación y sentido actualmente a la tutela jurídica de la libertad sindical ni brinda mejor significado a la libertad de organización, que mucho se ha desvirtuado en libertad “de *la* organización” para coadyuvar a disciplinar a la clase obrera a cambio de ventajas corporativas.

V. Nuestro principio jurídico activo

Para que una voluntad sea concreta, se requiere un objetivo, que no puede ser un *hecho* ni una serie de hechos, sino sólo puede ser una idea o un principio moral, que se convierta en idea-fuerza y actúe sobre la realidad⁴⁶.

Para que la voluntad encuentre ese objetivo, debe darse como meta “*poner en acto un principio jurídico*”, como lo fue para los revolucionarios franceses de 1789 el reconocimiento de determinados derechos que, con el tiempo, fueron concretándose y convirtiéndose en fuerzas sociales activas sobre los hechos⁴⁷.

Nuestro programa se basa en los *principios y máximas jurídicas* de libertad sindical y estabilidad en la relación de trabajo. La primera, concebida como poder de autoorganización “*en*” y “*para*” la acción, en defensa de los derechos de los trabajadores: la estabilidad en el empleo, el salario y la inclusión social. La segunda, para abrir a la democracia las puertas de la empresa y plantar en su interior la bandera del *status de ciudadanía* del trabajador, con el completo significado que esto tiene en la tutela de sus derechos específicos en el marco de la subordinación.

Superada la mecanización del método de producción fordista en la industria —que permitía que el trabajo humano alienante fuera ejecutado hasta de manera inconsciente— y también en la organización de las empresas de servicios, el trabajo humano ha recuperado autonomía y protagonismo.

Aunque no lo vean reflejado en la remuneración, debido a la pérdida de poder relativo, las nuevas estructuras productivas otorgan a los trabajadores, posibilidades de incidencia en la organización de la empresa, superadoras del mero “control de la producción”; de ellos depende la eficiencia productiva de la explotación.

Siendo capaces de organizar la empresa, los trabajadores pueden, sin duda, aplicar su capacidad creativa para desarrollar formas de autoorganización para la defensa de sus derechos, y en un futuro no muy lejano, tal vez generar aportes para la construcción de una más justa sociedad. ♦

¹ FOUCAULT, Michel, “*Defender la sociedad*”, Curso en el Collège de France (1975-1976), FCE, 2002, p. 29.

² Cfr. NEGRI, Antonio, “*The Constituent Power*”, University Minnesota Press, (trad. española “*El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*”, Libertarias, 1994); también “*Diálogo sobre la globalización, la multitud y la experiencia argentina*”, videoconferencia entre Roma y Buenos Aires del 14/12/2002, publicada por Paidós, Bs. As., 2003. Sin pretender agotar la enumeración, señalemos como ejemplos y situemos los mismos más como resultado de las fuerzas sociales que como

respuesta desde el gobierno, los siguientes: el Plan Jefas y Jefes de Hogar Desocupados, el movimiento de empresas recuperadas, el proceso de juicio político y sustitución de miembros de la Corte Suprema de Justicia, las políticas de Derechos Humanos y de deuda pública, etc.

³ Cfr. NEGRI, A., *ibídem*.

⁴ Cfr. GIANIBELLI, Guillermo y ZAS, Oscar, “*El Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales*”, Rev. Contextos, n° 1, Bs. As., 1997.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos y garantías, la ley del más débil*”, Trotta, Madrid, 1999, p. 68.

⁶ El garantismo quedó expresado desde los orígenes del derecho moderno. El art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789 estableció: “Toda sociedad en la cual la *garantía* de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.

⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis, “*Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*”, CES, Madrid, 1996.

⁸ Cfr. VIRNO, Paolo, “*Gramática de la multitud*”, Colihue, Bs. As., 2003.

⁹ “Art. 75. – *Corresponde al Congreso: (...) 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...*”. Para una hipótesis de aplicación efectiva de este precepto constitucional, cfr. GIANIBELLI, Guillermo, “*Acciones sociales por ingreso de subsistencia*”, 2002, mimeo.

¹⁰ Soslayamos, aunque no rehuimos, el debate sobre “el fin del trabajo” o su cada vez menor relevancia en la economía global. Ello por dos motivos: uno, constatación histórica, por cuanto el trabajo y sus diversas formas de explotación han sido siempre el eje de los movimientos totalitarios (como lo fue en la última dictadura); y dos, por cuanto aunque el trabajo como factor de la producción y sus formas de apropiación cambian, se diversifican, transforman, mistifican, sigue siendo indispensable para la acumulación de capital en tanto producción de plusvalía (aún mas en economías todavía en desarrollo como nuestro país).

¹¹ Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio, “*Por una (re)politización de la figura del despido*”, RDS, n° 12, Albacete, 2000, p. 9, quien utiliza esta expresión en relación con el derecho “al” trabajo.

¹² El primer derecho humano es el derecho a tener derechos; cfr. ARENDT, Hannah, “*The Rights of Man, What Are They?*”, Modern Review, Nueva York, 3, verano de 1949.

¹³ El *status* de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para “cambiar” su situación, posición o condición jurídica material. Cfr. HABERMAS, Jürgen, “*Facticidad y validez*”, Trotta, Madrid, 1998, p. 626.

¹⁴ En la conceptualización de Castel se hablaría de la degradación de la condición salarial o “desafiliación salarial”, cfr. CASTEL, Robert, “*Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*”. Paidós, Bs. As., 1997, pp. 440 y ss.

¹⁵ Convenio n° 87 OIT, como norma mínima de garantía conforme al PIDESC.

¹⁶ En todo este punto se sigue particularmente el trabajo de MEIK, Moisés, “Investigación presentada en la Maestría en Economía y Relaciones Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha”, Albacete, España, 2003, inédito.

¹⁷ Cfr. CSJN, 14/9/04, fallo “Vizzoti, Carlos c. AMSA S.A.”.

¹⁸ Así lo prevén el Convenio nº 158 y la Recomendación nº 166 de la OIT.

¹⁹ Cfr. MEIK, Moisés, “Investigación...”, loc. cit.

²⁰ Como ha señalado Palomeque, “la intervención del Estado en las relaciones de producción, a través de la promulgación de *normas protectoras* de las condiciones de vida y de trabajo del proletariado industrial y limitadoras, por lo tanto, de la hasta ese momento voluntad absoluta del empresario en la fijación del contenido del contrato de trabajo, responde históricamente (...) a la necesidad social de integrar y canalizar el *conflicto social* surgido entre los nuevos antagonistas sociales. El nuevo cuerpo normativo integrador habría de cumplir, así pues, la trascendental misión de imponer al conflicto un cauce de desenvolvimiento compatible con la permanencia y desarrollo del modo de producción capitalista y las paredes maestras de la sociedad burguesa. Esta es la función histórica de la legislación del trabajo y, a la postre, no sin importantes mutaciones institucionales, del propio Derecho del Trabajo”. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M.-Carlos, “*Derecho del Trabajo e ideología*”, Tecnos, Madrid, 5ª edic., 1995, p. 17.

²¹ Incorporando la terminología de Palomeque y Álvarez de la Rosa; cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, “*Derecho del Trabajo*”, décima edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002, p. 149.

²² Un aspecto sustancial, caracterizado incluso como principio, es el de la personalidad de la prestación del trabajador, consecuencia de la inserción en el plexo del contrato de trabajo, de una relación que reviste contenido patrimonial y de cambio pero que coloca a una categoría de hombre en relación asimétrica de poder y dependencia, que lo diferencia de los demás contratos patrimoniales. Cfr. Meik, M., “Investigación...”, loc. cit.

²³ Cfr. MEIK, M., “Investigación...”, loc. cit. Para una hipótesis de interpretación y aplicación del art. 16 de la ley 25.561 en el mismo sentido, cfr. GARCÍA, Héctor Omar, “*La suspensión de los despidos sin causa por el artículo 16 de la ley 25.561: otra refutación del tiempo*”, DT, 2002-B, p. 2118.

²⁴ Si la decisión jurisdiccional acoge la pretensión de descalificar el despido, lo razonable es que —como ocurre en el sistema español— si ha sido planteada la acción de revisión, se declare la ineficacia retroactiva del mismo, lo que implicaría el reconocimiento de la continuidad de la relación de trabajo, desde el momento anterior al acto descalificado, desconociendo su validez extintiva, con sus consiguientes y plenos efectos según sea calificado de improcedente o nulo. Cfr. MEIK, M. “Investigación...”, loc. cit.

²⁵ Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio, “*Por una (re)politicación...*”, cit.

²⁶ La consolidación de este nuevo régimen, sucintamente, puede caracterizarse por: fuerte desindustrialización con predominio relativo del sector servicios; apertura económica con consiguiente afectación de amplios sectores productivos locales; creciente concentración del ingreso, con aguda financiarización de la actividad económica.

²⁷ El comienzo de la crisis del anterior modelo de acumulación de capital y de organización social —cuyas causas no se analizarán aquí—, se sitúa a partir de la última dictadura, que inicia el proceso de continua revalorización financiera del capital en reemplazo del la economía productivista, propia del anterior modelo.

²⁸ En ejercicio de esa representación, el movimiento obrero alcanzó conquistas y logros significativos para el progreso de toda la ciudadanía en el contexto del Estado de Bienestar. Cfr. ROZENBERG, Enrique M., “Documento de trabajo para Confederal de Abogados de la CTA 2003”, mimeo.

²⁹ Cfr. GONZÁLEZ, Horacio R., “Documento para Confederal de Abogados de la CTA 2001”, mimeo.

³⁰ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha caracterizado este problema como “déficit de representación en el mundo del trabajo”, señalando que, para conjurar el mismo, es preciso establecer las estructuras, la política y la armonización orgánica más adecuada en un mundo del trabajo en franca evolución. Una población trabajadora cada vez más heterogénea, con pautas diferentes de participación y exigencias e intereses distintos, requiere métodos nuevos de organización y representación; en el caso de los sindicatos esto puede exigir la adopción de modalidades innovadoras. Cfr. OIT, Informe del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 88ª reunión, Informe I(B), Ginebra, 2000, p. 16

³¹ Aquel sujeto signado por el oficio y la profesionalidad, en un mismo sector o rama de actividad productiva, es hoy un trabajador que, sin solución de continuidad, atraviesa del desempleo al empleo precario —con o sin registración—, es decir, con o sin derechos, en sucesivas y diversas actividades económicas —productivas o de servicios—, vinculado por un contrato formal de trabajo o mediante figuras sucedáneas —autónomos, “falsos” o no—, y así alternativamente a lo largo de su vida laboral. Cfr. MEGUIRA, Horacio D., “*La representación sindical en la ley argentina*”, DT, 1998-B, p. 2205.

³² Cfr. CASTEL, Robert, “*Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*”, Paidós, Bs. As., 1997, pp. 13 y ss.

³³ Cfr. MEGUIRA, Horacio D., “*La representación...*”, loc. cit.

³⁴ OIT, “*La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*”, 4ª edición (revisada), Ginebra, OIT, 1996, pág. 53, párrafo n° 235).

³⁵ Cfr. VV.AA., SUPIOT, Alain (coordinador), “*Trabajo y Empleo*”, Tirant lo Blanch, Madrid, p. 171.

³⁶ En tanto derecho fundamental universal, la libertad sindical está consagrada por la Constitución Nacional (art. 14 bis) y los principales tratados internacionales: artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU; art. 22 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (OEA); art. 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos (todos ellos elevados a la jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22, 2º párr., de la CN); art. 2 de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento; partes I y III de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (Declaración de Filadelfia de 1944), incorporada como anexo a la Constitución de la OIT; y artículos 8º a 11 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.

³⁷ Siguiendo a Ferrajoli, los derechos especiales denominados “*garantías*” consisten en “normas jurídicas que *implementan* la formulación general de un derecho, pero estableciendo una adecuada red de expectativas positivas y negativas, obligaciones y prohibiciones jurídicas”. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos fundamentales*”, citado por JORI, Mario, “*Ferrajoli sobre los derechos*”, en FERRAJOLI, L. y otros, “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 106.

³⁸ Como afirma Romagnoli, a la luz de los tratados internacionales, no existe hoy país que pueda ver reconocida su respetabilidad democrática si no exhibe una Carta de derechos fundamentales. Cfr. ROMAGNOLI, Umberto, "*La libertad sindical, hoy*", RDS, n° 14, Bomarzo, Albacete, 2001, p. 10.

³⁹ Cfr. KAHN-FREUND, Otto, "*Trabajo y Derecho*", MTSS, Madrid, 1987, p. 275.

⁴⁰ Cfr. los contestes conceptos de libertad sindical de: LÓPEZ, Justo, "*La libertad sindical*" en VV.AA., "*Derecho Colectivo del Trabajo*", ed. La Ley, Bs. As., 1998; FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, "*Bases para una ley de organización sindical*" en DT, XLV-A, p. 737; CORTE, Néstor, "*El modelo Sindical Argentino*", ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. - Santa Fe, 1994, p. 95; y una visión de la libertad sindical como poder instrumental para la acción, en GARCÍA, Héctor Omar, "*El conflicto y su regulación. Derecho de huelga y solución de conflictos*", ponencia para el curso de postgrado sobre "Diálogo social y relaciones laborales", Red Temática AECI, Albacete-Buenos Aires-Barcelona-Montevideo-Lima, 2003.

⁴¹ La situación de desempleo generalizado constituyó una circunstancia idónea para la ofensiva por la abolición o disminución de derechos laborales adquiridos históricamente, que sería inimaginable en tiempos de pleno empleo. Esta es, según Sala Franco, la razón "no alegada pero existente (...) el chantaje histórico de la crisis". Cfr. SALA FRANCO, Tomás, "*El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo*", en RIVERO LAMAS, Juan (coordinador), "*La Flexibilidad Laboral en España*", Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Coop. de Artes Gráficas Librería General, Zaragoza, 1993, p. 42, cit. por GARCÍA, Héctor Omar, "*Más allá de la protección. En camino a un debate sobre el cómo del derecho del trabajo superada la flexibilidad*", monografía inédita.

⁴² Cfr. una crítica de la flexibilidad en prospectiva, en GARCÍA, Héctor O., "*Más allá...*", loc. cit.

⁴³ Cfr. GIANIBELLI, Guillermo, "*Las paradojas del conflicto Carrefour*", 2004, inédito.

⁴⁴ Ha señalado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, que el derecho de organización sindical "es uno de los aspectos fundamentales de la libertad sindical" que "implica, entre otras cosas, la posibilidad de adoptar libremente la decisión relativa a la 'elección de la estructura y la composición de las organizaciones' (...) por iniciativa de los propios trabajadores". Cfr. OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4), CIT, 81ª reunión, 1994, OIT, Ginebra, 1994, p. 50, sumario n° 107). Por su parte, el Comité de Libertad Sindical ha coincidido en que "El libre ejercicio del derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos implica la libre determinación de la estructura y la composición de estos sindicatos". Cfr. OIT, "Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT", 4ª edición (revisada), Ginebra, OIT, 1996, p. 63, sumario n° 275.

⁴⁵ Cfr. GIANIBELLI, Guillermo, "*La representación sindical en la empresa. En busca de la representatividad perdida*", mimeo, 2001.

⁴⁶ El defecto orgánico de las falsas construcciones utópicas estriba en creer que se pueden prever "hechos", cuando en verdad sólo pueden preverse principios o máximas jurídicas, que son "creación humana en cuanto voluntad". Cfr. GRAMSCI, Antonio, "*Antología*", 14ª edic., Siglo XXI editores, México, D.F., pp. 18/19.

⁴⁷ *Ibidem*.