

Además de la formación técnico-profesional y de la capacitación, cumplen una función importante los sistemas de seguro social, organizados de acuerdo a los principios de responsabilidad, solidaridad y subsidiariedad. Esta red social que no debe convertirse en hamaca, ni debe perder confiabilidad respecto a su capacidad de pago, abarca un régimen previsional y de los seguros contra enfermedad, accidentes laborales y desempleo, las leyes laborales, así como procedimientos para la redistribución de los ingresos y de la riqueza. La base legal para la política social es satisfactoria en cuanto a las medidas curativas, pero insuficiente o inefectiva en cuanto a las medidas preventivas tributarias y educativas. Si se introdujese un sistema de autocontrol por los asegurados,³⁵ sería más fácil lograr una combinación aceptable de los principios de autorresponsabilidad, solidaridad y subsidiariedad.

En estos ocho campos del orden económico habrá que llevar a cabo un diálogo más profundo sobre las reformas de la segunda generación. Aspectos parciales de dichos campos han sido discutidos ya en los años pasados. Lo que al parecer falta es combinar estos puntos, de tal forma que resulte un sistema coherente, confiable y sostenible, dando más posibilidades a un mayor crecimiento y a una mayor justicia social en Argentina.

VI. Prioridades para el diálogo político sobre el diseño del orden económico

Los principios básicos de la *Economía Social de Mercado* exigen una discusión permanente en cuanto a su conformación concreta. En este sentido no se trata solamente de desenmascarar la quimera³⁶ de la Tercera Vía como tal, sino de indicar ante todo medidas constructivas,

³⁵ Puede servir de ejemplo el sistema alemán, en el cual los asegurados del seguro social obligatorio, eligen un directorio, garantizando así que se respeten sus intereses además de las necesidades financieras gerenciales y estatales.

³⁶ Es sabido que no se trata solamente de un ser legendario, sino que también habrá que preguntarse, si en el caso de la Tercera Vía, en el sentido del carácter quimérico se trata de un león, de una cabra o una serpiente.

que conduzcan a una política macroeconómica y social adecuada. Los destinatarios de este diálogo son fundamentalmente los científicos, a partir de los cuales se debería lograr la irradiación hacia los responsables de las decisiones políticas. Con este fin, muchas veces resultará factible y necesario recurrir también a los medios de comunicación.

El futuro diálogo sobre el diseño del orden económico puede y debe darse en tres niveles: a nivel del Estado, a nivel del mercado y a nivel de los individuos. En cuanto a los ocho campos de acción antes mencionados, se deberá conceder al Estado la dirección, pero no la competencia única para la política de planificación y coordinación, para la política fiscal, monetaria, presupuestaria y para el régimen del comercio exterior. En cuanto a la política empresarial y al régimen competitivo, las fuerzas del mercado son el elemento decisivo, asignándole al Estado la responsabilidad para el control de concentración a fin de evitar eventuales abusos del poder. En cuanto al régimen de propiedad y al sistema del seguro social, la responsabilidad del individuo debe predominar, requiriéndose una interacción con el Estado y las empresas.

La acción a estos tres niveles requiere de ciertas prioridades que resultan de los problemas actuales y las perspectivas para el futuro. Especial atención merecen la política de competencia, la descentralización, los instrumentos impositivos, el debate contra la pobreza y la política cultural en su dimensión de creatividad, educación y modernización³⁷. En la siguiente puntualización temática se parte de la base que, los arriba mencionados principios fundamentales de la *Economía Social de Mercado* se consideran aceptables.

³⁷ Tanto en los programas de educación como de modernización se debe permanecer alerta ya que los ciclos tecnológicos en algunas áreas y en particular en la informática, se acortan cada vez más.

1. Competencia funcional³⁸

En los años 90 se ha dado el paso correcto, desde el punto de vista macroeconómico de "achicar" el Estado mediante la privatización de empresas públicas. Con esto frecuentemente se ha creado una posición (casi) monopolista o se ha otorgado privilegios impositivos o crediticios para aquellos que adquirieron las empresas estatales, lo que no corresponde a un orden económico competitivo. Los monopolios privados suelen ser tan deficientes como los estatales, no tanto en cuanto a su eficiencia productiva, sino más bien en su política de precios y su servicio al consumidor. Queda la duda, si la privatización habría sido posible sin privilegiar a los adquirentes, ya que la situación económica en la década de los ochenta no era tan prometedora. Hoy, en cambio, la situación se presta más para atraer diferentes empresas competitivas. Desde el punto de vista de un orden económico, sería preferible dividir las empresas monopolistas, si esto fuera técnicamente posible, facilitando la participación de empresas medianas y pequeñas en nuevas licitaciones de privatización y en los sectores ya privatizados que aún tienen obligaciones frente al propietario anterior, el Estado.

Al modificar el proceso de privatización en el sentido de limitar el tiempo de los privilegios y los alcances de ellos, se facilitaría más abrir los mercados (parcialmente) monopolizados, atrayendo nuevos competidores ("imitadores espontáneos" según Ernst Heuss)³⁹ mediante una comunicación más efectiva.⁴⁰

³⁸ Aquí se prefiere el concepto políticamente más practicable de *Erhard Kantzenbach* (*Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs* (Capacidad funcional de la competencia Göttingen 1966) al concepto de la competencia "libre", "perfecta" o también "regulada" Cabe hacer referencia también a la mediana y pequeña empresa y a las organizaciones sin fines de lucro y su rol en la competencia (*Dieter W. Benecke*, *Cooperación y crecimiento en países en vías de desarrollo*, Santiago de Chile 1974, esp. p. 133 ss).

³⁹ *Ernst Heuss* (*Allgemeine Markttheorie* (Teoría general de los mercados), Tübingen-Zürich 1965, p. 9) ubica al empresario "ilimitador espontáneo" al empresario "conservador" entre el "pionero" y el "administrador" según Schumpeter.

⁴⁰ Parece una paradoja la intervención en la competencia para mantenerla funcional, pero no lo es, ya que existe una tendencia de concentración que -al llegar a cierto grado- cierra el mercado e impide la competencia funcional en el sentido de una óptima asignación de los recursos.

La conducta competitiva actual suele caracterizarse más por acuerdos y "trenzas" de relaciones personales que por un espíritu de "conquista de mercados y clientes". Naturalmente esta conducta no puede modificarse de un día para otro, ni en toda la economía. Sin embargo, la actual atmósfera de discusión es más fecunda que aquella de las décadas 60 y 70. Ha perdido fuerza el argumento de ese entonces que los mercados nacionales son demasiado pequeños para una apertura competitiva. La globalización, la integración y -parcialmente, como en el mercado de las telecomunicaciones- las actividades de las mismas empresas privatizadas han permitido ampliar considerablemente los mercados.

Las inversiones extranjeras directas⁴¹ son otro factor que dinamiza la competencia. Ellas también dependen de la dimensión del mercado, aunque ésta no es el factor decisivo. Más importantes para el inversionista son la estabilidad política, las condiciones macroeconómicas, la flexibilidad y confiabilidad de la administración pública, la protección contra la corrupción y la apertura de los mercados nacionales en los otros países de Latinoamérica, en los cuales el acceso no se debe dificultar mediante barreras burocráticas y sobornos.⁴²

La política de competencia contiene muchos elementos que también se ubican en el ámbito institucional, social y psicológico. Desde el punto de vista de la discusión sobre el orden económico en Argentina, el diseño de la política de competencia parece ser el punto clave para el futuro de la competitividad internacional de las empresas argentinas. Estudios sobre la apertura de los mercados, el rol de las empresas medianas y pequeñas, los parques

⁴¹ En Latinoamérica se está discutiendo casi exclusivamente sobre inversiones directas de empresas extranjeras, pero no tanto sobre la posibilidad, que empresas latinoamericanas inviertan en otras regiones, p. ej. Europa Central y del Este, en el marco de *Joint ventures*.

⁴² Las principales razones de la corrupción son la falta de un control efectivo y de sanciones severas, los sueldos bajos de los empleados estatales en comparación con el sector privado y los cambios de funcionarios después de un cambio de gobierno, aun en los niveles inferiores de conducción.

industriales innovadores, el abuso de poder por empresas dominantes en el mercado, el grado de concentración y su control, etc., permitirán juzgar en qué medida el país puede insertarse en el proceso de globalización, siendo globalizado o globalizante.⁴³

2. Descentralización

Las reformas de primera generación han sentado las bases para la descentralización en el ámbito económico. Sin embargo, hasta ahora se contrapone a esto un elemento político: la fuerte posición del Presidente en el marco de la democracia presidencialista. Un factor inmanente al sistema, difícil de modificar, es que los Presidentes se resisten a delegar funciones. Cuanto más tributo rinden al personalismo, tanto menos confían en los partidos y en el Poder Legislativo y tanto más temen (deben temer) a dirigentes regionales como potenciales sucesores o competidores directos. A pesar de esto, en el curso del debate sobre las reformas de segunda generación habrá que intensificar el diálogo sobre las ventajas de la descentralización, particularmente sobre la multipolaridad de los impulsos de desarrollo y el mejor aprovechamiento del potencial de desarrollo en el país, sin perder de vista la consolidación de la democracia a los distintos niveles regionales (nación, región, municipio).

La discusión sobre la descentralización como elemento del orden económico suele facilitarse, si se concretiza el debate en cuanto a la comunicación entre los distintos niveles regionales del país, el control presupuestario, la distribución de la recaudación impositiva, el régimen de coparticipación y las competencias en cuanto a la planificación. La discusión sobre la descentralización puede llegar hasta el punto de incluir un debate sobre las ventajas comparativas de la democracia parlamentaria con un Primer Ministro a la cabeza del Gobierno frente a un sistema presidencialista.

⁴³ Respecto a la política de competencia en el MERCOSUR, el análisis de Félix Peña (Una política común de competencia en el MERCOSUR en Dieter W. Benecke y Alexander Loschky (eds.), MERCOSUR – Desafío político, Buenos Aires 2000, p. 235 - 275) indica las necesidades también para el caso argentino.

3. Política tributaria

La política tributaria influye tanto sobre los procesos económicos y sociales como sobre el diseño del orden económico.⁴⁴ En la discusión sobre el orden económico son de alta relevancia las alternativas: impuestos *directos* versus impuestos *indirectos* los efectos de los impuestos directos, que pueden alentar o inhibir el rendimiento; las consecuencias de los impuestos indirectos en cuanto a una redistribución regresiva (“de abajo hacia arriba”), por ej. en el caso del impuesto al valor agregado en relación con la tasa de consumo.

Resulta importante simplificar el sistema impositivo. Probablemente en la mayoría de los países latinoamericanos —Chile constituye una excepción debido a los controles evidentemente efectivos— la evasión impositiva es tan elevada, porque los pagos son difíciles de controlar en los sistemas impositivos complejos. Ciertamente aquí también adquiere un rol importante el “derroche” de fondos públicos y la corrupción. Muchos se preguntan ¿por qué habría de pagar impuestos, si no se utilizan para la producción de bienes públicos?

Es sabido que para un gobierno, el impuesto indirecto es el instrumento más “cómodo”, puesto que no toca directamente al ingreso, ni a la propiedad. Sin embargo, al no usar el instrumento de los impuestos directos, el Gobierno renuncia a un importante instrumento de redistribución y de creación de mayor justicia social.

Un diálogo sistemático sobre la política tributaria que vaya más allá de convicciones ideológicas, debe tener como base un análisis comparativo sobre la recaudación impositiva, los tipos de impuestos,

⁴⁴ La medida de reducir la tasa máxima del impuesto a la renta de 54 al 52% pertenece al instrumentario, con el cual se interviene en el proceso económico. Si con anterioridad a esta medida se ha debatido sobre una reducción de la tasa máxima al 35 % o su incremento al 75 %, se trata de una discusión sobre el orden económico.

la incidencia impositiva, las posibilidades de control y sanción. Si fueran ciertas las estimaciones que al eliminar la evasión de impuestos se reduciría de un plumazo el endeudamiento público, mayor razón existe para atacar este problema. Urge un más intensivo diálogo político y científico sobre el sistema tributario, considerando el aspecto de la "justicia social", la motivación para el rendimiento y la disponibilidad de recursos para una política social preventiva y curativa. En este sentido se produciría un debate más amplio, no sólo relevante para el orden económico, sino también para la estabilización de la democracia.

4. Combate contra la pobreza

La preocupación política por la elevada y creciente pobreza debería ir más allá de las meras declaraciones. Hasta ahora, las acciones no llegan a la raíz de la pobreza. La pobreza de amplios estratos de la población constituye ciertamente una "herencia del pasado" pero el aumento de la pobreza es consecuencia del presente. Este problema se ve agudizado aún más por la globalización, de la cual participan (y sólo pueden participar) los sectores de mayores recursos económicos e intelectuales. Para los pobres y aquellas personas con poca educación se abre una "trampa de pobreza", Por falta de conocimientos y recursos económicos no pueden participar de la globalización y sus consecuencias positivas; quedan cada vez más rezagados y sin posibilidades de ingreso en comparación con los privilegiados, haciéndose cada vez más difícil recuperar esta ventaja.

La política social curativa es necesaria como política de (re)distribución y para luchar contra la pobreza; mejor es, en cambio, una política educativa, impositiva y crediticia, ya que son instrumentos para prevenir la pobreza. La política de distribución debe continuar abocándose fundamentalmente a la pobreza absoluta; la pobreza relativa, sin embargo, debería ser cada vez más objeto del debate sobre el orden económico. El éxito en la lucha contra la pobreza no sólo decide sobre el futuro desarrollo

económico, sino también sobre la estabilidad democrática. Si crece el porcentaje de pobres entre la población total, se prepara el terreno para populistas e inclusive dictadores.

La miseria y la lucha contra la pobreza no suele ser atractiva para las elites políticas, intelectuales y económicas. Ellos obviamente saben que existe la pobreza, también están dispuestos a ofrecer un óbolo caritativo, pero la alta tecnología, la modernización, la integración, la globalización etc., son temas, cuyo análisis da más prestigio que la discusión sobre la lucha contra la pobreza. Por eso, a nivel científico y político promete más éxito un diálogo sobre un modelo económico, en el cual predomina la política preventiva sobre la política curativa.

No todos los socialistas, intelectualmente activos en las décadas 60 y 70, se han convertido en defensores de una economía de mercado. En consecuencia, una creciente pauperización no sólo pondría en duda la democracia como tal, sino que también peligran los éxitos de las reformas de la primera generación. Así se abrirían las puertas a una política económica y social, que convertiría al diálogo sobre el orden económico de tipo *Economía Social de Mercado* - como en la década 70 - en una "conversación entre sordos".

5. La cultura como elemento económico y de identificación con la sociedad

Argentina presenta un rico acervo cultural. Las obras constituyen una herramienta de identificación importante de la población en la medida en que tenga acceso a éstas. En la recepción de la cultura, el nivel educativo juega un rol importante al igual que en el desarrollo cultural la educación es un elemento vital.

Mientras la relación entre cultura y educación es discutida con frecuencia, la relación entre política y cultura y entre economía y cultura no han tenido importancia hasta ahora en los debates sobre

el orden económico. Los tecnócratas (neo)liberales han pasado por alto que, el ámbito de la cultura reviste una gran importancia para la política de empleo y desarrollo regional. En muchas regiones las actividades culturales requieren, encuentran y atraen considerables inversiones, pueden influir en forma sostenida sobre el turismo y sus efectos secundarios sobre el sector de producción y servicio. Además, está comprobado que la cultura tiene un gran efecto multiplicador.⁴⁵

La cultura se expresa también en el debate sobre modelos económicos. Por una parte, son las ideas filosóficas que respaldan un concepto de la economía, por otra parte, los artistas y/o sus instituciones pueden contribuir a superar la marginalización de partes de la población⁴⁶, circunstancia esa que no sólo resulta en un aumento del nivel de ocupación y creación de ingresos, sino en una larga y fecunda cadena de producción delante y detrás de los actos culturales.

En general la cultura influye considerablemente la forma del diálogo político que a su vez es parte de la cultura política e importante para la participación en democracia, para el trabajo programático de los partidos y para la presentación nacional e internacional de los dirigentes políticos. Considerando la creciente discriminación de las minorías -fundada también en razones sociales-, al elemento cultural de la tolerancia activa debería asignarse un mayor peso en el debate económico.

⁴⁵ Corresponde hacer referencia aquí a varios estudios en Europa, p. ej. aquel del *Ifo-Institut* sobre *Entwicklungstrends von Kunst und Kultur* (Tendencias en el desarrollo del arte y la cultura), de *Marlies Hummel* y *Cornelia Waldkircher*, München 1991, espec. p. 12 sobre la cuestión del valor agregado de la cultura; o el estudio de *Joe Durkan*, *The Economics of the Arts in Ireland* (los efectos económicos de las artes en Irlanda) Dublin 1994, que se realizó en torno a un proyecto estratégico del Arts Council of Ireland (The Arts Plan 1995- 1997, Dublin 1994). Existen estudios similares en Suecia, Finlandia y Holanda.

⁴⁶ Cabe recordar que muchos grupos Pop provienen de un ambiente económicamente marginado.

El diálogo sobre el diseño del orden económico depende en mayor medida de personalidades destacadas de la cultura que de la discusión sobre aspectos más bien "técnicos", como la política de la competencia o el sistema impositivo. En este ámbito debe recurrirse a renombrados literatos, directores de teatro con compromiso social o filósofos para iniciar el debate, ya que el elemento cultural hasta ahora se ha considerado "inusual" en el diálogo sobre el orden económico. Es cierto que las consecuencias económicas de las actividades culturales sólo comprenden una parte del fenómeno. Pero es suficientemente sabido que la economía y su desarrollo son mucho más que una mera cuestión de inversiones, consumo, ahorro y empleo, sino que dependen fuertemente de factores metaeconómicos, entre los cuales, sin lugar a duda, la cultura desempeña un papel destacado. En este sentido resulta particularmente importante el desarrollo de la creatividad, sin la cual no funciona ningún proceso de desarrollo—y aún menos en una economía globalizada—.⁴⁷

VII. Efectos del diálogo sobre modelos económicos

El debate sobre las exigencias planteadas a un diálogo sobre modelos económicos sobrepasa el ámbito estrictamente económico. Para alcanzar un desarrollo sostenible, social y económicamente dinámico y democráticamente legitimado, se necesita un estrecho interrelacionamiento entre la política, la economía y la cultura.

El efecto positivo de las reformas de la primera generación se ha reducido, ya que reformas económicas suelen desgastarse después de cierto tiempo, cuando no se las amplía o profundiza, siguiendo un proceso de aprendizaje. A juzgar las experiencias hechas hasta ahora, es de temer que los políticos argentinos procurarán más remediar los síntomas de los

⁴⁷ En este sentido resulta significativa la argumentación del ex gobernador de Baden-Württemberg, Lothar Spath, quien ante la crítica proveniente de las propias filas partidarias por elevadas inversiones en academias de arte señaló que la mejor garantía de desarrollo para una sociedad, que desea subsistir en un mundo abierto a las modernizaciones, es la creatividad de los ciudadanos.

problemas actuales que atacar la raíz de éstos. No será fácil intensificar la discusión sobre el sistema económico y las reformas de la segunda generación, ya que los políticos -en su afán de maximizar su beneficio en términos de votos-⁴⁸ se sienten presionados más por los problemas del momento que por la visión sobre el futuro. Esta actitud puede - quizás- evitarse al lograr una comunicación efectiva entre los científicos, políticos, empresarios y representantes de la sociedad civil acerca de los déficit en el “modelo económico” actual y las posibilidades de un modelo futuro.

La *decisión final* sobre el modelo económico es una tarea política y depende de su viabilidad política.⁴⁹ Desarrollar una concepción de la futura economía, en cambio, es un asunto de los partidos en conjunción con las ciencias. Si los partidos políticos siguen teniendo más el carácter de instrumentos destinados a asegurarle el poder al Presidente o líder del partido,⁵⁰ entonces debe constituirse otro lugar o institución de la sociedad civil para reflexionar conceptualmente sobre soluciones para las necesidades de la población y la voluntad del gobierno de satisfacerlas. El resultado de estas reflexiones, un modelo económico, político, social y cultural para la Argentina de las próximas décadas, serán tanto más positivas, si se logra forjar un “paquete” en el que conjuguen de la mejor manera posible los elementos políticos, económicos, sociales y culturales del modelo económico.

Río de Janeiro, marzo de 2002

⁴⁸ El análisis de Anthony Downs (Economic Theory of Democracy, versión alemana: ökonomische Theorie der Demokratie, Tübingen 1968) muestra que el “empresario político” tiene semejanzas con el empresario económico en cuanto a su comportamiento de maximización del beneficio.

⁴⁹ Si en 1949 Adenauer hubiera fallado en lograr la mayoría en la votación parlamentaria sobre el canciller y si el candidato de los socialdemócratas, Schumacher, hubiera sido el primer canciller de Alemania Occidental, es muy posible que la Economía Social de Mercado no habría sido aplicada o lo habría sido mucho más tarde.

⁵⁰ Sin duda, esta es una de las razones fundamentales por el escaso prestigio de los políticos en la opinión pública. Al respecto vea diferentes artículos en la revista *Contribuciones*, entre otros de Marta Lagos, ¿Quó vadis, América Latina? El estudio de la opinión pública regional en el Latinobarómetro en: *Contribuciones*, No. 2/1999, p.31-53, y Gutenberg Martínez O., Los partidos políticos en la lucha por la confianza -Problemas de representación y participación en América Latina y el resto del mundo, en *Contribuciones*, No. 1/2000, p. 7 -22. así como los debates sobre *Participación en la Democracia*, noviembre de 1999 en Buenos Aires, informe final, en <http://www.kas-ciedla.org.ar/seminarios/info-Par-demo-es.htm>

Hugo Barretto Ghione*

Derecho al empleo y derecho del trabajo: una dialéctica de interferencias**

Resumen

La creciente preocupación en torno al empleo (o más bien, su falta) ha determinado que comience a repararse con mayor detenimiento en los caracteres del derecho al empleo como una construcción jurídica singular dentro del elenco de derechos sociales. Las relaciones del derecho al empleo con el derecho del trabajo y el derecho a la seguridad social no han sido pacíficas, en tanto el derecho del trabajo se ha visto en muchas oportunidades instrumentalizado a efectos de permitir el acceso al empleo; así, las políticas desreguladoras de origen neoliberal han postulado que sólo eliminando las regulaciones protectoras del trabajo podrá generarse empleo para todos. Sin embargo, y a pesar de estas interferencias negativas, es posible identificar un derecho al empleo con independencia y estructura propias, entendido no sólo como un derecho subjetivo, sino compuesto por una serie de normas y principios que aseguran su perfeccionamiento y exigibilidad.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro del Equipo Federal del Trabajo y del Incasur.

** El texto es reproducción del publicado en *Contribuciones* 4/2002, Año XIX, No. 4(76), Konrad Adenauer Stiftung A.C.

I. Introducción

La esfera móvil del derecho al empleo

En los últimos años, con la urgencia del creciente desempleo y de otros datos igualmente preocupantes del *mercado de trabajo* (un término que, digámoslo desde ya, deberá someterse en este artículo a la crítica desde el enfoque valorativo), ha comenzado a hablarse y reflexionarse con mayor insistencia sobre el derecho al empleo.

El abordaje del tema -en lo académico y político- no ha sido pacífico en sus dimensiones teóricas y prácticas; en tanto, según se verá, el acceso al empleo ha sido una especie de “punta de lanza” de quienes postulan la necesidad de modificar en profundidad el derecho del trabajo como instrumento de políticas de inserción laboral y reducción del desempleo. En el caso de la seguridad social, las políticas de incentivos a los empresarios a que aumenten su plantilla de personal han consistido, por lo general, en la reducción o exoneración de aportes o contribuciones. Esto ha producido cambios sustanciales en la financiación del sistema, a tal punto que puede hablarse en muchos casos de una especie de segunda reforma de los sistemas provisionales, una reforma a veces inadvertida. En definitiva, la realidad social ha ocasionado que las esferas de los derechos al empleo, del trabajo y de la seguridad social no permanezcan estáticas, sino en una dinámica intertextual que ha provocado que entren unas veces en contradicción y otras en complementación y diálogo; pero no ha impedido que en ese proceso se solapen, superpongan, circulen, sustituyan, absorban, crezcan a expensas unas de otras, modifiquen sus alcances y sus límites, en una dialéctica de interferencias recíprocas.

Los enfoques jurídico-laboralistas tradicionales han estudiado el empleo deteniéndose tan sólo en el período temporal previo al ingreso a la relación de trabajo, entendiéndolo como un espacio de confluencia de políticas sociales (mecanismos públicos de colocación obrera, contralor de las agencias privadas) o de experiencias participativas de los interlocutores sociales, como el caso de las bolsas de trabajo, junto con institutos típicos como el contrato con prueba, el aprendizaje, etcétera.

Del lado de la seguridad social, los estudios sobre el empleo se han mantenido mayormente en los márgenes de la cobertura para el caso de ocurrencia del riesgo social¹ de la desocupación y, más recientemente, atendiendo a la necesidad de la capacitación profesional.

En el presente artículo se pretende ingresar al estudio del derecho al empleo desde una perspectiva diversa, puesto que se lo considerará como un objeto definido e independiente de otros derechos fundamentales de las personas que trabajan. Se partirá, por tanto, del reconocimiento de su presencia e importancia en el debate contemporáneo, repasando la incidencia que en el empleo tienen fenómenos como la mundialización, la innovación tecnológica, los procesos de integración regional y otros indicativos de la intertextualidad a que se abre el empleo como los enfoques más globales de la marcha de la sociedad y sus modos de producir; en segundo término, se repasará el proceso de “desmercantilización” del trabajo humano, que paralelamente construyó el edificio del derecho del trabajo sobre las sólidas bases de la seguridad y los derechos sociales; finalmente, se encarará la genealogía jurídica del problema y se analizara estructuralmente la morfología del derecho al empleo y su relación con otros derechos sociales.

II. El empleo, un tema recurrente

La preocupación por el empleo se debe fundamentalmente al deterioro de la situación que viene produciéndose en la mayor parte del mundo en los últimos años.² Si bien la crisis apareció hacia 1973, la perdurabilidad del desempleo adquiere perfiles inéditos que se agudizan si consideramos la incidencia que en el mismo tienen fenómenos ineluctables como la mundialización y la revolución tecnológica.

¹ La noción de riesgo social en su contenido originario se definía como “todos los riesgos que podrían obligar a un obrero a cesar en su trabajo, temporal o definitivamente. Se trataba pues, por una parte, de riesgos fisiológicos comunes a todas las personas (...) y, por otra parte, ciertos riesgos que provenían de la actividad profesional (el paro, el accidente de trabajo, la enfermedad profesional)”. Durand, P. (1991), *Política contemporánea de seguridad social*, Madrid, MTSS.

² Lee, E. (1995), “Exposición general del número especial sobre empleo y mundialización”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 114, pp. 4-5.

Las interpretaciones sobre el origen del problema han sido múltiples y contradictorias. Así, en países con importante desarrollo de la protección social al trabajo, se ha planteado la cuestión de precisar la responsabilidad que han tenido ciertas instituciones del derecho del trabajo, como las limitaciones (de carácter administrativo y/o indemnizatorio) al despido, o la rigidez de algunas regulaciones como el tiempo de trabajo, las políticas en materia de salarios mínimos, las prestaciones por desempleo, el poder sindical, etcétera. Este enfoque, imbuido de las tesis neoliberales en boga en círculos académicos y políticos, ha enfrentado sin éxito la confrontación con experiencias de desregulación de la contratación laboral. En países como Argentina y Colombia –que conocieron sucesivas reformas laborales que facilitaron la entrada y salida de la relación de trabajo-, o como Uruguay -donde el Estado se abstuvo de su tradicional participación en la negociación colectiva salarial-, las modificaciones en la legislación o la política laboral, lejos de reducir el desempleo, han producido mayor precariedad en las relaciones preexistentes. Otras interpretaciones adjudican el desempleo rampante a la disminución del crecimiento económico, la evolución de los modos de producir, la apertura de la economía en sectores tradicionalmente protegidos, etcétera, y dan así un abordaje más global al tema, lo que coadyuva en la adopción de medidas también más coherentes con la naturaleza del problema.

A. Crecimiento y empleo

En todo caso, corresponde interrogarse si el crecimiento económico provoca necesariamente un aumento del empleo.

Algunos estudios³ aseguran que muchas pruebas empíricas en países de la Unión Europea demuestran que el progreso económico veloz produce un rápido crecimiento del empleo, aunque en el largo plazo la relación -al parecer- sea menos consistente; esto indica que otras variantes son más decisivas para explicar sus distintos resultados en materia de empleo.

³ Boltho, A., y Glyn, A. (1995), "¿Hay alguna política macroeconómica capaz de crear empleos?", Revista Internacional del Trabajo, vol. 114, pp. 4-5.

Otro mecanismo sobre el cual no hay acuerdo -y que es objeto de fuertes controversias en el nivel de proyectos políticos- es el de generar empleo a través del aumento del gasto público, con la creación de puestos de trabajo en forma directa. Los críticos de estas propuestas señalan que hacen inevitable el aumento de la presión fiscal y que por ello no son medianamente sustentables.

Sin embargo, es menester señalar que, por lo general, se subestima en este tipo de análisis que el costo neto del gasto público adicional destinado a crear empleo resulta -para el contribuyente- inferior al costo bruto, ya que los trabajadores asalariados "devuelven" parte del costo mediante el pago de impuestos y cuotas de seguridad social, y disminuye así en aproximadamente un tercio el total de la inversión en puestos de trabajo. Por otra parte, si el trabajador en cuestión estaba amparado en mecanismos de cobertura del paro forzoso, la pérdida del subsidio se traducirá también en un costo menor para el Estado.

B. Incentivos y efectos de la inversión extranjera

Muchas políticas de empleo en países subdesarrollados han consistido en el incentivo a la inversión extranjera. Si bien es cierto que las empresas multinacionales están registrando fuertes tasas de crecimiento, sus inversiones se concretan en pocos países: los diez primeros receptores de inversión directa extranjera suman casi 80% del total del Tercer Mundo en 1993; si bien en conjunto suman 73.000.000 de puestos de trabajo, significan sólo 3% de la fuerza de trabajo mundial, aunque comportan 20% del empleo remunerado no agrícola en países desarrollados y algunos en desarrollo.⁴

El atractivo de los países en desarrollo no reside ya como antaño en la existencia de amplios mercados protegidos, con mano de obra barata y recursos naturales explotables, al estilo del descrito en *Las venas abiertas de América Latina*. La vieja visión de las "ventajas comparativas" va dejando

⁴ Lall, S. (1995), "Opciones políticas para que la inversión extranjera impulse el empleo", Revista Internacional del Trabajo, vol. 114, pp.4-5.

lugar a conceptualizaciones más complejas, como la de “ventaja competitiva”, que integra diversos factores tales como los tecnológicos, financieros, comerciales, gerenciales y productivos para comportar una posición favorable en el contexto comercial internacional. Aparte de las condiciones propias del país, dice Lall, “los factores que más inciden en la entrada de inversiones directas extranjeras son la estabilidad política y económica, una actividad favorable a la empresa privada, la existencia de buenas infraestructuras, una gestión macroeconómica estable, normas claras y transparentes para los inversores y, finalmente, un régimen comercial e industrial que permita a las multinacionales operar en condiciones internacionales competitivas”.

El efecto del establecimiento de empresas multinacionales en el empleo no es lineal ni necesariamente favorable. Dependerá de que la inversión se sitúe en la adquisición de un establecimiento existente -por ejemplo, el caso de privatizaciones de servicios estatales- o de la apertura de una nueva unidad productiva. En la primera hipótesis, el cambio de titularidad puede devenir en pérdida de puestos de trabajo, por reajustes determinados por el nuevo gerenciamiento; en la segunda, dependerá a su vez de la estrategia de integración de la empresa,⁵ en tanto ésta pueda mantener contactos y conservar lazos con proveedores o servicios en su casa matriz, lo cual relativiza el efecto positivo en la creación de empleos.

Por otra parte, debe repararse y medir el efecto de las empresas multinacionales en el empleo existente en las empresas locales competidoras, las que pueden ver disminuido su nivel de actividad. En estos casos, el reflejo de la inversión extranjera en los emprendimientos vernáculos se puede polarizar entre un estímulo en la productividad, eficiencia y modernización, hasta el mismo cierre de la firma.

⁵ Campbell, D. (1994), “Inversión extranjera, inmovilidad de la fuerza de trabajo y calidad de los empleos”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 113, p.2.

C. La cuestión tecnológica

Los efectos de la tecnología en el empleo han sido siempre ambivalentes: termina, es cierto, con puestos de trabajo preexistentes, pero crea otros nuevos. Los estudios sobre resultados de la tecnología de la información y comunicación en el empleo los clasifican en: a) efectos directos, referidos a puestos de trabajo creados para la producción y suministro de nuevos bienes y servicios; y b) efectos indirectos: consecuencias en otras empresas y ramas de actividad. No obstante, para algunos autores⁶ resulta difícil hacer un balance de ganancias y pérdidas: en la fabricación de programas informáticos, microelectrónica, etcétera, que producen desempleo en muchas industrias, trabajan millones de personas, lo cual era impensable en el decenio de 1950.

D. Necesidad de una nueva profesionalidad

El impacto de las nuevas tecnologías en relación con las calificaciones que actualmente demandan a la fuerza de trabajo es también debatido. Así se reconoce que el empuje de una innovación tecnológica en equipos o en gestión del trabajo requiere en lo inmediato de ciertas competencias; pero, pasado el ciclo, el saber se estandariza hasta hacerse nuevamente rutinario, hasta que irrumpe un nuevo cambio. Se asistiría así a “ciclos de innovación” que no necesariamente conllevan procesos de formación permanente: en muchos casos no se proporciona estrictamente preparación profesional, sino simples entrenamientos o ajustes a la capacitación.

No obstante, el cambio tecnológico en equipos o en gestión del trabajo destaca el papel renovado de los actores de la relación de trabajo, con especial referencia a la empresa;⁷ tanto es así, que se ha denominado a ciertos procesos formativos de este tipo como “trabajo calificante”. La negociación colectiva ha incorporado la formación profesional como uno

⁶ Freeman, E. y otros (1995), “El auge de la tecnología de la comunicación y sus efectos en el empleo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 114, pp. 4-5.

⁷ Labarca, G. (coord.) (1999), *Formación y empresa: el entrenamiento y la capacitación en el proceso de reestructuración productiva*, Montevideo, Cinterfor-OIT.

de los nuevos contenidos del convenio.⁸ En países como Brasil proliferan experiencias de centros de formación de los empresarios, de los sindicatos, de fundaciones bipartitas y con diversidad de fuentes de financiamiento.

En muchos casos, el enfoque de competencias laborales, que incorpora diversas dimensiones intelectuales y de comportamiento del individuo (capacidad de innovar, de cumplir con los resultados que se espera de su gestión, de resolver problemas) implica una serie de novedades respecto del tradicional abordaje de la calificación profesional, más ligada al puesto de trabajo y a la formación institucional. La profesionalidad de la persona debe permitirle, además, desarrollar mayor nivel de autonomía en su desempeño y el trabajo en equipo, en una concepción que se dirige a una producción flexible y ajustada.⁹

El neologismo "empleabilidad" designa así la potencialidad de la persona de obtener un empleo a partir de una formación profesional atenta a los requerimientos del mundo productivo.

E. El empleo como problema regional

Por último, no debe quedar al margen la consideración de los procesos de integración regional y el tratamiento que desde los mismos se hace del problema del empleo. A priori, la integración en el nivel que sea (zona de libre comercio o unión aduanera), al suponer algún tipo de variación arancelaria a la baja, puede afectar a puestos de trabajo en empresas tradicionalmente protegidas al albur de la "sustitución de importaciones". Con todo, la posibilidad de articular estrategias económicas comunes, de integrar productivamente la región y aun de operar algún tipo de especialización productiva, comporta posibilidades ciertas de aumento del empleo en regiones integradas.

⁸ Ermida Uriarte, O. y Rosenbaum, J. (1998), *Formación profesional en la negociación colectiva*, Montevideo, Cinterfor-OIT

⁹ Cappelli, P. y Rogovsky, N. (1994), "¿Qué calificaciones requieren los nuevos sistemas de trabajo?", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 113, p. 2.

En todo caso, lo cierto es que los procesos de integración regional existentes tienen en el empleo un problema bien presente, ya sea en el nivel de políticas o programas comunes de circulación de trabajadores y formación -como en la Unión Europea-, o en el nivel más declarativo, con la incorporación del empleo como contenido de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

III. Mercado de trabajo y trabajo mercancía

A. Las limitaciones del trabajador libre

Si una economía de mercado al estilo liberal es un sistema económico regido, regulado y orientado únicamente por el mercado, ello implica que toda la producción está destinada a la venta en éste, y que existen, en consecuencia, mercados para todos los elementos de la producción, no sólo para los bienes, sino también para el trabajo.

El Estado liberal adoptó medidas legislativas que contribuyeron decisivamente a facilitar e incrementar la consideración de la fuerza de trabajo como factor de producción que puede contratarse "libremente" en el mercado. Es sabido que entre sus primeras medidas portó un andamiaje legal que permitió abolir las trabas institucionales y consuetudinarias a la libertad de desplazamiento y la disponibilidad del trabajador.

Mercado de trabajo es así entendido como "mecanismo concurrencial, en el cual los términos de cambio -socialmente útiles- del trabajo ofrecido pueden ser obtenidos solamente con negociaciones directas entre los sujetos individuales (empresas y trabajadores) y no mediante los instrumentos de la autotutela colectiva de la oferta".¹⁰

Pero, ante todo, conviene reparar en que el trabajo en su dimensión subjetiva es, ni más ni menos, los propios seres humanos que

¹⁰ Grandi, M. (1997), "El trabajo no es una mercancía: reflexiones al margen de una fórmula para volver a meditar", en: *Evolución del pensamiento juslaboralista*. Estudios en homenaje al Pro. H. H. Barbagelata, VVAA., Montevideo, FCU.

forman la sociedad; incluirlos como mecanismos de mercado supone subordinar a las leyes del mercado la sustancia misma de la sociedad.¹¹ La pretendida mercancía denominada “fuerza de trabajo” no puede ser - dice Polanyi- “zarandeada, utilizada sin ton ni son, o incluso inutilizada, sin que se vean inevitablemente afectados los individuos humanos portadores de esa mercancía peculiar”. Pero aun en la lógica liberal, el postulado según el cual todo lo que se compra y se vende debe haber sido producido para la venta, no se aplica al trabajo humano; no obstante, la necesidad de autorregulación de los mercados ha hecho que el trabajo se valúe de acuerdo con la oferta y la demanda mediante el precio “salario”. El trabajo seña así una propiedad mercantil de la persona, que puede disponer del mismo en forma “libre” en cuanto a su cesión y los términos y condiciones de ésta.

Por ello, mientras la producción podía en teoría organizarse en el Estado liberal mediante la autorregulación del mercado, aceptar la ficción de la mercancía “trabajo” implicaba abandonar el destino de los hombres a las leyes del mercado, cosificándolos. El contramovimiento consistió en controlar la acción del mercado en aquello que concierne a este factor de la producción, por una parte, mediante la acción de los propios asalariados que vieron en la resistencia colectiva un medio eficaz y, por otra, operó el intervencionismo estatal que, a través de diversos mecanismos, procuró “desmercantilizar” el trabajo.

A partir de la fórmula oitiana “el trabajo no es una mercancía” y más particularmente desde la Declaración de Filadelfia de 1944, se desata un proceso que acrecienta la tesis de vincular el trabajo a los derechos fundamentales de la persona.

Hay, entonces, un doble mecanismo que asegura esta especie de sustracción del trabajo humano de los mercados que sostienen la economía liberal: tanto el reconocimiento de los derechos sociales (que habían tenido origen en la no siempre citada Constitución mexicana de 1917), como la paulatina pero persistente construcción durante el siglo XX de una idea de la seguridad social, aparecen como los pilares de esta

emancipación. El trabajo en su sentido objetivo (actividad) y subjetivo (implicación de la persona) es valorado ética y jurídicamente como al margen del juego mercantil.

Pero ese principio de negar valor mercantil al trabajo no debe ser mal entendido, dice Grandi.¹² La formulación no debe traducirse como negación del mercado, “sino negación solamente de la naturaleza mercantil del trabajo; si el trabajo no es una mercancía, el mercado de trabajo es, sin embargo, una realidad”. Pareciera que la enunciación del autor puede hacer naufragar, por confusa, la consideración del trabajo humano como independiente de la acción de la *mano invisible*.

El concepto de desmercantilización¹³ admite, además, otra significación, si se advierte que hace referencia también al grado en que el individuo o la familia pueden mantener un nivel de vida aceptable, independientemente de su participación en el mercado laboral. Prestaciones sociales como las pensiones a la vejez no contributivas o las asignaciones familiares aseguran la atribución de recursos básicos por fuera de la lógica del mercado y de la integración de las rentas del trabajo.

Al respecto, pueden distinguirse dos modelos de política social: el liberal residual, en el cual el Estado tiene una participación asistencialista y subsidiaria en caso de que las familias no puedan obtener los mecanismos de bienestar por sí mismas; o el desarrollista, que impulsa la desmercantilización y eliminación definitiva de la dependencia del mercado. Se trata, en este caso, de limitar razonablemente la actuación libre de las fuerzas del mercado y alcanzar la igualdad sustancial para todos.

Planteos actuales como el “ingreso universal garantizado”¹⁴ extreman la desvinculación de las personas de los mecanismos de mercado e introducen la idea de la desalienación del trabajo dentro de los parámetros de la economía capitalista.

¹² Grandi.M.(1997).op.cit.

¹³ Monereo Pérez, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, España, CES.

¹⁴ Van Parijs, P. (1992), *¿Qué es una sociedad justa?* Buenos Aires, Nueva Visión.

¹² Polanyi, K. (1997), *La gran transformación*. Madrid, De la Piqueta Editores.

En el caso de la Economía Social de Mercado, se recurre a instituciones implementadas en la República de Weimar y en las reformas de Bismark, con la preocupación de generar políticas de pleno empleo “en el entendimiento de que los problemas sociales del individuo sólo se solucionan si participa plenamente del proceso económico de intercambio en la generación del producto bruto”.¹⁵

B. La respuesta normativa

En el origen, la primera respuesta del Estado a la “cuestión social” fue una legislación fraccionada, concreta y asistemática, que reconoció que ciertos aspectos de la relación de trabajo debían quedar al margen del “acuerdo de voluntades” entre el empleador y el trabajador. Se va conformando así una actividad normativa, que reconduce las relaciones sociales en torno al hecho social del trabajo por cuenta ajena de los esquemas jurídicos de cuño civil, a un nuevo ordenamiento en el cual los interlocutores sociales participan decisivamente en su normalización y formalización.

En este esquema el empleo, más que un derecho, es todavía una libertad de la persona.

El proyecto que emerge de este proceso tiene su definitiva consagración cuando se constitucionaliza e internacionaliza el elenco de derechos de la actividad laboral de las personas que trabajan.

Surge así un derecho del trabajo cuyo objeto es la regulación institucional de las relaciones sociales de producción (problemas de la adquisición y uso de la fuerza de trabajo)¹⁶, de carácter ambivalente, en tanto esta función genérica se desdoblará en dos subfunciones que son proteger el trabajo humano y asegurar el modo de producción existente.

IV. El derecho al empleo en el cuadro de derechos sociales

A. Empleo y trabajo, problemas comunes con proyecciones diversas

Etimológicamente, la voz “empleo” deviene del francés arcaico *empleüer*, procedente hacia el año 1140 d.c. del latín *empleiier*, o sea, “meter a alguien en alguna actividad”.¹⁷

En el diccionario de la Real Academia Española, emplear es “ocupar a uno, encargándole un negocio, comisión o puesto”. Trabajo, en cambio, es el “esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza”. Etimológicamente tiene, además, un origen bien distinto, asimilable -según algunos- a cierto instrumento de tormento, el *trípaliu*, lo que denota la idea de esfuerzo, sacrificio, que está en el origen de algunas concepciones sobre el trabajo humano.

En todo caso, surge de esta muy breve indagación que “empleo” puede conceptuarse como el ingreso, el encuadramiento a una tarea, en tanto que “trabajo” es la actividad misma prestada por la persona.

El empleo está, por eso, antes que el trabajo; se trata de un estadio inmediatamente anterior -y por ello bien diferenciable- al desarrollo de la actividad misma. Casi podrían imaginarse estos diversos momentos en una línea de tiempo, que comienza con la disposición de la persona de comprometer su energía de trabajo a un empleador, y culminan con la configuración de una relación permanente, que posee los medios productivos de que carece el trabajador.

Visualizar con precisión estos diversos momentos del íter formativo de la relación de trabajo, permite apreciar y categorizar una serie de problemas que tienen expresiones diversas en cada etapa de la relación laboral. Así, la forma de ingreso, la modalidad de trabajo acordada, la profesionalidad del trabajador, las expectativas de desarrollo funcional,

¹⁵ Lachmann, W. (1995), “Génesis y principios de la Economía Social de Mercado” en: *Seguridad Social en la economía social de mercado*, Bs. As, Ciedla.

¹⁶ Daübler, W. (1994), *Derecho del trabajo*. Madrid, MTSS.

¹⁷ Corominas, J. (1997), *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Madrid.

las tareas comprometidas y los perfiles requeridos en cada caso quedan delimitados en esta etapa liminar. El empleo puede exigir así la presencia de ciertos requerimientos en el trabajador –por ejemplo, en relación con la edad o las calificaciones profesionales– que resulten justificados a los efectos de la actividad laboral concertada; también puede comportar toda una serie de desmedidas imposiciones del empleador que ejercita abusivamente su poder de dirección.

En todo caso, el ingreso (empleo) y la actividad (trabajo) pueden compartir problemas comunes que en algún momento se traduzcan en imposiciones irresistibles para la obtención de un empleo por parte del sujeto hiposuficiente y que, además, signifiquen en la relación de trabajo oportunidades de tomar actitudes violatorias del “contrato” laboral. Así, un test psicológico, invasivo de la intimidad de la persona, atenta contra derechos básicos en la etapa de ingreso a la relación de trabajo (empleo), pero a su vez suministra un caudal de información que el empleador podrá utilizar durante el transcurso de la relación de trabajo, magnificando su poder de dirección hasta hacerlo prácticamente omnicomprensivo.

La regulación de estos aspectos es terreno común tanto del derecho al empleo como del derecho del trabajo, si se considera que existe una responsabilidad del empleador antes de suscribir el acuerdo que da inicio a la relación de trabajo.¹⁸

En un segundo tiempo, cuando el ingreso a la empresa se haya producido, el derecho del trabajo, que no es otra cosa que la regulación jurídica de la actividad humana sometida a la voluntad de vigilancia y dirección del empleador, cubrirá con mayor o menor alcance las distintas manifestaciones de la relación de trabajo. El aparato de inspección de la administración del trabajo y el poder sindical en su caso darán poder coercitivo a las normas de diverso origen que regulen las condiciones en que se presta la actividad.

¹⁸ Barretto Ghione, H., “Capacitación y poderes del empleador: admisibilidad de una responsabilidad precontractual genérica del empresario”, *Revista Derecho Laboral*, T. XLV. No. 207.

Pero este haz de derechos que componen el derecho del trabajo supone el derecho previo de las personas a tener un empleo, o sea, a ingresar a una actividad que les permita obtener márgenes de bienestar mediante la relación de alteridad con un empleador a quien presta su energía de trabajo.

B. Genealogía y estructura del derecho al empleo

Investigar la genealogía del derecho al empleo supone delimitar un objeto preciso de estudio, conformado por una serie de problemas que se presentan a la persona que procura obtener un sustento a partir de una posición original hiposuficiente.¹⁹ En la base estará, por tanto, y en la actual etapa histórica, la necesidad de trabajar.

Si la investigación, estudio y construcción jurídica omiten toda referencia a este período genético de la relación de trabajo y prestan su atención exclusiva al aparato normativo protector del trabajador ya ingresado y sujeto a dependencia del empleador, se habrá salteado toda una etapa que permaneció oculta y, sin embargo, resultó decisiva para la configuración de buena parte de los caracteres y modalidades del contrato de trabajo.

Sería como cuando se entra a la sala cinematográfica con la película empezada.

Replegarse sobre los antecedentes de la relación de trabajo puede permitir observar si se cumplieron acabadamente los derechos de la persona, en tanto la necesidad de trabajar puede haber determinado que haya renunciado a ejercer derechos básicos, haya sido objeto de tratos discriminatorios, o se haya visto compelido a adoptar una modalidad o figura contractual que nada tenga que ver con la realidad, como el caso común de acordar “arrendamientos de servicios” en lugar de los contratos laborales.

¹⁹ Capón Filas. R. (1979), *Derecho laboral I*, Bs. As., Platense.

La pregunta que en algún momento hay que formularse es si este hombre que ha sido "liberado" de sus ataduras corporativas tiene el derecho a obtener un empleo que le permita sustentarse a sí mismo y su familia. ¿Existe efectivamente un derecho al empleo, o sea, a salir de esa posición negativa, de necesidad, hacia un estadio que permita no sólo el sostenimiento, sino también la mayor realización humana?

Esta cuestión ontológica podría resolverse en el campo de sostener que estamos en el partido de la libertad: la persona puede moverse con entera libertad y obtener los ingresos a través de diversas opciones de trabajo existentes (en forma dependiente o autónoma), o recurrir a los mecanismos de seguridad social previstos en el sistema respectivo o aun resguardarse como un "no activo" y quedar fuera del "mercado".

Quedarnos en el costado del empleo considerado como mera libertad remite a la concepción mercantilista del trabajo humano, ya suficientemente criticada.

El derecho, como nota inmanente, agrega una dimensión axiológica a la normatividad de los hechos sociales, ya sea como expresión de una "conciencia jurídica universal", como una construcción cultural determinada o como la expresión de ciertos valores que están por encima de los sistemas positivos. En el concierto de regulaciones del trabajo humano, el derecho, a diferencia de las normas técnicas, induce a las personas a determinadas conductas que se entienden como pertinentes por el conjunto social y dotan de medios para su aplicación coercitiva.

Por ello, no es ni cercanamente suficiente para denotar la existencia de un derecho al empleo referir a la faz negativa del fenómeno, o sea a la cobertura social en caso de desempleo involuntario; tampoco son suficientes los esfuerzos de las legislaciones positivas de consagrar la estabilidad en el empleo, sometiendo a la rescisión contractual laboral a una serie de requisitos tendientes a limitar el poder patronal a las "justas causas" del despido, al estilo del Convenio Internacional del Trabajo No. 158, o induciendo la existencia de un principio de continuidad.

El trabajo continuará siendo una mercancía presa de las contingencias en el mar inmenso de la oferta y la demanda.

Es necesario entonces reforzar la posibilidad de bienestar de las personas mediante la existencia de un derecho al empleo, un derecho previo al estatuto laboral de la actividad. El derecho del trabajo, en cambio, en su corto devenir histórico, se ha desarrollado mediante una profusa legislación, las más de las veces recogida en consolidaciones, códigos o leyes generales. Por ello, Romagnoli²⁰ ha dicho que "el derecho del trabajo ha sido, antes que nada, un derecho del trabajador con empleo a no ser expropiado arbitrariamente del mismo". ¿Pero antes de eso?

En realidad, antes de todo es imprescindible advertir que quien busca empleo está postulando un derecho fundamental.

Se trata de un derecho que tiene la peculiaridad de que genera otros, fundamentalmente en caso de que desempeñe una actividad asalariada. Naturalmente que si cumple un trabajo por cuenta ajena, el derecho al empleo, entendido como un derecho subjetivo a obtener márgenes de bienestar a través de un trabajo, será el instrumento jurídico que encauce mediante diversas modulaciones las condiciones y formas de ingreso a la relación de trabajo y, por tanto, la aplicación misma del derecho del trabajo.

Una vez sometido a la relación de dependencia, los diversos avatares de la misma supondrán la aplicación *in totum* o no del derecho del trabajo y de la seguridad social. Pero, de todos modos y en forma inevitable, el ingreso impondrá la automaticidad de esa regulación y su incumplimiento se transmutará tanto en una ilicitud del empleador que deberá ser sancionada, como en una descalificación del trabajo que la OIT viene denominando "déficit de trabajo decente".

En síntesis, la efectiva "desmercantilización" del trabajo deberá ocurrir cuando a los mecanismos tradicionales de la protección -vía

²⁰ Romagnoli, U. (1998), "Del derecho del trabajo al derecho para el trabajo", Revista Derecho Social No. 2, Albacete.

seguridad social y aplicación del derecho del trabajo- se agregue el derecho al empleo, en tanto derecho que asume la titánica tarea de proteger a la persona en el momento más acuciante de su hiposuficiencia social: cuando todavía no es un trabajador subordinado, y se encuentra al albur del mercado.

El trabajador dependiente estará sustraído del juego de la oferta y demanda de trabajo mediante la acción del estatuto laboral protector (salarios mínimos, limitación horaria, etcétera) y la acción sindical. Si finaliza su vinculación laboral, dispondrá seguramente de otro estatuto protector, como el de los subsidios por desempleo. Pero existe un lugar adonde no llegan el derecho del trabajo, la acción sindical, ni el subsidio por desempleo (y en el cual las políticas públicas y los mecanismos privados de colocación son insuficientes o inadecuados), que es el momento preciso y focal de su mayor demanda de protección. Ese dato social básico que debe ingresar al mundo jurídico bajo la estructura de un "derecho al empleo" posibilitará e impulsará, en su aparente debilidad, la generación y despliegue de otros derechos y relaciones vinculados al trabajo: en la génesis del derecho del trabajo está el derecho al empleo; la inexistencia de éste cuestiona y a menudo impide el surgimiento de la relación de trabajo.

Un ajustado cumplimiento en todos los extremos del conjunto de principios y normas a aplicar en el momento del ingreso incidirá decisivamente en la calificación de la relación como una relación de trabajo decente.

C. Datos para una morfología del derecho al empleo

Las observaciones que vienen realizándose permiten advertir que no basta con enunciar la existencia de un derecho al empleo, sino que el mismo debe completarse con una serie de modalidades o condiciones en su ejercicio, un conjunto de normas y principios que lo perfeccionan y configuran.

Admitido el derecho subjetivo al empleo, resta así indagar en las manifestaciones o expresiones del derecho al empleo en la etapa de

preparación de la relación de trabajo y establecer "cómo" se ejerce el derecho y cuáles son los resguardos de los que puede disponerse para su cumplimiento.

Es necesario, entonces, construir un elenco de normas y principios jurídicos aplicables a este espacio todavía no suficientemente alcanzado por el derecho; una confluencia normativa protectora del pretensor de empleo que configure, en definitiva, una morfología del derecho al empleo, así como el derecho del trabajo está conformado por una serie de derechos que aseguran su goce.

Desde el punto de vista social, el oferente de trabajo y el empleador son las mismas figuras arquetípicas que luego se verán vinculadas por una relación de trabajo, en la cual una de ellas gozará de una protección especial, derivada de su consideración como hiposuficiente. Antes de ello, aparece como un campo baldío, extramuros del derecho, a pesar de que el hiposuficiente demanda una protección igualmente eficaz.

Para conjurar esta situación, el derecho al empleo subsiste no sólo como un derecho subjetivo a un trabajo decente, a ejercer frente a los poderes públicos y frente a los particulares en determinadas situaciones (crisis de la empresa, reorganización productiva, etcétera), sino como una serie de deberes concretos consistentes en:

- a. la no discriminación;
- b. la igualdad;
- c. la protección de los datos personales del trabajador;
- d. el reconocimiento de la profesionalidad del trabajador;
- e. el ejercicio del poder directivo del empleador dentro de límites razonables.

La consideración en particular de cada uno de estos derechos llevaría la cuestión a desarrollos que quedan fuera del objeto de este artículo. Resta por decir que, además de estas normas y principios que tienen consagración en los instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, existen principios generales de toda la estimativa jurídica, como el de

buena fe, que son especialmente eficaces en estos extremos del mundo jurídico.

D. El reconocimiento internacional del derecho al empleo

Es posible que el constitucionalismo social no haya alcanzado todavía este grado de reconocimiento del derecho al empleo.

En efecto, se ha señalado que no existe un derecho subjetivo al empleo sino sólo un interés legítimo del individuo, que depende antes que nada del ejercicio de una potestad de parte del Estado. En el caso uruguayo, la Constitución establece el deber de la colectividad de "procurar ofrecer" un empleo, pero no se consagra el "deber de ofrecer" y, por otra parte, al prever la cobertura de la desocupación forzosa mediante seguros sociales, se aduce que la misma no tendría sentido si realmente existiera un derecho al empleo perfecto y exigible.²¹

Sin embargo, al considerar la obra de la OIT en la materia, el juego de obligaciones de los Estados se ve sustancialmente ampliado. En efecto, la ratificación del Convenio N° 122 sobre políticas activas de empleo hace que el deudor de la obligación de garantizar un empleo productivo y libremente elegido sea el Estado²² y concreta así un derecho no enunciado en la Constitución, pero que tiene diversas vías de entrada a ésta de acuerdo con los mecanismos previstos en cada Carta. La creación de un derecho subjetivo al empleo completa así las figuras normativas del trabajo como un deber social y como una libertad del individuo.

Autores como Barbagelata han aceptado el derecho al empleo como integrante del cuadro de los derechos fundamentales del hombre, incluyendo el derecho al trabajo y a la estabilidad.²³ Entre las proyecciones de estos derechos se encuentra la perentoria creación de instrumentos

necesarios para procurar trabajo a quienes lo necesitan, así como la garantía contra despidos arbitrarios a quienes ya están ocupados. Barbagelata, -por último-, citando a De la Cueva, enumera las conexiones de la estabilidad en el empleo con otros derechos humanos como la igualdad, la dignidad y la libertad.

Otros instrumentos internacionales reconocen la existencia de un derecho al empleo.

El Preámbulo de la Constitución de la OIT incluye la "lucha contra el desempleo" como una de las medidas para mejorar las condiciones de trabajo; la Declaración de Filadelfia, a su vez, reconoce la obligación de la OIT de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan "lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida" y "emplear a los trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común".

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 23, dice: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 6°, desarrolla el tema, al prescribir: los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán las medidas adecuadas para garantizar ese derecho". Otra dimensión del derecho al empleo se encuentra establecida en el artículo 6° del Protocolo de San Salvador, cuando dice: "Los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas que garanticen la plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional(-)"; el artículo 7° agrega: "Los Estados Parte en el presente protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias (...)". Otros instrumentos que reconocen el

²¹ Cassinelli Muñoz, H. (1999). *Derecho Público*. Montevideo, FCU.

²² Ibáñez, Manuel, "El derecho al empleo en el Convenio 122 y en la legislación nacional". *Revista Derecho Laboral*, T. XX, Nro. 108.

²³ Barbagelata, H-H. "Sobre la estabilidad en el empleo", *Revista Derecho Laboral*. T. XXI. No. 111. También: *Derecho del trabajo*, T. I, vol. I, Montevideo, FCU.

derecho al empleo son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos XIV y XXVII), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (artículos 3° y 17°), y la Declaración Sociolaboral del Mercosur (artículo 14°).

V. Interferencias recientes entre derecho al empleo y derecho del trabajo

A. El riesgo de la remercantilización del trabajo

Parece paradójico, pero luego de todos estos desarrollos es posible retornar al punto de partida: el trabajo corre el riesgo de remercantilizarse y el pregonado derecho al empleo está expuesto, a su vez, a ser instrumentalizado para coadyuvar a ese resultado.

La acusación que obra sobre el derecho del trabajo es grave y toca su esencia: la normatividad laboral sería la responsable de fundar algunas rigideces en la contratación que dificultarían la plena efectividad del derecho al empleo. Por ello, para asegurar el derecho al empleo habrá que remover las sucesivas vallas que impone el derecho del trabajo; habrá que asaltar la ciudadela de la protección excesiva de quienes tienen trabajo con el objeto de permitir el acceso de todos al beneficio del empleo.

En lugar de perfeccionar y extremar la exigibilidad del derecho al empleo, se debilita su correlativo derecho del trabajo. El resultado no es otro que la precarización continua, tanto de quien busca empleo a partir de su necesidad, como de quien ya está bajo una relación de dependencia.

El derecho del trabajo es puesto así al servicio de políticas de generación de empleo, y junto a los instrumentos jurídicos tradicionales de exoneración impositiva, protección de inversiones, recapacitación profesional, etcétera, se incluyen las modalidades de contratación laboral "promovidas", como se las llamó en la Argentina, que abren un menú de opciones desreguladas como los contratos con plazo, la disminución de las indemnizaciones por despido, ruptura de los mecanismos de limitación de la jornada, etcétera.

Dice Lyon-Caen ²⁴ que "la interferencia entre derecho del trabajo y derecho al empleo ha sido sobreestimada en Europa; convertir el derecho del trabajo en instrumento de la política del empleo no ha conocido más que el fracaso".

B. El problema de la generación de empleo; acciones normativas desde el Estado y desde los actores sociales. Un ensayo de clasificación

El acuerdo en tomo a la inutilidad de instrumentalizar el derecho del trabajo desregulándolo, para facilitar el acceso al empleo, no debe ocultar que es menester una política legislativa para fomentar o generar empleo.

Se trataría de identificar una serie de mecanismos jurídicos que permitieran la creación de empleo y cumplimentaran el derecho al empleo sin afectar mayormente otros derechos de la actividad laboral.

Sistematizar el universo de medidas normativas dirigidas a fomentar o generar empleo es una tarea casi imposible. A lo sumo, podrán clasificarse de acuerdo con los mecanismos empleados para morigerar el desempleo. Atendiendo a la naturaleza de las materias jurídicas involucradas, pueden distinguirse:

a. Normas de carácter económico y tributario, destinadas a operar en la oferta de empleo.

Esto incluye normas sobre promoción y protección de inversiones, reducción de aportes a la seguridad social, reducción de costos a la producción nacional, medidas de reactivación económica, etcétera.

²⁴ Lyon-Caen, G., "¿Derecho del trabajo o derecho del empleo?", en: *Evolución del pensamiento juslaboralista*.

b. Normas previsionales destinadas a cubrir el riesgo de la desocupación y operar en la capacitación profesional.

Se incluyen en éstas instrumentos como subsidios por desempleo, sistemas de capacitación profesional, trabajos comunitarios, contratos de aprendizaje, etcétera.

c. Normas laborales, destinadas a operar en la inserción laboral, la estabilidad o el tiempo de trabajo.

En estos casos pueden comprenderse las medidas que se aplican a la contratación laboral, como el incentivo al empleo de jóvenes, la contratación con plazo, la introducción de dispositivos que exigen la justificación de los despidos, la creación misma de empleo público, las jubilaciones anticipadas y parciales, los retiros incentivados, la disminución de la jornada de trabajo, etcétera.

En esta sección merece contemplarse con algún detalle el tema del reparto de trabajo, entendido como la redistribución del trabajo entre la población, a fin de reducir la magnitud del desempleo involuntario.²⁵ Abarca medidas tan variadas como la reducción de la jornada ordinaria, la ocupación de puestos en régimen compartido, las licencias prolongadas con o sin remuneración, la limitación de las jornadas extraordinarias, el trabajo a tiempo parcial, el aumento del período de vacaciones, etcétera.

En cuanto a la acción de los actores sociales, podrían sistematizarse las soluciones emergentes de la negociación colectiva, como las previsiones en materia de ingreso al empleo, las formas de desvinculación, las modalidades de contratación, el aprendizaje, el reparto de trabajo, la disminución de la jornada, la rotación en el seguro de desempleo, la implementación de comisiones bipartitas para el estudio y/o consulta en caso de situaciones críticas, etcétera.

²⁵ Roche, W.K., Fynes, B., y Morrissey, T. (1996), "Análisis internacional sobre reparto del trabajo y creación de empleo", *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 115, p. 2.

VI. Conclusiones

1. El reconocimiento del derecho al empleo no ha sido pacífico, en tanto se lo ha utilizado como instrumento para sostener como necesaria la modificación del derecho del trabajo y de la seguridad social en un sentido desregulador, a fin de facilitar el ingreso al empleo a todas las personas.
2. En el pasado, el Estado liberal adoptó medidas legislativas que contribuyeron decisivamente a facilitar e incrementar la consideración de la fuerza de trabajo como factor de producción que puede contratarse "libremente" en el mercado. El trabajo humano se consideró entonces una mercancía más, que circulaba bajo el precio de su reproducción (el salario).
3. A partir de la fórmula "el trabajo no es una mercancía" de la Constitución de la OIT y la posterior Declaración de Filadelfia de 1944, se desata un proceso que acrecienta la tesis de vincular el trabajo a los derechos fundamentales de la persona. Hay entonces un doble mecanismo que asegura la "desmercantilización" del trabajo, sustrayendo la acción humana de los mercados que sostienen la economía liberal: tanto el reconocimiento de los derechos sociales (que habían tenido origen en la no siempre citada Constitución mexicana de 1917), como la paulatina pero persistente construcción durante el siglo XX de una idea de la seguridad social, aparecen como los pilares de esta emancipación. El trabajo en su sentido objetivo (actividad) y en su sentido subjetivo (implicación de la persona) es valorado ética y jurídicamente como al margen del juego mercantil.
4. Una breve indagación etimológica muestra que empleo y trabajo designan fenómenos distintos. "Empleo" puede conceptuarse como el ingreso, el encuadramiento a una tarea, en tanto que "trabajo" es la actividad misma prestada por la persona.
5. Investigar la genealogía del derecho al empleo supone delimitar un objeto preciso de estudio, conformado por una serie de problemas

que se presentan a la persona que procura obtener un sustento a partir de una posición original hiposuficiente. En la base estará la necesidad de trabajar.

Ante todo, es imprescindible advertir que quien busca empleo está postulando un derecho fundamental. Se trata de un derecho que ha sido reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, y que tiene todavía la peculiaridad de generar otros, fundamentalmente en caso de que desempeñe una actividad asalariada. El derecho al empleo genera, además, no sólo el derecho subjetivo a oponer al Estado o los particulares, sino toda una serie de normas y principios auxiliares que conforman su "morfología" (no discriminación, respeto a la profesionalidad, etcétera).

Es necesario, entonces, reforzar la posibilidad de conseguir el bienestar de las personas mediante la existencia de un derecho al empleo, un derecho previo al estatuto laboral de la actividad; de lo contrario, el trabajo continuará siendo una mercancía presa de las contingencias en el mar inmenso de la oferta y la demanda.

6. En el actual debate de recurrir al derecho al empleo para debilitar el derecho del trabajo, se produce el consabido efecto de generar una precarización continua, tanto de quien busca empleo a partir de su necesidad, como de quien ya está en relación de dependencia.



Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES),
Guatemala, C.A.

ASIES es una entidad de servicio, privada y no lucrativa, orientada a la reflexión, la investigación científica y el análisis de la realidad nacional. Trata de estimular la participación ciudadana en los procesos de búsqueda e implementación de soluciones concretas para la problemática del país.

Surgida en 1979 y fundada en 1982, la Asociación de Investigación y Estudios Sociales -ASIES- adquirió personalidad jurídica mediante Acuerdo Gubernativo número 608-88, del 2 de agosto de 1988.

Fines:

- Llevar a cabo investigaciones y análisis de la realidad política, económica-social y cultural del país.
- Promover el estudio, discusión y reflexión sobre los problemas nacionales y sobre aquellos problemas internacionales que afecten al país.
- Contribuir a la formación permanente de los asociados, mediante el enriquecimiento de su caudal de conocimientos científicos.

Funciones:

- Constituir un foro nacional de reflexión y discusión de los fenómenos socio-políticos, económicos, ambientales y culturales que conforman la problemática guatemalteca, mediante la organización de actividades públicas y privadas.
- Mantener relaciones de intercambio y cooperación con entidades públicas y privadas de carácter cultural y científico, tanto nacionales como internacionales.
- Contribuir a la formación de los ciudadanos mediante la difusión de los resultados de sus trabajos de investigación y de análisis de la realidad nacional.

ASSOCIATION FOR SOCIAL RESEARCH AND STUDY -ASIES-

ASIES is a private, non-profit service and cultural entity, dedicated to promote reflexive study, scientific research and analysis of Guatemalan reality. It tries to stimulate the search and implementation of concrete solutions to the country's problems, encouraging citizen participation.

Born in 1979 and founded in 1982, the Association of Social Research and Study -ASIES- acquired its juridical personality by Government Decree No. 608-88, dated August 2nd., 1988.

Purposes

- Carry out research studies and analysis of the political, socioeconomic and cultural situation of Guatemala.
- Promote study, discussion and reflection on national problems, and on those international problems that affect the country.
- Contribute to the permanent qualification of its associates, constantly increasing their scientific knowledge.

Functions

- Constitute a national forum for the discussion and reflection on the various aspects of the Guatemalan reality -socioeconomic, cultural, political and others- through the organization of diverse activities, both private and public.
- Maintain constant exchange and cooperation relations with the public and private cultural and scientific entities.
- Constantly improve the formation of Guatemalan citizens, through the publication and diffusion of the results obtained in its research studies and its analysis of national reality.