

Ética y Derecho del Trabajo

Oscar Ermida Uriarte^(*)

Miembro del Comité Consultivo Internacional de *ius et veritas*

Las relaciones entre la Ética y el Derecho del Trabajo y de la seguridad social han tenido hasta el presente, por lo menos en la bibliografía de Derecho Laboral y Seguridad Social, poco tratamiento, tanto a nivel internacional⁽¹⁾, como en Uruguay⁽²⁾. Sin embargo, puede decirse que “se siente” o “se intuye” la preocupación ética en el Derecho del Trabajo en especial, y en el Derecho en general.

El objetivo de este trabajo es el de destacar el componente ético del Derecho Laboral, del sistema de relaciones laborales y de varios de sus institutos, para luego reflexionar sobre ellos y sacar otras conclusiones, si fuera posible.

A tales efectos se desarrollará el siguiente plan. En la introducción se abordarán aspectos generales que tienen que ver con la situación actual de la Ética en general y de la Ética en el mundo del trabajo. El cuerpo de este estudio se dividirá en dos grandes partes. En la primera, que denominaremos Microética Laboral, se analizará el componente, el fundamento, la significación ética de una serie de institutos concretos de Derecho del Trabajo y de la seguridad social, con especial referencia a los sujetos de la relación de trabajo (empleador y trabajador), al contrato o relación individual de trabajo y a las relaciones colectivas de trabajo. La segunda parte, que denominaremos Macroética Laboral, abordará -o utilizará un enfoque mucho más general para analizar- el contenido y los fundamentos éticos

del conjunto del sistema de relaciones laborales y del Derecho del Trabajo en su totalidad. Dicho de otro modo, se considerarán los grandes principios de estas disciplinas en relación con la Ética⁽³⁾. Finalmente, esbozaremos unas breves conclusiones.

1. Introducción

Mala cosa tener que ocuparse de la Ética, porque generalmente la tendencia a preocuparse por determinados temas se vincula a la sensación de que hay alguna carencia al respecto.

Sin necesidad de entrar a un análisis detenido sobre las relaciones entre Ética y Moral, parece suficiente aceptar, a nuestros efectos, que la Ética es el sustrato filosófico de la Moral, es decir, es la reflexión científica, sistemática, objetiva sobre los valores, sobre el concepto de bien y de mal y sobre la orientación que debería tener, en consecuencia, la conducta humana. Si esto es así, puede compartirse la opinión de que hay más pensamiento ético cuando falla la Moral o se siente algún tipo de carencia moral, e inclusive, podría compartirse la afirmación de que hoy hay Ética porque no hay suficiente Moral⁽⁴⁾.

En esa misma línea, se ha podido decir, ya desde una perspectiva más próxima al mundo del trabajo, que cada vez que las sociedades atraviesan

(*) Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay). Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro Honorario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(1) GRANDI, Mario. *Note su Etica e relazioni di lavoro*. En: *Accademia Nazionale di Scienze Lettere e Arti di Modena, Memorie Scientifiche, Giuridiche e Letterarie*. Serie VIII. Fascículo II. Volumen VI. Modena, 2003. p. 177. Puede consultarse una traducción al español en la revista: *Derecho Laboral*. Número 216. Montevideo, 2004.

(2) MANTERO, Ricardo. *Ética y relaciones laborales*. En: *Revista Judicatura*. Montevideo. Número 40. 1999. pp. 65 y siguientes; y FERNANDEZ BRIGNONI, Hugo. *El contenido ético del concepto de trabajo*. En: *Grupo de los Miércoles. Veinte Estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Alvarez*. Montevideo. 2004. pp. 45 y siguientes.

(3) Parecería que desde el punto de vista sistemático, debería abordarse primero la Macroética Laboral y luego la Microética Laboral. Sin embargo, por razones didácticas preferimos, en esta ocasión, utilizar un sistema de exposición más bien inductivo.

(4) BARYLKO, Jaime. *Ética para argentinos*. Buenos Aires, 1998. pp. 220, 277 y 279.

por períodos críticos en sus aparatos productivos, el tema de la Ética sale a relucir⁽⁵⁾.

2. Descaecimiento de la Ética en general

Desde nuestro punto de vista, parece claro que vivimos unos años de replanteamiento del individualismo y hasta de cierto “maquiavelismo”, de conformidad con el cual importa la eficacia, el éxito, el objetivo alcanzado y no el medio por el cual el mismo se obtiene. Esta situación, propia de lo que se ha dado en llamar la posmodernidad, parece especialmente visible en el campo de la Política y en el de la Economía. La mayor parte de los políticos y de los partidos no proponen lo que creen, sino lo que según encuestas la gente quiere oír; luego, alcanzado el gobierno en función de esa estrategia, se hace otra cosa: lo que efectivamente se quería o lo que otros sugieren o imponen.

También se asiste a la imposición de políticas económicas injustas, que además no obtienen ninguno de los objetivos manifiestamente declarados y se opta por lo que se ha dado en llamar una Economía numérica y no una Economía humanista o finalista. Más aún, se ha afirmado por notables figuras políticas que “hay que dejarse de éticas”⁽⁶⁾ o inclusive, “olvidense de todo lo que escribí”⁽⁷⁾.

Es cierto, sin embargo, que ante este tipo de posturas se aprecian otras, provenientes inclusive del mismo campo de acción. En el año 1992, Gianni Agnelli, el entonces presidente de la Fiat, decía en contra de la corriente que “todos los problemas económicos son de naturaleza ética”, e inclusive, George Soros ha criticado la situación actual en la cual se tiende a una sustitución de relaciones por transacciones⁽⁸⁾.

Ante esa situación, puede decirse que en general, se siente en la comunidad la necesidad de la Ética. Más aún, se ha llegado a decir que hoy “la Ética es la única utopía posible”⁽⁹⁾, a partir de lo cual se postula la necesidad de una revolución ética, de una refundación ética, de una revalorización de la Ética.

Así, experimentamos una crisis moral y una demanda ética. Cuando falta Moral se genera pensamiento ético: se problematiza la Moral, se reflexiona sobre ella, se hacen propuestas a su respecto. Más aún, aunque esto ya sea más discutible, hay quienes sostienen que se está anunciando una evolución del relativismo ético de la mayor parte del siglo XX a la convicción de un modelo racional del bien y del mal, de inspiración kantiana⁽¹⁰⁾.

3. Descaecimiento de la Ética en el mundo del trabajo

La imposición o la propuesta de imposición, según los casos, del modelo neoliberal o posmoderno en el sistema de relaciones laborales y en el Derecho del Trabajo, encierra y supone una situación de descaecimiento ético, de cuestionamiento de los fundamentos éticos tradicionales del Derecho del Trabajo, y por consiguiente, del surgimiento de un sentimiento de vacío en la materia.

Como se sabe, el modelo neoliberal supone la individualización de las relaciones laborales, la no intervención del Estado en las relaciones individuales de trabajo, la intervención restrictiva del Estado en materia de relaciones colectivas de trabajo y la negación de la solidaridad, por la anulación o dispersión de lo colectivo, por la ausencia del Estado y por la privatización de la protección social⁽¹¹⁾. Los efectos de la aplicación de este modelo a las relaciones laborales y el Derecho del Trabajo, han sido la segmentación de la mano de obra, la exclusión de un número muy importante de ciudadanos, la precariedad laboral, la desigualdad, el individualismo, y con un carácter mucho más general, la reiteración, a los efectos de justificar este modelo, de afirmaciones falsas o no demostradas.

No es necesario fundamentar que la reiteración de afirmaciones falsas o no demostradas es una práctica carente de fundamento ético. Sin embargo, es frecuente escucharlas: la legislación del trabajo genera desempleo, la legislación del trabajo

(5) ROMERO MILLANO, Antonio. *La Ética del trabajo: un caso particular en Barquisimeto*. Barquisimeto, 199. p. 14.

(6) BOLAÑA, Carlos. Ministro de Economía del Perú en 1991.

(7) CARDOSO, Fernando Henrique. Al asumir la Presidencia del Brasil.

(8) SOROS, George. *La crisis del capitalismo global*. Traducido al español. Buenos Aires, 1999.

(9) LIPOVETSKY, G. *El crepúsculo del deber*. Traducido al español. Barcelona, 1994. p. 9.

(10) GUARIGLIA, Osvaldo. *Una ética para el Siglo XXI. Ética y Derechos Humanos en un tiempo posmetafísico*. Buenos Aires, 2001. p. 59.

(11) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilidad*. Segunda edición. Montevideo. 2001. pp. 21-24; y *Curso introductorio de relaciones laborales*. Segunda edición. Montevideo, 1996. pp. 318 y siguientes.

aumenta los costos laborales al grado de provocar una falta de competitividad que termina perjudicando a los propios trabajadores por fomentar el desempleo, etcétera. En la actualidad estas afirmaciones se siguen formulando a pesar de demostraciones, prácticas y teóricas, numéricas y racionales, de su falsedad o, por lo menos, de su imposibilidad de demostración.

Se ve también, de manera permanente, una dualidad de criterios tendientes a desfavorecer a los trabajadores o a los derechos laborales frente a los intereses y derechos de otros sectores: cuando el corte de rutas o de calles es realizado por trabajadores, se aplican medidas policiales y decretos de desocupación, que no se aplican cuando estas mismas actividades son realizadas por otros sectores, como ha sucedido en el país con las movilizaciones de los productores rurales contra la política del Estado en materia de aftosa, contra políticas económicas y comerciales del gobierno, etcétera. En el mismo terreno, la política general de priorizar, en primer lugar, el pago de la deuda externa, en segundo lugar el de los demás compromisos de Estado, y en tercer lugar, con el excedente, si lo hay, atender el pago de los salarios y las pensiones, es una opción que aun cuando estuviera impuesta por la realidad económica, carece de todo fundamento ético. ¿Qué sucedería si el trabajador actuara en consecuencia con esos criterios y fuera a trabajar solamente cuando le sobrara el tiempo, después de atender todas las demás actividades propias de su interés?

También la individualización, la insolidaridad, la desigualdad, la segmentación y la exclusión carecen de contenido ético, son resultados o actitudes de bajo contenido ético, a pesar de lo cual son postuladas. Basta recordar acá que Durkheim⁽¹²⁾ sostenía que “es moral todo lo que constituye fuente de solidaridad, todo lo que fuerza al hombre a contar con otro, (...) y la moralidad es tanto más sólida cuanto más numerosos son sus lazos y más fuertes”.

Del mismo modo, la precariedad, la transitoriedad, la inestabilidad, la discontinuidad de

la relación de trabajo, que forma parte de lo que Ackerman ha llamado el “culto de la fugacidad”⁽¹³⁾, asentado en relaciones laborales inestables y en la sustitución de la solidaridad dentro de la seguridad social, tienen una connotación ética negativa.

Corrientes éticas más modernas⁽¹⁴⁾, identifican al bien con la trascendencia, la permanencia, la estabilidad y al mal con la instantaneidad, el no compromiso, la irresponsabilidad, el “no hacerse cargo”. La trascendencia entendida como valor ético supone la responsabilidad o la responsabilización con algo externo a sí mismo, fundamentada científicamente por Einstein en la pertenencia al todo.

Así es que Martín Hopenhaym⁽¹⁵⁾ identifica a la posmodernidad con una suerte de posmoralidad, propia de lo que denomina “fungibilidad universal”: todo es intercambiable, sustituible, descartable⁽¹⁶⁾.

Esta superficialidad o trivialidad, el no comprometerse y el no asumir cargas son, a la vez, causa y resultado de la emergencia de relaciones laborales inestables, precarias o transitorias. Esto corresponde perfectamente a lo que Soros ha enunciado como la sustitución de relaciones por transacciones⁽¹⁷⁾, lo que en clave laboral consistiría en la mercantilización del trabajo, contradiciendo la máxima de la OIT de que “el trabajo no es una mercancía”.

Este bajo contenido ético de la precariedad laboral y de la individualización de las relaciones laborales lleva a su vez al cuestionamiento o negación de la justicia social y de la protección del más débil, bases fundamentales, tanto de la desmercantilización del trabajo como del Derecho Laboral y de la Seguridad Social, instrumentos, a su vez centrales, del Estado Social de Derecho.

Una última manifestación de este descaecimiento ético del Derecho del Trabajo (aunque en este caso no sería un descaecimiento actual, propio de la posmodernidad, sino que sería más bien una inconsecuencia ética permanente, estructural, del Derecho del Trabajo desde sus orígenes) es la equívoca relación entre derechos y acciones laborales.

(12) DURKHEIM, Emile. Citado por BARYLKO, Jaime. *Op. cit.*; p. 153.

(13) ACKERMAN, Mario. *Las reformas laborales en la Argentina y el culto de la fugacidad*. En: *Revista Derecho Laboral*. Tomo XXXVIII. Número 178. Montevideo, 1995. p. 279.

(14) SAFRANSKI, Rudiger. *El mal o el drama de la libertad*. Traducido al español. Barcelona, 2000.

(15) HOPENHAYM, Martín. *Después del nihilismo. De Nietzsche a Foucault*. Santiago, 1997.

(16) LIPOVETSKY, G. *Op.cit.*

(17) SOROS, George. *Op.cit.*; pp. 107-109 y 114.

Mario Elffman⁽¹⁸⁾ ha puesto en evidencia que dados el fundamento, la función y la estructura del Derecho del Trabajo, hay más obligaciones y deberes jurídicos del empleador que del trabajador (lo cual es coherente con el carácter tuitivo y compensador del Derecho Laboral). Sin embargo, dice Elffman, existen muchas más acciones o atribuciones de cumplimiento en cabeza del empleador ante el trabajador, que de este ante el patrono. En efecto, mientras que el empleador cuenta con una gran batería de acciones y prerrogativas para exigir el cumplimiento de sus deberes por parte del trabajador, la situación es exactamente la contraria del lado del trabajador. Buena parte de las acciones del trabajador ante el empleador son de extinción (indemnización por despido, despido indirecto, etcétera), y aquel no cuenta con un número significativo de acciones de cumplimiento en natura que le permitan hacer plenamente efectivos sus derechos.

Parece claro que esta asimetría entre acciones y derechos de algún modo contradice el fundamento ético del Derecho del Trabajo, en un terreno que también tiene una significación ética importante: el de la eficacia de los derechos⁽¹⁹⁾.

4. Definición de la Ética a nuestros efectos

Dejamos de lado toda la teoría general sobre las diferencias entre Ética y Moral, las diversas clases de éticas, etcétera, y nos concentramos en dos constataciones simples: la primera, que más allá del inevitable relativismo, en el fondo todos somos concientes de lo que está bien y lo que está mal, en el fondo siempre es posible calificar éticamente una institución o un comportamiento⁽²⁰⁾; segunda, que desde un punto de vista menos individual, más colectivo y objetivo, la ética es el conjunto de ideas, principios e ideales que una sociedad imagina para sí misma, con el objetivo de afirmar el bien y negar el mal. Así, la Ética trata de relaciones humanas: de qué hace la gente con otra gente. Regula la conducta entre nosotros⁽²¹⁾.

Desde este punto de vista advertimos una clara vinculación de la Ética con las relaciones laborales.

En efecto, las relaciones laborales son vínculos que suponen una ética y que funcionan de acuerdo a ella o la contradicen. De ahí la importancia de la ya adelantada afirmación de Soros en el sentido de que la emergencia de una sustitución de relaciones por transacciones, que en términos laborales podría ser presentada como la sustitución de la relación de trabajo por el mercado de trabajo, supone un vaciamiento ético de las relaciones laborales, del mismo modo que su precarización, si se atiende a la ya adelantada vinculación de la estabilidad con la Moral.

Esta sustitución de relaciones por transacciones, de relaciones laborales por mercado de trabajo, es de por sí un grave problema ético, especialmente desde la perspectiva del Derecho y de lo laboral, ya que “la justicia y la dignidad son axiomas incondicionales por encima de todo valor comparado o comparable, de todo precio de mercado”⁽²²⁾.

5. Microética Laboral y Macroética Laboral

Ya hemos adelantado una breve definición de lo que consideramos Micro y Macroética Laboral a los efectos de este estudio.

En relación con la Microética Laboral, cabe agregar ahora la existencia de conductas concretas, supuestas y deseables en cada una de las partes de la relación de trabajo, en aspectos concretos o específicos de la relación laboral, conductas estas a menudo recogidas, inducidas o impuestas por el Derecho.

Hay conductas supuestas por el ordenamiento jurídico. Si esa conducta deja de verificarse, la norma pierde legitimidad y sentido ético.

Hay otras conductas que son deseables o esperables: la norma trata de imponerlas, de promoverlas y eventualmente llega a sancionar en caso de que no se verifique el comportamiento esperado.

Un ejemplo de conducta supuesta por el ordenamiento, que subyace en el mismo, es la asunción de los riesgos de la empresa por el empleador, ya que todo el resto de la estructura

(18) ELFFMAN, Mario. *Apuntes de una teoría de la responsabilidad laboral* (clases de posgrado en la Universidad de Buenos Aires). Buenos Aires. 2004.

(19) GRANDI, Mario, *Infra nota 7, 7.2.2.*

(20) HABERMAS, Jurgen, *Aclaraciones a la Ética del discurso*, (traducido al español), Madrid. 2000. p. 191.

(21) BARYLKO, Jaime. *Op. cit.*; pp. 277 y 37.

(22) DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*. Traducido al español. Madrid. 1985. p. 14.

En el mismo terreno, la política general de priorizar, en primer lugar, el pago de la deuda externa, en segundo lugar el de los demás compromisos de Estado, y en tercer lugar, con el excedente, si lo hay, atender el pago de los salarios y las pensiones, es una opción que aun cuando estuviera impuesta por la realidad económica, carece de todo fundamento ético.

obligacional del contrato de trabajo se funda y se justifica, como se verá, a partir de esa conducta supuesta.

Ejemplos de conductas deseables o esperables, son, entre otras, las prácticas desleales, la obligación de negociar, las justas causas de despido.

La Macroética Laboral, en cambio, se refiere al sistema de relaciones laborales, o al Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en su conjunto y no a alguno de sus institutos.

Respecto del sistema de relaciones laborales, la Macroética se pregunta si la estructura y funcionamiento del mismo se ajusta a los valores éticos esperados (justicia) y a las bases éticas sobre las que se afirma (ajenidad, autonomía). A partir de la clásica definición del sistema de relaciones laborales, como el conjunto de relaciones que se dan entre los actores de la producción a efectos de distribuir ingresos y poder entre ellos, la Macroética Laboral se pregunta si ese sistema distribuye equitativamente ingresos y poder entre los actores.

Respecto del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Macroética se pregunta si ese segmento del ordenamiento jurídico cumple efectivamente su finalidad valorativa. El objetivo axiológico del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es claramente, la protección del débil en la relación de trabajo, la promoción de la igualdad, la búsqueda de la paz social y de la justicia social, la promoción de la autonomía colectiva, etcétera. Por consiguiente, desde el punto de vista de la Macroética, la cuestión es si el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social cumple efectivamente estas finalidades en un momento histórico determinado.

En la exposición que sigue se analizarán, primero, las cuestiones que plantea la Microética

Laboral; y luego las cuestiones que plantea la Macroética Laboral. Reiteramos que desde el punto de vista sistemático, probablemente hubiera sido preferible invertir ese orden, cosa que en este caso no hacemos para ingresar al tema con observaciones más concretas y pasar luego a un análisis general.

6. Microética Laboral

6.1. Ética del trabajo como ética del trabajador

Max Weber recoge la idea del trabajo como virtud o valor, a partir de lo cual deduce la noción de buen trabajador, la que, como es evidente, tiene un contenido ético fundamental.

De esta concepción ética del trabajo como valor y de ciertas notas del tipo ideal "buen trabajador", es que derivan una serie de deberes y principios jurídicos asumidos por el Derecho del Trabajo en la relación individual del trabajo. En primer lugar, el deber de trabajar, que debería uno preguntarse si tiene como contrapartida en cabeza del empleador el deber de producir y de dar trabajo. En segundo lugar, el principio de buena fe en la ejecución del trabajo, se articula con esa misma noción de buen trabajador. Los deberes de lealtad, colaboración y fidelidad tienen el mismo fundamento, tanto como la prohibición de competencia desleal (sea durante o aun después, por cierto tiempo y en ciertas circunstancias, de la relación de trabajo). Las justas causas de despido y la noción de notoria mala conducta contienen un indisimulable contenido ético, lo mismo que la sujeción del trabajador a las sanciones disciplinarias aplicadas por el empleador. Y sobre todo, las nociones de subordinación y ajenidad, a las que nos referiremos más adelante.

Sin embargo, estas nociones jurídicas que responden a un fundamento ético ya señalado, plantean dos problemas: uno estructural y otro coyuntural. El primer problema, estructural, es que la relación laboral es al mismo tiempo una relación de cooperación y conflicto. No es este el momento de fundamentar la esencialidad del conflicto en las relaciones laborales y en el Derecho del Trabajo; basta recordar que por cierto el conflicto es natural y esencial a la relación de trabajo y está siempre presente, aunque más no sea en estado latente o subyacente. De ahí que los deberes del buen trabajador, que acabamos de mencionar, dejen siempre abiertas la posibilidad de su limitación o interrupción ante situaciones de conflicto.

La segunda dificultad es un problema ético actual, surgido como consecuencia de lo que Barbagelata ha denominado la penuria del empleo. Si no se da trabajo, ¿cómo mantener al trabajo como valor o virtud? Y consecuentemente, ¿cómo mantener el paradigma del buen trabajador y sus deberes de tal? Esta inconsecuencia comienza a aflorar, tanto en el Derecho del Trabajo *stricto sensu* como en la Sociología o Filosofía del trabajo.

Un índice de la emergencia de la referida contradicción puede apreciarse en el campo estricto del Derecho del Trabajo como ciencia jurídica, en aquellas teorías recientes que apuntan a trazar una relación inversamente proporcional entre el deber de lealtad o colaboración y la estabilidad en el empleo⁽²³⁾: es doble exigir menor lealtad o colaboración al trabajador precario o a plazo, que al estable.

Un segundo índice se da en el plano de la Filosofía y de la Sociología del trabajo, en el conjunto de estudios relacionado con el fin del trabajo, que desde el punto de vista ético apunta, entre otros blancos, a la formulación de una valoración del tiempo libre frente a la tradicional ética del trabajo weberiana⁽²⁴⁾.

6.2. Ética de la empresa y del empleador

En la estructura tradicional del Derecho del Trabajo, así como hay una Ética del trabajador, hay también una Ética del empleador. Sin embargo, la Ética de la empresa y/o del empleador plantea dos problemas previos, cuya solución puede poner en duda la moralidad intrínseca de la empresa y de la Economía. Esos dos problemas previos son: ¿cuál es la función de la empresa? y ¿qué es la Economía?

Para avanzar en este plano es indispensable adoptar una posición respecto de la función de la empresa. Su connotación ética, así como la de su titular, el empleador, variará notablemente según que se entienda que la finalidad de la empresa es generar lucro o ganancia, o bien que la finalidad de la empresa es la producción de bienes y servicios para atender necesidades humanas, o bien, finalmente, que la finalidad de la empresa es dar empleo (sobre este último aspecto es necesario recordar que la

expresión “empleador”, con la cual se identifica habitualmente a una de las partes de la relación de trabajo, quiere decir “el que emplea”, o como se utiliza en la doctrina española, el “dador de trabajo”). Parece claro que si se visualiza a la empresa solamente como una fuente de lucro, su significación ética en materia laboral es muy baja, o en todo caso neutra, indiferente. Parece igualmente claro, si se adoptara la segunda posición, que las responsabilidades éticas de la empresa estarían relacionadas más con la sociedad en su conjunto que con el trabajador específicamente. Y parece igualmente claro que si la finalidad central de la empresa o una de sus funciones relevantes, fuera la implícita en la denominación del empleador, en este caso la fundamentación y responsabilidad ética de la empresa incluiría, por supuesto, un papel relevante en el área del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales.

La segunda cuestión previa a la definición de una Ética de la empresa y del empleador es la de la significación de la Economía, terreno en el cual se mueve la empresa.

Ante la pregunta aparentemente banal de ¿qué es la Economía?, Amartya Sen⁽²⁵⁾ recuerda dos sentidos u orígenes. Por un lado la visión aristotélica de la Economía relacionada con el *domus*, es decir la producción y generación de lo necesario para vivir, oponiendo esta concepción económica (como la economía de la subsistencia), a lo que Aristóteles llamaba “crematística”, que tiene que ver ya con la generación de lucro, de dinero, de intercambio, a partir de la acumulación del excedente.

A esta división entre Economía y Crematística, de cuño aristotélico, y a partir de la segunda de estas concepciones, Sen agrega la noción de una Economía técnica, numérica o moderna, como prescindente de la Ética y de sus finalidades trascendentes. Para Sen la Economía se ha empobrecido sustancialmente por su distanciamiento de la Ética, es decir, por preocuparse excesivamente de la eficacia, despreocupándose proporcionalmente de los efectos laterales y de los medios utilizados para obtener los objetivos⁽²⁶⁾.

(23) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el Derecho del trabajo*. Madrid 2001. pp. 25 y 44.

(24) ERMIDA URIARTE, Oscar. *El fin del trabajo y la seguridad social: del seguro de paro al ingreso mínimo garantizado*. En Informe de Seguridad Social. Montevideo 2002. Numero 2. pp. 5-10; MEDICIÓN, Dominique, *El Trabajo*. Traducido al español. Barcelona. 1998; GORZ, André. *La metamorfosis del trabajo*, Traducido al español. Madrid. 1997; CASTEL, Robert. *La metamorfosis de la cuestión social*. Traducido al español. Buenos Aires 1997; RIFKIN, Jeremy, *El fin del trabajo*. Traducido al español. Buenos Aires. 2000.

(25) SEN, Amartya. *Sobre Ética y Economía*. Traducido al español. Buenos Aires, 1999.

El denominado Análisis Económico del Derecho es un ejemplo claro de esta Economía numérica, que tiende a valorar los derechos en función de su costo y de quién lo solventa⁽²⁷⁾: trasposición al mundo del Derecho de esta Economía técnica, numérica o moderna, ya que parece claro, por lo menos desde un punto de vista jurídico, político, filosófico y moral, que los derechos no son solo instrumentos para alcanzar otros fines, sino que muchos de ellos, probablemente la mayoría, son fines en sí mismos y su validez no está condicionada por su costo ni por su funcionalidad económico-numérica. Más aún y superlativamente, aunque no exclusivamente, si se trata de derechos humanos o fundamentales.

El planteamiento de estos dos problemas previos hacen emerger claramente algunas preguntas: ¿hay lugar para la Ética en la Economía?; ¿son Ética y empresa términos irreconciliables?

En nuestra opinión hay un punto de partida básico, axiomático, irrenunciable, que es el reconocimiento del valor del ser humano y de la justicia más allá y antes de cualquier valor de cambio⁽²⁸⁾. Es a partir de esa premisa que puede tratar de distinguirse un contenido exógeno y un contenido endógeno de la Ética empresarial.

El contenido exógeno de la Ética empresarial es el que precisamente le está supraordenado, impuesto desde afuera y desde arriba, por valores superiores. Pertenecen a ese contenido exógeno, superior y condicionante de la empresa, la Ética cívica de la sociedad democrática, la Ética del Derecho en general y del Derecho Laboral en particular, y lo que Adela Cortina llama la Ética posconvencional, compuesta por el conjunto de derechos humanos y fundamentales previos a cualquier norma, acuerdo o convención⁽²⁹⁾.

Por debajo, y condicionado a ese contenido exógeno, puede advertirse un contenido endógeno de la Ética empresarial, que serían aquellos valores internos o propios de la empresa, definidos a partir de la función trascendente o de la misión de la empresa, si la tiene.

Cabe preguntarse si en este contenido endógeno de la Ética empresarial, aparece el deber de producir y/o el deber de dar empleo como contrapartida del deber de trabajar y del deber de colaboración del empleado⁽³⁰⁾.

En todo caso, lo que sí es posible concluir en este punto, es que en tanto haya una Ética de la empresa y del empleador, y en cuanto esta se inscriba en "Éticas" más generales de las que no puede ni debe escapar, entonces sería posible postular la existencia de una serie de obligaciones y responsabilidades éticas empresariales en el campo laboral. Por ejemplo:

- a) producir tendiendo a la satisfacción de necesidades;
- b) dar empleo, el que debe ser digno, apropiado a la calificación del trabajador, etcétera⁽³¹⁾;
- c) respetar las normas laborales y los derechos del trabajador;
- d) respetar "la conciencia moral y cívica del trabajador" (derechos personales inespecíficos, intimidación, pensamiento político, religioso, etcétera);
- e) deber de seguridad;
- f) limitaciones al despido, justas causas de despido, etcétera;
- g) deber de lealtad del empleador ante el trabajador⁽³²⁾.

Si se llega a la conclusión de la existencia de una Ética de la empresa, sería posible sistematizar las obligaciones laborales del empleador a partir de la definición de esa Ética⁽³³⁾.

(26) Podríamos decir que la Economía se ha empobrecido éticamente al pasar de Aristóteles a Friedman.

(27) UGARTE, José Luis. *Análisis económico del Derecho*. Montevideo, 2001.

(28) DERRIDA, Jacques. *Op. cit.*; supra, nota 21.

(29) CORTINA, Adela, *Ética de la empresa*. 5ta. edición. Madrid, 2000. pp. 30-33, 51, 55, 58, 75 y 90, así como 43, 51, 52, 85, 93 y 94.

(30) Claro que esta pregunta solo podría formularse en la lógica de la Ética del trabajador de Max Weber. En cambio, en cuanto el derecho al trabajo es, sin duda, uno de los derechos humanos, siempre podría sostenerse que el empleador tiene obligación de dar trabajo como sujeto pasivo del referido derecho fundamental. Esta obligación pertenecería a la esfera de la Ética exógena y supraordenada; como tal, no sería la mera contrapartida del deber de trabajar o de colaborar.

(31) Infra nota 7, 7.3.

(32) Si hay una noción de buen empleador, de algún modo simétrica a la de buen trabajador, también habría un deber de lealtad, colaboración y fidelidad del empleador con el trabajador (*infra*, MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Op. cit.*; pp. 61 y 62).

(33) Véase por ejemplo THAYER, William y NOVOA, Patricio, *Manual de Derecho del trabajo*. Tomo 2. pp. 373 y siguientes. Deben atenderse, sin embargo, las acertadas críticas de GAMONAL, Sergio. *Ciudadanía en la empresa*. Montevideo. 2004. pp. 78-80.

Los códigos de conducta unilaterales y más ampliamente, lo que se ha dado en llamar “responsabilidad social de la empresa” (códigos de buenas prácticas, balance social, informes de situación social) podrían ser una manifestación de una preocupación ética de la empresa. Sin embargo, cabe preguntarse en qué medida responden, más bien, a una preocupación de imagen o de “marketing”.

Asimismo, el principio de primacía de la realidad, tan propio del Derecho del Trabajo, podría ser visto o aplicado como un correctivo ético de la actitud empresarial, cuando el empleador utiliza documentos o formalidades que esconden una realidad en perjuicio del trabajador y en violación de sus deberes éticos.

6.3. Ética del contrato individual de trabajo o de la relación de trabajo

Si observamos conjuntamente la finalidad protectora y de realización de la justicia social propia del Derecho del Trabajo, la desigualdad de las partes, la implicación personal del trabajador en la ejecución de la relación de trabajo y la continuidad o durabilidad de las relaciones de trabajo⁽³⁴⁾, apreciaremos la especial importancia del contenido ético de la relación de trabajo, que es diferente al contenido ético de un contrato de ejecución instantánea, por ejemplo, la compraventa de un bien⁽³⁵⁾. Es que, precisamente, en la relación de trabajo no se está ante una transacción instantánea sino ante una relación continua, permanente, en la cual además, la prestación principal es personalísima y prácticamente imposible de separar de la propia persona del trabajador.

De ahí la gravedad de la sustitución de relaciones por transacciones, denunciada por Soros⁽³⁶⁾. De ahí también, que el contenido ético de la relación de trabajo se manifieste en obligaciones de las partes que se dan antes, durante y después de la ejecución de la relación de trabajo.

6.3.1. Etapa precontractual

Si bien esta etapa es probablemente la menos estudiada en el Derecho del Trabajo, no cabe duda que tal como sucede en los contratos civiles, en el contrato o relación de trabajo existe una responsabilidad precontractual. La misma es clara en materia de selección de personal, donde rige por ejemplo, el principio de no discriminación, y donde inclusive pueden aparecer obligaciones relacionadas con la formación profesional⁽³⁷⁾. Más aún, la doctrina ha discutido la existencia o no, de parte del trabajador, de un “derecho a mentir”, del aspirante en ocasión de las entrevistas de selección⁽³⁸⁾.

El contenido ético de las obligaciones del empleador y de las correlativas obligaciones y derechos del trabajador en esta etapa precontractual es indisimulable.

6.3.2. Etapa postcontractual

Así como hay obligaciones jurídicas de contenido ético precontractuales, también las hay o puede haberlas en la etapa poscontractual, esto es, después de terminada la relación de trabajo.

La prohibición de competencia desleal en una actividad similar y bajo determinada circunstancias, cuando procede, solo es admisible a partir de una connotación ética negativa asignada a esa actitud.

6.3.3. Ejecución del contrato de buena fe

Si hay una noción jurídica obviamente vinculada con la Ética y en la cual es más evidente su fundamentación moral, esa es la de la buena fe. Sin embargo, es necesario realizar alguna precisión. En particular, parece importante distinguir, como hace Segales⁽³⁹⁾, por una parte, la buena fe en tanto principio general del Derecho todo y del Derecho del Trabajo en particular, a lo cual nos referiremos más adelante⁽⁴⁰⁾, y por otra parte, la obligación contractual de buena fe en la ejecución del contrato.

(34) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op.cit.* ; p. 25.

(35) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op.cit.*; p. 20.

(36) *Supra*, 3.

(37) BARRETTO, Hugo, *La obligación de formar a cargo del empleador*. Montevideo. 2001. pp. 73 y siguientes; GARMENDIA, Mario. *Derecho del trabajo y formación*. Montevideo. 2003. pp. 29 y siguientes; y, *La formación profesional en el Derecho laboral uruguayo*. En: BARRETTO, H., O. RACCIATTI y M. GARMENDIA. “*Derecho de la formación profesional en Uruguay*”. Montevideo. 2003. pp. 191 y siguientes.

(38) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op. cit.*; p. 64.

(39) SEGALES, Jaime. *Nuevamente sobre la buena fe como límite al ejercicio de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral*. En: *Revista de Derecho Social*. Albacete. 2002. p. 141.

(40) *Infra*, 7, 7.2.3.

Es a este aspecto de la buena fe al que nos vamos a referir en este apartado. Y son varias las derivaciones de esa obligación de ejecución de buena fe del contrato de trabajo, que pueden percibirse en las obligaciones de las partes: en primer lugar, lo más difundido, tradicional y conocido: el denominado deber de fidelidad del trabajador. Pero en segundo lugar, también es necesario hacer una referencia, aunque sea breve, a algunas faltas del empleador a su obligación de cumplir de buena fe el contrato de trabajo, a la proscripción del acoso u hostigamiento moral y sexual, a la obligación de capacitar, etcétera.

6.3.3.1. Deber de fidelidad

No es necesario abundar, por bien conocido y desarrollado, en el deber de fidelidad del trabajador. Tampoco es necesario poner de relevancia lo obvio: el sustrato ético de este deber jurídico.

Preferimos aquí preguntarnos si solo el trabajador tiene este deber de lealtad en la ejecución del contrato de trabajo. Tradicionalmente se ha formulado el deber de fidelidad como una obligación casi unilateral del trabajador. Sin embargo, parece posible sostener que la obligación de fidelidad es o debe ser recíproca. Tan es así, que Montoya advierte que hoy se verifica un movimiento pendular tendiente a aligerar el deber de buena fe del trabajador y a realzar el del empleador⁽⁴¹⁾.

Analicemos brevemente esas dos tendencias. La limitación del poder de dirección del empleador es, en rigor, una característica del Derecho del Trabajo. Todo el Derecho del Trabajo es una limitación y/o una racionalización del poder de dirección del empleador. Este rasgo se vería acentuado hoy en día por una tendencia general a la atenuación de la autoridad toda (política, familiar,

educativa, laboral, etcétera), lo que ha permitido avizorar una evolución de la sociedad disciplinaria a la sociedad permisiva⁽⁴²⁾.

En ese marco, la relativización del deber de fidelidad del trabajador sería una consecuencia de una tendencia más general.

Asimismo, se ha llegado a sostener, como ya se adelantó, la existencia de una relación inversamente proporcional entre el deber de fidelidad o colaboración del trabajador y su estabilidad en el empleo⁽⁴³⁾.

Por otro lado, la proclamación de la existencia de un deber de lealtad del empleador, parte del supuesto de que la buena fe no puede ser sino recíproca y que por tanto es indispensable formular la existencia de un deber de cooperación o fidelidad del empleador ante el trabajador. ¿En qué consistiría una base mínima de este deber de lealtad del empleador? Consistiría por lo menos en dar ocupación; en que se trate de una ocupación efectiva y apropiada a las calificaciones y demás particularidades del trabajador; incluiría asimismo, la obligación de procurar o facilitar la adaptación del puesto de trabajo al trabajador y no viceversa, y la obligación de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones típicas, tales como las de pago del salario, información y entrega de certificados⁽⁴⁴⁾.

En esta línea, diversos autores han destacado, entre las obligaciones de ejecución de buena fe del contrato de trabajo, el deber del empleador de capacitar⁽⁴⁵⁾. La obligación de formar, a cargo del empleador, a veces se presenta como una modalidad o complemento del cumplimiento de buena fe de otras obligaciones del empleador o del ejercicio de ciertas facultades⁽⁴⁶⁾, mientras que otras veces constituye un deber autónomo pero fundado en la buena fe⁽⁴⁷⁾.

(41) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Op. cit.*; p. 34. En el mismo sentido: GAMONAL, Sergio. *Op. cit.*

(42) FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*. Citado por MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op. cit.*; p. 43. Sin embargo, nos parece que en esa obra -recopilación de conferencias-, Foucault describe los mecanismos de la sociedad disciplinaria (con especial referencia al "panoptismo"), sin llegar a augurar la tendencia permisiva referida por Montoya, la que -no obstante-, coincidimos con este en que efectivamente se está verificando. En Uruguay, el citado texto de Foucault puede consultarse en la Ficha 224 del Servicio de Documentación en Ciencias Sociales de la Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1990.

(43) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op. cit.*; pp. 44 y 25. *Op. cit.*; supra 6, 6.1.

(44) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op. cit.*; p. 63.

(45) BARRETTO, Hugo. *Op. cit.*; p. 113 y Joaquín, APARICIO, en Prólogo a GARCIAARCE, María Cruz. *Diálogo social sobre formación profesional en España*. Montevideo. 2002. p. 9, v.t. GARMENDIA, Mario, *Op.cit.*; p. 83 y siguientes.

(46) Por ejemplo, el caso citado por Barretto, de la obligación de capacitar apropiadamente cuando se introduce una variante en la prestación del trabajo, que requiere de una cierta calificación para poder desempeñarse en la nueva tarea (*Op. cit.*; p. 103).

(47) El artículo 4.2. del Estatuto de los Trabajadores español recoge claramente esta obligación autónoma de capacitación, cuando establece que "en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (...) d) a la promoción y formación profesional en el trabajo".

6.3.3.2. Otras manifestaciones de la buena fe en la ejecución del contrato de trabajo

Hay varias otras obligaciones o faltas del empleador que reconocen un sustrato ético vinculado con la obligación de buena fe en la ejecución del contrato. Así por ejemplo, la proscripción del acoso u hostigamiento moral en el trabajo (*mobbing*) y del acoso sexual como violaciones de la buena fe contractual.

Del mismo modo, muchas tercerizaciones, recursos a trabajo temporal, a contratos de arrendamiento de servicios o de obra y demás instrumentos de lo que se ha dado en llamar fuga⁽⁴⁸⁾, o expulsión⁽⁴⁹⁾ de trabajadores del área del Derecho del Trabajo, constituyen faltas del empleador a su obligación de cumplir de buena fe el contrato de trabajo.

6.3.4. Despido

Como ya se adelantó, toda la estructura de condicionamiento de la legitimidad del despido a la necesidad de una justa causa, responde a un fundamento ético indiscutible, el que se evidencia hasta en la propia formulación verbal de “justa causa”. Pero es fácil advertir que también la propia figura del despido indirecto supone una connotación ética en el sentido de que se admite la autoproclamación del despido por el trabajador que se siente agredido por una violación a los deberes de la contraparte. Demás está decir que el concepto de despido abusivo denuncia su base ética en su denominación. La obligación de preavisar, allí donde existe, tiene también un contenido ético, en el sentido de descalificar la acción intempestiva.

6.3.5. Condiciones de trabajo

La función básica del Derecho Laboral de garantizar condiciones de trabajo mínimas, responde claramente a un fundamento ético, expresado por otra parte de manera clara, ya en el Preámbulo de la Constitución de la OIT, que señalaba expresamente la necesidad de garantizar condiciones de trabajo equitativas, para así hacer efectiva la justicia social, la que a su vez se considera requisito indispensable de la paz.

Del mismo modo, conceptos jurídicos tan fundamentales como el de justa remuneración,



descanso semanal, independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador, etcétera, tienen un fundamento ético indisimulable y que no es necesario explicitar.

En la misma línea, la iniciativa desarrollada desde hace algunos años por el Ministerio de Trabajo en España, de elaborar un índice de calidad de vida en el trabajo, denota una misma preocupación.

Y también, la noción de trabajo decente, lanzada y promovida por la OIT desde 1999, que alude a condiciones de trabajo dignas, denuncia en su propia denominación un fundamento ético inocultable.

6.3.6. Ajenidad

La ajenidad es un elemento central de la relación de trabajo y que de alguna manera explica todo el funcionamiento del contrato de trabajo y de las relaciones laborales individuales.

(48) ERMIDA URIARTE, Oscar y Oscar HERNANDEZ ALVAREZ. *Crítica de la subordinación*. En: *Revista Derecho Laboral*. Montevideo 2002. Tomo XLV. Número 206. pp. 233, 234, 236-239, 246, 248 y 250.

(49) GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho civil uruguayo*. Tomo XX. Volumen 2. Segunda edición. p. 269. Nota 2.

Como es bien sabido, la ajenidad se refiere a la distribución de los frutos del trabajo, a cuya producción concurren por igual el capital y el trabajo, a pesar de lo cual al trabajador le corresponde un salario fijo o *forfaitaire*, como le gustaba decir a De Ferrari, mientras que al empleador le corresponden todas las utilidades de la empresa.

¿Cómo explicar esta extraña división de ganancias entre los “socios” de la producción? Porque si capital y trabajo concurren a la producción, lo natural y razonable es que los frutos de la misma se distribuyeran proporcionalmente. ¿Por qué razón no es así?

La respuesta está en la asunción total de los riesgos por el empleador, que es el único sustento ético de la apropiación total del excedente por el capital. En efecto, la única razón por la cual el capital puede apropiarse legítimamente de todas las ganancias y dejar al trabajador solamente el salario pactado, es que el capital ha asumido la totalidad de los riesgos de la empresa y que consecuentemente el trabajador seguirá cobrando aquel salario en los momentos en que la empresa no deje ganancias o genere pérdidas.

Ahora bien, cuando se producen fenómenos tales como la tercerización, externalización, subcontratación, “civilización” (en el sentido de sustitución de contratos laborales por contratos civiles), variabilización del salario (en el sentido de sustitución de partes fijas del salario por partes variables vinculadas al éxito de la explotación), se produce una traslación gratuita de los riesgos de la empresa al trabajador, y con ello una ruptura de la estructura básica del pacto laboral fundacional, por el desconocimiento del fundamento ético del mismo.

6.3.7. Ética de las relaciones colectivas de trabajo

Sin duda es en las relaciones colectivas de trabajo donde -lo mismo que en materia de ejecución de buena fe del contrato de trabajo-, con más evidencia aflora el fundamento ético de algunos institutos.

La proscripción de las prácticas desleales y de los actos de injerencia, tanto como la de los actos antisindicales, denotan desde su propia formulación verbal el sustrato ético que las fundamenta. Y es interesante destacar que aun siendo el de las relaciones colectivas el terreno donde a su vez más aflora la esencialidad del conflicto, igual subyace junto a este una ética de este tipo de relacionamiento, incluido el conflicto. Hay formas leales de conflictuar y formas desleales de conflictuar, de negociar y de actuar; y el Derecho proscribire algunas de ellas y admite o hasta promueve otras.

La obligación de negociar, uno de los requisitos fundamentales para la existencia de una negociación colectiva bilateral y libre, responde claramente a una preocupación ética que se pone más en evidencia cuando este instituto se denomina obligación de negociar de buena fe⁽⁵⁰⁾.

También el derecho de información, aunque de una manera menos obvia, responde a fundamentos éticos. Si bien por lo general ubicamos el derecho de información en el ámbito de la negociación colectiva -y efectivamente, junto con la obligación de negociar, el derecho de información es uno de los requisitos básicos para que pueda haber negociación-, lo cierto es que el mismo se manifiesta en por lo menos tres niveles. Por un lado, hay un derecho de información en el mismo contrato o relación individual de trabajo: el empleador está obligado a informar al trabajador de una serie de condiciones de trabajo, de sus derechos y obligaciones, etcétera. En la negociación colectiva, ya se dijo, el derecho de información es un prerrequisito insoslayable. Finalmente, el derecho de información también se da en las instancias de participación, donde el mismo puede ser visto como uno de los grados de intensidad, por cierto menor, de la participación⁽⁵¹⁾.

En todos estos casos hay un sustrato ético que tiene que ver con la buena fe en las relaciones individuales, con la buena fe en las relaciones colectivas y con el derecho del trabajador a estar al

(50) Nosotros no compartimos la distinción que algunos autores postulan entre obligación de negociar y obligación de negociar de buena fe, y precisamente, por una razón ético-jurídica: no parece totalmente acorde con la buena fe sostener que la obligación de negociar se circunscribe exclusivamente a una negociación ya entablada. Si la negociación colectiva es un derecho fundamental, debe garantizarse su funcionamiento y para ello es necesario que exista una obligación de negociar toda vez que una contraparte suficientemente representativa, convoque a hacerlo. Lo contrario es negar la posibilidad de eficacia de un derecho fundamental, lo cual también tiene una connotación ética relevante, como se indica más adelante. En verdad el primer esfuerzo sincero para llegar a un acuerdo es sentarse a conversar (MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Op. cit.*; p. 102).

(51) VARELA, Raúl H. y Oscar, ERMIDA URIARTE. *Consejos de empresa y comisiones paritarias*. Montevideo, 1978. p. 18 y ERMIDA URIARTE, Oscar. *Participación de los trabajadores en la empresa. Panorama teórico y comparativo*. En: *Revista de Derecho del Trabajo*. Año XLVII. Buenos Aires, 1987. pp. 1794 y 1795.

tanto de las realidades de la empresa en la cual trabaja.

En este último aspecto, el derecho de información, como una forma menor de participación, podría encontrar su fundamento ético en la denominada "Ética comunicativa" de Karl Apel y Jurgen Habermas, según la cual el individuo o el grupo no podrían examinar por sí solos los modos de obrar cuestionados, sino en un análisis con los afectados. De tal forma, solo podrían ser válidas aquellas normas que pudieran recibir la aprobación de todos los afectados a través de una argumentación en la que se exigiera la adopción de roles ideales. Así, en la Ética comunicativa permanecería presente el requisito kantiano de universalización de las normas, pero la razón encargada de analizar dicha universalización sería "una razón dialógica"⁽⁵²⁾.

Esta corriente ética moderna, que de algún modo fundamenta o promueve las políticas de diálogo social, podría también fundamentar la participación del trabajador en la empresa y al derecho de información como una forma de participación. No obstante, nosotros preferimos mantener una fundamentación más tradicional del derecho de participación, y por consiguiente del derecho de información como grado dentro del derecho de participación, el cual a su vez correspondería a un sustrato ético también más tradicional⁽⁵³⁾.

7. Macroética Laboral

En esta parte analizaremos el sustrato ético que informa en general al conjunto de las disciplinas analizadas: tanto el sistema de relaciones laborales como el Derecho del Trabajo y de la seguridad social.

A tales efectos nos referiremos en primer lugar al sistema de relaciones laborales, para en segundo término analizar la misma cuestión en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y finalmente, hacer una referencia al concepto u objetivo de trabajo decente.

7.1. Sistema de relaciones laborales

De conformidad con lo adelantado⁽⁵⁴⁾ y partiendo de la definición tradicional del sistema de

relaciones laborales como el conjunto de vínculos que se da entre los actores de la producción, a efectos de distribuir entre ellos ingresos y poder, de un tiempo a esta parte se viene constatando un cierto malestar doctrinal, una cierta sensación de insatisfacción respecto de las tradicionales variables descriptivas de los sistemas de relaciones laborales.

En efecto, el tradicional cruce de variables tales como intervención autonomía, centralización descentralización, conflicto consenso, que sin duda son particularmente útiles para describir los diversos sistemas de relaciones laborales, luce excesivamente neutra a la hora de procurar una valoración axiológica del funcionamiento de esos sistemas. En efecto, más allá de que sea centralizado o descentralizado, intervenido o autónomo, conflictivo o consensuado, un sistema de relaciones laborales puede ser éticamente admisible o éticamente inadmisibles. En definitiva, se siente la necesidad, no de eliminar estas variables, sino de agregarle otras que sí sean hábiles para determinar de qué manera el correspondiente sistema de relaciones laborales cumple su función, esto es, de qué manera distribuye ingresos y poder entre los actores sociales. ¿Lo hace equitativa o inequitativamente?

Es a partir de esta preocupación que hemos propuesto la formulación de nuevas variables e indicadores que puedan dar cuenta, dentro de un sistema de relaciones laborales, de la vigencia de valores tales como el de la igualdad, la universalidad, la justicia y el respeto de los derechos humanos. Y también, hemos planteado la posibilidad de usar indicadores para la medición de estas variables, tales como: el porcentaje de población asalariada sobre la población económicamente activa, el nivel educativo de la misma, el Producto Bruto Interno per cápita, la distribución del ingreso, la brecha salarial, la cobertura de la Seguridad Social, la rotatividad en el empleo, la duración promedio de los lapsos de desempleo, la duración promedio de los contratos de trabajo, el monto del salario real, la brecha entre salario mínimo y salario medio, la participación del salario en la renta nacional, el acceso a la justicia del trabajo, el porcentaje del presupuesto del Ministerio de Trabajo sobre el total del presupuesto de la Administración Pública, el

(52) HABERMAS, Jurgen, *Op. cit.*; pp. 16, 161 y 163-164.

(53) VARELA, Raúl H y Oscar, ERMIDA URIARTE. *Op. cit.*; pp. 33 y 34 y ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*; pp. 1802-1804.

(54) *Supra*, Introducción, 5.

número de inspectores del trabajo por cada cien o mil trabajadores, el de jueces del trabajo, la duración promedio de los juicios laborales, la ratificación de convenios internacionales del trabajo, la aplicación judicial de pactos y declaraciones de derechos humanos, la tasa de afiliación sindical, la tasa de cobertura de la negociación colectiva y el índice de conflictividad (plantado este último como el número de horas dedicadas al ejercicio del derecho de huelga y no, como se hace a menudo, como “horas perdidas por huelga”, lo que denuncia claramente un prejuicio antihuelga, que sería “parangonable” al prejuicio contra el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental. Nadie toleraría una expresión como “horas perdidas en ejercicio de la libertad de culto”, “horas perdidas en ejercicio de la libre expresión del pensamiento”, etcétera.)⁽⁵⁵⁾.

Muy poco después, en la Memoria del Director General de la OIT a la Conferencia Internacional del Trabajo del año 1999, surge en el ámbito de este organismo internacional la noción de trabajo decente, que responde a la misma preocupación ética y valorativa⁽⁵⁶⁾. Y más recientemente aún, se ha planteado en la doctrina de las relaciones industriales, el concepto de relaciones laborales sanas, idea que refleja la misma preocupación por la calidad del vínculo de trabajo⁽⁵⁷⁾.

7.2. Derecho del Trabajo

Las propias razón de ser y finalidad del Derecho laboral denuncian con claridad su contenido ético básico: justicia, equidad e igualdad.

Ese contenido ético y esa finalidad están insitas en, fundamentan o son consecuencia de los principios básicos de Derecho del trabajo o de las bases de dicha disciplina, así como de los institutos generales que la inspiran en su totalidad.

Entre esos principios básicos de evidente y profundo contenido ético, podemos destacar, entre otros, el principio de justicia social, del cual derivan

las nociones de equidad, protección, igualdad y desmercantilización del trabajo; la noción de orden público laboral y la preminencia de los derechos humanos; el principio general de buena fe; y el ya referido principio de asunción total de los riesgos por el empleador (ajenidad), del cual deriva el instituto de la subordinación del trabajador.

7.2.1. Justicia social, equidad, protección e igualdad

De conformidad con el ya citado Preámbulo de la Constitución de la OIT, no hay paz sin justicia social. La finalidad de la legislación nacional e internacional del trabajo es apuntar a la realización de la justicia social, para lo cual es necesario garantizar, como expresamente establece el mencionado documento, la vigencia de condiciones de trabajo equitativas. De esta simple formulación emerge el principio protector, razón de ser del Derecho del trabajo (al punto tal que en una formulación sintética podría sostenerse que él es el único principio de este ordenamiento jurídico, del cual derivan todos los demás), y el principio de igualdad, objetivo del Estado social de Derecho, del cual el Derecho del trabajo y de la seguridad social es un instrumento cardinal.

Permítasenos aquí un *excursus* sobre el Derecho de la seguridad social, que tiene, igual que el Derecho del trabajo, una finalidad protectora y una finalidad igualitaria, respecto de la cual da un paso más que el Derecho laboral *stricto sensu* ya que, como es sabido, el objetivo del Derecho de la seguridad social incluye la redistribución de la renta⁽⁵⁸⁾. De ahí que Augusto Ventura⁽⁵⁹⁾ destaque lo que él denomina “la impronta ética de la seguridad social”, su carácter fundamental, que es la protección. De tal forma se percibe que la finalidad protectora es idénticamente compartida por el Derecho del trabajo y el Derecho de la seguridad social, aunque tienden a su realización a través de técnicas parcialmente diferenciadas.

(55) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Relaciones Laborales: nuevas variables e indicadores*. En: *Revista Judicatura*. Montevideo, 1999. Número 40. p. 53 y siguientes; y, *Matriz sobre concepto y medición del trabajo decente*. En: “X Encuentro del Grupo Bologna/Castilla-La Mancha (Punta del Este, 1 y 2 de noviembre de 2001), Montevideo, 2002. pp. 92 y siguientes.

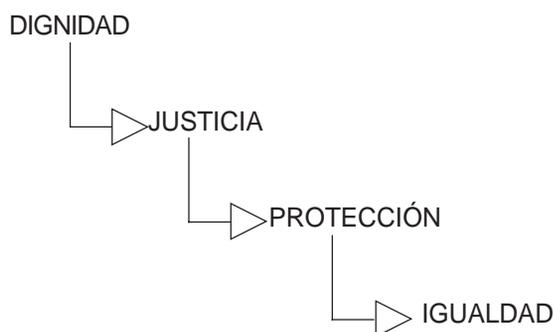
(56) Véase infra, 4.

(57) Expresión de RASO DELGUE, Juan, al referirse a una ponencia presentada en el VII Congreso Europeo de Relaciones de Trabajo, celebrado en Lisboa, en 2004 (WEILER, Anni, *Quality of industrial relations. A conceptual framework and comparative indicators*).

(58) APARICIO TOVAR, Joaquín, *La evolución regresiva de la Seguridad social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo*. En: *Revista de Derecho Social*. Número 19. Albacete, 2002. p. 28.

(59) VENTURI, Augusto. *Los fundamentos científicos de la seguridad social*. Traducido al español. Madrid, 1995. p. 285. De manera parecida se expresa APARICIO TOVAR, Joaquín. *Op. cit.*; p. 25.

Por lo demás, y volviendo al Derecho del trabajo, pero partiendo ahora ya no de los valores específicos de la disciplina, sino tratando de insertar los mismos en la escala general de valores de la humanidad, parece claro que los del Derecho del trabajo derivan del gran principio ético de la dignidad del ser humano. Es de ese valor central y general que deriva el valor de la justicia, ya que como destaca Rawls, la justicia es la principal virtud social, así como la verdad es la virtud del pensamiento. Es para alcanzar la justicia con la que es posible realizar la dignidad humana, que el Derecho del trabajo recurre a la protección o tutela del más débil y es a través de esta misma protección o tutela que se apunta a la realización de la igualdad. De tal forma, cuando la protección apunta a la igualdad, no solo se está realizando el valor superior de la dignidad así como el de la justicia, sino que también se está apuntando a la meta igualitarista de la seguridad social, punto en común entre el Derecho del trabajo y el Derecho de la seguridad social.



En la misma dirección, apunta otro principio central del Derecho del trabajo, formulado originariamente en el artículo 41 de la Constitución de la OIT y posteriormente reformulado en la actual versión de la Declaración de Filadelfia: “el trabajo no es una mercancía”.

Está muy claro que este es un precepto ético. Debería haber dicho “el trabajo no debe ser tratado como una mercancía”. En rigor, esta era su formulación original en el artículo 41 de la Constitución de la OIT de 1919, que fue sustituida por la actual de la Declaración de Filadelfia, con la

que se propuso realizar una formulación fáctica, la que le daría, presuntamente, mayor eficacia. En rigor, el significado de esta expresión no es la de que en los hechos el trabajo no es una mercancía, ya que de facto todos, o por lo menos muchos, vendemos nuestro trabajo para sobrevivir, sino que el trabajo no debe recibir el mismo tratamiento de las mercancías. Así, este principio resume la filosofía del Derecho del trabajo: sustraer al trabajo humano del mercado, porque es imposible separar al trabajo de la persona de quien lo presta. A diferencia de lo que pasa con otras mercancías, que es posible distinguirlas con bastante perfección de la personalidad de su titular, el trabajo es inescindible de la persona que lo presta (a eso se hace referencia cuando se habla del “involucramiento personal del trabajador”). Por eso, la filosofía del Derecho del trabajo y la de la no mercantilización del trabajo humano, apuntan a la realización en el ámbito laboral de la gran virtud ética de la dignidad humana.

Cabe reconocer que asiste razón a Mario Grandi cuando, a partir de este punto, denuncia una inconsecuencia técnica del Derecho del trabajo, el cual luego de postular la sustracción del trabajo respecto del mercado, termina aplicando técnicas de mercado a la prestación de trabajo humano⁽⁶⁰⁾. En efecto, luego de haber proclamado como sentencia cardinal que “el trabajo no es una mercancía”, el único mandato coherente dirigido al trabajador debería haber sido el de “tú no te puedes vender”. Sin embargo no es esto lo que hace el Derecho del trabajo, sino que en rigor, el mandato que le dirige al trabajador es “tú no te puedes vender por menos de tanto” (salario mínimo), “tú no puedes vender por más de tantas horas al día” (limitación de la jornada), “tú no puedes venderte por más de tantas horas por semana” (descanso semanal), y así sucesivamente. Agrega, claro, el Derecho del Trabajo: “si lo haces, ese acto será nulo”, de donde surgen las nociones de orden público e irrenunciabilidad.

7.2.2. Orden público laboral y derechos fundamentales

Como se sabe, el orden público está constituido por aquellas normas imperativas e indisponibles que consagran derechos, principios

(60) GRANDI, Mario. *Op. cit.*; p. 179 y siguientes. Véase también del mismo autor: *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 Profesor Héctor-Hugo Barbagelata”. Montevideo, 1997. pp. 189 y siguientes.

y valores básicos de la comunidad. Dentro de esa noción general de orden público se ubica, con bastantes particularidades, el denominado orden público laboral u orden público social, constituido por las normas laborales que tienen aquellas características y que, en atención a la realidad que regulan (desigual e injusta), funcionan de manera especial o diferente: condición más beneficiosa o criterio de la conservación y norma más favorable o criterio del sobrepajamiento.

Como señala Mario Garmendia, este carácter imperativo y/o de orden público del Derecho del Trabajo “aporta un inestimable componente ético a la disciplina, que queda ubicada así en una dimensión conceptual superior a la meramente dimanante de la normativa legal positiva”⁽⁶¹⁾. A tal punto, que el orden público laboral constituye “una reserva ética fundamental” del Derecho del Trabajo⁽⁶²⁾.

Ahora bien, ¿dónde está recogido, dónde está consagrado ese orden público laboral, ese componente ético inestimable, esa reserva ética fundamental, por eso mismo imperativo e irrenunciable? En todas y en cualquiera de las normas laborales, pero sobre todo y muy especialmente en aquellas que reconocen derechos humanos o fundamentales y, particularmente, en las normas constitucionales e internacionales que por su jerarquía están supraordenadas al resto de las normas nacionales. La ya mencionada Adela Cortina⁽⁶³⁾ admite la existencia de una “Ética posconvencional” de los derechos humanos: “las sociedades poscapitalistas han alcanzado en el plano moral lo que se llama el nivel posconvencional, en el que no se considera justo lo que se adecua a las normas de una sociedad concreta, sino a principios universales, a los derechos humanos y valores superiores”.

Como se ve, aquí se está reconociendo la existencia de un orden público laboral internacional, de un conjunto de derechos fundamentales, parte de los cuales son derechos laborales que pertenecen a la categoría del *jus cogens*, tendiente a constituir un Derecho Universal de los Derechos

Humanos: el conjunto de derechos laborales contenidos en los grandes pactos y declaraciones de derechos humanos (orden público internacional laboral), en la parte dogmática de las constituciones (orden público nacional laboral) y en el bloque de constitucionalidad⁽⁶⁴⁾, en el cual se produce una sinergia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en materia de derechos humanos.

Este conjunto o “núcleo duro” de derechos laborales indisponibles y de nivel superior, por ser parte de los derechos humanos y derechos fundamentales, tiene dos connotaciones fundamentales a nuestros efectos: por un lado ostenta un fundamento ético indisimulable y por otro constituye lo que podríamos llamar el núcleo duro del Derecho indisponible.

En primer término, cabe constatar que la existencia de este importante grupo de derechos laborales que son derechos humanos, señala la raigambre ética del Derecho laboral y el fundamento ético del mismo.

Más aún si se acepta con la doctrina más moderna y recibida, que los derechos humanos en su conjunto, incluidos, y especialmente, los sociales, responden a un claro fundamento ético que es la dignidad humana, valor que hoy tiende a reconocerse como la cúspide de cualquier escala axiológica. Es ese valor supremo de la dignidad humana el que exige la igualdad de condiciones entre los seres humanos, igualdad de condiciones incluso para elegir, para ejercer la libertad, de donde se deriva, asimismo, la constatación de que los derechos sociales tienen el mismo origen axiológico que los demás derechos humanos: la dignidad del ser humano, la inviolabilidad de la persona⁽⁶⁵⁾.

Paralelamente, se ha propuesto dar un paso más: no solo admitir que la Ética es el fundamento de los derechos humanos, sino reconocer que además, hoy, los derechos humanos se perfilan como el contenido de una Ética mínima universal⁽⁶⁶⁾.

De tal forma se verificaría entre Ética y derechos humanos una especie de círculo virtuoso: la ética a partir de sus valores supremos (la

(61) GARMENDIA, Mario. *Orden público y Derecho del trabajo*. Montevideo, 2001. p. 100.

(62) *Ibid.*; p. 147, así como pp. 35-37 y 43 y 44.

(63) CORTINA, Adela, *Op. cit.*; p. 85.

(64) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales*. En: *Revista, Derecho Laboral*. Montevideo. 2004. Tomo XLVII. Número 214. p. 213 y siguientes.

(65) Véase: NINO, Carlos S, quien hace hincapié en que los derechos humanos son una institución que deriva de la Ética. *Ética y derechos humanos*. 2da. edición. Buenos Aires, 1989.

(66) GUARIGLIA, Osvaldo. *Op. cit.*; pp. 8, 9, 59, 66, 67 y 75.

dignidad humana y la justicia), fundamentaría en el plano jurídico la noción de derechos humanos o fundamentales; paralelamente, los derechos humanos tenderían a erigirse en el contenido mínimo de una Ética universal.

Podríamos sentirnos tentados a complementar, con cierto optimismo, la ya referida afirmación de Lipovetsky de que la Ética sería, hoy, la única utopía posible, agregando que los derechos humanos serían, hoy, el contenido ético mínimo de una utopía posible.

La segunda connotación fundamental del reconocimiento de la existencia de un conjunto de derechos laborales que forman parte de los derechos humanos y fundamentales, y del paralelo reconocimiento de que los derechos humanos constituyen un mínimo ético y jurídico indisponible, es la de fundamentar la propuesta de desarrollar un “pensamiento fundado en esos derechos”⁽⁶⁷⁾. En efecto, si los derechos humanos -entre los cuales figura un relevante número de derechos laborales-, son el mínimo jurídico y ético indisponible, lo que hemos dado en llamar el “núcleo duro” del Derecho, entonces es indispensable que toda operación jurídica, toda interpretación jurídica parta de esos derechos.

Como señala Antonio Baylos Grau⁽⁶⁸⁾, se hace necesario invertir la lógica jurídica que a menudo hemos aplicado. Por ejemplo, se ha invertido muchas más neuronas, tinta y papel en el estudio del despido que en el estudio del derecho al trabajo, cuando en rigor debió haber sido exactamente al revés. El despido es una atribución patronal reconocida por necesidades prácticas de gestión de la empresa, pero no figura en ningún elenco de derechos humanos. El que sí figura en casi todas las proclamaciones de derechos fundamentales es el derecho al trabajo, y a veces, hasta el derecho a la protección contra el despido.

Algo similar ha sucedido con los límites al derecho de huelga y con la preocupación por las referidas “horas perdidas por huelga”.

De esta necesidad de desarrollar un pensamiento fundado en derechos, hay manifestaciones precisamente en las técnicas interpretativas de los derechos humanos. La interpretación más favorable a la realización del derecho y no a su limitación, presentada a veces como el *in dubio pro persona* o *in dubio pro libertate*, así como el principio de la aplicación directa de los derechos humanos, son técnicas claramente funcionales al desarrollo de este pensamiento fundado en derechos.

Cabe agregar que el principio de la aplicación directa de los derechos humanos apunta a la mayor eficacia posible de las normas constitucionales e internacionales que positivizan estos derechos, lo cual también responde a una preocupación ética, ya que como bien se ha dicho, la eficacia -o la búsqueda de la eficacia- es, también, una cuestión ética⁽⁶⁹⁾. Porque los derechos humanos son la “traducción jurídica” del valor básico de la Ética personalista, que es la dignidad del ser humano y por lo tanto, hay un “imperativo categórico” en la realización efectiva de esos derechos.

7.2.3. Buena Fe

No nos referimos aquí a la obligación de buena fe en la ejecución de las obligaciones o en la ejecución del contrato individual de trabajo⁽⁷⁰⁾, sino al principio general de buena fe que informa a todo el Derecho y por tanto, también al Derecho laboral.

Este principio general de buena fe forma parte del componente ético del Derecho todo⁽⁷¹⁾, al punto de constituir uno de los “criterios éticos de validez jurídica”⁽⁷²⁾.

La conexión de la buena fe con la Ética es tan obvia como firme o sólida. Por una parte, la buena fe es un factor de moralización del derecho que apunta a la justicia⁽⁷³⁾. Asimismo, la buena fe se remonta a los más antiguos y persistentes preceptos jurídicos, como por ejemplo y obviamente, el de *pacta sunt servanda*.

(67) SEN, Amartya. *Trabajo y derechos*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra. 2000. Volumen 119. Número 2. p. 133. En el mismo sentido, BARRETTO, Hugo. *Op. cit.*; pp. 24 y 59-61.

(68) BAYLOS GRAU, Antonio. *Por una (re)politicización de la figura del despido*. En: *Revista de Direito do Trabalho*. Sao Paulo. 2002. Año 28. Número 106. pp. 133 y siguientes, esp. p. 135.

(69) GRANDI, Mario. *Op. cit.*; p. 179.

(70) *Supra*, 6, 6.3.3.

(71) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Op. cit.*; pp. 9-13.

(72) ESSER. Citado por MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Op. cit.*; p. 10.

(73) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Op. cit.*; p. 84.

En sede específica de Derecho laboral, la buena fe y la Ética a la que aquella responde, tienen una importancia especial, en atención a la finalidad protectora y de justicia social del Derecho laboral, a la ya referida implicación personal del trabajador, a la durabilidad de la relación de trabajo⁽⁷⁴⁾ y, en nuestra opinión, a la desigualdad de las partes. En efecto, es la constatación de la desigualdad de las partes en la relación de trabajo y de la inevitable implicación personal del trabajador en la ejecución de la misma, la que impone como un imperativo ético categórico la finalidad protectora del Derecho del trabajo y la preferencia por la duración o continuidad de la relación laboral.

7.2.4. Ajenidad y subordinación

Ya se mencionó⁽⁷⁵⁾ en qué medida la ajenidad supone como principio estructural de la relación de trabajo, la asunción total de los riesgos por el empleador, o la ajenidad de los riesgos para el trabajador.

Corresponde aquí destacar, en primer lugar, que este principio no solo estructura a la relación de trabajo en sí misma sino al Derecho del trabajo todo. Es por tanto, un principio general del Derecho del trabajo y no solo una nota caracterizante de la relación de trabajo.

En segundo lugar, hay que señalar que la ajenidad es el fundamento de una de las notas que tradicionalmente se ha considerado caracterizante de la existencia de contrato o relación de trabajo: la subordinación jurídica. En efecto, el trabajador está subordinado al empleador precisamente porque este asume la totalidad de los riesgos de la empresa. De lo contrario, sería absolutamente inadmisibles la existencia de un poder privado de dominación de un sujeto sobre otro. La única forma de legitimar el poder de dirección del empleador (cuya contracara es la subordinación jurídica del trabajador), radica en la asunción total de los riesgos por el primero. Solo si se da este requisito es razonable atribuir a quien asume la totalidad de tales riesgos el poder de dirigir la actividad que desarrolla quien no los asume.

Pero claro, a partir de la admisión de la ajenidad, del poder de dirección, y

consecuentemente de la subordinación, se hace necesaria la protección del sujeto subordinado y emerge, asimismo, la responsabilidad del empleador por el ejercicio del mencionado poder.

Ajenidad, poder de dirección, subordinación, protección del trabajador y responsabilidad del empleador, es una cadena conceptual inevitable y de hondo contenido ético, ya que por una parte solo la asunción total de los riesgos por parte del empleador justifica su apropiación originaria de las utilidades, como, al mismo tiempo, esa ajenidad es la que determina la subordinación y esta la que exige la protección que define al Derecho del Trabajo.

Ajenidad	Poder de dirección	Subordinación	Protección del trabajador
----------	--------------------	---------------	---------------------------

7.2.5. Derechos y acciones

También aquí cabe una remisión a la inconsecuencia ética constatada en la circunstancia de que, si bien el Derecho del trabajo, en concordancia con su finalidad, reconoce muchos más derechos al trabajador que al empleador, no acompaña este reconocimiento con acciones de cumplimiento en natura en cabeza del trabajador, reconociendo en cambio, un número grande de acciones y atribuciones de cumplimiento a favor del empleador⁽⁷⁶⁾.

Esta inconsecuencia ética es relevante porque afecta la eficacia de los derechos consagrados, y como ya se ha dicho y reiterado, la eficacia de los derechos es también una cuestión ética central⁽⁷⁷⁾.

Otra inconsecuencia ética mucho menos relevante por cierto, es la que de acuerdo a todos los sistemas del Derecho del Trabajo del mundo, el trabajador realiza primero su prestación íntegra y luego cobra su salario, esté remunerado por día, por semana, por mes, por pieza o de otro modo. Está claro que esta norma responde a conveniencias prácticas indiscutibles, pero es igualmente clara su inconsecuencia ética.

En todo caso y refiriéndonos sobre todo a la preocupación por un adecuado equilibrio entre derechos y acciones de cumplimiento, o sea, entre

(74) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op. cit.*; pp. 19 y 20.

(75) *Supra* 7, 7.3.6.

(76) *Supra*, introducción, número 3.

(77) GRANDI, Mario. *Op. cit.*

reconocimiento de derechos y garantía de eficacia de los mismos, se hace necesario corregir el déficit que se verifica en el Derecho del trabajo en esta ecuación.

7.3. El concepto del trabajo decente.

Como ya se dijo, la noción de trabajo decente tiene su origen en la Memoria del Director General de la OIT a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, la que lleva precisamente el título de *trabajo decente*.

Trátase de un *slogan*, de un concepto integrado, de un objetivo para la acción, o de todas esas cosas a la vez, la noción de trabajo decente contiene dos énfasis importantes: en primer lugar denota una clara preocupación ética y en segundo lugar una preocupación por la calidad del empleo. Ninguna de ambas connotaciones es menor. La preocupación ética por el tipo de trabajo remite a las mejores tradiciones del Derecho del trabajo y de la OIT, según ya se ha visto. La preocupación por la calidad del empleo supone un viraje notable luego de 20 o 30 años de preocupación, si no exclusiva, sí hegemónica por la cantidad del empleo. En efecto, agobiados por la penuria del empleo, la OIT, muchos gobiernos y otros actores que inciden en el mundo del trabajo, llegaron a justificar cualquier tipo de creación de puestos de trabajo, con tal que los mismos disminuyeran alguna décima la tasa de desempleo y aún cuando se tratara de lo que en la Argentina se calificaron como “empleos basura” o “empleos chatarra”. La emergencia del concepto de trabajo decente supone una reacción frente a esa situación: por supuesto que es necesario crear empleo; por supuesto que es necesario bajar la tasa de desempleo; pero el empleo a crear tiene que ser un empleo mínimamente digno, las condiciones de trabajo deben ser por lo menos decentes.

Es así que se ha definido al trabajo decente como un trabajo productivo, en el cual se respeten los derechos, y en el cual se goce de protección social⁽⁷⁸⁾.

Es casi innecesario señalar la coincidencia de la preocupación a la que responde esta noción de

trabajo decente, con la que anima la ya referida elaboración de indicadores valorativos en materia de relaciones laborales⁽⁷⁹⁾.

8. Conclusiones

Las siguientes son unas brevísimas conclusiones, por lo demás, esbozadas y abiertas. Si este mismo trabajo, de algún modo es una aproximación al tema, un “trabajo abierto”, mucho más tienen que ser abiertas las conclusiones.

1. En primer lugar cabe constatar, en estos años posmodernos que vivimos, un descaecimiento moral y una correlativa demanda ética, en la sociedad en general y en el mundo del trabajo en especial. Estos efectos éticos en el mundo del trabajo se dan tanto en el sistema de relaciones industriales como en el Derecho laboral y de la seguridad social.

2. En segundo término, nos resulta metodológicamente útil la sistematización del tema en base a las nociones de Microética laboral y Macroética laboral.

En función de la primera es posible identificar aquellos institutos del Derecho del trabajo que poseen un determinado fundamento o presupuesto ético, y a partir de allí analizar la legitimidad de esas instituciones jurídicas cuando falta o cambia aquel fundamento o aquel presupuesto.

Por otro lado, el análisis macroético nos permite poner de relieve las consecuencias o inconsecuencias morales de los diversos modelos de Derecho del trabajo o sistemas de relaciones laborales.

3. En tercer lugar, es posible detectar una revalorización de la ética laboral. En efecto, la emergencia del concepto de trabajo decente en la OIT, la elaboración de un índice de calidad de vida en el trabajo, por parte del Ministerio de Trabajo de España, nuestra propuesta de elaboración de variables e indicadores cualitativos para la descripción de los sistemas de relaciones laborales, la emergencia de la noción de relaciones laborales sanas o de calidad y, sobre todo, el reconocimiento de los derechos humanos como núcleo de una “ética

(78) Véase, entre otros: OIT. *Trabajo Decente*. Memoria del Director General de la OIT. Ginebra. 1999; ERMIDA URIARTE, Oscar. *Trabajo Decente y formación profesional*. En: Boletín de Cinterfor/OIT 151. Montevideo, 2002. pp. 9-14 y ERMIDA URIARTE, Oscar y Fernando CASANOVA. *Formación para el trabajo decente*. Montevideo, 2001. pp. 13-18.

(79) Supra 2 y supra notas 53 y 55. Asimismo, el índice de calidad de vida en el trabajo, elaborado por el Ministerio de Trabajo de España, responde a esa misma coincidencia de tendencias (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Observatorio de relaciones laborales*. Número 36. Madrid, enero 2001).

posconvencional” y de la noción de *jus cogens* u orden público internacional, son todas claras manifestaciones de la reposición de la preocupación ética en la primera fila de las cuestiones propias del Derecho del trabajo y de las relaciones laborales.

4. En cuarto y último término, parece necesario resaltar, tal vez como la más importante de estas propuestas de conclusiones, la erección de los derechos fundamentales como valores y derechos superiores.

La concepción de la Ética como fundamento de los derechos humanos, la noción de los derechos humanos como mínimo común denominador de una Ética universal, y la universalidad del Derecho de los derechos humanos (tanto por su carácter de mínimo ético común, como por el titular de esos derechos que es la persona humana, única e igual donde quiera que esté y cualquiera sea su vínculo

con cualquier Estado), constituyen una cadena conceptual coherente que liga férreamente Ética y derechos.

De ella deriva, además, el postulado metodológico de la necesidad de desarrollar un pensamiento fundado en derechos, que centra el análisis y la interpretación jurídica en el desarrollo de los derechos fundamentales y en su eficacia o aplicación práctica. Si ese objetivo se alcanzara, se estaría garantizando el funcionamiento de un círculo virtuoso, en el cual la Ética daría un contenido básico al Derecho y este, al realizarlo efectivamente, estaría realizando a la vez los postulados éticos indispensables. Se pasaría así de la constatación algo nihilista de Lipovetsky, de que la ética sería la única utopía posible, a la prosecución bastante más alentadora, de los derechos fundamentales como contenido mínimo de una utopía posible. ㊦

