



La «desvinculación asistida» y el derecho al trabajo. El choque entre la *lex mercatoria* y el Estado Constitucional de Derecho

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS
Catedrático de Derecho del Trabajo
Pontificia Universidad Católica del Perú

No me sirve tan mansa la esperanza
Mario Benedetti

FICHA TÉCNICA

Resumen: El estudio tiene como objetivo analizar los fundamentos y alcances del derecho al trabajo y sus garantías, y de la desvinculación asistida, llamada originariamente *outplacement*.

Las reiteradas crisis económicas, el mundo unipolar, las nuevas formas de organización del trabajo y otras causas, han acunado una narrativa de las relaciones laborales, donde la estrella es la desvinculación asistida, entendida como el despido libre con un paquete de beneficios de capacitación y asesoría para la reinserción laboral. El predominio de esta narrativa, además de ideológico, gira alrededor del interés prioritario de la empresa.

En un Estado Constitucional de Derecho, los derechos fundamentales son los valores máximos y su garantía es una característica central del mismo, por lo que el derecho al trabajo –en sus diversas manifestaciones–, debe confrontarse y preferirse ante una institución cuyo único origen es el mercado.

Palabras clave: Desvinculación asistida. Derecho al trabajo. Estado Constitucional de Derecho. Derechos fundamentales. Bloque de constitucionalidad.

Outplacement and right to work. The conflict between the *lex mercatoria* and the Constitutional Rule of Law State

Abstract: The present investigation has as its main objective analyzing the basis and the scope of the labor law and its remedies, as the assisted severance, originally called *outplacement*.

The several economic crisis, the unipolar world, the new labor organization types and other causes, have created a labor relations' narrative where the assisted severance is the main protagonist, understood as the free dismissal with a package that included assisted training and counseling on labor *outplacement*. This narrative's predominance, besides from ideological, spins around the enterprise's priority interest.

In a Constitutional State, the fundamental rights are the maxima and its assurance is a main characteristic of itself. That is why the labor law in its different presentations has to confront and be prioritized on a market-based institution.

Key words: *Outplacement*. Labor law. Constitutional Rule of Law State. Fundamental rights. Constitutionality block.

SUMARIO

- I. MARCO DE REFERENCIA IMPRESCINDIBLE: EL CUERPO Y EL ALMA DEL DERECHO DEL TRABAJO
- II. LA NUEVA NARRATIVA JURÍDICA DOMINANTE, PARTICULARMENTE EL CASO DE LA DESVINCULACIÓN ASISTIDA U *OUTPLACEMENT*



- III. EL DERECHO AL TRABAJO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: ENTORNO, EXPRESIONES Y PROTECCIÓN
- IV. EL DERECHO AL TRABAJO, SUS GARANTÍAS Y SU SUPREMACÍA SOBRE LA DESVINCULACIÓN ASISTIDA
- V. LA IMPOSIBILIDAD DE TRASVASAR LA DESVINCULACIÓN ASISTIDA A NUESTROS SISTEMAS JURÍDICOS Y EL CABALLO DE TROYA

I. MARCO DE REFERENCIA IMPRESCINDIBLE: EL CUERPO Y EL ALMA DEL DERECHO DEL TRABAJO

A lo largo de la historia, las formas de organizar el trabajo y prestar servicios han sido muchas y son cada vez más complejas. Tras la crisis que comienza en la segunda parte de los años 70, las relaciones laborales sufrieron una gran transformación en la década siguiente, de la mano de una revolución tecnológica de inusitadas dimensiones. Así, surge una Nueva Economía basada, en términos de Ojeda Avilés, en «sectores industriales sorprendentes: telecomunicaciones, nanotecnología, biotecnología, producción transgénica, aviónica, genética, ofimática, etc.»¹; esto ha generado una situación inédita, puesto que «nunca antes se había producido tal número de inventos en tan poco tiempo, ni se habían difundido tan pronto, ni había habido tal capacidad de trasladarlos a la economía con semejante rapidez»².

Todo ello, para ir sintetizando una transformación muy compleja y que continúa a una velocidad vertiginosa, ha conducido a diversos cambios en la estructura empresarial y ha dado paso al surgimiento de innumerables pequeñas empresas, que vienen de la mano de nuevas formas de organización de trabajo. Estas formas novedosas no responden al modelo de empresa unitaria sino, más bien, al de empresas en red, donde la subcontratación productiva –como externalización o como cesión de mano de obra–, el incremento de la contratación temporal, los nuevos modos de subordinación, el debilitamiento sindical y de la negociación colectiva, se constituyen en las señas de identidad.

Esta situación se inserta, además, en un proceso de globalización cada vez más acentuado, en el cual la digita-

lización de las empresas es actualmente el icono principal en el mundo empresarial, y el comercio electrónico, una de sus expresiones más connotadas. Esto, sin duda alguna, está produciendo también mutaciones en el empleador y en el trabajador, en el vínculo entre ambas partes, en lo individual y en las relaciones colectivas, y, por supuesto, en el rol del Estado. Así se originan diversos tipos de relaciones laborales que, hasta ahora, no encuentran un nombre o categoría que las englobe, pero que dejan tras de sí una amplia estela de precarización en las condiciones de trabajo, que tiene ya manifestaciones muy claras en Europa.

Todo ello forma parte del cuerpo del Derecho del Trabajo, cada vez más flexible y cambiante, más *líquido* –según la conocida terminología de Zigmund Bauman– y complejo, que necesita una respuesta cada vez más versátil o dúctil desde nuestra disciplina.

Esta situación de permanente y cada vez más rápido cambio, con ser incontrastable, no puede hacernos perder la perspectiva de que quien trabaja es un ser humano ni la conciencia de que lo hace con su cuerpo. Ya en 1927, Otto Sinzheimer nos recordaba que «el trabajo es una energía esencial. Quien trabaja no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar»³. Se trata del ser humano prestando servicios –dicho con todas sus letras–, puesto que cuando se habla de persona se licúa gran parte de su significado concreto y se pasa a un nivel de abstracción que, sin llegar al de persona jurídica, parece reducirlo, como a ella, a un mero centro de imputación de derechos y obligaciones⁴.

Esto es retomado por Supiot⁵, quien –recordando la naturaleza extrapatrimonial que tiene el cuerpo– evidenciaba la antinomia que surge cuando se lo convierte en el (oscuro) objeto del contrato de trabajo. No es posible contratar teniendo por objeto el cuerpo humano; por tanto, para salir de tal contradicción es imprescindible garantizar a la persona seguridad en el trabajo y seguridad por el trabajo. En concreto, hay que salvaguardar no solo la integridad de su cuerpo y su salud, es decir, la aptitud física constante del trabajador, sino también hay que asegurar su subsistencia. Ello contempla el principio general de garantía de los ingresos del trabajador, lo que incluye –qué duda cabe–

1 Ojeda Avilés, Antonio, *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 77.

2 Ídem, pág. 78.

3 Sinzheimer, Otto, «La esencia del Derecho del Trabajo», *Crisis económica y derecho del trabajo*, 1984, pág. 73.

4 En ese sentido, podríamos entender el llamado que, en 1919, hace el Preámbulo de la Constitución de la OIT a «un régimen de trabajo realmente humano».

5 Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pág. 71 y ss.



no solo el pago por los servicios prestados, sino también la continuidad de los servicios, para garantizar los salarios del trabajador.

El espíritu de la regulación no puede ser sino protector del ser humano que trabaja; no puede sino ser tuitivo de sus derechos fundamentales

A ello podríamos agregar el estado de necesidad, que genera en la persona la urgencia de trabajar para obtener los ingresos que permitan cubrir el costo de vivir (del trabajador y su familia), así como la situación de asimetría de poder y de subordinación en que han de prestarse los servicios de trabajo⁶. De este modo podemos concluir que el espíritu de la regulación no puede ser sino protector del ser humano que trabaja; no puede sino ser tuitivo de sus derechos fundamentales; no puede sino imponer cierto equilibrio de poderes, para proteger los valores supremos de igualdad y libertad, *dada la ineptitud radical del contrato para reflejar los dos intereses en juego*, de acuerdo a los gráficos términos de Goldin⁷.

Por todo esto, la Declaración de Filadelfia, que actualizó la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), afirmó sin atenuantes –como principio fundamental en que se sustenta esta organización–, que el trabajo no es una mercancía. En consecuencia, no puede estar sujeto simple y llanamente a las reglas del mercado, sino que debe tenerse siempre presente que quien presta servicios es un ser humano y esta condición entraña, directamente, el respeto de su dignidad y de los derechos que se desprenden de tal naturaleza.

En sustancia, y más allá de los muchos y permanentes cambios en el cuerpo de nuestra disciplina, en lo que se refiere a su espíritu, a aquello que permanece y que le da identidad, el Derecho Laboral o es protector o carece de razón de ser, tal como afirmaba sin concesiones Oscar Ermida⁸, sintetizando de manera insuperable lo que la doctrina

laboral ha sostenido a lo largo del tiempo⁹. Rodríguez-Piñero desarrolla con más amplitud esta tajante afirmación, señalando que «el Derecho del Trabajo ha sido históricamente un instrumento protector de un sujeto, que pone su persona en el centro de la relación contractual y que está subprotegido en el ámbito socioeconómico, y por ello es un derecho redistributivo, respecto a lo que sería someter a la relación contractual a la autonomía contractual, y de hecho a la decisión unilateral del empleador estableciendo garantías y límites frente a ese poder»¹⁰.

Todo esto, además, sin dejar de lado el carácter ambivalente de nuestra disciplina que, de un lado, tiene un marcado carácter pro-trabajador y, de otro, busca funcionalizar el conflicto laboral con el propio sistema capitalista, como ha sido dicho con precisión por Palomeque, al dejar sentado que el Derecho del Trabajo «fue una “solución defensiva”, frente al conflicto estructural desatado entre trabajo asalariado y capital, para su “integración” en términos compatibles con la conservación del sistema económico y social del capitalismo»¹¹.

En conclusión, esta calidad protectora no solo tiene trascendencia personal sino también social: la finalidad de este carácter va más allá de la esfera individual para proyectar sus efectos concretos en la sociedad y en la política, a partir de sus aportes efectivos en el terreno de la justicia social, o de la democracia material, como se le quiera lla-

ro 37, 2011, págs. 15-22.

6 Kahn-Freund, Otto, *Reflexiones sobre Derecho y Poder*, MTSS, Madrid, 2014, pág. 52. Para este autor, la relación entre un empleador y un trabajador es una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (*a bearer of power and one who is not a bearer of power*).

7 Goldin, Adrián, *El Derecho del Trabajo. Conceptos, instituciones y tendencias*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2014, pág. 89.

8 Ermida, Oscar, «Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación», *Derecho & Sociedad*, número

9 Véase: Hueck, Alfredo y Nippeddey, Hans Carl, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 45; Daubler, Wolfgang, *Derecho del Trabajo*, Editorial MTSS, Madrid, 1994, págs. 90-91; Camerlynck, Guillaume Henri y Lyon-Caen, Gerard, *Derecho del Trabajo*, Editorial Aguilar, Madrid, 1974, pág. 24; De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México D.F., 1949, pág. 240; García Murcia, Joaquín, Martín Valverde, Antonio y Rodríguez Sañudo, Fermín, *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, págs. 65-66. Llegando, incluso, a considerarse que el principio protector es el único verdaderamente específico del Derecho del Trabajo, por De la Villa, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (coordinadores), *Los principios del Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, pág. 10; y Ackerman, Mario, «El principio protectorio o de protección», en VV.AA, *En torno a los principios del Derecho del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 2005, págs. 25 y ss.

10 Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, «El Derecho del Trabajo a fin de siglo», *Relaciones Labores*, Tomo II, 1999, pág. 1.

11 Palomeque López, M. Carlos, *Derecho del Trabajo e ideología*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 15.



mar. De allí que sea pacífico en el laboralismo considerar que el contenido laboral de la Constitución es una de las señas de identidad del Estado Social de Derecho¹² –que ahora ha evolucionado a Estado Constitucional de Derecho–, y una garantía de igualdad, de democracia y, en síntesis, de ciudadanía.

II. LA NUEVA NARRATIVA JURÍDICA DOMINANTE, PARTICULARMENTE EL CASO DE LA DESVINCULACIÓN ASISTIDA U OUTPLACEMENT

Actualmente, nos topamos muy a menudo con una nueva narrativa jurídica, que no habla de *trabajadores* sino de *colaboradores*, que no ganan una remuneración sino una compensación y que, entre otros términos, no son despedidos sino desvinculados. Si miramos con atención los términos que se utilizan, veremos que tras ellos hay una visión del mundo del trabajo que rompe con los moldes identitarios del Derecho del Trabajo: se deja de lado la relación desigual, la subordinación y el conflicto de intereses, bases sobre las que se ha construido disciplina, y se nos ofrece una visión sustentada en un interés único a proteger: el de la empresa, su funcionamiento y sus necesidades, al servicio de los cuales deben estar todos los demás intereses inmersos en las relaciones laborales, al margen de su fundamentalidad.

Esto puede verse reflejado con claridad cuando Damián Pierbattisti califica el tránsito de la noción de trabajador a la de colaborador como «piedra angular de lo que llamamos el neoliberalismo en el espacio laboral», y cuando agrega que «la minuciosa y compleja ingeniería social sobre la que descansa la construcción de colaboradores no solo está orientada a producir individuos atomizados que se representen a sí mismos. Esta curiosa personificación, que cristaliza la voluntad del capital de asociar a la fuerza de trabajo a la nueva organización, intenta borrar todo lazo de dominación y de explotación económica bajo la pretendida libertad y autonomía de los asalariados»¹³

(énfasis agregado). En el mismo sentido, Palermo señala que la apuesta por el cambio cultural, desde la perspectiva empresarial, «en donde la “colaboración” y la “paz social” gobiernan, configura un orden laboral donde prevalece la fragmentación entre los trabajadores, la competencia y la alineación al proyecto de la firma»¹⁴.

Si buscamos en nuestro campo de interés un ejemplo que nos ilustre esta nueva narrativa, podemos señalar que en ella «lo relevante no es ya el efecto económico del despido, sino la retórica de la organización de la empresa y los nuevos fundamentos de la autoridad de la misma. Estos se asientan sobre la individualización de la autonomía personal de los trabajadores en torno de un consenso sobre valores aceptados sin cuestionamiento y sin conflicto –puesto que este se niega o resulta invisible–, que resaltan el cambio, la movilidad, la tensión hacia la superación y el ascenso», negando, por cierto, cualquier posibilidad de identidad colectiva «en primer lugar sindical, conceptualizada a lo sumo como una presencia institucional externa». Así, «la soledad del trabajador le sitúa en un espacio de aislamiento sin raíces en la producción, sin encontrar asidero en el trabajo como forma de relación social»¹⁵.

La construcción de esta narrativa es, y no puede ser de otra manera, ideológica, y forma parte de la reordenación de valores e intereses producto del claro predominio neoliberal en la escena mundial desde la caída del muro de Berlín, en 1989. Por su trascendencia, generalización y efectos, a continuación presentaremos las justificaciones de esta narrativa ahora hegemónica, aterrizando en el tema de la desvinculación y su contraste con el derecho al trabajo, en el tercer capítulo.

1. Las justificaciones de la nueva narrativa

El giro del discurso –que partía del reconocimiento constitucional del valor supremo del trabajo para la persona, su ciudadanía e, incluso, para la definición de configuraciones políticas de la sociedad¹⁶–, hacia la narrativa que

12 Blancas Bustamante, Carlos, *La cláusula de Estado Social en la Constitución*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2011, quien afirma rotundamente que «histórica y normativamente, el núcleo de los derechos sociales lo conforman los relativos al trabajo, a tal punto que, con exactitud, se considera la “constitucionalización del Derecho del Trabajo” como la primera, y hasta hoy, la más relevante manifestación del Estado Social de Derecho», pág. 93.

13 Pierbattisti, Damian, «Del trabajador al colaborador: del uso de la teoría del capital humano en el proceso de privatizaciones en Argentina (1990-2001)», *Obser-*

vatorio de la Economía Latinoamericana, número 128, 2010, págs. 15 y 20, respectivamente, <http://www.eu-med.net/cursecon/ecolat/ar/>.

14 Palermo, Hernán, «Los trabajadores y la “seguridad competente”», *Trabajo y Sociedad*, número 18, 2012, págs.185-186.

15 Los entrecomillados corresponden a Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, págs. 36-37.

16 La Constitución italiana, en su artículo 1º, consagra que «Italia es una república democrática fundada en el tra-



pone en el centro a la empresa y al mercado, tiene varios hitos, entre los cuales queremos destacar los que siguen.

Se «culpabiliza» al Derecho del Trabajo de la destrucción del empleo y se le concibe como un obstáculo institucional para una respuesta oportuna y adecuada de las empresas a los retos de la productividad

Para comenzar, debemos traer a colación la crisis de los años setenta y ochenta, en la que se «culpabiliza» al Derecho del Trabajo de la destrucción del empleo y se le concibe como un obstáculo institucional para una respuesta oportuna y adecuada de las empresas a los retos de la productividad¹⁷. Visto esto así, había entonces que hacer funcional el Derecho del Trabajo respecto del mercado, «sobre la base de su aptitud para estimular los procesos de generación o destrucción de empleo, con la consecuencia que este tipo de regulación sólo resultará legitimada socialmente en la medida en que procure un nivel aceptable u óptimo de empleo en el país. En este contexto, se coloca en un lugar central el coste del despido como elemento orientador de los procesos económicos que favorecen o distorsionan el mercado de trabajo y la creación de empleo»¹⁸.

Esta concepción, como lo ha señalado reiteradamente Ugarte Cataldo¹⁹, tiene un ADN claramente identificable en los cultores del Análisis Económico del Derecho que, bajo la égida del *homo economicus*, presentan una *teoría económica del derecho*²⁰ que se sustenta en el paradigma

bajo». Lo mismo sucede con la Constitución peruana de 1979 que establecía también, en su artículo 79º, que «El Perú en una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo».

17 Como puede verse en Baylos Grau, Antonio, «Mercado de trabajo y sistema jurídico laboral en el nuevo siglo», en: Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar (Coordinadores), *Estudios de teoría crítica de Derecho del Trabajo (inspirados en Moisés Meik)*, Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires, 2006, págs. 63 y ss.

18 Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, ob.cit., pág. 30.

19 Véase, por todos sus trabajos al respecto, Ugarte Cataldo, José Luis, *El nuevo Derecho del Trabajo*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007, págs. 213 y ss.

20 Posner señala con contundencia que esta teoría consiste en «la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes: a campos del derecho común como daños, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y la práctica del castigo; al procedimiento civil,

de que para lograr acuerdos, contratos o relaciones eficientes, es imprescindible la negociación directa entre las partes, sin injerencias externas y en un contexto de costos de transacción bajos, para decirlo en breve. Esta corriente se ha traducido políticamente en el endiosamiento de la eficiencia económica que traducido a lo laboral significa librar a las relaciones laborales de la intervención estatal y colectiva y colocar como valores dominantes la productividad y la competitividad, por encima o a costa de cualquier valor, principio o derecho fundamental; allí colisiona directamente con la construcción de un sistema jurídico que tiene al ser humano y sus derechos fundamentales como base del sistema político, y que podemos sustentarlo en el *homo antropologicus* de Supiot, quien señala que, desde el punto de vista jurídico, el hombre es «un sujeto, dotado de razón y titular de derechos inalienables y sagrados»²¹.

La colocación del Derecho del Trabajo en el banquillo de los acusados, tras la crisis de los setenta y su ola desreguladora, se fortalece con la introducción de nuevas formas de organización descentralizada del trabajo (y sus correlatos legales de *outsourcing*, *insourcing*, *crowdworking*, intermediación, etc.) y con el advenimiento del mundo unipolar tras la caída del muro de Berlín, que nos ha colocado frente a una compleja globalización, en cuya íntima esencia está la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, como lo afirmara Ermida²², quien agrega, con absoluta precisión, que «naturalmente, este proceso va acompañado de una ideología legitimadora, que tiende a priorizar el capital sobre el trabajo. La competitividad de la empresa en el mercado global se convierte en el bien supremo al que se subordinan todos los demás. Los intereses individuales son más valorizados que antes, mientras que los colectivos tienden a perder prestigio. La solidaridad pasa de moda y el egoísmo tiende a ser considerado como un motor del progreso»²³.

penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la imposición de la ley la administración judicial; e, incluso al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho naviero, el derecho familiar y la jurisprudencia»; citado por Ugarte Cataldo, ob.cit., pág. 214.

21 Supiot, Alain, *Homo Juridicus: ensayo sobre la función antropológica del Derecho* (segunda edición revisada), Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, pág. 42.

22 Ermida Uriarte, Oscar, «Derechos laborales y comercio internacional», en: Sanguinetti, Wilfredo y García Laso, Agustín (Editores), *Globalización económica y relaciones laborales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, pág. 120.

23 Ídem, pág. 121.



A partir de ello, la embestida de los poderes económicos conduce a que los políticos entiendan que hay que desandar el camino del protagonismo legal y colectivo en la fijación de las condiciones de trabajo para volver a la individualización de las relaciones laborales, devolviendo al contrato su imperio en el establecimiento de las condiciones de trabajo. En otras palabras, y dado el desequilibrio de poderes que se da en el plano individual, hay que dejar las relaciones laborales en manos del empleador desregulado y sus intereses, abandonando la senda precedente de regulación tendencialmente equilibrada de tales relaciones.

Es necesario resaltar también que la narrativa hegemónica viene reforzada por otra concurrente –y también economicista– de banalización (y, por tanto, tolerancia) de la injusticia social, estudiada con detalle por Christophe Dejours²⁴, en la que la «guerra» por la mayor competitividad, que solo tiene víctimas individuales y civiles, separa adversidad de injusticia, de modo que se termina aceptando con resignación sus consecuencias en la destrucción del empleo, como si proviniese de leyes naturales y no de leyes humanas. En nuestro terreno, se viene abriendo camino, como señalan Baylos y Pérez Rey, «la percepción del despido como un *acto banal*, que carece de importancia significativa en el conjunto de la organización de las relaciones laborales a cargo de la empresa que aísla este acto de sus consecuencias sobre las condiciones de vida de las personas que trabajan»²⁵.

Hemos dejado para el último lugar la mención de la aparición del *modelo de competencias*²⁶ y su correlato con la *empleabilidad* de los trabajadores, según los cuales «cada trabajador deberá revalidar permanentemente su formación, sus aptitudes y sus conocimientos, sentando las bases para construir una instancia de examen permanente sobre la fuerza de trabajo»; esta concepción ponía fin al empleo de por vida e «implicaba incertidumbre laboral y ausencia de toda instancia que garantice la estabilidad en el trabajo»²⁷.

Esta concepción floreció en los años sesenta, acunada en la escuela de recursos humanos originaria de los EEUU, en cuya Constitución no hay una consagración explícita

de los derechos laborales²⁸. Se sustenta en la doctrina del *employment-at-will*, es decir, en la capacidad del empleador de contratar en las condiciones que quiera y, en consecuencia, con un elenco legal mínimo de derechos laborales entre los que solo se puede destacar la instauración del salario mínimo y la jornada máxima de 40 horas, con el pago de horas extra (establecidos en la *Fair Labor Standards Act* de 1938) y la regulación de los derechos colectivos (*National Labor Relations Act* de 1935, más conocida como Ley Wagner). No tiene nada que se parezca al derecho al trabajo y, en consecuencia, el despido es libre, con las únicas excepciones previstas en el denominado *wrongful discharge*, que restringe tal libertad en los casos en que el despido se basa en la negativa del trabajador a cumplir un acto contrario a la ley, cuando hay motivos discriminatorios, cuando las partes consideran implícitamente como indeterminada la duración del contrato o cuando el despido es de mala fe²⁹.

La amalgama de hitos reseñada anteriormente condujo, con cierta consistencia, a que el trabajador sea considerado un recurso (humano), inserto en un mercado (de trabajo). De esta manera, y a pesar de sus singularidades –evaluadas siempre en el terreno de las competencias–, tenía que estar sujeto a las reglas generales del mercado (oferta y demanda) y a la voluntad de quien lo incorporara a su organización empresarial.

La respuesta a estos argumentos y situaciones viene de la observación de la misma realidad y de la propia fungibilidad de los argumentos antes señalados. En primer lugar, la desregulación y flexibilización laboral, que tienen sus expresiones no solo en los países en desarrollo sino también en Europa (y no solo en Grecia y España, sino también en Italia y, últimamente, en Francia), no han servido

24 Dejours, Christophe, *La banalización de la injusticia Social*, Topia Editorial, Buenos Aires, 2006, págs. 16 y ss.

25 Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, cit. pág. 35.

26 Zarifian, Philippe, *Le modèle de la compétence*, Éditions Liaisons, Rueil-Malmaison, 2001.

27 Los textos entrecomillados pertenecen a Pierbattisti, Damian, ob. cit. págs. 10-11.

28 Al punto que para resolver sobre la constitucionalidad de la National Labor Relations Act de 1935 la Corte Suprema norteamericana tuvo que recurrir a la cláusula de comercio prevista por el artículo I sección 8 de la Constitución, que «permite al Congreso dictar normas que estén orientadas a regular el comercio entre los diversos Estados de la Unión. El fundamento constitucional sobre el que está apoyada esta normativa es que la regulación legal de trabajadores y empresarios es necesaria para disminuir la conflictividad laboral, que podría perjudicar al comercio interestatal», como lo señala Goul IV, Elliot B., *Nociones de Derecho del Trabajo Norteamericano*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 39.

29 Apretada síntesis de lo señalado respecto de la regulación laboral norteamericana por Campana, David, «Narrativas jurídicas (hegemónicas y subalternas) en torno a la terminación del trabajo: el caso del despido en el Derecho norteamericano», *Laborem*, número 17, 2016, págs. 134 y ss. Ojeda Avilés coincide con esta.



para superar las crisis económicas sufridas, en la medida en que ni se ha generado más empleo ni de mejor calidad; más bien, se ha podido comprobar que las consecuencias directas han recaído en la precarización del trabajo y en la acumulación de riqueza en el vértice de la pirámide de los ingresos. Respecto de lo primero, el desempleo se agudiza, la informalidad se mantiene en niveles altos, hay un incremento significativo del trabajo temporal y subcontratado, entre otros. Y en relación con lo segundo, un reciente estudio de Unicef afirma que la distribución de los datos revela un planeta increíblemente desigual. Como se usan diversos modelos para medir esta desigualdad, corresponde citar la conclusión a la que arriban:

«Ambos modelos contables de distribución del ingreso ofrecen resultados llamativamente similares. Bajo los tipos de cambio del mercado, habitamos en un planeta en el que el quintil del extremo superior controla más del 80% del ingreso global en contraste con un ínfimo 1% para quienes se encuentran en el extremo inferior. Aunque la disparidad mejora bajo los tipos de cambio ajustados por PPA (del 67% al 2,6%), **ambos modelos revelan un mundo profundamente corroído por las disparidades del ingreso.** Cada uno de los métodos de contabilidad y de las distintas opciones de tipo de cambio sugieren también que se están produciendo algunos avances para los más pobres; no obstante, el perezoso ritmo al que se produce el cambio es claramente inaceptable. Usando el tipo de cambio bajo el modelo contable global con tipos de cambio del mercado, hicieron falta 17 años para que los mil millones de personas en los quintiles de abajo, viviendo en extrema pobreza, mejoraran su proporción del ingreso mundial en 0,18 puntos porcentuales, de un 0,77% en 1990 al 0,95% en 2007 (...). A esta velocidad, llevaría más de ocho siglos (855 años para ser exactos) que los mil millones más pobres del mundo alcanzaran el 10% del ingreso global»³⁰ (resaltado nuestro).

Asimismo, sabemos claramente que el origen de las «leyes» que rigen la globalización no solo es humano sino claramente neoliberal. La economía se ha impuesto a la política en desmedro de la democracia y la ciudadanía. Lo que puede verse de manera elocuente en las palabras de Ferrajoli, «de aquí, inevitablemente, el descrédito de la política, vista en el mejor de los casos como impotente y parasitaria y, en el peor de los casos, como antisocial y servil a los intereses destructivos de los más fuertes. En efecto, la política moderna, a partir de Hobbes, se legitima como expresión de los seres humanos de carne y hueso. Está legitimada socialmente en su dimensión sustancia y de reflejo

de la política y es representativa, por su capacidad de resolver los problemas: de actuar los principios constitucionales, de garantizar los derechos y por encima de todo la vida, de redistribuir la riqueza a través de prestaciones y servicios, de disciplinar los poderes, de otro modo salvajes de la economía. Resulta en cambio desacreditada y deslegitimada cuando invierte ese papel: cuando no solo no limita ni disciplina los poderes privados de los más fuertes, sino que se subordina a ellos como un instrumento; cuando desmantela el estado social, favoreciendo a los más ricos y penalizando a los más pobres, y no reduce, sino que dilata, las desigualdades, subvirtiendo el significado de nobles palabras como «reformas» y «reformismo»: ya no reformas sociales en favor de los más débiles, sino contrarreformas antisociales en su perjuicio»³¹.

Sabemos todos, además, que en el campo específico de las relaciones laborales, donde la desigualdad es evidente y también la contraposición de intereses y el conflicto consecuente, la individualización de las relaciones laborales impulsada por el neoliberalismo coloca al empresario (y sus intereses) como sujeto predominante en el centro de la escena, con todas las consecuencias económicas y jurídicas que hemos reseñado.

La individualización de las relaciones laborales impulsada por el neoliberalismo coloca al empresario (y sus intereses) como sujeto predominante en el centro de la escena

En conclusión, la actual situación de predominio de la economía sobre la política (y, consecuentemente, sobre la

30 Ortiz, Isabel y Cummins, Mathew, *Desigualdad global: la distribución de ingreso en 141 países*, Unicef, New York, 2012, págs. 11-12.

31 Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, pág. 169. A lo que agrega en la pág. 143 «la subalternidad de las políticas nacionales a los mercados ha vaciado, junto con el papel de gobierno de la política, la misma representatividad y legitimidad de los órganos electivos, a los que los mercados imponen intervenciones antisociales, en perjuicio del trabajo y de los derechos sociales, y en beneficio, de hecho, de los intereses privados de la maximización de los beneficios, la especulación financiera y la apropiación de bienes comunes y vitales. De aquí se sigue un rol parasitario de la política y de las instituciones democráticas y un desprestigio generalizado de la clase política (...). Un descrédito y una crisis política en cuanto tal, cada vez más subordinada a la economía, cada vez más desautorizada, cada vez más lejana de las necesidades y de los problemas de los países que estaría llamada a gobernar, por incapacidad, sometimiento ideológico o por connivencia con el mundo de los negocios».



democracia) no se origina en ningún devenir inevitable ni menos en el fin de la historia: tiene su origen en decisiones políticas de quienes tienen el poder a nivel mundial. Decisiones que los favorecen claramente, razón por la cual la Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización, nombrada por la OIT para estudiar este tema, concluyó palmariamente que:

«1. La trayectoria actual de la globalización debe cambiar. Son demasiado pocos los que comparten los beneficios que de ella se derivan, y son demasiado numerosos los que carecen de voz para contribuir a la planificación de la misma e influir sobre su curso.

2. La globalización será lo que nosotros hagamos de ella. Sus resultados dependerán de las políticas, normas e instituciones que rijan su curso, de los valores que inspiren a sus actores, y de la capacidad de los mismos para influir sobre el proceso.

(...)

7. Reivindicamos una gobernanza de la globalización que sea más integradora, con políticas destinadas a conciliar mejor el crecimiento económico, por una parte, y el progreso social y la sostenibilidad medioambiental, por otra»³².

Queda claro, entonces, que frente a esta situación de ausencia de una esfera pública global, que ha puesto en crisis a los sistemas de protección social nacionales e incluso al propio Estado Constitucional de Derecho, debe plantearse una alternativa política, que seguro será de largo plazo, y que debería comenzar, siguiendo a Ferrajoli³³, por dos líneas de acción complementarias para una actuación eficaz. La primera viene dada por el ya universalismo de los derechos fundamentales, que podría considerarse como una «embrionaria constitución del mundo», a la que «le faltan sus leyes de adecuación, es decir, las garantías tanto primarias como secundarias, de los múltiples derechos establecidos» que, si los tomamos en serio, «vienen impuestas por ellos a la política, no sólo como su cometido histórico más importante y principal fuente de legitimación externa, sino también como una obligación jurídica y como condición de su legitimación interna». La segunda línea de acción viene a través de la progresiva expansión del *rule of law*, «que ciertamente no está anclado en el modelo esta-

do-céntrico» y «está dotado de una intrínseca dimensión sustancial como conjunto de límites al poder despótico».

Entre tanto, y desde las relaciones laborales, hay que reconducir la globalización hacia un mundo con cuotas mayores de justicia social que, como señala Supiot³⁴, combine «una dimensión axiológica y una dimensión procesal. Esa dimensión axiológica es la de la dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales que la respaldan. La dimensión procesal proviene a la vez de la libre empresa y de la libertad sindical en donde la tensión, regulada por el derecho a la huelga y la negociación colectiva, permite convertir las medidas de fuerza en medidas de derecho». Justicia social que, en el siglo XXI, tiene que agregar a sus tradicionales dimensiones al menos otras tres, según el propio Supiot: la de la justicia del comercio internacional, la de la justicia en las alianzas económicas y, por último, la de la justicia en la división del trabajo³⁵. Esta última es de trascendental importancia, porque se ocupa de introducir la justicia social en el terreno de la organización del trabajo y de la salud mental de los trabajadores, afectada por decisiones tomadas en este terreno.

2. Fundamentos y alcances de la desvinculación asistida

La narrativa hegemónica en las relaciones laborales introduce, con fuerza digna de mejor causa, el concepto de *desvinculación* como categoría a utilizar cuando un empleador quiere dar por terminada una relación laboral; así, sitúa este acto en el terreno de las potestades empresariales y, en consecuencia, lo desgaja de cualquier contacto con el mundo de los derechos y, en particular, del derecho al trabajo y su protección efectiva ante cualquier terminación arbitraria.

El origen del instituto de la desvinculación es estadounidense y surge, como sabemos todos, en un contexto de regulación laboral mínima; despido libre, con muy pocas restricciones; predominio de las escuelas de recursos humanos y modelo hegemónico de *competencias* de los trabajadores. Sigámosle el rastro desde su origen para aquilatarlo y ver si es posible su trasposición a sistemas jurídicos constitucionalizados, como los de América Latina y Europa continental.

El *outplacement*, también denominado *outplacement counseling*, *outplacement assistance* o *outplacement as-*

32 OIT, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos. Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización*, OIT, Ginebra, 2004, págs. 2-3.

33 Ob.cit., págs. 172-176.

34 Supiot, Alain, «¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI?», *Laborem*, número 19, 2016, págs. 20-21.

35 Ídem, págs. 25 y ss.



assessment, nació a mediados de los años sesenta en los Estados Unidos, como un paquete de beneficios concedido a los altos ejecutivos que habían sido despedidos³⁶, de manera que se alivien en parte las consecuencias de la pérdida del empleo³⁷. Originalmente, recibió el nombre de *decrutment* o *dehired*, y se atribuye a David North el haber acuñado, en los años sesenta, la expresión *outplacement*, que en castellano equivale a decir *desvinculación programada* o *desvinculación asistida*³⁸.

En Europa, el modelo de *outplacement* fue adoptado en los años ochenta, como parte de la reestructuración empresarial por la que se estaba pasando, y en el año 1986 se inició la creación de empresas dedicadas a este «servicio». Tal como expresa Carmen Sáez, «el desarrollo de la actividad de recolocación de los trabajadores y la atención normativa sobre la misma se ha concretado hasta la fecha mayoritariamente en la Unión Europea en el ámbito de los procesos de reestructuración empresarial como medida social de acompañamiento de los trabajadores despedidos»³⁹.

Con precisión, Sastre ha definido el *outplacement* como «el servicio que una empresa aporta a uno o varios trabajadores despedidos, bien por sus propios medios bien a través de consultores externos, a través del cual se ofrece a dicho(s) trabajador(es) el asesoramiento, la formación y los medios necesarios para lograr una transición en su carrera, consiguiendo un nuevo trabajo en otra empresa lo más adecuado posible a su perfil y preferencias en el menor plazo posible, reduciendo así los perjuicios económicos y psicológicos que genera toda situación de despido»⁴⁰.

En el mismo sentido, Rodríguez-Kábana indica que «el *Outplacement* o Desvinculación Programada, es un proceso de asesoría, apoyo, orientación y capacitación dirigido a la persona por egresar o ser transferida para la búsqueda de un nuevo empleo o actividad de calidad, nivel y condiciones similares a las de su anterior ocupación, en el me-

nor tiempo posible»⁴¹. Por su parte, Arias señala que «[e]n esencia el *Outplacement* es una técnica multidisciplinar que pretende acomodar en el mercado laboral a los trabajadores desempleados (...) que han sufrido la pérdida de su puesto de trabajo (...) pero que para poder encontrar algún empleo adecuado a su base de cualificaciones han de adaptar (e incluso modificar) sus capacidades personales hacia aquellas reales que reclama el mercado laboral»⁴².

El programa de desvinculación asistida puede durar hasta que el trabajador consiga un nuevo empleo o puede estar sujeto a un plazo máximo, y la dimensión concreta de los beneficios no es idéntica, sino que en cada caso y oportunidad el empleador determina su variedad y su magnitud.

A lo largo de los años, la utilización del *outplacement* ha aumentado considerablemente en Estados Unidos y en otros países del mundo. Según el agente del servicio, el *outplacement* ha adoptado tres modalidades: i) es realizado por la propia empresa; ii) es realizado por empresas especializadas (llamadas también empresas consultoras); y iii) es una combinación de las dos posibilidades anteriormente señaladas⁴³. La alternativa más usada es la segunda, dado que en casi todos los casos las empresas contratan a empresas consultoras externas⁴⁴. A su vez, y acorde con el número de personas involucradas, hay tres tipos de *outplacement*: individual (dirigido generalmente a directivos mandos intermedios), grupal o colectivo (para categorías de trabajadores de niveles inferiores al de directivo) y mixto⁴⁵.

De conformidad con lo visto, la desvinculación asistida tiene como principales características las siguientes:

- Su ámbito de actuación es el del despido individual o colectivo, entendido como potestad empresarial libre.
- Su contenido gira alrededor de un programa (servicio, proceso o técnica) de asesoría, apoyo, evaluación, orientación, capacitación del (o los) trabajador(es) excedente(s).
- Sus finalidades son conseguirle(s) un trabajo más adecuado a su(s) perfil(es) o acomodar sus calificaciones

36 Lonergan, Deeta, «The best way to handle layoffs», *Alaska Business Monthly*, volumen 32, número 1, 2016, pág. 3.

37 Sastre, Miguel Ángel, «Outplacement: Una aproximación a su realidad teórica», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid, volumen 6, 1995, pág. 185-186.

38 López-Mena, Luis, «La desvinculación asistida, (outplacement) y la continuidad en el empleo», *Revista de Psicología de la Universidad de Chile*, volumen 6, 1997, pág. 51.

39 Sáez, Carmen, «Espacio y funciones de las empresas de recolocación», *Revista Temas Laborales*, número 107, 2010, pág. 339.

40 Sastre, Miguel Ángel, ob. cit., pág. 187.

41 Rodríguez-Kábana, Leopoldo, «El Outplacement tiene ventajas para el empleado cesado y la empresa», *Negocios*, Madrid, 1987.

42 Arias, Ángel, «El Outplacement como método de lucha contra un desempleo muy cualificado», *Anuario de la Facultad de Derecho*, volumen 23, 2005, pág. 266.

43 Sastre, Miguel Ángel, ob. cit., págs. 187-188.

44 López-Mena, Luis, ob. cit., pág. 55.

45 Sastre, Miguel Ángel, ob. cit., págs. 191-198.



para lograr un nuevo empleo en el menor tiempo posible, y reducir así los perjuicios económicos y psicológicos⁴⁶ que genera el despido.

Nos encontramos, pues, ante una típica institución de mercado que surge de la voluntad del empleador por diversas causas, que van evolucionado desde la culpa y el paternalismo hacia la responsabilidad social, lo que las mantiene todavía en el terreno unilateral, salvo que el programa sea pactado en un convenio colectivo, en cuyo caso pasa al terreno de las obligaciones empresariales. Recordemos que dentro de la amplísima libertad de contratación con que se manejan los empleadores en Estados Unidos, cabe la posibilidad de que pacten colectivamente algunos paquetes de beneficios cuyo origen sea el *outplacement* o, incluso, cierta causalización de su potestad extintiva del contrato de trabajo. En ambos casos, estaríamos fuera de la desvinculación asistida y habríamos ingresado al terreno de la tutela colectiva.

La mejor explicación de la desvinculación asistida podemos verla en la película *Up in the air* (2009), dirigida por Jason Reitner y actuada protagónicamente por George Clooney, en la que todas las personas a que se comunica su desvinculación no son actores sino ex trabajadores que pasaron por tal circunstancia. Más allá de la descripción cabal de una empresa dedicada al *ouplacement*, y de los ejes sentimentales, de introducción de la «teledesvinculación asistida» y de la persona aislada, la película deja frases que grafican en mucho la esencia no solo de la institución sino de su puesta en práctica: «Es una de las peores épocas para América: es nuestro momento», «no le llares despido» «el departamento técnico está recomendando no usar la palabra terminar; tiene connotaciones muy negativas», «eso es lo que vendemos no lo que hacemos: los echamos al agua y luego les enseñamos a nadar», «todos los que cambiaron al mundo estuvieron en tu lugar; piénsalo, pudieron hacerlo porque estuvieron ahí».

Si consideramos el tema fuera del contexto norteamericano, veremos que sucede con la desvinculación asistida algo parangonable con lo que acaece con la flexiseguridad, en la medida en que en ambos casos se busca trasplantar instituciones que responden a un contexto distinto al nues-

tro, pero con la finalidad exclusiva de favorecer el despido de los trabajadores. Así, mientras en el caso de la flexiseguridad se recogía solo lo concerniente al facilitamiento del despido y se dejaba de lado todo lo referido a la cobertura de paro y recalificación del trabajador, en el recurso a la desvinculación asistida se olvida su origen en un régimen de una amplísima libertad de despido, y su fin, que más bien busca atenuar sus consecuencias en materia de desempleo, para relativizar e ir imponiendo la narrativa neoliberal de eliminación de tutelas legales y de ampliación de poderes empresariales, también en el caso del despido.

III. EL DERECHO AL TRABAJO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: ENTORNO, EXPRESIONES Y PROTECCIÓN

Como ya ha sido visto, la globalización carece de una dimensión social y las propuestas de gobernanza de la misma –comenzando por la constitucionalización del Derecho Internacional– son, desgraciadamente, de mediano y largo plazos. En razón de ello, en el presente y en el corto plazo es necesario afrontar esta materia con los instrumentos que tenemos: el propio Derecho del Trabajo, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Veamos, a continuación, el provecho que podemos obtener de esta malla o trenza normativa, así como de los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho y del propio Derecho al trabajo, en la lucha cotidiana frente al neoliberalismo que recorre hoy el mundo con muy pocos miramientos sociales.

1. La trenza de la protección social

Frente a la narrativa neoliberal, que viene colándose por diversos ámbitos de las relaciones laborales, es necesario ir más allá de su denuncia o puesta en evidencia. Resulta imprescindible contrastarla con los fundamentos del Derecho del Trabajo como disciplina específica centenaria, y que ahora sufre un severo adelgazamiento; por esto es necesario reclamar un apoyo más intenso del Derecho Constitucional así como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), ya que hay un ámbito de intersección muy grande entre las tres disciplinas: los derechos humanos, propiamente laborales o inespecíficos⁴⁷.

⁴⁶ La salud mental del trabajador también busca ser afrontada desde el programa de desvinculación asistida, ya que «el despido o la pérdida del empleo produce, entre otras, respuestas de ansiedad, fuerte daño a la autoestima, sentimientos de culpa. En general, el deterioro de la salud psicológica, la pérdida de bienestar y la insatisfacción con la propia vida ha sido ampliamente documentada», según los términos de López-Mena, Luis, ob. cit., pág. 50.

⁴⁷ La construcción técnica de derechos laborales «inespecíficos», se la debemos a Palomeque López, M. Carlos, quien terminó de perfilarla en su ensayo «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos», en VV.AA, *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2013, págs. 229-248.



Nuestra disciplina nunca ha sido autosuficiente, sino que se inserta en un conjunto más amplio, donde están las normas constitucionales e internacionales. Esta idea, afirma Alfonso Mellado, «es esencial porque entonces nos ha de llevar a entender que las carencias del ordenamiento laboral se suplen mediante la remisión a esos otros conjuntos, con independencia de que así se disponga expresamente o no, y, sobre todo, y esto es lo esencial, que las normas laborales deben interpretarse y aplicarse en el marco de esos conjuntos más amplios en los que se insertan y, por tanto, no cabe una interpretación y aplicación de las mismas incongruente o contraria a lo que se derive de los mismos –en todo caso, en los términos que se analizarán–»⁴⁸.

Además de esto, como el protagonismo de la regulación laboral en las relaciones laborales ha comenzado a menguar (debido a los procesos de desregulación ya mencionados), más allá de la constatación teórica de su insuficiencia, se ha tornado imprescindible voltear la vista hacia los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho y hacia los otros dos componentes, para construir una especie de «trenza de la protección social» (Derecho del Trabajo + Derecho Constitucional + DIDH), que nos permita resistir en mejores condiciones el embate neoliberal.

A pesar del reconocido carácter mínimo de las normas internacionales, que ha conducido a que el recurso a ellas dependa del grado de desarrollo de los países, las actuales crisis internacionales y nacionales (y sus inclementes reformas socialmente regresivas) están conduciendo en países como España, a «la adquisición de un protagonismo sin precedentes de la normativa internacional, en particular de la Carta Social Europea (en adelante, CSE). La explicación es lamentablemente clara puesto que la adopción de medidas restrictivas que afectan principalmente a los derechos sociales, ha implicado que se recurra a ella con la finalidad de exigir su reconocimiento, respeto y garantía»⁴⁹.

48 Así nos lo recuerda Alfonso Mellado, cuando afirma «siempre, pues, ha sido claro que el ordenamiento jurídico-laboral se encontraba inserto en un conjunto más amplio; primero el ordenamiento interno estructurado a partir de la Constitución que, a su vez, se insertaba en otro conjunto aún más amplio que comprendía junto a las normas internas todas las supranacionales –por más que las de la Unión Europea pudieran también considerarse como derecho interno–», en Alfonso Mellado, Carlos, «La aplicación en el ámbito interno de las normas internacionales en materia social», *Trabajo y Derecho*, número 12, 2015, pág. 14.

49 Salcedo Beltrán, Ma. Carmen, «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», *Trabajo y Derecho* núm. 13, 2016, pág. 28.

Esta reciente mirada europea hacia lo internacional-laboral, tiene una mayor tradición y una especial importancia en los países en los que el DIDH goza de jerarquía constitucional, a través del llamado «bloque de constitucionalidad», que es una técnica constitucional que permite la ampliación de la fuerza normativa de la norma suprema

Esta reciente mirada europea hacia lo internacional-laboral, tiene una mayor tradición y una especial importancia en los países en los que el DIDH goza de jerarquía constitucional, a través del llamado «bloque de constitucionalidad», que es una técnica constitucional que permite la ampliación de la fuerza normativa de la norma suprema (derechos, principios y reglas) a normas que formalmente no están previstas por esta. Por este medio, «las normas materialmente constitucionales –esto es, con fuerza constitucional– son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales –esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el artículo constitucional–»⁵⁰. Esto es así a partir de la incorporación en la norma suprema de los tratados sobre derechos humanos que un país hubiera ratificado y estuvieran en vigor. Debe tenerse en cuenta, para comenzar, que, como sostiene Ermida⁵¹ «los derechos fundamentales proclamados en pactos declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos son constitucionales *ab initio*, nacen constitucionales (...). La Constitución nacional nació grávida de estos derechos de fuente internacional, que forman parte de ella desde el comienzo».

Este mecanismo suele estar previsto en la propia Constitución y cumple diversos fines relevantes, que van desde facilitarle una permanente adecuación histórica, hasta dotar a los derechos provenientes del DIDH de mecanismos y procesos que le garanticen su aplicación doméstica, a tra-

50 Uprymni, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad. Un análisis jurisprudencial y un ensayo doctrinal*, en www.dejusticia.com. En este trabajo puede verse con detalle el origen, alcances, ventajas y desventajas de este instrumento.

51 Ermida, Óscar, «Derechos humanos laborales en el Derecho positivo uruguayo», en Barreto, Hugo. *Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay*, OIT, Lima, 2006, pág. 15.



vés de los establecidos para tal fin respecto de los derechos constitucionales originarios⁵².

Adicionalmente, estos *preceptos constitucionales de origen internacional* deben ser respetados por cualquier otra norma, con lo que no pueden ser contradichos, limitados o modificados por regulaciones infraconstitucionales; de allí que las otras fuentes jurídicas tengan vedado el camino de establecer disposiciones contrarias a las regulaciones internacionales sobre derechos humanos. En el caso de que se produjese una afectación legal de las disposiciones de estos tratados, estaríamos ante un supuesto de invalidez de la norma inferior por inconstitucionalidad. Esto llevaría al juez a aplicar el tratado por encima de la norma de inferior jerarquía (control difuso), y también podría sustentar una acción de inconstitucionalidad dirigida a eliminar del ordenamiento jurídico a la norma legal infractora (control concentrado)⁵³.

Esta situación es muy relevante porque conduce a que la incorporación directa y con rango constitucional del Derecho Internacional permita descargar sobre el poder judicial nacional la obligación de aplicar tales tratados, lo que deviene en una buena solución al viejo problema de la falta de imperio de las normas internacionales.

A todo esto habría que agregar con carácter general que, de conformidad con la Convención de Viena, el Estado está obligado a cumplir las normas internacionales de buena fe (artículo 26); además, «no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (artículo 27). Este dato normativo acarrea una importancia verdaderamente significativa, ya que, más allá del rango que tenga la norma internacional en cualquier país, establece obligaciones de respeto y cumplimiento que no pueden soslayarse ni siquiera a partir de normas constitucionales que colisionan con el tratado.

Finalmente, hay que tener en cuenta que en el ámbito del DIDH podemos ubicar el área del Derecho Interna-

cional del Trabajo conformado mayoritariamente por los Convenios Internacionales del Trabajo, aprobados por la OIT, cuando se ocupan de regular los derechos humanos laborales⁵⁴. De esta manera, un sector significativo del «nuevo» Derecho Constitucional provendrá de estos Convenios Internacionales, que podrán ser utilizados como parámetro de validez de las normas nacionales, en tanto no sean menos favorables que la regulación doméstica, incluyendo la originariamente constitucional. Volveremos sobre esta trenza al analizar específicamente los alcances y la protección del derecho al trabajo.

2. El paradigma de Estado Constitucional de Derecho como el marco en que debe analizarse el cotejo

A diferencia del modelo de EEUU, cuya Constitución carece de un contenido laboral específico, en América Latina, desde la Constitución Mexicana de Querétaro, de 1917, y en Europa, desde la Constitución de Weimart, de 1919, las normas supremas de estas regiones tienen sendos contenidos laborales, que regulan los más diversos ámbitos de las relaciones laborales.

La incorporación de este contenido laboral (y social) de las diversas constituciones, junto con la contemplación de la intervención del Estado en la economía, dio lugar, desde 1917, a un proceso de sustitución del Estado Liberal por el Estado Social de Derecho⁵⁵, expresión con la que, según señala Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, «se hace referencia a un Estado que no sólo garantiza y protege los derechos y libertades, sino que realiza las acciones necesarias para llenar unos y otras de contenido efectivo, especialmente en el plano económico; la acción estatal pretenderá lograr el real disfrute de esas libertades y derechos, mediante la utilización de los instrumentos adecuados para promover a los menos favorecidos y tratar de lograr una mayor nivelación socioeconómica y cultural de los ciudadanos»⁵⁶.

Tras la barbarie nazi, en Europa, y tras las últimas dictaduras militares, en América Latina, los ordenamientos

52 Sobre el particular puede verse Villavicencio Ríos, Alfredo, «Los tratados internacionales sobre derechos humanos y sus interpretaciones como normas de rango constitucional», en *Derecho del trabajo y derecho de la seguridad social: Estudios en homenaje a la memoria del Profesor Rafael*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, págs. 611-636.

53 Si bien el control de constitucionalidad y el de convencionalidad no son exactamente iguales, tienen en común la invalidez de las normas de inferior rango contrarias a las disposiciones constitucionales o de origen internacional.

54 Por cierto, no nos estamos refiriendo solamente a los convenios que regulan los principios y derechos fundamentales, que son sólo ocho, sino a todos los que se ocupan de algún derecho laboral considerado en el catálogo de derechos humanos laborales, o como fundamental en algún texto constitucional.

55 Un detallado estudio de esta forma social, puede verse en Blancas Bustamante, Carlos, *La cláusula...cit.*

56 Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, «El trabajo en la Constitución», en VV.AA., *Los trabajadores y la Constitución*, Cuadernos de Trabajo número 4, Madrid, pág. 18.



jurídicos pasaron por un proceso de transformación de sus líneas medulares, para poder cumplir con una función de tan hondo calado; así dejaron de considerar a las constituciones como cuerpos político-jurídicos fundacionales con una eficacia jurídica muy relativa y abandonaron, progresivamente, el paradigma de la ley como la norma jurídica por excelencia y la forma política correspondiente, denominada Estado Legal de Derecho.

Paulatinamente este paradigma fue cambiando en los diversos países, a partir de otorgarle a la Constitución el lugar central de la arquitectura jurídica. Esto sucedió, como hace notar Landa⁵⁷, debido a que el poder constituyente del que emana y el contenido esencial de la comunidad que expresa jurídicamente le confieren supremacía material, en tanto que sus características de *lex legis* (en tanto se encuentra en el vértice de las demás normas) y *norma normarum* (en tanto constituye norma matriz para la creación de las demás normas) le garantizan supremacía formal. Debiendo agregarse que su carácter normativo supremo no sólo se predica respecto del Estado y sus relaciones con los ciudadanos, sino también de las llevadas a cabo entre privados (*drittwirkung*), lo que importa una regulación «extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales»⁵⁸, que además tendrá en los derechos fundamentales un núcleo pétreo o muy rígido que Ferrajoli denomina la «esfera de lo no decidible»⁵⁹.

Se instituye así el modelo de Estado Constitucional de Derecho, cuyos rasgos singulares, en términos de Prieto Sanchís⁶⁰, son: i) el reconocimiento incuestionable de la fuerza normativa de la Constitución y su carácter de norma suprema, lo que implica la invalidez de normas o decisiones que vulneren lo establecido por ella; ii) la *rematerialización* constitucional, es decir, el agregado a las normas formales que regulan el ejercicio de los poderes, de normas sustantivas, expresadas en valores superiores, principios y especialmente los derechos fundamentales, que trazan límites

negativos y positivos al poder⁶¹; iii) la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, es decir su efectiva exigibilidad ante los jueces; estos, a su vez, han de ostentar competencia para controlar las demás normas del sistema, razón por la cual los derechos fundamentales no se presentan solo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social, incluidas, por ejemplo las relaciones entre particulares; y, iv) la rigidez constitucional, como intangibilidad que alcanza tanto a los derechos fundamentales como a ciertas reglas organizativas, entre ellas la propia fórmula democrática.

El centro del paradigma de Estado Constitucional de Derecho es muy amplio y denso, y tiene en la vigencia directa y efectiva de los derechos fundamentales uno de sus principales pilares

Como vemos, el centro del paradigma de Estado Constitucional de Derecho es muy amplio y denso, y tiene en la vigencia directa y efectiva de los derechos fundamentales uno de sus principales pilares, razón por la cual se habla de un *discurso de los derechos*⁶², que proyecta el valor superior

57 Landa Arroyo, César. «La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales». En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2011, pág. 25.

58 Comanducci, Paolo, «Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico», en VV.AA. *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 81.

59 Ob.cit., pág. 20.

60 Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pág. 24 y ss.

61 Por eso Ferrajoli afirma que «mientras la existencia o vigencia de la norma continúa dependiendo de su forma de producción, cuya norma de reconocimiento sigue siendo el viejo principio de legalidad formal, su validez depende también de su sustancia o contenido, cuya norma de reconocimiento consiste en el principio de legalidad sustancial, que la vincula a la coherencia con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos (...). En efecto, con los principios y derechos fundamentales establecidos por esta [la Constitución] se estipula también, como solemne "nunca más" a los horrores de los totalitarismos, la que he llamado la esfera de lo no decidible, lo que ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, violando los derechos sociales, unos y otros constitucionalmente consagrados», ob.cit., págs. 19-20.

62 Cuyas bases, no necesariamente coherentes entre sí, son presentadas por Ugarte Cataldo, en los siguientes términos: «Hart y la preeminencia del juez en los casos difíciles por la textura abierta de las normas, Dworking y el blindamiento de los derechos fundamentales como cartas de triunfo frente a consideraciones utilitaristas o consecualista, Alexy y la tesis de los derechos fundamentales como principios y la ponderación como vía de solución del conflicto entre estos derechos, y Ferrajoli y el garantismo como forma de implementación de los derechos fundamentales. Véase Ugarte Cataldo, José



de los derechos fundamentales sobre la actuación política y las relaciones sociales comunes, incluyendo, por supuesto, a la economía y al mercado. Esto nos conduce inexorablemente a la carga axiológica y teleológica muy grande que sustenta el paradigma de Estado Constitucional de Derecho, y que se expresa, en el caso concreto del derecho al trabajo, en los valores de igualdad, libertad⁶³, dignidad, democracia, inclusión social, ciudadanía.

Finalmente, y por estar directamente vinculado con el tema central de este trabajo, queremos resaltar que entre los principios que sostienen el edificio del Estado Constitucional de Derecho, se encuentra el de interdicción de la arbitrariedad, en sus dos vertientes: «a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda explicación racional. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad»⁶⁴.

Si bien este principio tiene un especial ámbito de aplicación en el terreno del debido proceso y sus exigencias de debida motivación, al tratarse de una exigencia axiológica del Estado Constitucional, también debe hacerse extensivo a los privados como límite a sus actos. La Corte Suprema de Costa Rica ha avalado esta posición sobre la base de la Teoría de la Irradiación, indicando que el principio de interdicción de la arbitrariedad es «de aplicación no solamente a sujetos de derecho público sino también de derecho privado, debido al *efecto irradiante* de los derechos fundamentales y humanos al ámbito privado»⁶⁵ (el énfasis es nuestro). También ha indicado que «no sólo

los poderes públicos -entes y órganos- están llamados al respeto de los derechos humanos y fundamentales de los que son titulares cualquier persona [sic] sino que también cualquier otro particular u organización del Derecho Privado está obligado a respetarlos y establecer las condiciones para su goce y ejercicio efectivos»⁶⁶. El Tribunal Constitucional peruano, también ha sentado esta posición en una acción de amparo, indicando que de acuerdo al artículo 38° de la Constitución, «[t]odos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución, norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública»⁶⁷.

Volveremos sobre este tema en el siguiente acápite, dado que el derecho al trabajo, o, más bien, su privación, debe verse a través del filtro del principio de interdicción de la arbitrariedad.

IV. EL DERECHO AL TRABAJO, SUS GARANTÍAS Y SU SUPREMACÍA SOBRE LA DESVIN-CULACIÓN ASISTIDA

De los diversos derechos laborales constitucionalizados, el derecho al trabajo es uno de los que tiene una mayor presencia. Está reconocido en quince constituciones latinoamericanas⁶⁸, y lo mismo sucede con el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, y en las Constituciones de Italia, Grecia, Luxemburgo, Portugal, España, la Federación Rusa, Rumanía y Ucrania⁶⁹. Del mismo modo, podemos encontrarlo en las siguientes normas internacionales de derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6.1), Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIV), Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 6 y 7), y Carta Social Europea (parte II, 1.2).

Luis, *Derechos, trabajo y privacidad*, AbeledoPerrot, Santiago de Chile, 2011, págs. 3-4.

63 Y cuando hablamos del valor libertad, no estamos pensando sólo en su expresión *negativa* (deber de abstención estatal), que puede aplicarse directamente a la autonomía colectiva (sindicación, negociación colectiva y huelga), así como a la igualdad de trato; sino también en su expresión *positiva* (la libertad como autonomía para ser uno mismo habiendo satisfecho sus necesidades), lo que resulta aplicable al derecho al trabajo y a todo el Derecho del Trabajo, con excepción de las anotadas expresiones de libertad negativa. Sobre este tema, véase la rigurosísima presentación que hace Blancas Bustamante, Carlos, ob.cit., págs. 48 y ss.

64 STC N° 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico N° 12.

65 Resolución N° 011390-2008 de la Corte Suprema de Costa Rica.

66 Resolución N° 05455-2007 de la Corte Suprema de Costa Rica.

67 STC N° 1848-2004-AA/TC, fundamento jurídico N° 2.

68 Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

69 Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Editorial Palestra, Lima, 2015, pág. 155.



La empresa a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva

Entre las muchas y muy importantes razones de este reconocimiento ecuménico, podemos destacar, por su relevancia e interdependencia, las siguientes: su esencialidad como fuente de obtención de los recursos con que solventar los costos de vivir, de un gran sector de la población; su estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía⁷⁰; y su centralidad como garantía de eficacia del propio ordenamiento jurídico laboral, particularmente del Derecho Colectivo del Trabajo⁷¹. Dicho desde la óptica inversa, «la empresa a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir, de una situación compleja en la que a través del trabajo ésta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida dependen de su trabajo»⁷².

70 Sanguinetti, Wilfredo, *El derecho al trabajo y la protección frente al despido en el derecho internacional*, <http://www.wilfredosanguinetti.es/>.

71 Afirma Sanguinetti, refiriéndose a la estabilidad laboral que «su presencia da lugar a una determinada forma de estar en la empresa que, eliminando el temor a represalias y discriminaciones, posibilita el ejercicio de los derechos a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos por nuestra Constitución (artículos 51°, 54° y 55), y favorece la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo. La estabilidad en el trabajo es, por ello, una institución central en el diseño constitucional de nuestras relaciones laborales, que cumple con una función garantizadora del alcance de los objetivos del mismo». En Sanguinetti, Wilfredo, «El derecho de estabilidad laboral en el trabajo en la Constitución peruana», en VV.AA, *Trabajo y Constitución*, editorial Cuzco, Lima, 1989, pág. 89. Y, debemos señalar que no sirve el establecimiento de un fuero sindical restringido sólo a los dirigentes sindicales, puesto que, como señala Blancas «la protección de la libertad sindical y los derechos colectivos laborales no debe circunscribirse, empero, tan sólo a los trabajadores que desempeñan funciones de dirigencia sindical, sino a la totalidad de trabajadores, en la medida que aquellas libertades y derechos les son reconocidos sin excepción», en ob.cit., pág. 129.

72 Baylos Gray, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, ob.cit., pág. 44.

Refiriéndonos al contenido del derecho al trabajo, debemos señalar, sucintamente, que es plural, con manifestaciones públicas y privadas⁷³. En el ámbito público es un mandato al Estado para que apruebe políticas públicas orientadas al pleno empleo. En tanto que en el privado, se expresa a través de diversos mecanismos de acceso al empleo y de su conservación, salvo que exista una causa justa de extinción de la relación laboral. Esto último se manifiesta con claridad en la sentencia citada, cuando señala que «en su aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe causa justa»⁷⁴.

Contiene, por tanto, un ámbito de acceso al empleo, que es también muy amplio y puede involucrar diversas políticas referidas a colectivos vulnerables o al derecho a la ocupación efectiva. Pero, en lo que aquí interesa, tiene un claro contenido de imposición del principio de causalidad al despido, es decir, la proscripción ineluctable del despido sin causa o *ad nutum*; esto está explícitamente reconocido por el artículo 7.d del Protocolo de San Salvador, cuando impone la obligación estatal de garantizar «la estabilidad de los trabajadores en sus empleos», y por el artículo 4 del Convenio 158, que establece que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio».

Se establece, así, «una vinculación de carácter esencial entre el derecho al trabajo constitucionalmente consagrado y el despido»⁷⁵, o más exactamente, entre aquel y la limitación de las facultades empresariales en materia de despido, que tendrían su primer y más importante escollo en el reconocimiento constitucional de este derecho⁷⁶. Jurídicamente, entonces, entre las disposiciones constitucionales e internacionales de la trenza de la protección social, se establece una estabilidad laboral (de salida) que condena a muerte al despido sin causa.

Pero aquí no se agota el asunto. Como señala Gorelli, no es la causalidad el único mecanismo para tutelar el

73 Como lo señala el fundamento jurídico octavo de la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 22/1981.

74 Ídem.

75 Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, cit., pág. 40.

76 Gorelli Hernández, Juan, *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010, pág. 18.



derecho al trabajo, sino que «hay un segundo límite a la capacidad extintiva del empresario: la exigencia de requisitos formales; exigencia que se justifica por la necesidad de que el trabajador conozca con precisión la cusa que se utiliza por parte del empresario para justificar su decisión extintiva y así poder plantear una defensa judicial frente a esta decisión»⁷⁷.

Como hemos visto, en un Estado Constitucional de Derecho, la garantía efectiva de protección judicial de un derecho fundamental es un elemento definitorio de esta forma política, de allí que no puede obviarse este tema, sino que tienen que proveerse mecanismos y procesos que permitan cautelar la existencia concreta y efectiva del derecho al trabajo.

Sobre este particular se abre el abanico remedial de una afectación del derecho al trabajo, cuyas dos expresiones más recurridas son la tutela restitutoria (reposición) y la tutela resarcitoria (indemnización). Frente a esto, y si bien tanto el Protocolo de San Salvador como el Convenio 158 de la OIT, plantean ambas tutelas como alternativas, no podemos dejar de lado nunca que los tratados internacionales son normas mínimas que operan, en su relación con los ordenamientos propiamente nacionales, bajo el principio de norma más favorable (como derivación del *principio pro persona* e, incluso por estar expresamente regulado así en el artículo 19 de la Constitución de la OIT). Y en esas condiciones, es obligación estatal hacer efectivo el derecho al trabajo bajo una óptica garantista, que es la del *discurso de los derechos humanos* que da soporte al modelo de Estado Constitucional de Derecho.

En esta postura lo que existe es el derecho al trabajo y no el derecho al despido, como ocurre en la *narrativa neoliberal dominante*; por lo tanto, el cercenamiento injustificado del derecho al trabajo debe conducir a retornar las cosas al estado anterior a la violación. En tales circunstancias, aceptar la indemnización como remedio es preferir una *limitación laboral impropia*, terminología con la que Martins Catharino, citado por Plá Rodríguez⁷⁸, ponía en evidencia que nos movíamos en otro terreno: aquel en el que se considera al despido como un derecho patronal. Hay que agregar el hecho que Gorelli, con precisión de cirujano, nos muestra: «para mantener la concepción de que la causalidad pesa sobre el despido es imprescindible la readmisión, pues en otro caso la causalidad recae sobre la indemnización: la justa causa se requiere no ya

para despedir, que es algo que siempre cabe, sino para indemnizar»⁷⁹.

La existencia de un régimen indemnizatorio, atenta, además, contra el cuestionamiento judicial del despido, en la medida en que el pago extingue lisa y llanamente la relación laboral sin que autoridad alguna pueda pronunciarse sobre si existió o no causa justa, evidenciándose, así, su carácter *ad nutum*, aunque previo paso por caja.

Para que la indemnización sea coherente con el *discurso de los derechos humanos* debe ser de una «intensidad suficiente como para mantener el sistema extintivo del contrato de trabajo fuera del terreno del libre arbitrio empresarial»⁸⁰. Así queda demostrado por Baylos Grau y Pérez Rey, cuando reportan una intervención del presidente del gremio empresarial español (CEOE), Díaz Ferrán, en la que afirmaba con gran capacidad sintética: «no pedimos el despido libre porque ya existe, lo que pasa es que es carísimo».

La indemnización por despido arbitrario, pues, no puede ser el único remedio para la afectación del derecho al trabajo, ya que tras ella no aparece el mencionado derecho sino su contrario: el derecho a despedir pagando por hacerlo; es decir, se trata de un sistema de despido libre indemnizado, que a todas luces resulta contrario al paradigma de Estado Constitucional de Derecho. Más aún cuando uno de sus principios es justamente el de interdicción de la arbitrariedad, que, como hemos visto, se irradia también a las relaciones entre privados.

Finalmente, el derecho al trabajo no solo se ve afectado cuando se admiten despidos arbitrarios indemnizados, sino también, y en volumen cada vez más creciente, a través de la contratación temporal para actividades permanentes, dejando sin efecto la llamada estabilidad laboral de entrada, que vincula la duración de la labor (permanente o temporal) con la contratación indefinida o a plazo fijo. Por tanto, la duración del contrato es una materia que escapa a la libertad de contratación de las partes; de allí que, como ha afirmado Pasco Cosmópolis, la autorización para la contratación temporal debe darse solo en casos en que se cubran labores de tal naturaleza, pues el contrato de trabajo posee vocación de permanencia, y su duración es proporcional a la causa que lo motivó⁸¹.

⁷⁷ Ídem, pág. 19.

⁷⁸ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pág. 213.

⁷⁹ Gorelli Hernández, Juan, *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 39.

⁸⁰ Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, cit., pág. 59.

⁸¹ Pasco Cosmópolis, Mario. «Contrato de trabajo típico y contratos atípicos». En *Balance de la reforma laboral*



Y entre las dos estabildades (de entrada y de salida) hay amplios vasos comunicantes, al punto que se podría establecer que el despido es un delito; pero si se deja libertad para contratar a plazo fijo labores permanentes, nadie cometería la conducta antijurídica, puesto que colocarían a toda la planilla a duración determinada, de modo que la terminación de la relación laboral se daría por vencimiento de plazo y no por despido.

Por ello, el artículo 3 del Convenio 158 de la OIT establece que «se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio». Esta disposición se complementa con el punto 3.2.a de la Recomendación 166 de la OIT, que señala que los estados pueden establecer como garantía adecuada contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el Convenio: «limitar la utilización de los contratos de duración determinada a los casos en que, a causa de la índole del trabajo que haya de realizarse, a causa de las condiciones en que deba realizarse o en razón de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada». Y la doctrina más significativa comparte el criterio de que la estabilidad laboral sería una *mentira* si pudiera pactarse libremente la duración de los contratos de trabajo⁸².

V. LA IMPOSIBILIDAD DE TRASVASAR LA DESVINCULACIÓN ASISTIDA A NUESTROS SISTEMAS JURÍDICOS Y EL CABALLO DE TROYA

Con carácter general, el origen de ambos institutos, además de provenir de familias jurídicas diferentes (*Civil Law* y *Common Law*), tienen un marco normativo medular no solo distinto sino contrastante. Mientras que en el primero el proceso de constitucionalización del Derecho Laboral va a cumplir un siglo, en el segundo hay una ausencia total de disposiciones constitucionales referidas a los derechos laborales. Esto tiene una gran trascendencia en la medida en que en los Estados Unidos de América no se han constitucionalizado los equilibrios básicos en las relaciones laborales, tanto en el plano individual como en el colectivo, en tanto que esto siempre sucede en nuestro sistema, en mayor o menor medida.

En concreto, el derecho al trabajo y el *outplacement* –o desvinculación asistida– responden a dos mundos jurídi-

cos incompatibles: , en el primer caso se trata del derecho, reconocido a los trabajadores, de mantener su empleo, salvo que exista una causa justa de despido, en tanto que en el segundo, es una potestad empresarial de desprenderse libremente de tales trabajadores, salvo excepciones vinculadas a la oposición a cumplir actos contrarios a la ley, discriminación, mala fe o porque las partes consideraron implícita la duración indeterminada del contrato. De allí que las consecuencias no pueden ser sino antinómicas: para uno de los sistemas, la terminación incausada de una relación laboral, por decisión del empleador, es una potestad excepcional, mientras que para el otro, es la regla general.

Por estas razones el trasvase acrítico de una institución como la desvinculación asistida debe rechazarse tajantemente y denunciarse como un caballo de Troya o como un proceso de «colonización», que trae consigo el sueño neoliberal de un mundo sin derechos fundamentales en el trabajo, vistos como trabas institucionales del mercado de trabajo. En función de ello, debemos recusar la introducción de la *lex mercatoria* en nuestros sistemas de relaciones laborales, donde, además, hemos experimentado, y lo seguimos haciendo, un proceso de desregulación cuyos fines de mayor creación de empleo y mejores condiciones de trabajo para quienes trabajan no se han cumplido. Y esto es una verdad tan inconcusa como aquella que pone el ojo en los resultados económicos de estas medidas –en el campo de la acumulación de la riqueza– en el vértice de la pirámide de los ingresos, al haber desmontado al mejor instrumento redistributivo: el Derecho del Trabajo en sus vertientes legal y colectiva.

Y evocando los versos de Benedetti con los que iniciamos este trabajo, «No me sirve tan mansa la esperanza», tenemos que ir más allá del descarte académico de la desvinculación asistida en Estados Constitucionales de Derecho que consagren el derecho al trabajo y reafirmar que resulta inaceptable asumir que la arbitrariedad del despido puede salvarse únicamente pagando por ella. Como denunciara Gorelli⁸³, desde el propio título de su libro, la indemnización como único remedio frente al despido no es compatible con las garantías constitucionales de los derechos fundamentales ni con la interdicción de la arbitrariedad, que son pilares nucleares de la vida civilizada. Por más cambios que se produzcan en el cuerpo del Derecho del Trabajo.

peruana. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2001, pág. 127.

82 Véase, sobre el particular, la opinión del autor y las múltiples referencias que cita, Blancas Bustamante, Carlos, ob.cit., págs. 121-127.

83 Gorelli Hernández, Juan, *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad...*, cit.