

LA NUEVA DIMENSIÓN GLOBAL DE LA EMPRESA. Sus efectos en el Derecho del Trabajo

HORACIO DAVID MEGUIRA
*Universidad Nacional
de Buenos Aires*

1. La debilidad del derecho en el Estado-Nación. 2. La salida del ámbito estatal. Hacia donde vamos. 3. La degradación de lo colectivo y la ruptura del pluralismo conceptual. 4. La modificación del sistema de expansión del capital en la nueva empresa global. 4.1. La producción cultural-mediática. 4.2. El sistema en red, la empresa en red. 4.3. El derecho de la empresa global en red. La *lex-mercatoria*. 5. La importancia de la acción sindical y la búsqueda de un nuevo garantismo. 5.1. Eficacia e ineficacia. 5.2. La importancia de la acción sindical. 5.3. La propuesta: hacia un nuevo garantismo.

1. LA DEBILIDAD DEL DERECHO EN EL ESTADO NACIÓN

Aunque con sombras durante muchos años el derecho tuvo como ámbito de desarrollo, ejecución y coerción el Estado-Nación. Este principio positivo del derecho rigió desde su nacimiento, que cobijo bajo su arbitrio las relaciones de los hombres.

Una norma solo es válida tan solo cuando el sistema de normas, es decir, el orden al que pertenece esa norma, tiene realidad en los hechos hasta cierto grado; esto es, si las normas de este orden son observadas en conjunto y por lo general. La eficacia de un ordenamiento jurídico en general, es el “poder” que lo respalda¹.

El monopolio de ese poder, y su centralidad, para que sea instrumento debe ser empleados por los hombres, y los hombres emplean esos instrumento con uno u otro propósitos. Pero lo importante es determinar si en una determinada sociedad, esos mandatos sean obedecidos o cumplidos, y que por ende las normas que rigen esa conducta sean cumplidos.

La crisis que se provoca en los Estados-Nación periféricos o “proletarios” y en menor medida en los desarrollados, a partir de la década del 70, y los distintos sucesos y acontecimientos del mundo desde entonces, fueron modificando el rol del Estado-Nación y por ende modificando el poder que ejercían, su influencia, su intervención, su eficacia².

La ruptura del orden estatal no es solo la ausencia coercitiva del Estado, sino fundamentalmente, la inversión de la regla de la eficacia. Es decir hay más personas que no cumplen que personas que cumplan.

¹ KELSEN, H., Derecho y paz en las relaciones internacionales, Fondo de Cultura Económica, México 1996, p. 33. Entre las paradojas de esta técnica social que se ha caracterizado como un ordenamiento coercitivo figura el hecho de que su instrumento concreto, la medida coercitiva, es de la misma naturaleza que el acto que trata evitar en las relaciones humanas; la sanción contra el acto nocivo a la sociedad es en sí dañosa.–

² AMIN, S., El capitalismo en la era de la Globalización, Barcelona, Pidos 1998, pp. 17/19.

Las transformaciones generadas a partir de la llamada “post-guerra fría” se efectuaron con la utilización de un instrumento especialmente peligroso, el estado de Excepción.

Como dijo recientemente en un reportaje el maestro Ferrajoli, no existe ningún espacio de legitimidad jurídica del estado de excepción, en ningún ordenamiento que pretenda estar acorde al principio de legalidad. Porque significa la legitimación de un poder absoluto y en un estado de derecho no existen poderes absolutos.

Los principios de libertad fundamentales se dan por sentados en los momentos de normalidad, pero es precisamente en los momentos más difíciles, en los momentos de desafío, cuando se ponen a prueba. Responder a ese desafío con el estado de excepción significa declarar una derrota. Una verdadera victoria es vencer los acontecimientos que se suscitan a la sombra de las instituciones democráticas, con los instrumentos del Derecho, con los instrumentos generados por el estado de derecho.

Lo que ha demostrado la historia es que las sucesivas excepciones a la regla van generando la deformación de la propia regla y en algunos casos la modificación de las instituciones.

Justamente, la decadencia, el Estado-Nación fue socavado por medio de los estados de excepción, económicos y políticos. El descreimiento, el pesimismo, la abstención de los ciudadanos fueron consecuencias y a su vez causas, se fueron minando las instituciones de los Estados.

El miedo es y fue el factor de legitimación política, de los giros autoritarios que caen en el régimen de excepción. El miedo a la inflación, el miedo al extranjero o a la diferencia racial, al desempleo, a la pobreza y sobre todo el miedo a perder la vida. Entonces aparecen las campañas de orden, que incluyen la demonización del “enemigo que nos rodea”. Las campañas contra los “sospechosos” se convierte en la forma más fácil, pero también más irresponsable, se evade la responsabilidad de enfrentar las sombras de la democracia con la misma democracia, y se recurre a las propias sombras para combatir a las sombras.

Las constituciones se van condicionando necesariamente por las imposiciones provenientes de los organismos internacionales de crédito y los estados desarrollados. Se va legitimando un “novísimo derecho” que supedita la vigencia de la Constitución y las normas de derecho común a las leyes económicas propias de un sistema carente de decisión propia³.

³ HART, M. y NEGRI, A., Imperio, Paidós, Estado y Sociedad, p. 26. La transformación jurídica funciona como un síntoma de las modificaciones de la constitución material biopolítica de nuestras sociedades. Estos cambios corresponden no solo a la ley internacional y a las relaciones internacionales, sino también a las relaciones internas de poder de cada país... Así surge, en nombre de la excepcionalidad de la intervención una forma de derecho que en realidad es un derecho de policía. La formación de un nuevo derecho se

Decimos esto porque en la medida que sean los propios Estados los que subordinen la Constitución a las leyes del mercado, se va procesando en la sociedad un fuerte descreimiento en el sistema político, la democracia y sus actores⁴.

En síntesis, los Estado–Nación han perdido poder, y los ordenamientos jurídicos que regulaban la conducta de los hombres han perdido eficacia, por aplicación sistemática del estado de emergencia, generando en algunos casos situaciones anómicas que han convertido a algunas sociedades en pre–estatales al desarrollo social.

2. LA SALIDA DEL ÁMBITO ESTATAL. HACIA DONDE VAMOS

La hegemonía del derecho se desarrollaba en el ámbito del Derecho Estatal. Hubo sí muchos intentos de Internacionalización durante el Siglo XX. Desde la constitución de la OIT, hasta la instancia de inclusión de los denominados derechos sociales en los tratados internacionales. Los derechos fundamentales, durante el siglo XX tuvieron el máximo de Desarrollo. Paradoja que en el siglo que generó las mayores injusticias y uno de los más violentos, y cruentos de la historia de la Humanidad.

“La humanidad nunca ha sido tan igual en el plano jurídico formal y tan desigual en el plano material. La desigualdad entre países más pobres y países más ricos, paso de una relación 1 a 3 a comienzos del siglo XIX, a una relación de 1 a 10 en el siglo XX y nos estamos acercando en pleno siglo XXI a 1 a 100. Existen más de mil millones de personas que viven en condiciones de absoluta indigencia.”⁵.

Como consideraba Weber, la estructura burocrático–legal estaba vertebrada por el Estado y esta vertebración suponía la capacidad de autonomía y de gobierno Nacional. Pero asimismo, dicha vertebración administrativa pasaba a ser un factor de defensa de las señas de identidad de una población y de un territorio⁶.

En estas condiciones el Estado se constituía en un uso legítimo de la fuerza en un marco de relaciones internacionales caracterizado por un modelo de intereses interestatales en conflicto.

inscribe en el desligue de la prevención, la represión y la fuerza retórica destinadas a reconstruir el equilibrio social: todas características propias de la función policial (p. 32). Lo que sustenta esta intervención ya no es solamente un estado permanente de emergencia y excepción, sino un estado permanente de emergencia y excepción justificado por la apelación de valores esenciales de justicia. En otras palabras el derecho de policía queda legitimado por valores universales.

⁴ GONZÁLEZ, H.R. y BARRAZA, A., Informe de la Asesoría Jurídica de la C.T.A. al Confederal, marzo del 2001, El Estado de “No Derecho”.

⁵ FERRAIOLI, L., Diario Clarín, Bs. As. 31/12/2005, Reportaje.

⁶ WEBER M., Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 173/180.

El rumbo económico emprendido va generando el fenómeno de desarticulación de los derechos democráticos alcanzados durante los últimos dos siglos. Dicha desarticulación donde encontrará su máximo exponente es en el área del trabajo. La precariedad, el desempleo, la desprotección laboral y profesional, se alzan como factores objetivos que indican la nueva fase en la que el capitalismo ha entrado.

El trabajo al ser desregulado no sólo asume el significado de mercancía sino que demuestra como sobre él gravita todo el tema de la acumulación. Así la pérdida de derechos sociales actúa a favor de la aparición de procesos de sobreexplotación.

La degradación del trabajo favorece como consecuencia a las rentas de capital, pero también es la manera como la que se introduce la lucha hobbesiana entre los trabajadores⁷.

Las más de dos décadas en que se impusiera el capital estuvieron signadas por algunas ideas con profunda carga simbólica: por ejemplo, la *desregulación* económica y la *flexibilidad* laboral. Ambas encubrían su verdadera misión: librar de ataduras, esto es de normas, el funcionamiento del mercado de bienes, servicios e inversiones. La eliminación de la ley importaba la ausencia de Estado y, en consecuencia, la vigencia irrestricta del mercado, “en su paroxismo, el neoliberalismo procuró convertir la sociedad, en sociedad de mercado, y el mercado de trabajo, en apéndice de aquélla”⁸.

Ello ha hecho que se consolide la supremacía de lo económico sobre el resto de esferas sociales. En nuestra disciplina se plasmó en todo el proceso de flexibilidad laboral, pero que tuvo su máxima expresión cuando gran parte de la doctrina planteó la necesidad de subordinar el orden público laboral al orden público económico. Ésta es, según Sala Franco, la razón “no alegada pero existente”; el “chantaje histórico de la crisis”. La situación de desempleo generalizado constituye un momento idóneo para acometer la abolición o disminución de derechos laborales adquiridos históricamente, abriendo camino a la oferta de empleo precario. Tal ofensiva empresarial sería inimaginable en tiempos de pleno empleo⁹.

El Derecho del Trabajo se desarrolla en aquella etapa, es consecuencia del desarrollo democrático–capitalista. Donde la democracia era el sistema del capitalismo en el dilema, capitalismo–socialismo, democracia–dictadura.

⁷ HABERLAS J., “La guerra de todos contra todos, una reinterpretación del hobbesianismo” en Teoría y Praxis, Madrid 1987, pp. 68/72: “El homo homini lupus est”, este concepto introduce una perspectiva psicológica en la que la “maldad natural” del individuo justifica la aparición de un Estado–Leviatán que mediante un pacto de sujeción entre los súbditos y el rey elimina el estado de naturaleza en el que prevalece,

⁸ HAVERMANN, H., Trabajo y capital monopolista. La degradación de trabajo en el siglo XX, Edit. Siglo XXI, México, 1980.

⁹ GARCÍA, H.O., Ascensión y caída del debate sobre la flexibilidad laboral y sus resultados. Reflexiones sobre la precarización del trabajo. www.observatoriojurico.cta.org.ar

Sin embargo el nuevo dilema, tras la desaparición de regímenes que se desarrollaron bajo el “socialismo real”, va siendo “capitalismo o democracia”. Justamente, el mercado global va requiriendo Seguridad y las precarias democracias carecen de la fuerza y convicción necesaria para su realización.

La democracia queda neutralizada desde el mismo momento en el que se legisle para la desregulación laboral, ya que este es el fundamento de un estado-nación que solo ejerce sus funciones políticas y legislativas en contra del concepto de legitimación basado en el “bien común”.

En síntesis: en la legalidad sin legitimidad colectiva, está el origen de la nueva desigualdad entre los seres humanos. El Derecho del Trabajo, como derecho de intermediación en el interior del capitalismo y como herramienta de la igualdad, va a tener que abrirse paso en el nuevo dilema “capitalismo o democracia”.

3. LA DEGRADACIÓN DE LO COLECTIVO Y LA RUPTURA DEL PLURALISMO CONCEPTUAL

La implementación del neoliberalismo y su obsesiva política de lo privado sobre lo público, ha hecho nacer un desprecio insistente y reiterativo en contra de lo colectivo. El desprestigio sindical, y de la clase obrera tiene que ver con este concepto de degradación de lo colectivo.

La mundialización económica, la desarticulación de los mercados nacionales, y fundamentalmente del mercado de trabajo, y el debilitamiento del sector público confluyen en el efecto más explicativo del nuevo orden económico político internacional: el asentamiento de los privilegios sobre los derechos alcanzados y asumidos históricamente. En ese sentido, se van convirtiendo en privilegios lo que dos décadas antes resultaba de aplicación universal indudable. La sanidad, la educación, la seguridad social y la previsión y en general todo aquello vinculado a la protección ciudadana pasa a ser un “lastre” y la causa de la crisis fiscal del Estado y de la ingobernabilidad.

Una opción dilemática puede observarse en las relaciones entre lo público y lo privado. Desregulación y privatización, fueron parejas que intentaron acomodarse a aquella lógica de expansión del mercado. *Privado* significa, ante todo “*privo*”, esto es, desprovisto de voz y de presencia pública. La privatización, entonces, resultaba en una *despublicización*, a partir de una absolutización del mercado y una negación del Estado¹⁰.

Las relaciones capital-trabajo no escaparon a dicha caracterización. A medida que el discurso flexibilizador ganaba terreno, se consolidaba como

¹⁰ GARCÍA, H.O., GIANIBELLI, G., MEGUIRA H.D., MEIK, M. y ROZENBERG, E., Tiempo de Derechos. *Revista de Derecho Social* nº 21, Editorial Bomarzo, p. 234, España, Derecho del Trabajo, nº 20, 2005.

creciente mecanismo de producción y reflejo de desigualdad. La desestructuración social, a su vez, expulsando del trabajo a enormes cantidades de personas, consolidaba la exclusión y, paralelamente, reforzaba los alcances de la explotación de los incluidos en el mercado de trabajo.

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

El pacto tácito de la post-guerra, se ha reducido a su mínima expresión. Aquél acuerdo celebrado entre los antagonistas tradicionales de la cuestión social, después de casi un siglo y medio de luchas se documentó en las constituciones de los Estados, incorporando el segundo paquete de derechos humanos, económicos y sociales al más alto nivel de la jerarquía normativa, se ha roto.

Durante el transcurso de estos largos años lo que en realidad existió es lo que Otto Khan Freund denomina “*pluralismo conflictual*” o sea, la tensión permanente entre el cumplimiento de los derechos constitucionales y la resistencia de quienes ven menguados su poder y su margen de ganancia. Justamente a partir de esa historia del constitucionalismo social y los mandatos emergentes, se desarrolla el derecho laboral. La historia de nuestro Derecho es precisamente el desarrollo de la intermediación y la juridización de ese poder de hecho ejercido por el capitalismo.

La previsión, la educación, la salud, y fundamentalmente los cambios sufridos en la estructura ocupacional como consecuencia del desempleo, han modificado sustancialmente la composición de la clase trabajadora y por ende su modalidad de resistencia.

Podemos sintetizar entonces: Se ha roto el pacto social y por ende la visión desde el “pluralismo conflictual”. Estamos en período de transición de rearticulación de los procesos de subordinación internacional con aspectos nuevos y diferentes de los heredados tras la descolonización llevada a cabo finalizada la Segunda Guerra Mundial.

4. LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE EXPANSIÓN DEL CAPITAL EN LA NUEVA EMPRESA GLOBAL

4.1. LA PRODUCCIÓN CULTURAL-MEDIÁTICA

La irracionalización colectiva se definirá como la estructuración de unas formas de entender la sociedad carentes de cualquier vínculo lógico-causal. Nada tiene causa ni origen, y en último término, todo está sometido al azar o la “mano invisible”. En este sentido la clasificación contemporánea de la

realidad se asienta no tanto en la propia experiencia cotidiana vivida de los individuos, como en la relación que estos tienen con los sistema de comunicación de masas.

La propagación del principio de competencia como forma “normal” de interrelación humana. El modelo psicológico del hombre hobbesiano se consolida como conducta “normal”, de manera que el instinto egoísta se superpone a cualquier otro fundamento de actuación.

Es un criterio común de los estudios de los medios de comunicación de que se esté en la edificación, de “una realidad supuesta”, no obstante, se hace tan decisiva y primordial como los acontecimiento rutinarios de la existencia común. Los mass-media tiene una doble función: sensibilizar y desensibilizar. Esta doble función resulta paradójica. En efecto, se asiste, vía satélite y en directo, al espectáculo de los conflictos inter-étnicos, –los casos de Zaire, Mali, Mozambique– pero inmediatamente se contrarresta la visión del subdesarrollo con los siguientes contenidos de los noticiarios en lo que todo se diluye y donde todo queda disuelto en un maremagno de la confusión. La normalización, pues, significa la capacidad que los medios tienen para habituar a la población receptora a acontecimientos que siendo reales, finalizan apareciendo e interpretándose como parte de la representación audiovisual¹¹.

Se han vuelto indispensable los procesos comunicativos–culturales de los imperativos neoindustriales. González Casanovas enmarca el fenómeno de la mundialización económica–ideológica como aspecto inseparable para entender la conjunción entre neoliberalismo y neoconservadurismo. En último término se produce una pérdida del sentido de la realidad que queda suplido por una percepción ilusoria de la existencia. Es lo que autores como Bourdieu han conceptualizado como “imaginario colectivo”¹².

La comunicación de masas se convierte, por un lado, en el canal que pone ante los ojos de mundo opulento, el testimonio de la miseria. Pero, al mismo tiempo, se trata de que no se vea colectivamente el origen de la nueva desigualdad entre los seres humanos.

Los medios masivos estandarizan comportamientos sociales y tipifican visiones del mundo haciendo aparecer mentalidades con sistemas de prejuicios muy regularizados y organizados acordes con los objetivos del sistema económico productivo.

El mundo tratado como único mercado, sin limitaciones, en busca del mercado que abarque todos los países y todas las mercancías. Aunque la globalización completa no exista, lo que se trata de imponer como meta es “que no existe lugar en el mundo que el mercado no pueda llegar y vender”.

¹¹ REARDON K., La persuasión en la comunicación, Paidós, Barcelona, 1983.

¹² BOURDIEU P., El sentido práctico, Taurus, Madrid 1991.

4.2. EL SISTEMA EN RED, LA EMPRESA EN RED

La producción de bienes de una empresa es solo un aspecto de sus operaciones. La producción de cosas es un efecto de la principal actividad, que es la producción de imágenes de una cosa. El verdadero trabajo es la comercialización, que se incrusta en los medios de comunicación de masas. Producir imágenes, comercializar, y vender es una sola actividad. Es una carrera hacia la ingravidez, la empresa que menos posea, la más audaz, la que menos empleados tenga, la que pueda despedir, la que produce imágenes potentes, esa es la que gana.

La empresa se maneja en red. Las redes por efecto de las nuevas tecnologías pueden manejar en tiempo real la gestión en cualquier lugar del planeta.

Las tecnologías flexibles de la información permiten mantener la descentralización productiva de la red y la centralización de la gestión y la concentración planificada de los recursos. Las redes siempre existieron pero son capaces ahora de descentralizar y centralizar, simultáneamente y en tiempo real¹³.

Por intermedio de los sistemas de concesiones se da una nueva forma de contratación y sub-contratación, marcas, descentralizaciones, licencias, franquicias, son las nuevas formas expansivas del capital.

Sin embargo, la renta de cada una de las partes de la red, es planificada por el conglomerado. La renta de cada sector y de toda la red debe ser planificada y lograda a cualquier costo. De acuerdo a las condiciones socio-económicas y los costos de cada territorio, el conglomerado resuelve planificadamente su producción y sus ventas, su penetración de mercado y su influencia cultural y mediática. Se calcula de antemano, cual debe ser la ganancia de esa sucursal o de ese territorio.

La modificación de la gestión del conglomerado, modifica la gestión de todo el grupo y de toda la red; se provoca la deslocalización de un determinado producto, de una determinada empresa, de una determinada fábrica en un determinado territorio.

El conglomerado es el gran acumulador de renta de capitales y proveedor del sistema financiero y a su vez es el ingeniero de la renta final del conjunto empresario que tiene su último tramo en las operaciones financieras, de acciones, y de títulos privados y públicos. En algunos casos se prescinde de los bancos como agente de crédito y es el propio grupo el que provee asimismo de financiamiento a los distintos sub-grupos de la red.

¹³ CASTELLS, M., artículo El sindicalismo ante una Economía Globalizada, Germania, Escuela de Verano Confederación CCOO, p. 31/48.

4.3. EL DERECHO DE LA EMPRESA GLOBAL EN RED. LA LEX- MERCATORIA

Los códigos civiles y luego comerciales han sido los que orientaron durante el siglo XX y parte del XIX, en el marco del estado-nación, la protección del derecho de propiedad y más tarde de la empresa como sujeto principal de la actividad económica.

Es evidente que el desarrollo de la empresa global requirió de determinadas reglas de juego para su expansión que superó, tanto al derecho de las naciones como al derecho internacional plasmado en los tratados internacionales, los convenios que determinaban la existencia del derecho internacional a la relación entre los Estados. El llamado Derecho internacional público, y en nuestra disciplina el derecho internacional del trabajo de los convenios tripartitos de la O.I.T, no han servido de contención a la expansión de un nuevo y viejo derecho: la *lex mercatoria*.

La vieja teoría, de que el derecho internacional rige las relaciones entre los Estados, y los derechos nacionales regulan las relaciones de los individuos, ya fue superada. Pero durante el desarrollo del Estado Nación, el derecho del Trabajo creció dentro de los límites de la legislación nacional, independientemente de las obligaciones de los Estados asumidas en su condición de miembros de la OIT, y la sumisión y ratificación de los convenios.

El Estado se concibió, y aún se concibe, como una existencia en el espacio y por lo tanto se hace una distinción entre los acontecimientos que suceden dentro del Estado y los que ocurren fuera de él.

El tiempo ha demostrado que independientemente de que el Derecho Internacional imponga deberes y conceda facultades a los Estados, no quiere decir que imponga deberes y conceda facultades a aquellos individuos cuyos actos se interpreten como actos de un Estado.

El Derecho internacional y el derecho nacional no regulan la conducta de distintos sujetos, sino de los mismos sujetos: los individuos. Esta idea de “interior” y “exterior” antes del proceso de cambio y mucho más a partir de la década del 70 se ha diluido.

Sin profundizar en el tema, sabemos que el derecho regula conductas de los individuos, sin importar la fuente ni la intermediación. Hay una diferencia muy importante entre la técnica del Derecho Internacional y la del nacional. Me refiero al acto coercitivo que representa la sanción del derecho.

En el ámbito del fenómeno fáctico de la globalización, se tiende a la uniformación del derecho aplicable, el renacimiento de la *lex mercatoria*, es ya una realidad innegable, un verdadero “derecho de las empresas”, con sus propias fuentes e instituciones de aplicación¹⁴.

¹⁴ GALGEANO, F., Interpretación del contrato y *lex mercatoria*, Revista de Derecho Comparado n° 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 15: Se entiende por *lex-mercatoria* un derecho creado por el

Hay una tendencia ostensible a reducir el papel del derecho estatal, a liberar los mercados de regulaciones y a facilitar lo más posible los intercambios, para lo cual se necesita que el derecho interno ofrezca la mínima o nula posibilidad de interferencia.

En el mundo sin fronteras, donde las marcas que identifican a las empresas tienen alcance planetario, se logra relacionar con una trama extensa y compleja de relaciones contractuales. La eficiencia de este derecho se ha convertido también en un valor jurídico que no puede regularse por el derecho estatal. Esta relación, entre estructura empresarial y régimen de acumulación, merece explicación. En primer lugar, por los profundos efectos sobre el trabajo y su regulación y, en su consecuencia, sobre el modelo social en su conjunto. En segundo término porque se presenta como un doble juego de orden causal: las modificaciones empresariales moldeando el sistema económico en un momento dado o, por el contrario, el sistema económico, por razones de eficiencia o más explícitamente de tasa de ganancia, exigiendo y compeliendo las modificaciones a su interior, especialmente en su unidad productiva por antonomasia, la Empresa. Esta suerte de determinismo empresarial, que erige a aquella como factor clave del funcionamiento económico tiende a encubrir, mistificando, el verdadero sujeto destinatario de la atención especial dispensada a la empresa que no es otro que su titular, el empresario, último apropiador del beneficio que ésta obtiene.

El desarrollo del sistema capitalista, en donde la propiedad de la empresa parece oculta bajo la forma indeterminada, y muchas veces difícilmente determinable, entidad de sus titulares provista por su distribución en capital accionario, contribuye a colocar en segundo plano al empresario y en el rol estelar a la empresa. A tal punto esto es funcional a una visión extrema de la tasa de ganancia, que el ropaje de la empresa, a la que se dirigen todas las políticas de tratamiento específico, la convierte en un fin en sí mismo, desvinculándola y aislándola de su titular o titulares, efectiva manifestación del capital.

Desde aquí cabe explicar el enorme efecto disciplinador, favorecedor de todo el período de reestructuración empresarial y del régimen de acumulación, que desde el plano discursivo se instituyó como un dogmático mensaje de superación de todas las dificultades y garantizador de la única salida existente ante la crisis. La atención a la empresa, y por ende al capital, desplazando toda otra función que, como en el sistema fordista, la misma cumpliera, implicó, en definitiva, un mecanismo de transferencia de ingresos a escala nacional y global, que se saldara con desprotección social creciente y enormes dudas sobre su viabilidad política final¹⁵.

rango empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, mas allá de la unidad polaca de los Estados, las relaciones comerciales que se establecen dentro de la unidad económica de los mercados.

¹⁵ GIANIBELLI, G., Transformaciones en el Derecho del Trabajo, Encuentro Argentino-Uruguayo de profesores de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Por ello toda la ingeniería jurídica elaborada por las empresas tiende a superar esa “ineficiencia” y para ello busca como objetivo inicial prescindir del derecho estatal. Lo que lleva a Galgano a decir que en este mundo absolutamente globalizado donde circulan mercaderías, licencia, producción, franquicias y diseños, el derecho estatal parece “rugido del ratón”¹⁶.

La *lex mercatoria* era— en el medioevo—, un derecho creado y directamente impuesto por la clase mercantil, por fuerza de la costumbre, de los estatutos de las corporaciones, del ejercicio de la jurisdicción por tribunales consulares integrados por mercaderes. No reconocía mediaciones políticas ni tenía límites territoriales; se realizaba la idea de unidad del derecho dentro de la unidad de los mercados. Era un derecho internacional que huía de otras regulaciones internacionales como el derecho romano y el derecho canónico¹⁷.

La globalización ha permitido renovar la *lex mercatoria* y darle una nueva y vital importancia para la regulación de los negocios jurídicos transnacionales, que elude las reglas del derecho internacional privado y las leyes domésticas, considerándolas obsoletas e inadecuadas. Por ello recurre a soluciones alternativas para evitar la aplicación de las leyes nacionales, creando su propio sistema regulatorio independiente de las leyes nacionales y de los tratados firmados por los Estados.

La fuente principal de la *lex mercatoria* es el derecho consuetudinario, y el instrumento es el contrato. Estos usos y costumbres adquieren la suficiente uniformidad, como para considerarlos realmente obligatorios por los operadores del mercado globalizado. Ello se produce, por la circulación de los modelos contractuales que adquieren así fuerza normativa. Su uniformidad es la clave.

Lo que domina la escena jurídica de nuestro tiempo no son las convenciones internacionales de derecho uniforme, sino que el elemento dominante es la circulación internacional de modelos contractuales uniformes.

Ciertas instituciones, especialmente la Cámara de Comercio Internacional, han creado un conjunto de cuerpos de normas carentes de sanción estatal pero que pueden ser incorporadas por las partes a sus contratos, a veces aún tácitamente. Los incoterms, las reglas CCI sobre garantías a primera demanda, cartas de crédito stand by, son ejemplo de este *soft law*.

¹⁶ KLEIN, N., No Logo, El poder de las marcas, Paidós. Es que las grandes firmas centran su poder en la marca y fabrican en distintos países, generadamente periféricos, donde pagan salarios misérrimos a trabajadores casi esclavos. Que en Estados Unidos se encontró a 72 obreros tailandeses encadenados y condiciones de esclavitud, algunas hacía siete años que estaban en el sitio, cuyo propietario no era nadie importante, pero producían prendas que luego vendían Target, Sears y Nordstrom.

¹⁷ RIVERA, J.C., Globalización y Derecho, Las fuentes del derecho de los Contratos Comerciales, Año LXIX, n° 226, *Revista La Ley*, noviembre 2005.

La propia *lex-mercatoria* genera su propia justicia, que son los tribunales arbitrales. Se han convertido en otra fuente en tanto identifican sus contenidos para aplicarlos a casos concretos. La propia Cámara Internacional de Comercio ofrece como árbitro a la Corte Internacional de Arbitraje, que ha aumentado el tratamiento de casos llamativamente.

5. LA IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN SINDICAL Y LA BÚSQUEDA DE UN NUEVO GARANTISMO

5.1. EFICACIA E INEFICACIA

Una de las reglas básicas que establece la ley mercatoria es que sólo es válida para conflictos suscitados en el comercio, es decir se auto limita en cuanto la resolución de los conflictos ajenos al vínculo comercial.

La superposición de normas de carácter nacional e internacional, la ley mercatoria que evita la ley estatal, la ineficacia de la norma y el estado de excepción, hace presumir que no hay un orden definido que permita efectuar un diagnóstico y la elaboración de una hipótesis medianamente verosímil. La incertidumbre es también un método, junto al desconocimiento y la heterogeneidad que permite afirmar el estatus quo. La “vía de hecho” es el instrumento de la soberanía del poder empresario sobre los estados y sobre los individuos.

Entonces, cuales son los parámetros que se rigen en el derecho social, frente al fenómeno de expansión de la ley mercatoria? Su normativa persigue el efecto de conciliar las tradiciones culturales y jurídicas de las naciones del mundo con la necesidad de un marco internacional de referencia básico para todos.

Como expresa el profesor Landa en un reciente seminario realizado en la Universidad de Castilla la Mancha nuestros sistemas jurídicos vienen descontando desde hace tiempo, que eficacia y validez jurídica no van siempre de la mano, y que sin embargo, lejos de escandalizarnos, justificamos el sacrificio de la validez de las técnicas de regulación empleadas si se alcanzan en un buen grado los efectos buscados, remitiendo este análisis de la efectividad del sistema empleado a un problema de control y evaluación de los resultados obtenidos con la aplicación de las concretas técnicas reguladoras utilizadas, medidos a través del empleo de instrumentos y métodos metajurídicos¹⁸.

En el derecho del siglo XXI, cada vez se hacen más eco las críticas a la inefectividad del Derecho Social, siendo factores que tienden a agravarla: la complejidad normativa y procedimental; las relaciones de poder subyacentes al

¹⁸ LANDA ZAPIRAIN, J.P., Eficacia y Efectividad del Derecho en las Relaciones Laborales Internacionales. Trabajo inédito. Seminario CC.OO., Toledo, Nov. 2005.

conflicto de intereses que desequilibra permanentemente el sistema normativo y la subsiguiente inestabilidad de las regulaciones (con su corolario de inseguridad jurídica), siempre bajo la presión de las reglas del libre comercio y del derecho mercantil de la competencia.

5.2. LA IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN SINDICAL

Los sindicatos no han desarrollado durante estos últimos años, estrategias dirigidas a adecuarse a la nueva dimensión del capital, ni tampoco pudieron generar políticas que provoquen alguna resistencia al sistema de producción en red. El sindicato perdió mucho terreno en el rol de agente distributivo, y por consecuencia ha dejado de ser un contrapoder en la dimensión que tenía en la producción fordista.

Para revitalizar su papel con el de coherencia deseable el sindicato debe, ante todo, tener la humildad de redescubrir el paraguas. Sí señores, debe saber volver a ser útil, como en sus comienzos, a cuantos están obligados a enfrentarse en total soledad con una divinidad irascible y completamente misteriosa como el mercado de trabajo. Por ello, el sindicato debe activarse no sólo cuando un puesto de trabajo ha sido encontrado ya por el interesado, sino cuando lo está buscando sin poder encontrarlo y, en consecuencia, con anterioridad a la instauración de la relación laboral. Le será ello posible a condición de que prepare su utillaje para suministrar prestaciones de información –orientación–, formación profesional en sintonía con un cuidadoso y eficaz seguimiento permanente del mercado de trabajo. De lo contrario, los vacíos serán llenados por otros, con finalidades y motivos que hacen problemático confiar en los mismos¹⁹.

El sindicato no ha podido modificar esta nueva vuelta del capitalismo, esta aceleración de los ritmos de comercialización. Fue impotente ante la concentración económica y centralidad de la dirección en los grupos, y no ha modificado en el debido tiempo sus métodos de lucha para adecuarlos a la nueva circunstancia

Es decir, no se ha superado el conflicto sectorial, ni las fronteras institucionales del Estado–Nación. Ni ha superado la frontera de la representación del trabajador en relación de dependencia. En estas etapas de crecimiento del producto bruto de los países latinoamericanos puede llegar a generar una nueva élite de trabajadores aislados del resto de los trabajadores informales, cuentapropistas o precarizados.

Puede ser que tengan una mejora salarial, pero que esta no incida en la distribución del Producto Bruto, porque es tan pequeña la proporción de

¹⁹ ROMAGNOLI, U., El renacimiento de una palabra Traducción (revisada por el autor) de Antonio Baylos, publicada en el número 31 de *Revista del Derecho Social*. Bomaizo

empleo formal, que finalmente no incida en la distribución general. También el conflicto sectorial de una Terminal de la Red tiene escasa incidencia en la renta general. Podemos llegar a afirmar que un conflicto sectorial ganado en un 100% puede no incidir en la renta general del grupo, ni generar efecto contagio, ni modificar la proporción entre concentración y distribución en el interior de aquel. Lo que lleva necesariamente a replantearse la acción sindical desde el lugar de la eficacia.

Si a esto agregamos la forma organizativa en el interior del Estado Nación y una coordinación “Light” a nivel internacional resulta insuficiente e ineficaz ante la presencia omnipotente de la empresa–global. El conflicto a nivel local–nacional carece de fuerza necesaria para revertir la rentabilidad y la concentración del capital²⁰.

Sin embargo aunque incipientemente en estos años se desarrollo el sindicato autónomo e intenta una proyección desde el lugar de trabajo hacia la sociedad y el Estado en la disputa de la *política*, entendiendo a ésta como el ámbito en el que el ciudadano–trabajador puede ejercer los derechos fundamentales en pos de remover los obstáculos que dificulten su realización plena, singular y colectiva.

La vocación política de los sindicatos redimensiona la libertad sindical y determina la necesaria relación entre las formas organizativas y la existencia de colectivos que exceden al inicial y directo vínculo laboral, aunque manteniendo inalterada su condición social básica de organizaciones de trabajadores.

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

Esto sin abandonar su rol reivindicativo. Como dice Antonio Baylos “No se pretende saldar la separación entre el ámbito “político” de actuación sindical –que en la terminología de alguna norma vigente se denomina “extralaboral”– y la dimensión “económica” de la acción de tutela del sindicato, sino revalorizar esta última que se extiende y se carga de nuevos contenidos “laborales”. En efecto, los espacios de regulación de las relaciones laborales en la empresa ya no se limitan a los clásicos del intercambio de la relación salarial, la organización del trabajo o la institucionalización de los sujetos colectivos que provienen del clásico compromiso fordista, sino que incorporan los nuevos elementos de ciudadanía en la empresa, la problemática del empleo, ante todo en lo relativo a las facultades empresariales de contratación de despido,

²⁰ MEGUIRA, H.D., Seminario internacional sobre responsabilidad legal de las empresas transnacionales, CC.OO., Castilla–La Mancha, Toledo Noviembre 2005.

y las decisiones que afectan a la transformación de la forma de empresa o al diseño organizativo de la misma. Ello quiere decir que en el centro por tanto está la empresa. Y que de alguna manera se está procediendo a una cierta refundación del sindicato desde la empresa, como una seña de identidad de la organización que se adapta a los requerimientos del nuevo siglo²¹.”

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

Es más que evidente que a esta altura el lector se habrá dado cuenta que las organizaciones nacionales y las estructuras internacionales actuales no pueden hacerse cargo de semejante modificación.

El conflicto ha cambiado. Ya no existe esa clara y nítida diferencia entre el conflicto territorial y el conflicto de fábrica y se hace necesario un replanteo del rol sindicato en el territorio y en la fábrica para tratar de compatibilizar los intereses de los excluidos con los incluidos.

La conflictividad local–nacional o de una pequeña parte del capital y las medidas de fuerza en el trabajo han perdido lesividad.

Se requiere entender la rentabilidad empresaria para elaborar estrategias que la disputen en su totalidad. Y ello va a ser posible solo con organizaciones que trasciendan las fronteras nacionales. La solidaridad se va convirtiendo en un requisito del conflicto, no un valor agregado al conflicto. No hay posibilidad de disputa sin solidaridad.

Tanto la negociación colectiva internacional, como la inclusión de cláusulas sociales obligatorias en los convenios regionales, se hacen imprescindibles ante la nueva dimensión de la empresa global. Negociación que no puede estar limitada a la profesión o la actividad, sino debe dirigirse al sistema en red y a la forma que la empresa ha diseñado su “ingeniería de la renta”.

Hoy parece que la palabra clave es extensión. La función sindical debe extenderse en todos los sentidos. Solo a partir de esta extensión será posible el desarrollo de un nuevo derecho social que genere las condiciones para la igualdad y una nueva progresividad de los derechos:

1) Extensión de la representación. La representación de los trabajadores formales resulta insuficiente y debe extenderse a los trabajadores, precarios o temporales desocupados o jubilados.

²¹ BAYLOS A., La acción colectiva de los trabajadores en la empresa y su centralidad en el proyecto Sindical, Fundación Sindical de Estudios, Homenaje a Umberto Romagnoli, en lopezbulleta@conec.es.

2) Extensión de la representación fuera del ámbito de la empresa. La división clásica entre conflicto social y conflicto sindical hoy pierde sentido ante la modificación sustancial de los métodos de trabajo y la ruptura del trabajo estable como eje ocupacional de la producción. Por lo tanto, los sindicatos tienen capacidad para ir en busca de la representación de los trabajadores excluidos del sistema productivo formal.

3) Extensión de la representación de los trabajadores en el seno de la nueva dimensión de la empresa.

4) Extensión de la representación sindical fuera del ámbito nacional. Por lo expresado se hace imprescindible la existencia de representaciones formales supranacionales y/o regionales que permitan una adecuación a las nuevas formas de organización del capital.

5) Extensión de la huelga fuera del ámbito contractual y de la empresa, con una visión dirigida al concepto de alteración colectiva del trabajo en sentido amplio, reafirmando el concepto de autotutela.

6) Extensión de la negociación colectiva más allá de la actividad, y más allá de la filial local de la empresa global. La negociación colectiva que sea consecuencia del conflicto redimensionando el “diálogo social” más allá de las fronteras nacionales²².

Solo con el acompañamiento de la acción podrá recuperar eficacia el derecho social en forma global y contraponerse (contrapoder) a la *lex-mercatoria* en busca de igualación de derechos para lograr por esa vía una participación mayor en la renta del capital.

5.3. LA PROPUESTA: HACIA UN NUEVO GARANTISMO

Anoticiados, entonces, por la fuerza de los hechos, de que es el *momento de la realización de los derechos*, adquiere relevancia ese nuevo paradigma que se expresa en el valor de los Convenios de la OIT como los *Derechos Fundamentales de todos*, produciéndose un cambio de naturaleza en la legalidad.

Esta ya no es sólo mera legalidad condicionante, sino asimismo, estricta legalidad condicionada, por vínculos, que son también sustanciales relativos

²² Declaración del seminario internacional sobre responsabilidad legal de las empresas transnacionales, Toledo, Noviembre 2005. La realización de Acuerdos Marco Globales en el seno de la ETN, en el que los interlocutores son sindicatos nacionales, la Federación Sindical internacional y eventualmente órganos de representación de los trabajadores en la ETN, son una manifestación de la negociación colectiva en el espacio transnacional que hay que extender y profundizar. Se debe precisar mas los contenidos, manteniendo como suelo mínimo los Convenios de la OIT considerados fundamentales, y los procedimientos de control que dichos acuerdos prevén ante su incumplimiento. La información sobre estos Acuerdos Marco Globales a los sindicatos y trabajadores de los países en los que la ETN actúa es una condición de eficacia de los mismos y permite una cierta reversión hacia el interior del país de la coordinación intersindical que vigorice el hecho colectivo y sindical en estas empresas o grupo de empresas de la ETN en un determinado país.

a sus contenidos o significados, los que quedan expresados en los Derechos Humanos reconocidos en todos los instrumentos internacionales de tal carácter.

El garantismo se constituye, así, en la fuerza expansiva de democratización social, y en un estadio de cualificación, por su efectividad, de los derechos reconocidos.

Si quisiéramos referir sencillamente los alcances de este cambio político-social, que se difunde en forma jurídica luego, podríamos hacerlo básicamente, y como expresión de antagonismo con el modelo anterior, con el concepto de *desmercantilización*²³.

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

Por su parte, siendo la garantía de los derechos –particularmente los derechos sociales– un recurso de democratización, tendencialmente debería irse reduciendo la divergencia entre reconocimiento y goce de los mismos, asegurando la igualación sustancial propia del *Estado Social y democrático de Derecho*.

“Puestos a buscar un eje vertebrador, que sirva como cauce de desenvolvimiento de la mencionada “estrategia por los derechos”, no es sencillo eludir la centralidad de la relación capital-trabajo como espacio en donde se debate el conflicto social en el capitalismo”²⁴.

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

²³ MONEREO PÉREZ, J.L., *Teoría Jurídica de los Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo*, Comares, 1997.

²⁴ GARCÍA, GIANIBELLI, MEGUIRA, MEIK y ROZENBERG, *Tiempo de Derechos. Revista de Derecho Social* nº 21, Editorial Bomarzo, p. 236. España, *Derecho del Trabajo*, nº 20, 2005.

