

SOBRE LA EFICACIA PRÁCTICA DE LAS NORMAS LABORALES

Por Mario Garmendia Arigón¹

Sumario:

I) Introducción. II) ¿Qué nos determina a acatar las normas jurídicas? III) ¿Todas las normas inspiran el mismo grado de acatamiento espontáneo? V) El acatamiento de las normas laborales. IV) Posibles razones de la relativa carencia de eficacia de las normas laborales. V) Mecanismos mediante los cuales se constriñe o se estimula el cumplimiento de las normas laborales. VI) La facilitación del acceso a la justicia como instrumento potenciador de la eficacia de las normas sustantivas. VII) Epílogo

I) Introducción

La preocupación por lograr que las normas laborales efectivamente sean cumplidas, no solamente responde a elementales razones humanitarias o de *justicia social*.

También existen razones de otra índole, cuya incidencia práctica seguramente ha sido determinante en la evolución del Derecho del Trabajo y en las que, en muchos casos, se encierra un interés cuya titularidad, paradójicamente, puede corresponder al propio empleador.

En tal sentido, no puede perderse de vista que, por ejemplo, uno de los factores que tuvo mayor peso en la gestación y consolidación de uno de los procesos históricos más relevantes que ha sufrido el Derecho del Trabajo (como, sin dudas, lo ha sido el de su internacionalización); tuvo una inspiración eminentemente económica, basada en la inquietud por evitar los desequilibrios competitivos en el comercio internacional a los que podía llevar la adopción aislada por parte de cada Estado nacional de medidas protectoras en materia laboral².

Así como los Estados nacionales resistían el desarrollo de legislaciones protectoras hasta tanto sus competidores no las aprobaran, si se traslada la cuestión al ambiente doméstico, el mismo efecto se produce entre los empresarios, quienes no sienten inclinación al cumplimiento de la norma laboral mientras no exista la certeza de que las mismas serán respetadas indefectible e igualitariamente por todos.

1 Decano de la Facultad de Derecho – Universidad CLAEH (Centro Latinoamericano de Economía Humana, Punta del Este, Uruguay). Docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo) y en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH.

2 Monereo Pérez, José Luis, *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*, CES, Madrid, 1996, p. 109.

Se trata de garantizar la uniformidad de las reglas del juego, tendientes a colocar a los operadores económicos, en condiciones de paridad en el mercado y que, en relación con el cumplimiento de los preceptos laborales suponen que el Estado asegure que aplicará a todos ellos un grado de exigencia similar, para evitar el dumping social basado en la evasión de la norma.

II) ¿Qué nos determina a acatar las normas jurídicas?

Las normas deben tender a reflejar los valores que la sociedad considera relevantes en un momento dado. El grado en que se logre plasmar este objetivo tendrá importantes consecuencias, porque ello habrá de fomentar el acatamiento espontáneo de las normas.

Si los sujetos destinatarios de las normas perciben coincidencias entre éstas y los valores que consideran relevantes, más proclives estarán a acatarlas espontáneamente. Dicho acatamiento tenderá a producirse de una manera natural, no forzada y casi imperceptible.

Pero es evidente que ningún ordenamiento jurídico podría sostenerse exclusivamente en la *convicción de la legitimidad moral* que logren despertar las normas que lo integran, ni podría confiar que la eficacia práctica de sus preceptos dependiera sólo del *compromiso ético* que las mismas fueran capaces de provocar en los individuos integrantes del colectivo social al que están destinadas a regular.

Resulta prácticamente imposible que en una sociedad exista una uniformidad absoluta de convicciones, creencias o valores relevantes, siendo natural que toda comunidad presente grados más o menos importantes de divergencias morales e ideológicas y que ello determine el surgimiento de fricciones, debates o luchas, en las que cada colectivo procura consolidar en las normas jurídicas *sus propios* valores³.

De este modo, es posible que muchos sujetos no tengan razones morales para obedecer espontáneamente los preceptos jurídicos cuando no detectan en los mismos la consagración de valores éticos propios, sino ajenos.

Pero además, el Derecho también debe prever que algunos individuos no sienten inclinación a conducirse de acuerdo a preceptos morales y que, antes bien, actúan en función de otro tipo de razones, como las del simple interés egoísta.

Esto determina la necesidad de que al enunciado del precepto se agregue un elemento que le permita imponerse a aquellos que resisten o eluden su acatamiento, permitiéndole imponerse incluso sin o contra la

3 Ténganse presentes los intensos debates públicos que suelen generar, por ejemplo, los proyectos de ley sobre temas tales como el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo, etc.

voluntad de los destinatarios (especialmente en referencia a aquellos a quienes la norma impone un sacrificio por encima de su interés)⁴.

Ese elemento es la *coercibilidad* o *amenaza de la coacción* (el segundo de los elementos característicos de la ciencia jurídica y, para muchos, el elemento verdaderamente definidor de ésta)⁵.

Para que el individuo esté inclinado a cumplir con el precepto jurídico, incluso cuando ello signifique desarrollar una conducta contraria a sus intereses o convicciones, el Derecho acude a la amenaza de la sanción.

De este modo, la sanción no es otra cosa que una fórmula o mecanismo mediante el cual el ordenamiento jurídico intenta crear en el individuo un interés real y práctico en acatar el precepto, para evitar que recaiga sobre él una consecuencia negativa.

El impulso hacia el acatamiento de la norma puede ser entonces, el resultado de un simple cálculo, en virtud del cual el sujeto *compara* las ventajas resultantes de la alternativa de cumplir la norma frente a las que podría obtener a partir de la opción por el incumplimiento de la misma.

Cuando el resultado de este cálculo conduce al individuo hacia el cumplimiento espontáneo de la norma (aun cuando la misma consagre una solución contraria a su propio interés) se produce lo que Carnelutti llama la “*composición económica del conflicto*”⁶. Esta *composición económica* implica, entonces, que el sujeto acata la norma, tolerando que prevalezca el interés del otro (plasmado, precisamente, en la norma que acepta cumplir espontáneamente) porque actuando de esta forma logra evitar el perjuicio que para él se derivaría si escogiera la opción por el incumplimiento⁷.

De este modo, para que la sanción posea la virtualidad de provocar ese interés en el cumplimiento de la norma, su entidad debe ser sensiblemente superior al beneficio (recompensa moral, religiosa, ideológica o material) que para ese mismo individuo se derivaría de la desobediencia del enunciado normativo. La consecuencia jurídica negativa que seguirá al no acatamiento del precepto debe ser de una magnitud tal que no deje lugar a dudas acerca de la notoria conveniencia de cumplir respecto de la opción por no hacerlo. Si el atractivo que para el sujeto representa el no dar cumplimiento a la norma jurídica es superior a la aflicción que le provoca la amenaza de sanción, el efecto estimulante del acatamiento no se verificará⁸.

4 Carnelutti, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 62.

5 Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Bs. As., 1960, p. 81.

6 Carnelutti, F., *op. cit.*, p. 52.

7 *Idem.*

III) ¿Todas las normas inspiran el mismo grado de acatamiento espontáneo?

¿Existen algunas normas jurídicas que son más proclives a ser acatadas naturalmente, casi con total prescindencia de la amenaza de sanción de la que van acompañadas?

Parece claro que sí.

Así por ejemplo, quien esté dispuesto a respetar la norma contenida en el artículo 256 del Código Civil uruguayo (*“Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a su padre y a su madre”*)⁹ seguramente no lo hará motivado por el interés de evitar la sanción jurídica que podría aparejar su eventual trasgresión (sanción que, por otra parte, sería de muy difícil concreción) sino inspirado en otra clase de consideraciones, enteramente extra jurídicas.

Sin embargo, tampoco es difícil detectar la existencia de otro tipo de normas jurídicas que, apreciadas desde la perspectiva de su capacidad de despertar su acatamiento espontáneo, se sitúan en las antípodas de la que acaba de mencionarse a modo ilustrativo.

Entre ellas, sin dudas quedarían ubicadas, por ejemplo, las normas tributarias. Éstas seguramente presentarían un grado de acatamiento prácticamente nulo si no estuvieran acompañadas de una eficaz y fuerte amenaza de sanción, así como de una afinada estructura administrativa con competencia para controlar su cumplimiento. En estos casos, es posible que las consideraciones o móviles extra jurídicos (como por ejemplo, la toma de conciencia acerca de la conveniencia social de pagar los tributos, según suele fomentarse a través de frecuentes campañas publicitarias) puedan contribuir a disminuir los niveles de evasión fiscal, pero sería prácticamente inconcebible que un sistema de normas tributarias no previera un estricto mecanismo de sanciones como respaldo para lograr un grado más o menos razonable de cumplimiento.

El acatamiento de otro tipo de deberes u obligaciones se encuentra en un ámbito intermedio entre los dos extremos antes señalados. Así, por ejemplo, debe reconocerse que existe una cierta predisposición “cultural” a cumplir voluntariamente con el pago de una deuda que se mantiene con un acreedor particular, porque socialmente existe la convicción moral bastante generalizada de que corresponde “honrar”¹⁰ este tipo de compromisos.

8 Enseña Carnelutti: *“Para que la sanción consiga la imposición del precepto mediante la creación de un interés por la obediencia, es necesario, naturalmente, que quien sienta la tentación de desobedecer tenga la seguridad de que la sanción ha de actuar en cuanto desobedezca”*. Op. cit., p. 64.

9 Normas similares están consagradas, por ejemplo, en los Códigos Civiles de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, El Salvador, España, Italia y otros países.

V) El acatamiento de las normas laborales

Parece evidente que las normas laborales no se ubican entre aquellas cuyo cumplimiento se inspire en el mero impulso de la espontaneidad. En realidad, se trata de normas cuyo cumplimiento tiende a ser resistido y requieren de mecanismos de control y sanción que aseguren su observancia.

El caso de América Latina probablemente sea uno de los que confirma esta afirmación de la forma más antigua, clara y contundente. En nuestro continente, la cuestión del no acatamiento de las normas parece haber sido (y ser aún en los tiempos que corren) una de las características más salientes y constantes del ordenamiento laboral, incluso desde las lejanas épocas de la conquista.

Las Leyes de Indias¹¹ a menudo son señaladas como un curioso y sorprendente fenómeno de anticipación histórica¹², debido a las numerosas normas protectoras del trabajo de los nativos que, con particular generosidad consagraban, entre otros derechos laborales, el de percibir un salario justo y suficiente, la prohibición del pago en especie, la obligación de dar alimentación y vivienda, la cobertura indemnizatoria en caso de accidentes de trabajo en minas, la jornada de ocho horas en las tareas de construcción de fortalezas y obras militares, la prohibición del trabajo a menores de 14 años y mujeres grávidas después del sexto mes de gestación, la licencia por maternidad, etc.¹³

Pero además de su carácter avanzado, de las Leyes de Indias también se ha resaltado muy especialmente un aspecto negativo, representado por una eficacia práctica virtualmente nula¹⁴, que provocó que el abuso del trabajo

10 La frecuente utilización de esta expresión ilustra acerca del valor social que se le otorga al cumplimiento de estas obligaciones. Según el diccionario de la Real Academia Española, la voz "honrar" admite las siguientes acepciones: "1) (Del latín honorare) tr. Respetar a una persona. 2) Enaltecer o premiar su mérito. 3) Dar honor o celebridad. 4) Úsase como fórmula de cortesía para enaltecer la asistencia, adhesión, etc., de otra u otras personas. Hoy nos HONRA con su presencia nuestro ilustre amigo; ningún año ha querido HONRAR nuestra mesa. 5) prnl. Tener uno a honra ser o hacer alguna cosa".

11 Las llamadas "Leyes de Indias", fueron una monumental sistematización de las normas dictadas por la corona española para los territorios de ultramar en el período comprendido desde el descubrimiento hasta 1680. Realizada durante el reinado de Felipe II, el cuerpo normativo comprendía un total de 6.377 leyes, ordenadas en nueve libros y 218 títulos. El libro VI se titulaba "De la libertad de los indios".

12 De Ferrari, Francisco, Lecciones de Derecho del Trabajo, T. I, FDCS, Mdeo., 1961, p. 171 y 172.

13 Reyes Abadie, Washington, Vázquez Romero, Andrés., Crónica General del Uruguay, T. I, (vol. 7, La economía de Indias), p. 209.

14 Entre las diversas razones que provocaron esta falta de aplicación práctica (distancia entre la voluntad que generaba la ley y la jurisdicción en que debía cumplirse; su mismo particularismo; dificultad de obtener compilaciones o códigos

indígena careciera de todo límite y que, en la perspectiva histórica se presente como uno de los más dramáticos ejemplos de explotación indiscriminada del ser humano¹⁵.

Se manifiesta así en esta zona del planeta lo que habría de convertirse en una suerte de *defecto congénito* de la legislación laboral, que determina que su posterior evolución resultara pautada por la existencia de una “*brecha entre el derecho y la realidad*”¹⁶, cuya magnitud ha llevado incluso a algunos autores a sugerir que casi carece de sentido embarcarse en el estudio literal de las leyes laborales latinoamericanas, que sólo dejan rastro de su existencia en las publicaciones oficiales y muy poca huella verdadera en la realidad de la vida práctica¹⁷.

completos para su conocimiento y difusión; el lenguaje académico y técnico, etc.), Reyes Abadie y Vázquez Romero resaltan la influencia “...de un viejo y arraigado sentimiento español: la rebeldía, la protesta, reconocida como expresión legítima de voluntad derogatoria del orden jurídico en la propia ley”. En tal sentido, los autores recuerdan que una Ley de Indias (Lib. II, Tit. II, Ley XXIV) “...disponía, bajo severas penas, que los funcionarios del régimen indiano cumplieran y ejecutaran los mandamientos reales, pero autorizaba y daba licencia para que se pudiera suplicar de ellos, pudiéndose suspender su cumplimiento si de éste se siguiera escándalo conocido o daño irreparable”. Ajustándose a un curioso rito, “En estos casos se prestaba acatamiento formal a la disposición legal que, una vez abierta y rotos los sellos que la autenticaban, el funcionario puesto de pie y descubierto, besaba y ponía sobre su cabeza en señal de acatamiento de la autoridad real. Y a continuación se dejaba establecida en acta especial que la ley se obedecía pero no se cumplía a la espera de resolución a recaer sobre el recurso de súplica interpuesto”. Reyes Abadie, W. y Vázquez Romero, A., *Crónica General del Uruguay*, T. I, (vol. 5, El Reino de Indias), p. 138. Al respecto, Barbagelata cita una expresiva sentencia de R. Blanco Fombona: “*El monarca legisla. En vano. A dos mil leguas, la voz de Su Majestad apenas se percibe. Se oye, pero no se obedece*” (La evolución política y social de Hispanoamérica, Madrid, s/d., p. 15), *Derecho del Trabajo*, t. I, vol. 2, 2ª ed. actualizada con la colaboración de Daniel Rivas, FCU, Mdeo., 1999, p. 10, nota 4.

15 Reyes Abadie, W. y Vázquez Romero, A., *Crónica General del Uruguay*, T. I, (vol. 6, La sociedad indiana), p. 175.

16 Cfe. Oscar Ermida Uriarte: *Las relaciones de trabajo en América Latina*, Colección Crítica & Comunicación, N° 2, OIT, Lima, 1991, p. 9. Según el autor, “...parecería que, en nuestra región, las relaciones de trabajo que se registran en los hechos no siempre coinciden con las descritas en las normas. El “sistema de relaciones industriales” parecería tender a funcionar de manera bastante diferente a lo previsto en una legislación destinada a regularlo”. Op. cit., p. 10.

17 Deveali, Mario L., en *La integración del Derecho del Trabajo*, publ. de ILADTSS, Santa Fe, 1969, p. 71, cit. por Barbagelata, H-H, *El Derecho del Trabajo en América Latina*, MTSS, Madrid, 1985, p. 45. Al respecto, señalan Reyes Abadie y Vázquez Romero: “*Hasta nuestro siglo XX -derogadas después de la Emancipación la leyes tutelares del trabajo indígena- y hasta que nuevas normas de derecho laboral fueron dictadas -y ahora con violación de éstas- la trágica expoliación de los trabajadores de los obrajes prosiguió, disimulando con mil argucias su avaricia inhumana los implacables y tenaces infractores*”, *Crónica General del Uruguay*, T. I (vol. 7, La economía de Indias), p. 207. Refiriéndose al Derecho del Trabajo mexicano, Mario De la Cueva se lamenta en los siguientes términos: “...y sin embargo, las normas laborales no se cumplen: ¿será verdad como explican los

A este fenómeno latinoamericano, Plá Rodríguez le ha dado el ilustrativo nombre de “*crisis de autenticidad*”, que describe como una situación de insinceridad, a partir de la existencia de normas que en la teoría son muy perfectas desde el punto de vista técnico, muy avanzadas desde el punto de vista de sus contenidos y muy completas en sus desarrollos, pero que sencillamente no se cumplen en la práctica¹⁸. Según el autor, esta crisis de autenticidad responde básicamente a dos factores: por una parte, a la adopción de modelos inadecuados y, por otra parte, a una generalizada despreocupación por el cumplimiento (ausencia de una voluntad gubernamental real de llevar a la práctica las normas, carencia de medios de contralor eficaces o, “...*la presencia de intereses poderosos que pueden manifestarse ostensiblemente en la forma de resistencia a la ley o de prescindencia de la misma...*”¹⁹).

Pero si bien es posible presentarla como una verdadera señal de identidad de la legislación de América Latina -inequívocamente asociada a la condición sub desarrollada de los países que integran la región- la tendencia hacia el apartamiento de los preceptos laborales no parece ser exclusiva de nuestro continente. Por el contrario, en realidad el defecto se presenta como un rasgo que puede detectarse -si bien con intensidades disímiles- en ordenamientos laborales de otras latitudes, sin que resulten ajenas al mismo ni siquiera las normas laborales de algunos países desarrollados²⁰.

Resulta evidente que las normas laborales necesariamente deben ir acompañadas de mecanismos eficaces para el control de su cumplimiento y que, en definitiva, aquella que no cuente con adecuados instrumentos de constricción, padecerá un defecto de carácter sustantivo que seguramente determinará su inviabilidad²¹. Las normas laborales -se ha señalado- por

historiadores que no hemos podido desterrar los vicios del pasado, queremos decir, que la autoridad a la que corresponde cuidar de la aplicación de la Ley, conserva viva la fórmula de los virreyes cuando recibían las ordenanzas del soberano, entonces el rey, ahora teóricamente el pueblo: obedézcase, pero no se cumpla?”, El Nuevo Derecho mexicano del Trabajo, 19ª edición, tomo I, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 540.

18 Plá Rodríguez, Américo, “*El Derecho del Trabajo en América Latina. Sus crisis y sus perspectivas*”, in rev. Derecho Laboral, T. XXI, N° 110, abril-junio 1978, p. 139.

19 Plá Rodríguez, A., op. cit., p. 140.

20 En este sentido, Barbagelata recuerda que Blanc-Jouvan, “...*refiriéndose a la situación en Francia, señala que aun si no se poseen estadísticas que lo muestren, está fuera de discusión que cada vez hay una mayor tolerancia a la aplicación de condiciones inferiores a las reguladas, no sólo de parte de los trabajadores individualmente considerados, sino incluso de los sindicatos y de los propios inspectores de trabajo.* Blanc-Jouvan, N., Il caso francese in Lavoro e Diritto, año I, N° 3, VII, 1987, p. 543, cit. por Barbagelata, H-H, El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales, FCU, Mdeo., 2009, p. 119.

21 Expresa Barbagelata que “...*la legislación del trabajo está indisolublemente unida a los mecanismos de contralor que garanticen su cumplimiento*”, Derecho del Trabajo, t. I, vol. 2, cit., p. 9.

su propio carácter requieren un *sistema reforzado de sanciones* para prevenir su ineficacia²².

Por eso, no es casual que muy tempranamente, casi en simultáneo con la aprobación de las primeras normas interventoras en materia laboral, se advirtiera la necesidad de que la legislación industrial fuera acompañada por la creación de cuerpos de inspectores encargados de vigilar su cumplimiento²³.

IV) Posibles razones de la relativa carencia de eficacia de las normas laborales

Si la hipótesis planteada fuera correcta y, en consecuencia, las normas jurídicas fueran categorizables en función del mayor o menor grado de acatamiento espontáneo que son capaces de generar, seguramente las normas laborales que determinan obligaciones para el empleador tendrían un lugar reservado entre aquellas que más requieren de un sistema de coercibilidad y contralor adecuado.

Se trata de normas cuya eficacia práctica depende en gran medida del elemento coercibilidad y respecto de las que muy poco puede esperarse de su cumplimiento espontáneo (o inspirado en consideraciones extra-jurídicas).

Y acaso no sea difícil detectar las razones que explican la natural resistencia al acatamiento espontáneo de las normas laborales por parte del empleador.

La primera explicación, sin dudas está asociada a la ubicación conceptual que el *conflicto* ocupa dentro del esquema del Derecho del Trabajo. En tal sentido, si bien puede decirse que en general el Derecho ha logrado relegar el conflicto social provocado por la infracción de la norma jurídica a un plano excepcional²⁴, en cambio, también debe admitirse que el Derecho del Trabajo presenta un panorama algo diferente a este respecto.

22 Desdentado Bonete, Aurelio, Prólogo a la obra de Baylos Grau, Antonio y Terradillos, Juan, Derecho Penal del Trabajo, Ed. Trotta, Madrid, 1990, p. 8.

23 Una ley inglesa de 1833 (conocida como "*Ley de Lord Althorp*", en honor a su impulsor), que limitó a nueve horas diarias el trabajo de los menores de entre nueve y trece años en la industria textil (con excepción de las fábricas de seda) fue pionera en este sentido, al crear un servicio de vigilancia del cumplimiento de las normas industriales. Posteriormente, en Francia, la ley del 22 de marzo de 1841, pretendió combatir los abusos relacionados con el trabajo infantil, prohibiéndolo en las usinas y manufacturas para los menores de 8 años y limitando a 8 horas la jornada de los niños de 8 a 12 años y a 12 horas, la de los adolescentes de 12 a 16 años. Impuso el descanso dominical y prohibió el trabajo nocturno hasta la edad de 13 años. Si bien esta ley consagró mecanismos para el control de su cumplimiento, no fue sino hasta 1847 que se organizó en Francia un sistema específico sobre inspección de trabajo. Cfe. Durand, Paul y Jaussaud, R., *Traité de Droit du Travail*, T. I, Dalloz, París, 1947, p. 75, Pérez Botija, Eduardo, *Curso de Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1960, p. 61.

La industrialización determinó que el conflicto laboral se convirtiera en el conflicto social por excelencia²⁵. Una vez que históricamente quedó en evidencia la inviabilidad de la respuesta represiva inicial como forma de contener el conflicto industrial²⁶, el Derecho concibió otro mecanismo para intentar darle al mismo un cauce maleable y así comenzó a nacer la legislación industrial. El Derecho del Trabajo *emergió del conflicto* industrial y se constituyó en una *forma novedosa de solucionarlo*, dado que a la *meta de alcanzar la armonía o paz social, le agregó la condición de hacerlo con un sentido protector del trabajador*.

Pero el nuevo Derecho también advirtió rápidamente que no podía pretender la eliminación de los conflictos laborales y que éstos -quizás como ninguno otro de todos cuantos se manifiestan en la sociedad- formaban parte de la esencia profunda de la relación laboral²⁷. De este modo, el Derecho del Trabajo tomó conciencia de las limitaciones que le imponía su propio objeto, abandonó la idea de eliminar el conflicto y lo aceptó como un dato insoslayable, que habría de acompañarlo en su derrotero histórico.

El conflicto -siempre subyacente en la relación de trabajo- determina que exista una natural tendencia hacia el incumplimiento, o mejor dicho, que no exista un estímulo natural o una predisposición cultural hacia el cumplimiento espontáneo de las normas laborales.

24 Calamandrei anota que el cumplimiento espontáneo del precepto por parte de los individuos constituye el funcionamiento normal del ordenamiento jurídico, al punto que le atribuye el nombre de "*funcionamiento fisiológico del derecho*". El hecho de que sólo se advierta la presencia del derecho cuando hay necesidad de constreñir al individuo a observarlo, significa desconocer que en la mayor parte de los casos el derecho funciona porque es espontáneamente observado. Calamandrei compara este hecho con el funcionamiento del cuerpo humano, que no advierte el estado de salud cuando el mismo es perfecto, pero siente su ausencia cuando una enfermedad lo pone en peligro. Calamandrei, Piero, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile, secondo il nuovo codice*, 2ª ed. aggiornata, Cedam, Padova, 1943, p. 31 y 32.

25 Palomeque López, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 228.

26 El ordenamiento jurídico liberal, al tiempo que propugnaba la marginalidad del Estado respecto de las cuestiones sociales, exhibía algunos ejemplos de intervencionismo represivo. Borrajo Da Cruz, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1988, p. 92 y ss.; Caldera, Rafael, *Derecho del Trabajo*, T. I, 2ª ed., Librería El Ateneo, Bs. As., 1960, p. 96 y ss.; De Ferrari, F., *Lecciones*, cit., t. I, p. 9 y ss., De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, 2ª ed., Porrúa, México, 1943, p. 25 y ss., Palomeque López, M. C., op. cit., p. 15 y ss.; Pérez Botija, Eugenio, *Curso de Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1950, p. 45 y ss.

27 Barbagelata, H-H, *El particularismo del Derecho del trabajo y los...*, cit. p. 21. Plá Rodríguez, citando la opinión de Otto Kahn-Freund recuerda que "*...los conflictos de trabajo existen y no desaparecerán*", en "*La solución de los conflictos de trabajo*", en *La Solución de los Conflictos Laborales*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 1985, p. 25.

Es evidente que la legislación laboral es una *hija no deseada* de la industrialización, aceptada a regañadientes y como un mal necesario por la ideología liberal prevaleciente en la época. El sentido intervencionista y protector de sus normas -como expresa Russomano- estaban claramente fuera del “*espíritu de la época*”²⁸. En tal sentido se ha indicado que la paradoja del Derecho del Trabajo consiste en que su vocación emancipatoria tiene que expresarse en gran medida a través de una acción coactiva que se impone sobre el “*estado de naturaleza*” de las relaciones económicas entre el capital y el trabajo²⁹, relaciones que se desarrollaban en torno a una “*moral utilitarista*” -concebida por David Hume- que, precisamente ve en la utilidad, el motor fundamental de las acciones humanas³⁰. Por tratarse de una disciplina que procura recomponer una situación de profunda desigualdad contractual, la norma laboral debe imponerse a la autonomía de la voluntad individual a través de preceptos imperativos. Sin embargo, la desigualdad subsiste y junto con ella, el riesgo de ineficacia de la tutela legal o colectiva. Frente a este riesgo, se ha señalado, incluso, la insuficiencia de las sanciones civiles de carácter restitutorio o resarcitorio, entre otras razones, porque cuanto más débil es la posición contractual del trabajador, más grave suele ser el incumplimiento y más improbable la reacción individual frente al mismo³¹.

De este modo, debe asumirse que la inspiración sustancial en la que abrea el Derecho del Trabajo está basada en pautas que, en buena medida, contradicen frontalmente los paradigmas del capitalismo. En tal sentido, el enunciado “*el trabajo no es una mercancía*”, declaración fundamental que constituye basamento esencial de la disciplina³², encarna una de las más flagrantes contradicciones entre la teoría jurídica laboral y la práctica real cotidiana de la economía de mercado. A nadie pasa inadvertido que la mencionada declaración, lejos está de describir lo que acontece en la realidad, donde el trabajo *sí es asumido como una mercancía*. La declaración no es otra cosa que una afirmación de tenor ético-jurídico, que indica la manera en que debería ser concebida la regulación del trabajo humano³³ y que ha servido de guía esencial para la construcción del Derecho del Trabajo.

28 Russomano, Mozart V., “*Sistematização e constitucionalização do Direito do Trabalho*”, in *El Trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Prof. Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2003, p. 97.

29 Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 8.

30 De la Cueva, Mario, *El Derecho mexicano del Trabajo*, cit., p. 14.

31 Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 9.

32 Del autor: *Orden público y Derecho del Trabajo*, FCU, 2001, p. 63 y 120.

33 Grandi, Mario, “*El trabajo no es una mercancía. Reflexiones al margen de una fórmula para volver a meditar*”, in *Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Mdeo., 1997, p. 192

No debe perderse de vista, entonces, que el nacimiento del Derecho del Trabajo representa un correctivo, una expresión de “*contracultura*”, una excepción a las reglas que naturalmente rigen el funcionamiento de la economía de mercado³⁴. Incluso, es muy probable que su origen no haya sido más que una concesión transaccional que dicho sistema realizó ante el riesgo de terminar siendo desplazado³⁵. En el esquema de capitalismo liberal que vio nacer al Derecho del Trabajo, la preocupación por contemplar la suerte de los trabajadores no alcanzaba a constituirse en un valor cuya relevancia resultara equiparable a la recompensa (moral y material) que, según el paradigma liberal, se derivaba del hecho de alcanzar el éxito económico³⁶. Por eso, no resulta sorprendente que el empleador se sienta poco proclive a cumplir espontáneamente los preceptos laborales³⁷ y esto explica, por una parte, que los mismos hayan

34 Refiriéndose al Derecho mexicano del trabajo, pero aludiendo a cuestiones que resultan perfectamente extensibles al Derecho del Trabajo en general, De la Cueva advierte sobre la calidad esencialmente polémica de la disciplina, la que atribuye al hecho de que su nacimiento se produjo “...frente a un sistema jurídico que tenía dos milenios de existencia y que había sido declarado la razón jurídica universal. Para afirmarse, tuvo que romper los muros de aquel sistema e invadir y adueñarse de los campos en los que aún se consideraba al trabajo del hombre como una mercadería y en los que no se permitía la entrada al pensamiento nuevo”. “Pero - agrega el ilustre maestro mexicano- el derecho mercantil no se rinde fácilmente, por el contrario, defiende palmo a palmo la libra de carne que el mercader de Venecia le ofreció a Shylock”. De la Cueva, M., *El Nuevo Derecho...*, cit., p. 532.

35 Algunos autores ven en la esencia de la gestación del nuevo Derecho, una ulterior motivación protectora de los medios de producción, que resultaba amenazada por la fuerza emergente de la unión de los trabajadores; de forma tal que la ecuación planteada habría sido: “*Derecho del Trabajo a cambio de paz*”. Se ha señalado la “*ambivalencia*” de la disciplina, caracterizada por una parte por un sentido protector del trabajador, y por otra, por una vertiente de signo contrario que supone el reconocimiento de ciertos elementos que se derivan de las características del modo de producción capitalista: subordinación, reconocimiento del poder disciplinario, y las necesarias e inevitables limitaciones que supone la propia definición de ciertas libertades (sindicato, huelga, etc.). En este sentido, ver por ejemplo: Javillier, Jean Claude, *Manuel du Droit du Travail*, 2ª edición, París, 1988, p. 29; Palomeque López, M.C., *Derecho del Trabajo e Ideología*, cit., p. 16.

36 En este sentido, Baylos y Terradillos, advierten acerca de “...la alta valoración social de la figura del empresario que corre riesgos y obtiene éxitos, aun moviéndose en la frontera confusa de lo ilegal...”, *Derecho Penal del Trabajo*, cit., p. 37.

37 No es casual que los excepcionales casos de industriales que en siglo XIX pretendieron exponer y demostrar las bondades de reconocer beneficios a los trabajadores, como Robert Owen o Daniel Le Grand, fueran calificados como “*utopistas*”, es decir, personas que proponían proyectos irrealizables o fuera de la realidad. En un pasaje de la encuesta conocida como “*Informe Villermé*” (titulada *Cuadro del Estado Físico y Moral de los Obreros y Empleados en las Manufacturas de Algodón, Lana y Seda*) publicado en Francia en 1840, se indica que “*La clase de los empresarios de manufacturas, en su conjunto no estaba animada de ese espíritu [de patronage], sino exclusivamente preocupada por los negocios y las ganancias... “Ellos decían –refería Villermé- que eran industriales para volverse ricos y no para mostrarse filántropos*”, (*Tableau de l’état physique et moral des*

tenido que enfatizar su carácter imperativo y por otra, la circunstancia de que hayan debido introducir limitaciones a la autonomía de la voluntad, como única forma de lograr un grado de eficacia más o menos razonable.

En muy buena medida el Derecho del Trabajo siempre ha sido un *cuero extraño* en el sistema capitalista y *su ética* incluye determinados valores fundamentales que contradicen, traban, o que no dejan desplegar suficientemente algunos de los pilares sobre los que se construyen los paradigmas del capitalismo liberal.

Es cierto que en este cruce o confrontación de postulados morales diversos, han existido épocas en que la “*ética laboral*” logró prevalecer sobre los paradigmas capitalistas liberales y ello se vio reflejado en un determinado sentido evolutivo del Derecho del Trabajo, tendiente a la mayor protección y generosidad de sus normas, característico de las tres décadas posteriores a la finalización de la segunda guerra mundial³⁸.

Sin embargo, hacia el final de lo que Eric Hobsbawm llamó el “*siglo XX corto*” (que según este historiador, coincide con la caída del muro de Berlín³⁹), el paradigma de la ética laboral comienza a ser nuevamente desplazado por una ética mercantil descarnada que, como expresara Ermida, impone el “*modelo neoliberal*” o posmoderno en el sistema de relaciones laborales y en el Derecho del Trabajo⁴⁰.

Este triunfo coyuntural del modelo neoliberal, implicó el triunfo de una serie de valores asociados al mismo (antivalores, en la perspectiva laboralista) que alcanzaron a provocar un efecto cultural de desconsideración, desvalorización o descentramiento social del “*valor*

ouvriers dans les fabriques de coton de laine et de soie, 2 vols., París, 1840, por el Dr. Villermé, T. II, p. 75). La escasa relevancia moral que se otorgaba a la preocupación por la suerte de los trabajadores también queda en evidencia cuando Henry Ford exponía que el motivo fundamental que lo inspiraba a reconocer a sus obreros el derecho a recibir un salario razonable, no era otro que el de otorgarles la capacidad de adquirir los productos que él mismo comercializaba. Es decir, una moral capitalista perfecta. En esencia, se trata de la confirmación de la tesis defendida por John Stuart Mill, cuando sostenía que el hombre es un ser destinado, por naturaleza, a preferir en todos los casos, más riqueza a menos riqueza y representa una de las bases en la que se ha sustentado la corriente denominada “*Análisis Económico del Derecho*” (de la que da cuenta José Luis Ugarte en la obra: *Análisis Económico del Derecho. El Derecho laboral y sus enemigos*, FCU, Mdeo., 2001) y que, en esencia, reduce todo el derecho a su eficacia económica.

38 Período al que Fourastié dio el nombre de “*los treinta gloriosos*”. Fourastié, Jean, “*Les trente glorieuses*”, París, les Editions Fayard, 1979, cit. por Bronstein, Arturo, *International and Comparative Labour Law. Current Challenges*, ILO, Palgrave Macmillan, 2009, p. 8.

39 Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, 2ª edición, Biblioteca E.J. Hobsbawm de Historia Contemporánea, Grupo Editorial Planeta, Bs. As., 2001, p. 7.

40 Ermida Uriarte, Oscar, “*Ética y Derecho del Trabajo*”, in *Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez*, FCU, 2004, p. 19.

trabajo” y a su vez, este efecto ideológico provocó consecuencias en el plano jurídico: la flexibilización o desregulación del Derecho laboral⁴¹.

Este contexto hostil hacia el Derecho del Trabajo y sus fundamentos inspiradores, intensifica todavía más la ya referida tendencia hacia la resistencia al acatamiento espontáneo de las normas laborales. El triunfo del modelo neoliberal no solamente disminuye a una mínima expresión la recompensa ética o moral que socialmente recibe el empleador cumplidor, sino que incluso llega a esbozar un nuevo ideal que, en cierta medida, alienta el rechazo o la resistencia al cumplimiento de las normas laborales, dado que sostiene un postulado ideológico centrado en señalar que las mismas sólo son capaces de provocar efectos perversos⁴².

V) Mecanismos mediante los cuales se constriñe o se estimula el cumplimiento de las normas laborales_

Quizás como consecuencia de haber tomado rápida conciencia acerca del inestable grado de acatamiento espontáneo o natural que eran capaces de despertar sus normas, el sistema jurídico laboral se fue dotando de una variada gama de instrumentos tendientes a provocar (o forzar) la eficacia práctica de sus preceptos.

El elenco de herramientas del que dispone en este sentido el Derecho del Trabajo es muy variado y, en cierta medida original, dado que incluso se toleran (y protegen al más alto nivel) algunos mecanismos que carecen de símil alguno en otras ramas del Derecho, como notoriamente lo son aquellos que se agrupan bajo la denominación genérica de “*medios de autotutela*”, en los que elemento “*coercibilidad*” es directamente aportado por los propios interesados en la aplicación de la norma y que asume como forma típica, la huelga.

En el ámbito de la denominada “*heterotutela*” (es decir, aquellos mecanismos provenientes de la autoridad estatal), las normas laborales presentan variados instrumentos mediante los cuales se intenta preservar su eficacia práctica, encaminando el comportamiento de los sujetos hacia los cauces deseados o debidos.

Dichos mecanismos son de diversa índole.

Algunos, que pueden ser llamados “*directos*”, tienen por finalidad explícita la vigilancia y control del acatamiento de las normas laborales y, en caso de infracción, la determinación e imposición de una sanción.

Estos mecanismos “*directos*” responden a una concepción *básica* del sistema jurídico: el cumplimiento de la norma debe ser vigilado o controlado por la autoridad y, correlativamente, la infracción de lo preceptuado por ella debe ser sancionado por la autoridad legitimada a

41 Ermida Uriarte, Oscar, La flexibilidad, FCU, Mdeo., 2000, p. 21 y ss.

42 Barbagelata, H.-H., El particularismo, cit., p. 114.

tales efectos. Dentro de éstos se encuentran, por ejemplo, el contralor administrativo (ejercido generalmente a través de la “inspección del trabajo”) o el Derecho Penal del Trabajo, no solo criticado por quienes lo aprecian como instrumento de rigidez extrema, sino también por quienes - como Ghezzi y Romagnoli- lo describen como un monumental sarcófago en que el Estado entierra ostentosa y solemnemente la protección que debe al trabajo, pretendiendo así expiar de su conciencia el pecado de no saber hacer frente a su verdadera obligación tutelar⁴³.

También existen otras alternativas o vías para provocar el acatamiento de las normas, pero de manera más sutil o indirecta. Así por ejemplo, pueden ubicarse dentro de esta categoría, aquellos que hacen más gravosa para el deudor la opción del incumplimiento que la del cumplimiento espontáneo (estableciendo recargos, intereses o penalizaciones similares, en caso de no pago en fecha), o los que facilitan o quitan obstáculos a la reclamación judicial por parte del trabajador afectado (exonerándolo del pago de gastos judiciales, o reconociéndole la posibilidad de iniciar un proceso más acelerado, etc.).

Los mecanismos *indirectos* incluyen un mensaje que debería indicar con claridad que la opción consistente en no cumplir la norma, no es atractiva, conveniente ni provechosa, quitándole utilidad o interés a la alternativa del incumplimiento.

En este aspecto, la función preventiva que estos mecanismos indirectos se encuentran potencialmente en condiciones de cumplir, puede resultar más importante que la inherente a los mecanismos directos, cuyo funcionamiento depende de la detección concreta del infractor de la norma.

Uno de los principales instrumentos *indirectos*, consiste, como se dirá seguidamente, en la facilitación del acceso a la justicia.

VI) La facilitación del acceso a la justicia como instrumento potenciador de la eficacia de las normas sustantivas

La idea del “*acceso a la justicia*” admite diferentes acepciones. En un primer sentido, el acceso a la justicia asume un significado básico o elemental, que se presenta como punto de partida de otros posibles alcances. Consiste en tomar a esta noción como sinónimo de “*acceso a un estrado judicial*” o “*acceso a un juez*” y se canaliza como la posibilidad material de llegar ante la presencia de la autoridad que ejerce la “*función jurisdiccional*”.

Resulta de toda evidencia que la garantía de llegar ante la presencia de un tribunal para reclamarle la tutela de un derecho desconocido, desplazado o agredido, es una de las bases fundamentales del estado de

43 Ghezzi, Giorgio y Romagnoli, Umberto, *Il rapporto di lavoro*, t. II, Zanichelli, Bologna, 1989, p. 48.

derecho. Se trata, ni más ni menos, que de estar en condiciones de alcanzar la vía que las sociedades civilizadas han construido como sustitutivo de la venganza privada, de la justicia por mano propia.

El correcto desenvolvimiento de un derecho de esta índole, reclama que necesariamente deban plantearse *acciones positivas*, que resulten proclives a –en términos de la OIT– *“hacer realidad de buena fe”*⁴⁴ su enunciado puramente teórico. Y, naturalmente, tal exigencia se hace particularmente presente cuando nos situamos en el ámbito del Derecho del trabajo. No alcanza, en este caso, con declarar o reconocer que el trabajador está asistido del derecho a promover un proceso, sino que será necesario *generar las condiciones* para que ese derecho efectivamente pueda plasmarse en la realidad de la vida.

Las denominadas “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”⁴⁵ fueron enunciadas en la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada a inicios de 2008 en Brasilia y *“tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial”*⁴⁶.

En la Exposición de Motivos, se reconoce la necesidad de que el sistema judicial se configure *“como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad”*, pues, según se señala en el mismo instrumento *“poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”*.

Naturalmente, de nada sirve plantearse la necesidad de facilitar el *acceso a la justicia*, si quien es destinatario de los derechos que podrían exigirse no tiene conciencia de que lo es. Por esta razón, con oportuna precisión, el instrumento comienza por hacer referencia a la puesta en

44 La *“Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión (Ginebra, 18 de junio de 1998), declara que *“todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios”*.

45 Adoptadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 en Brasilia. Puede accederse al texto del documento en el sitio de la Secretario Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/wiki/-/wiki/Wiki%20General_Cumbre%20Judicial%20Iberoamericana/Reglas+de+Brasilia+sobre+acceso+a+la+Justicia+de+personas+desfavorecidas

46 Capítulo I: Preliminar, Sección 1ª Finalidad.

práctica de una medida verdaderamente crucial, como lo es la consistente en desplegar actuaciones destinadas a difundir o brindar información acerca de los derechos que asisten a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, incentivando la participación en esta tarea de *“funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades”*⁴⁷.

En las “100 Reglas” también se pone de relieve la importancia *“del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad”*, destacando la *“conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada; consultorías jurídicas con la participación de universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados”*.

Como se sabe, existen diversos puntos de vista en cuanto a la conveniencia de imponer al trabajador la asistencia letrada obligatoria, existiendo destacadas opiniones que se pronuncian a favor o en contra de tal exigencia y, asimismo, diversas soluciones plasmadas en el Derecho positivo de los distintos países⁴⁸. En este debate, las “100 Reglas de Brasilia” toman claro partido por resaltar la importancia de *“garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada”*, enfatizando muy especialmente la trascendencia de asegurar estos dos atributos.

Parece innegable que la posibilidad de contar con un asesoramiento jurídico adecuado, eficaz y responsable, mejora la *accesibilidad* del trabajador a la justicia y, en todo caso, si las dificultades para que esto se concrete están asociadas a los costos económicos que trae aparejada esta opción, las soluciones deberían apuntar en el sentido que a continuación habremos de referir: la gratuidad.

En efecto, un cabal *acceso a la justicia* sólo puede asegurarse exonerando al trabajador de aquellos costos que por lo general dispara la puesta en movimiento de un proceso judicial.

En este sentido, es interesante mencionar la ley uruguaya de *“Abreviación de los Procesos Laborales”*, de reciente aprobación, que consagró a la gratuidad de las actuaciones judiciales como uno de los *“principios”*⁴⁹ a los que deben ajustarse los procesos laborales y,

47 Capítulo II, Sección 1ª, “Cultura jurídica”.

48 Vid. Toledo Filho, Manoel Carlos, *Fundamentos e Perspectivas do Processo Trabalhista Brasileiro*, LTr, São Paulo, 2006, p. 72 y ss.

49 Art. 1º de la ley N° 18.572, del 13 de setiembre de 2009.

asimismo, le otorgó al concepto un alcance amplio y generoso, al hacerlo abarcativo de “*todas las actuaciones administrativas y judiciales (...) para la parte trabajadora, incluidos impuestos y tasas registrales y catastrales, expedición de testimonios de partidas del Registro de Estado Civil, certificados y sus legalizaciones*”⁵⁰.

Y, finalmente, aunque explicitarlo pueda resultar obvio, es necesario señalar que para facilitar el *acceso a la justicia*, se impone la exigencia de poner al juez al alcance del trabajador. Se trata, desde luego, de una cuestión elemental de organización del sistema judicial, para tornarlo *geográficamente* accesible a quien tenga que servirse de él para reclamar la satisfacción de sus derechos.

El requisito adquiere particular importancia en aquellas localidades o regiones que, por sus características específicas, presenten complicaciones especiales. Esto apunta a atender, desde luego, a las áreas alejadas de los centros poblados (por ej.: trabajo rural, emprendimientos forestales, etc.), pero no se refiere exclusivamente a esos casos. Es necesario atender también, la situación que se genera al interior de las propias urbes, donde determinados sectores, por su condición desplazada, permanecen aislados de las más elementales posibilidades de acceso a los servicios públicos, incluido, naturalmente, el de la justicia. Cercanos geográficamente, estos colectivos, están a una distancia socio-cultural a menudo más difícil de superar que determinados accidentes topográficos.

Pero la noción de *acceso a la justicia* también tiene una segunda connotación.

No sólo es importante garantizar la posibilidad de llegar hasta un juez, sino que también será necesario asegurar que éste posea, por una parte, la especialización correspondiente y que, además, tenga a disposición un instrumento eficaz para brindar amparo al derecho amenazado o lesionado.

Esta acepción de la noción de *acceso a la justicia* asume, en su expresión básica, la forma de la garantía que los anglosajones supieron resumir como *his day in Court*, que supone asegurar el derecho a gozar de una razonable oportunidad de hacerse escuchar⁵¹, de contar con la

50 Art. 28 de la ley Nº 18.572, en la redacción dada por el art. 8º de la ley Nº 18.847, del 6 de setiembre de 2011.

51 Según la Suprema Corte de los Estados Unidos, el alcance de esta garantía incluye: 1) que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos con los cuales el derecho puede ser afectado; 2) que se haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el derecho de declarar por sí mismo, de suministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas; 3) que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituido de tal manera que de una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; 4) que sea un tribunal de jurisdicción adecuada (“*a court of the competent jurisdiction*”), Willoughey, *The Constitutional Law of the United States*, t. 3, p. 1709, cit. por Couture, E., “*Las garantías constitucionales...*”, cit. p.184.

posibilidad de articular debidamente una defensa, evitando que alguien pueda ser condenado sin haber sido previamente oído, garantizando a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere⁵².

Pero en el caso de la materia laboral, el concepto se carga de otras connotaciones.

Para empezar, se incorpora la importancia de que el juez tenga la formación que le permita conocer las normas que integran la disciplina, así como los principios que las inspiran y orientan su hermenéutica⁵³. Debe ser, además, un juez que, en la medida de lo posible, tenga algún contacto con la realidad del mundo del trabajo, para así estar en condiciones de comprender las particularidades del conflicto laboral y, sobre todo –como enfatiza Barbagelata- que alcance a comprender que aplica un Derecho *distinto*⁵⁴.

Pero, además, el instrumento procesal del que habrá de servirse el juez, debe contar con las características que le den aptitud para contemplar en toda su dimensión las particularidades del objeto sustantivo al que debe servir. En este sentido, resulta importante recordar lo que ha sido definido como el carácter esencialmente teleológico del proceso, que carece en sí mismo de una finalidad propia, siendo su propósito es de carácter instrumental y, por eso, su finalidad debe ser coincidente con la del derecho sustantivo al que sirve de herramienta.

Una vez más conviene recordar a Couture, cuando afirmaba dicho carácter esencialmente teleológico del proceso: “*La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como medio de lograr un fin. El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del Derecho*”⁵⁵.

En este sentido, además de que debe ser un instrumento apto para aportar una solución para el conflicto (condición inherente a todo proceso judicial), al proceso de la materia laboral se le agrega la exigencia de tener en cuenta la naturaleza especial de la relación de trabajo, y en particular las necesidades del trabajador. Por ello, en cualquier sistema de solución de conflictos laborales, la economía, la gratuidad y la simplicidad, no sólo son requisitos para asegurar la *accesibilidad al juez*, sino que, además son condiciones indispensables para que el proceso, pueda cumplir adecuadamente con su finalidad instrumental.

Y naturalmente, el proceso en el que se dilucidan cuestiones atinentes al trabajo, necesariamente debe desarrollarse con rapidez. No es difícil comprender que siendo cierto que en cualquier proceso la lentitud

52 Cfe. Couture, E., “*Las garantías...*”, cit., p. 174.

53 Cfe. Bronstein, Arturo, “*Conflictos laborales individuales: soluciones procesales y convencionales*”, in rev. Debate Laboral, año III, Nº 5, 1990, p. 150.

54 Barbagelata, H-H, El particularismo del Derecho del Trabajo y los..., cit., p. 42.

55 Fundamentos..., cit., p. 43 y 44.

constituye un dato negativo, en la materia laboral la misma resulta todavía más inaceptable. La menor capacidad económica del trabajador incide directamente en su incapacidad de resistencia y espera. A tal punto esto es así que ha llegado a señalarse que en la materia laboral o bien la tutela jurisdiccional es rápida o de lo contrario el proceso se resuelve en una sustancial denegación de justicia⁵⁶.

Cuando se dilata más allá de lo tolerable la tutela procesal de los derechos laborales, inevitablemente se niega, en términos prácticos, el propio derecho de fondo. Cuando la tutela procesal no es adecuada, la proclamación del derecho sustantivo, por más solemne que sea, poco significa, porque en realidad, es mediante los derechos procesales que se puede hacer realidad la tutela de los valores sustantivos a los que aquélla debe servir.

VII) Epílogo

En este punto parece importante plantear una reflexión: en puridad, el verdadero interés del trabajador, no consiste en tener asegurado el derecho a deducir una reclamación ante un juez.

Antes bien, apreciadas las cosas en su justa dimensión, es dable concluir que el real y efectivo interés del trabajador consiste en que se le preserve, en la mayor medida posible, de enfrentarse a la necesidad tener que acudir a tal extremo para conseguir que se respeten sus derechos. Desde su perspectiva, el verse obligado a acudir ante un juez para exigir la satisfacción de un derecho, representará, en todo caso, un mal necesario, la última opción, que no siempre (ni siquiera la más perfecta) resultará apta para brindar una respuesta eficaz a sus necesidades.

Por esta razón, la tercera acepción de la idea del *acceso a la justicia*, es sin dudas, la más trascendente.

Se trata de emplear la expresión en la dimensión que representa la finalidad que otorga la verdadera razón de ser a todo proceso judicial. Es decir: alcanzar la Justicia, entendida, en este caso, no en su sentido orgánico (es decir: en referencia al órgano que ejerce la función jurisdiccional), sino en su alcance conceptual. A nuestros efectos, asumiremos esta noción como sinónimo de alcanzar el objetivo de hacer efectivo el derecho sustantivo, eludiendo expresamente el debate filosófico acerca de si esto implica o no, plasmar la idea de Justicia en su más profundo significado.

Quizás, la verdadera forma de plantearse el problema desde la óptica juslaboralista, debería consistir en reflexionar acerca de los instrumentos adecuados para *prevenir* los incumplimientos, estimulando el acatamiento espontáneo de las normas laborales.

El cumplimiento de éstas, dependerá fundamentalmente, de la capacidad de provocar en sus destinatarios el interés de evitar la

56 Proto Pisani, Andrea, Principi di diritto processuale civile, Napoli, Jovene, 1965, p. 1323, cit. por Mallet, Estêvão, Procedimiento sumarissimo trabalhista, LTR, São Paulo, 2002, p. 8.p. 10.

consecuencia negativa que sobre ellos recaerá en caso de infringirlas. Naturalmente, la opción por el cumplimiento de la norma, sólo resultará atractiva cuando el mal que se pretende evitar al escogerla, supere notoriamente al beneficio que se obtendría en caso de elegir la alternativa de incumplir. Visto de esta forma, la eficacia de la norma laboral parece depender casi exclusivamente de la presencia real y suficientemente disuasiva del elemento coercibilidad. Si la amenaza de coacción no existe, o la misma no posee la severidad necesaria, la eficacia de los preceptos laborales resultará seriamente resentida.

Muchos ordenamientos laborales presentan mecanismos que tienden a operar en sentido inverso al deseable en materia de asegurar la eficacia de las normas laborales. En algunos casos, porque reducen a una dimensión inexpresiva la distancia entre quien cumple y quien incumple, omitiendo la generación de todo efecto disuasivo. En otros casos, porque el crédito laboral queda notoriamente en desventaja en relación con otros compromisos que deben enfrentar las empresas. Las consecuencias de no cumplir en tiempo con los compromisos comerciales o tributarios, usualmente son bastante más gravosas que la opción de posponer el cumplimiento del crédito del trabajador. Y, finalmente, tampoco es inhabitual que algunos mecanismos que consagra el derecho positivo, derechamente estimulen, haciéndola atractiva, a la alternativa del incumplimiento.

La necesidad de corregir tales distorsiones resulta esencial para dotar de mayor eficacia a la norma laboral, objetivo que no solamente debe perseguirse por elementales razones de justicia social (que han inspirado el surgimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo), sino también por razones de otra índole, como la de asegurar reglas de juego aplicables a todos por igual y así hacer viable un desarrollo verdadero, responsable y sostenible.

Porque, en última instancia, lo que verdaderamente se pone en juego en materia laboral cuando se plantea el *acceso a la justicia*, es el desafío de llevar a la práctica aquello que las normas jurídicas enuncian en la teoría.

“Desgraciadamente -decía Carnelutti- la norma ética sólo habla a la conciencia y no todos los hombres (...) son sensibles a su voz. En esta materia, no se debe ser ni escéptico ni iluso. La Humanidad avanza en todas las direcciones, mas en la dirección de la ética lo hace con gran lentitud”⁵⁷. “Se necesita, pues, mientras no la adquiera de otro modo, proporcionar a la norma ética la fuerza de que carece naturalmente” y aquí es, dice una vez más Carnelutti, donde aparece el derecho, cuya misión consiste en someter la economía a la ética o, dicho de otro modo: imponer la ética a la economía⁵⁸.

El surgimiento del Derecho del Trabajo es claramente una de las manifestaciones históricas más evidentes del cumplimiento de esta misión

57 Carnelutti, F., Teoría General del Derecho, cit., p. 56.

58 Op. cit., p. 56.

o función que Carnelutti le atribuye al Derecho. Se trata de un ejemplo de la imposición de la ética a la economía, a través de la norma jurídica.

“A medida que la norma ética va adquiriendo fuerza el derecho pierde poco a poco su razón de ser”, decía el insigne jurista italiano. “La lentitud extrema en los resultados no debe descorazonar. Trabajamos para siglos felices. Siglos lejanos, pero siglos seguros”⁵⁹.

59 Op. cit., p. 57.