TESIS DOCTORAL

**DERECHO AL TRABAJO Y GARANTÍA DE INDEMNIDAD: UNA
MIRADA CRÍTICA DESDE EL DERECHO ESPAÑOL COMO
CONTRIBUCIÓN AL AVANCE DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO
ARBITRARIO EN BRASIL**

Presentada por

UBIRATAN MOREIRA DELGADO

Bajo la dirección del

Prof. Dr. ANTONIO PEDRO BAYLOS GRAU

Universidad de Castilla-La Mancha

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social

Campus de Ciudad Real

2019

UBIRATAN MOREIRA DELGADO

**DERECHO AL TRABAJO Y GARANTÍA DE INDEMNIDAD: UNA
MIRADA CRÍTICA DESDE EL DERECHO ESPAÑOL COMO
CONTRIBUCIÓN AL AVANCE DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO
ARBITRARIO EN BRASIL**

Tesis presentada a la Facultad de Derecho
de la Universidad de Castilla-La Mancha,
como requisito para obtención del grado de
Doctor en Derecho (R.D. 99/2011), bajo la
dirección del Prof. Dr. Antonio Pedro
Baylos Grau.

Ciudad Real, 2019.

*Privatizada tu vida, tu trabajo, tu tiempo de amar y tu derecho
a pensar.*

La empresa privada es dueña de ti, de tu pan y de tu salario.

*Y ahora, no contentos, quieren privatizar el conocimiento, la
sabiduría, el pensamiento, que sólo a la humanidad pertenece.*

Bertolt Brecht
(Versión: A. Marcos)

LISTADO DE ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
ADCT	Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (Brasil)
ADC	Acción Directa de Constitucionalidad (STF)
ADI	Acción Directa de Inconstitucionalidad (STF)
AI	Recurso de “Agravio de Instrumento” (Brasil)
AIRR	Recurso de “Agravio de Instrumento em Recurso de Revista” (TST)
AgR	Recurso de “Agravio Regimental” (Brasil)
Art./arts.	Artículo, artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CC	Código Civil español
CCB	Código Civil brasileño
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española de 1978
CEDDHH	Convención Europea de Derechos Humanos
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CIPA	Comisión Interna de Prevención a Accidentes
Cit.	Citado anteriormente
CLT	Consolidación de las Leyes del Trabajo

Coord.	Coordinação
CPC	Código de Processo Civil brasileiro
CF	Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988
DEJT	“Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho” (Brasil)
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
Dir.	Dirección
DJ-e	“Diário da Justiça Eletrônico” (Brasil)
DJU	“Diário da Justiça da União” (Brasil)
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EC	Enmienda Constitucional
ECT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
Ed.	Edición
E-ED-RR	Recurso de “Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista” (TST)
E-RR	Recurso de “Embargos em Recurso de Revista” (TST)
ET	Estatuto de los Trabajadores
Et al.	Y otros
Etc.	Etcétera
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Brasil)
FJ	Fundamento Jurídico

HC	Habeas Corpus
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção (Brasil)
MPT	Ministério Público do Trabalho (Brasil)
N.º	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OJ	Orientación Jurisprudencial (TST)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Org.	Organización
p./pp.	Página/páginas
PISDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Rcud.	Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina (TS)
RE	Recurso Extraordinário (STF)
Rec.	Recurso de Casación (TS)
REsp	Recurso Especial (STJ)
RO	Recurso Ordinário (TRT)
RODC	Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo (TST)

ROPS	Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo (TRT)
RR	Recurso de Revista (TST)
SDI	Subseção de Dissídios Individuais (TST)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STSJ M	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
TC	Tribunal Constitucional español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Trad.	Traducción
TRT	Tribunal Regional do Trabalho (Brasil)
TST	Tribunal Superior do Trabalho (Brasil)
ss.	Siguientes
Vol.	Volumen
vs.	<i>Versus</i>

RESUMEN

El propósito de este estudio es demostrar la invalidez, en el ordenamiento jurídico brasileño, del acto del empresario que impide o sanciona el ejercicio de un derecho fundamental por el trabajador, en especial el despido resultante de la reivindicación de derechos por la vía judicial o administrativa. Para ello, hace un análisis comparativo entre el sistema jurídico español y el brasileño, con énfasis en la garantía de indemnidad conforme diseñada por el Tribunal Constitucional de España. A partir de los derechos humanos y fundamentales de los trabajadores, en particular los derechos al trabajo, a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva, presenta una comparación entre los sistemas de protección contra el despido en Brasil y en España, señalando que, a pesar de las diferencias de enfoques, los dos ordenamientos constitucionales repudian el despido en represalia por el ejercicio legítimo de los derechos de acción y de petición. Propone que la aparente autorización constitucional, en Brasil, para despedir sin exponer los motivos, no significa imprimir legalidad a los despidos abusivos o discriminatorios. Utilizando los métodos deductivo y analógico, concluye que la garantía de indemnidad, fruto de la creatividad interpretativa del Tribunal Constitucional español, es la consecuencia más adecuada también en el orden jurídico brasileño.

Palabras clave: Despido abusivo. Garantía de indemnidad. Derecho al trabajo. Tutela judicial efectiva. No discriminación. Derechos humanos. Derechos fundamentales.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the invalidity, in the Brazilian legal system, of the employer's act that prevents or punishes the exercise of a fundamental right by the worker, especially the dismissal resulting from the claim of rights through judicial or administrative means. To do this, it makes a comparative analysis between the Spanish and Brazilian legal systems, with emphasis on the so-called "garantía de indemnidad" as designed by the Constitutional Court of Spain. Based on the human and fundamental rights of workers, notably the rights to work, non-discrimination and effective judicial protection, it presents a comparison between the systems of protection against dismissal in Brazil and in Spain, noting that, despite the differences in approaches, the two constitutional orders repudiate dismissal in retaliation against an employee's claim. It proposes that the apparent constitutional authorization, in Brazil, to dismiss at will, does not mean printing legality on abusive or discriminatory dismissals. Using the deductive and analogical methods, it concludes that the "garantía de indemnidad", creation of the interpretative work of the Spanish Constitutional Court, is the most appropriate consequence also in the Brazilian legal order, what forces the employer to reinstate the worker unfairly dismissed.

Keywords: Abusive dismissal. Right to work. Effective judicial protection. Non-discrimination. Human rights. Fundamental rights.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	18
1. Presentación del Tema	18
2. Cuadro Teórico	20
3. Estructura del Trabajo	23
 CAPÍTULO PRIMERO:	
EL DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO HUMANO Y SU COMPLEJA CONFIGURACIÓN EN LAS NORMAS INTERNACIONALES Y EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	25
1 El Derecho al Trabajo como Derecho Humano	25
1.1 El trabajo como expresión de la dignidad humana	25
1.2 El derecho al trabajo como derecho positivo en el espacio internacional y regional	28
1.3 Críticas al derecho al trabajo como derecho humano auténtico	34
1.4 La falacia del fundamento moral absoluto	36
1.5 Los derechos humanos como proposiciones prescriptivas: universalidad y multiculturalismo	41

1.6 La separación entre derechos sociales y derechos civiles como obstáculo teórico a la consolidación del derecho al trabajo como derecho humano	46
1.7 El equivocado discurso de las generaciones de los derechos fundamentales ...	47
1.8 La supuesta dualidad estructural entre los derechos sociales y los civiles y políticos	49
1.9 La problemática exigibilidad del derecho al trabajo: diferencia entre garantías judiciales y existencia del derecho	52
2 El Contenido del Derecho Humano al Trabajo en la Visión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	55
2.1 La Observación General número 18 del CESCR	55
2.2 El vínculo entre el derecho al trabajo, el despido y la tutela judicial efectiva	62
3 El Convenio 158 de la OIT Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo y el Derecho al Trabajo	63
4 El Derecho al Trabajo como Derecho Fundamental en la Perspectiva Mundial	66
4.1 El derecho al trabajo en los textos constitucionales modernos	66
4.2 Derecho al trabajo y la fuerza normativa de la Constitución	70
4.3 Derecho al trabajo y vinculación del empleador a los derechos fundamentales	72
5 El Derecho al Trabajo en el Marco de la Constitución Española	80
5.1 La Constitución de 1978 y el cambio político hacia la superación del modelo franquista: una concepción dialéctica de las relaciones laborales	80
5.2 La polémica calificación del derecho al trabajo en el texto constitucional: aún la confusión entre derechos y sus garantías	84
5.3 Derecho al trabajo ante la cláusula del Estado Social	90

5.4 Primera aproximación a los contornos jurídicos del derecho al trabajo en España: dificultades derivadas de la formulación imprecisa del texto constitucional	95
5.5 Deber de trabajar y derecho al trabajo	98
5.6 Derecho al trabajo y libertad de trabajar	105
5.7 El derecho al trabajo de los penados	109
5.8 La relación necesaria entre derecho al trabajo y política de empleo: el derecho al trabajo en su dimensión colectiva	114
5.9 El diseño constitucional del derecho al trabajo en España: segunda aproximación (ahondando un poco más en la estructura del derecho)	119
<i>5.9.1 El ámbito subjetivo del derecho al trabajo</i>	<i>120</i>
<i>5.9.2 El ámbito material del derecho al trabajo</i>	<i>126</i>
<i>5.9.3 El ámbito material del derecho al trabajo en el momento de la extinción de la relación laboral: el principio de estabilidad y la posibilidad de reacción adecuada como integrantes del núcleo esencial del derecho</i>	<i>139</i>
6 El Derecho al Trabajo y los Retos del Siglo XXI: ¿Un Derecho en Crisis?	155
6.1 Economía y derechos laborales: una relación posible	155
6.2 La crisis del 2007/2008 y las reformas laborales	157
6.3 La mentira repetida mil veces....: ¿la regulación laboral puede destruir empleos?	160
6.4 El derecho al trabajo en un mundo en cambio: retos del siglo XXI	164

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DESPIDO VULNERADOR DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR: RAÍCES Y FUNDAMENTOS DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	174
--	------------

1 Los Derechos Fundamentales en el Trabajo	174
1.1 Derechos laborales específicos en la Constitución Española de 1978	177

1.2 Derechos laborales no específicos en la Constitución Española de 1978	179
1.3 Derecho a la igualdad y no discriminación en el espacio laboral	183
<i>1.3.1 La igualdad como valor y como principio</i>	<i>183</i>
<i>1.3.2 El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación</i>	<i>185</i>
<i>1.3.3 El derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales</i>	<i>190</i>
2 Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva y Relación Laboral	197
2.1 Relación entre Constitución y proceso	197
2.2 La acción como garantía necesaria al ejercicio de los derechos fundamentales	201
2.3 El derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución Española	204
2.4 Tutela judicial efectiva y relación laboral	215
3 El Despido Vulnerador de Derechos Fundamentales y la Tutela Efectiva	221
3.1. El despido como acto debilitante del derecho al trabajo y del Derecho del Trabajo	221
3.2 La regulación del despido en España	224
<i>3.2.1 Limitaciones a la contratación temporal</i>	<i>225</i>
<i>3.2.2 Restricciones al despido</i>	<i>228</i>
3.3 (Re)significando el derecho al trabajo frente al derecho a la tutela judicial efectiva: la nulidad del despido como opción preferencial	235
<i>3.3.1 La insuficiencia de la monetización del despido para la concretización del derecho al trabajo</i>	<i>235</i>
<i>3.3.2 La nulidad del despido por elusión al ordenamiento jurídico (fraude de ley): una interpretación posible</i>	<i>240</i>
3.4 La tutela judicial del despido con vulneración de derechos fundamentales en el Derecho español	246
4 La Garantía de Indemnidad en el Derecho Español	253

4.1 La génesis de la garantía de indemnidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	253
4.2 Evolución ampliativa de la garantía de indemnidad	261
4.3 Otros derechos fundamentales y garantía de indemnidad: más allá de la tutela judicial efectiva	265
4.4 Garantía de indemnidad y normas supranacionales	269
4.5 Algunos límites de la garantía de indemnidad	272
4.6. Garantía de indemnidad y pruebas	277
5 La compleja relación entre garantía de indemnidad y derecho al trabajo: por una comprensión integral de los derechos en juego	281

CAPÍTULO TERCERO

LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO EN BRASIL Y LA CONFORMACIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO	289
1 Trabajo y Legislación en Brasil: la Cultura de la Desigualdad	289
1.1 La formación del mercado laboral en Brasil: ecos de un pasado esclavista ...	289
1.2 Barreras culturales a la efectividad de los derechos de los trabajadores	294
<i>1.2.1 La cultura del incumplimiento de las leyes</i>	<i>295</i>
<i>1.2.2 Incumplimiento de la legislación laboral</i>	<i>297</i>
<i>1.2.3 Dificultades de implementación de la tutela efectiva</i>	<i>300</i>
1.3 Represalias patronales al ejercicio del derecho de acción: una triste realidad	302
2. Evolución de la Protección al Empleo en Brasil: Un Siglo de Avances y Retrocesos	305
2.1. Primeras leyes laborales	305
2.2. Estabilidad en la CLT	307

2.3. FGTS: desmontando la estabilidad decenal	309
2.4 El Convenio 158 de la OIT en Brasil: un embrollo todavía no resuelto	311
3. El Derecho al Trabajo y los Derechos Laborales en la Constitución de 1988: Texto y Contexto	315
3.1 Protección contra despido arbitrario o sin justa causa como promesa constitucional: ambigüedad e ineffectividad	322
3.2 Despido arbitrario y despido sin justa causa: una laguna a ser suplida	325
3.3 Despido abusivo y despido discriminatorio como actos ilícitos	327
3.4 Despido colectivo y negociación: una cuestión todavía pendiente	329
3.5 Restricciones al libre despido: estabilidad y garantías de empleo	332
<i>3.5.1 Estabilidad de los funcionarios públicos y las garantías del personal laboral de las empresas públicas: una notable evolución</i>	<i>332</i>
<i>3.5.2 Garantías temporarias del empleo</i>	<i>335</i>
3.6 Otras medidas de protección: readmisión obligatoria sin estabilidad real ...	337
4 La Protección en Contra el Despido Arbitrario en el Contexto Normativo Brasileño: Posibilidades Evolutivas	338
4.1 El necesario diálogo de los derechos fundamentales en las relaciones laborales como límites multidireccionales al poder empresarial	341
4.2 La sujeción de la libertad de empresa y de los contratos a su función social..	343
4.3 La prohibición de retroceso de los derechos laborales constitucionales	348
4.4 Rescate de la normatividad interna del Convenio 158 de la OIT en Brasil ...	353
5. Fundamentos Teóricos y Normativos de la Garantía de Indemnidad: Refuerzo a la Protección Laboral en el Derecho Brasileño	360
5.1 La indemnidad como garante del derecho al trabajo	362
5.2 La garantía de indemnidad y el derecho de acceso a la justicia en Brasil ...	368
<i>5.2.1 Los derechos procesales en la Constitución de 1988</i>	<i>368</i>
<i>5.2.2 El acceso a la justicia como derecho a la protección judicial efectiva</i>	<i>371</i>

<i>5.2.3 El despido en represalia como violación al derecho de acceso a la justicia ...</i>	376
5.3 Indemnidad como consecuencia de la prohibición de discriminación	380
5.4 El despido en represalia como abuso de derecho	384
5.5 La readmisión como solución preferencial para el despido en represalia al ejercicio de un derecho fundamental	389
6 Aspectos Prácticos de la Garantía de Indemnidad en el Derecho Brasileño ...	393
6.1 Asimilación de la idea de la garantía de indemnidad por la justicia laboral de Brasil	393
6.2 Ámbito de protección de la garantía de indemnidad en los tribunales laborales	401
6.3 Límites a la garantía de indemnidad	406
6.4 Garantía de indemnidad y distribución dinámica de la carga de la prueba...	409
CONCLUSIONES	413
BIBLIOGRAFÍA	429
JURISPRUDENCIA CITADA	460

INTRODUCCIÓN

1. Presentación del Tema

En nuestra experiencia profesional en Brasil, siempre nos ha incomodado el hecho de que la casi totalidad de los procesos laborales que tramitan en aquel país es movida por exempleados, la gran mayoría de ellas alegando por lo menos un derecho retenido a lo largo de la relación contractual ya extinta. Esto significa que, durante la vigencia del contrato, poquísimos son los trabajadores que se animan a postular sus derechos, seguramente en virtud del temor de que, si actúan de esa manera, podrán sufrir algún acto de represalia patronal y muy probablemente perderán su fuente de subsistencia.

El punto débil del sistema protector laboral brasileño parece reposar en la insatisfactoria regulación del despido, ante la falta de una ley complementaria prevista en la Constitución de 1988 y la problemática adhesión seguida de la denuncia del Convenio 158 de la OIT. Prevaleciendo en la doctrina el entendimiento de que el empresario tiene el derecho potestativo de despedir sin enunciar la causa de su acto, bastando que pague la indemnización fijada en ley, los trabajadores prestan sus servicios con la espada de Damocles del desempleo sobre sus cabezas y, por eso, muchas veces asisten callados a la retención de sus derechos básicos.

Hasta después de extinto el contrato laboral, un significativo contingente de trabajadores deja de procurar la satisfacción de sus derechos, con recelo de figurar en las conocidas “listas negras” y ser objeto de fuerte discriminación de la clase empresarial contra aquellos que ya litigaron en contra de expatrones, tuviesen razón o no.

Volviendo a los bancos académicos, nos movía la preocupación con esa realidad desalentadora que hizo la Justicia del Trabajo en Brasil ser conocida como la “justicia de los desempleados”. La indagación que no salía de nuestra cabeza era: ¿por qué el acceso a la justicia es condición de efectividad de los derechos laborales y, al mismo tiempo, la acción judicial ha sido fuente de represalias que suprimen el derecho fundamental al trabajo?

En nuestro primer contacto con la garantía de indemnidad del derecho español, a partir de clases recibidas en la UCLM hace una década, percibimos que las razones

que justificaban la readmisión del trabajador despedido por haber postulado sus derechos podrían ser las mismas, tanto en España como en Brasil, pese a las diferencias entre los dos ordenamientos jurídicos.

Pasamos, entonces, a nos interesar fuertemente por este tema, suponiendo que un estudio comparativo entre los dos sistemas jurídicos, en lo que respecta al tratamiento constitucional de los derechos fundamentales y a la extinción del contrato laboral, podría traer luces esenciales para la evolución del sistema protector laboral brasileño. A nuestro parecer, solamente una comprensión amplia de esos dos aspectos que se interponen, cuyo punto de contacto es el derecho humano y constitucional al trabajo (como derecho de no ser despedido sin que exista una justa causa), podría conducir a una conclusión definitiva sobre la posibilidad de aplicación de la garantía de indemnidad en el derecho brasileño.

Nos parecía importante, de ese modo, el ahondamiento en la bibliografía representativa de las culturas jurídicas española y brasileña sobre los derechos fundamentales y sus garantías, incluso la garantía de indemnidad, además de un análisis de las tendencias jurisprudenciales de los dos países sobre la protección del trabajo para, a partir de la experiencia común, fortalecer los marcos teóricos que pueden fundamentar la declaración de nulidad del despido en represalia en Brasil.

Nos ha impresionado, al principio, que el Tribunal Constitucional español (TC) haya conectado la garantía de indemnidad casi que exclusivamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque el trabajador despedido, en un primer análisis, hubiese accedido a la justicia sin previos obstáculos y recibido un pronunciamiento judicial adecuado, quedando privado, de forma más directa y visible, no de su derecho a la tutela judicial, sino de su derecho a mantenerse en su puesto de trabajo si no hubiese una causa legítima para la extinción de la relación laboral (derecho al trabajo en su vertiente individual). Nos damos cuenta, entonces, que la Constitución Española (CE) dotó el derecho a la tutela judicial efectiva de garantías reforzadas, que incluyen el acceso al TC por la vía del recurso de amparo, mientras que el derecho al trabajo, aunque reconocido constitucionalmente, no goza de las mismas garantías.

En el ordenamiento constitucional brasileño no existe propiamente una jerarquía entre los derechos fundamentales (inclusos los sociales), ni mismo diferencias en cuanto a los niveles de protección. Todos, por lo menos teóricamente, son dotados de igual protección y el derecho al trabajo permea todo el cuerpo de la Constitución de 1988.

Por eso, entendemos que un abordaje de la garantía de indemnidad en Brasil sería incompleto si no envolviese, también, el derecho fundamental al trabajo, cuyo contenido material ha sido muy poco explorado por los juristas brasileños. Especialmente en este momento de cambios normativos resultantes del predominio de una política de color abiertamente neoliberal, con iniciativas que parecen caminar para la desconstitucionalización del trabajo alrededor del mundo, pensamos ser importante proponer la (re)valorización de aquel derecho humano y de los principios constitucionales que lo animan, sea en España o en Brasil.

Hasta hoy, son pocas las manifestaciones del Poder Judicial brasileño refiriéndose a la garantía de indemnidad y, cuando existen, la conclusión es casi siempre por determinar una indemnización pecuniaria por daño moral, sin determinar la readmisión de la víctima, que sería, en nuestro entendimiento, la respuesta natural del ordenamiento jurídico a el despido con violación de un derecho fundamental. En puridad, el asunto también es muy poco explorado por la literatura jurídica de Brasil, siendo un gran desconocido de los constitucionalistas, pese al grado de pormenorización que la Constitución dedica al trabajo y su protección jurídica.

Las primeras decisiones del Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre el tema fueron proferidas en 2012 y confirmaran la hipótesis de que la garantía de indemnidad es compatible con el sistema jurídico brasileño. Pero, hasta hoy, la doctrina judicial es muy poco desarrollada y no se puede afirmar que exista consenso sobre el tema en cuestión. El Supremo Tribunal Federal (STF), última instancia sobre materia constitucional, aun no se ha pronunciado y no hay perspectiva de que lo haga brevemente.

Por lo tanto, la garantía de indemnidad en Brasil sigue siendo poco conocida y difícilmente invocada por los abogados laboristas, de manera que su estudio es importante para la evolución de las relaciones laborales en este país, situando el despido y la protección al empleo en su debido lugar, o sea, en el plan constitucional.

2. Cuadro Teórico

El estudio parte de un raciocinio inductivo muy simple: la constatación de que el perfil de los reclamantes en la justicia laboral brasileña indica que esta rama del Poder Judicial no es enteramente accesible a los empleados, en cuanto sujetos de contratos en vigor. Más aún, la deficiencia práctica de consecuencias jurídicas adecuadas para casos

de despido por motivos ajenos al contrato de trabajo fragiliza todo el sistema de protección laboral – lo que es evidenciado por el alto grado de incumplimiento de obligaciones por los empleadores percibido todos los días en los juzgados laborales.

Se ha partido de un problema que parecía de difícil solución, es decir, el problema de la inviabilidad de que uno pudiera exigir sus derechos sin sucederse la represalia patronal, normalmente el despido “no causal” indemnizado. De ahí que sería necesario tentar encontrar instrumentos jurídicos que amenizaran el problema.

La investigación de la garantía de indemnidad, desde su concepción y desarrollo en el derecho español e internacional hasta sus posibles puntos de contacto con la regulación nacional de Brasil, permite el encuentro de una entidad jurídica que puede salvaguardar los intereses de los empleados en esta perspectiva y reforzar la protección laboral como un todo.

El único libro publicado en Brasil dedicado exclusivamente al tema es resultado de la tesis doctoral presentada a la UCLM por Augusto César Leite de Carvalho, en 2011, bajo el título “Garantía de indemnidad en Brasil: una cuestión de efectividad del derecho de acción”. Pese al pionerismo y a la innegable contribución de ese trabajo doctrinal a la idea de aplicación de la garantía de indemnidad en Brasil – que incluso influyó una toma de posición del TST –, el corte metodológico hizo con que el autor centrase su estudio en la posibilidad de trasplante puro y simple de los mismos fundamentos jurídicos que apoyan las decisiones del TC, sin detenerse en las razones por las cuales el tribunal español se veía impedido de admitir el recurso de amparo basado en derechos constitucionales no integrantes del catálogo de derechos fundamentales con protección reforzada – peculiaridad no existente en el sistema judicial brasileño –, razón por la cual el derecho al trabajo quedó fuera de las consideraciones acerca de la nulidad del despido, aunque esta relación pueda parecernos evidente.

La nueva mirada que proponemos es el engarce del despido por represalia también con el derecho al trabajo, un derecho humano reconocido en diversas normas internacionales, que puede traer luces inéditas sobre la protección en contra el despido arbitrario en Brasil, sobre todo el despido en represalia disfrazado de “no causal”.

Mientras la actuación de las grandes corporaciones financieras e industriales se desarrolla cada vez más en el espacio internacional, sin conocer fronteras nacionales fijas, ganan importancia los estándares laborales mínimos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los tratados regionales de integración y en los Convenios de la OIT. Solamente por medio de un piso normativo internacionalmente aceptado es posible detener la competencia suicida fomentada por el “mercado total”, que tiende a rebajar la protección laboral a límites inaceptables y a transformar el trabajo humano en mercancía puesta en liquidación.

El planteamiento que se propone tiene la ambición de tentar alcanzar una concreción mínima del programa constitucional de protección en contra el despido injusto en el derecho brasileño, con atención especial al despido en represalia, partiendo de las siguientes indagaciones: ¿Existe relación entre el despido y los derechos fundamentales?; ¿En qué consiste el derecho al trabajo y cuáles son sus contornos jurídicos en España y Brasil?; ¿Cuáles son las semejanzas y diferencias de la regulación de despido en España y Brasil?; ¿La garantía de indemnidad en el derecho español tiene alguna relación con el derecho al trabajo o es exclusivamente resultado del derecho a la tutela judicial efectiva?; ¿En un sistema jurídico que tolera el despido *ad nutum*, sin necesaria enunciación de motivos, podría tener aplicación la garantía de indemnidad?; ¿Cuáles serían los fundamentos, los contornos y los límites de la posible garantía de indemnidad en Brasil, dadas las peculiaridades de su ordenamiento jurídico?

El punto de partida es la investigación analítica de las manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales más importantes sobre el tema, destacándose las decisiones del TC sobre el derecho al trabajo, desde la conocida STC 22/1981 hasta las últimas manifestaciones tras la reforma laboral de 2012 (SSTC 119/2014 y 8/2015), bien como aquellas que definieran los contornos de la garantía de indemnidad en la relación laboral (SSTC 14/1993, 55/2004, 16/2006, 120/2006, entre otras más).

Estamos alertas a las posibles objeciones que pueden suscitarse la vinculación entre el derecho al trabajo y la garantía de indemnidad, desde hace mucho tiempo consolidada en la jurisprudencia como una consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, estamos convencidos de que esa garantía también suscita una

relación natural con el derecho al trabajo y representa un refuerzo argumentativo contra intentos de desmonte del sistema protector del trabajo, tanto en España como en Brasil.

Como suele ocurrir con trabajos jurídicos en general, el enfoque metodológico es prioritariamente el deductivo, a partir del análisis crítico de la doctrina y la jurisprudencia sobre el asunto, mediante búsqueda bibliográfica y acceso a las bases de datos de los tribunales españoles y brasileños, con el objetivo de establecer un nexo entre los sistemas jurídicos comparados.

Eventualmente, se utilizan datos estadísticos sobre ocupación y empleo y sobre demandas judiciales, extraídos de los informes de órganos oficiales como los Ministerios de Empleo, Eurostat, OIT, OCDE, IBGE, TST, etc. Se intenta, de tal modo, ofrecer una visión integrada del derecho con otras disciplinas afines, como la filosofía, la economía y la sociología (enfoque multidisciplinario), a fin de ofrecer una mejor comprensión del fenómeno jurídico estudiado.

Al fin, pretendemos demostrar que la garantía de indemnidad del derecho español resulta no solamente del derecho a la tutela judicial efectiva, pero también del derecho a la no discriminación y del derecho al trabajo, cuya dimensión individual implica el derecho de no ser despedido si no existe una justa causa (aún más cuando existe una causa injusta e inconstitucional) y el derecho a una reacción adecuada contra el acto patronal. La misma solución jurídica, de nulidad radical del despido, debe resultar de la interpretación del ordenamiento jurídico brasileño, tanto por lo que se encuentra positivado en la Constitución Federal cuanto por las normas legales aplicables al despido discriminatorio, no habiendo ningún motivo razonable para que los jueces de Brasil no asuman una posición fuerte en favor de la readmisión del trabajador despedido en represalia por tener reclamado o ejercido sus derechos constitucionales.

3. Estructura del Trabajo

El trabajo monográfico está estructurado en tres capítulos, presentando, al final, las principales conclusiones.

En el primero capítulo abordamos el trabajo como derecho humano en los tratados internacionales y su problemática efectividad en cuanto derecho social. Refutamos las teorías que niegan el trabajo como derecho humano y enfrentamos las formulaciones teóricas que inhiben que se haga más efectivo. Analizamos también la

presencia del derecho al trabajo en las constituciones democráticas modernas y su configuración como derecho en la Constitución Española, bien como su contenido esencial y sus límites. Finalmente, tratamos del futuro del derecho al trabajo y de los derechos laborales ante las crisis económicas, los cambios tecnológicos y el dominio del capitalismo financiero.

En el segundo capítulo cuidamos de los derechos fundamentales inespecíficos en el espacio laboral, con énfasis en la tutela judicial efectiva y su relación con el despido. Tratamos especialmente del despido vulnerador de derechos fundamentales del trabajador y de los fundamentos constitucionales que conducen a su nulidad radical en el derecho español. Ofrecemos algunas críticas sobre la insuficiencia de la monetización del despido en la concretización del derecho al trabajo y sobre la contención de la doctrina española en relación a los efectos de un despido resultante de fraude a la ley. Presentamos, finalmente, un panorama sobre las raíces, fundamentos y límites de la garantía de indemnidad, conforme la jurisprudencia constitucional.

En el tercero capítulo, tratamos de la conformación de la garantía de indemnidad al ordenamiento jurídico brasileño, empezando por el examen de las peculiaridades culturales que envuelven el trabajo en este país, desde sus orígenes esclavistas hasta los días de hoy, en que predomina el pensamiento elitista de poca atención a las clases trabajadoras, pese a las referencias superlativas al derecho y al valor social del trabajo en el texto constitucional. Analizamos el porqué del no cumplimiento de la promesa constitucional de protección contra el despido arbitrario o sin justa causa y de la resistencia a un modelo más democrático de relaciones laborales, que hace con se venga manteniendo la antigua doctrina judicial que trata el despido no causal como un derecho del empresario. Finalmente, analizamos como, mismo frente a un panorama poco alentador, el ordenamiento jurídico brasileño tiene muchos instrumentos constitucionales y legales para considerar nulo el despido vulnerador de derechos fundamentales, siendo una solución natural la adopción plena de la garantía de indemnidad como refuerzo al sistema de protección laboral en su integralidad.

CAPÍTULO PRIMERO:

EL DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO HUMANO Y SU COMPLEJA CONFIGURACIÓN EN LAS NORMAS INTERNACIONALES Y EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1 El Derecho al Trabajo como Derecho Humano

1.1 El trabajo como expresión de la dignidad humana

El trabajo ha sido reconocido a lo largo de la historia, en mayor o menor grado, como uno de los elementos de realización y de plenitud de la vida humana. La posibilidad de producir sus medios de existencia es recordada por Marx y Engels como rasgos distintivos del ser humano¹. De hecho, fue el trabajo o la necesidad de desarrollar una actividad productiva que impulsó la formación de los primeros grupos sociales, de las primeras comunidades.

En la sociedad moderna, más aún, el trabajo está relacionado no sólo a una cuestión de necesidad de producir y de sobrevivir, pero también asume un papel central en la vida de la mayoría de las personas, como instrumento de afirmación de ciudadanía y de inserción social, íntimamente relacionado con valores que están en la base de los derechos humanos, como dignidad, libertad, autonomía y auto realización.

Parece una paradoja, no obstante, que poco se comente del derecho al trabajo como un derecho humano y que las obras jurídicas sobre el tema aún sean escasas. Comparándose la cantidad de trabajos doctrinarios sobre las libertades civiles y políticas, e incluso hasta sobre algunos derechos sociales, como la educación y la salud, la producción intelectual sobre el derecho al trabajo es mínima.

Quizás los juristas hayan evitado el tema a causa de las dificultades teóricas y prácticas que él suscita. Entre tantas dificultades, se destaca la falta de consenso sobre

¹ “Se puede distinguir a los hombres de los animales por la conciencia, la religión y todo lo que se quiera. Pero ellos mismos empiezan a distinguirse de los animales tan pronto comienzan a producir sus medios de existencia, y ese paso adelante es la consecuencia misma de su organización corporal. Al producir sus medios de existencia, los hombres producen indirectamente su propia vida material”. MARX, K. y ENGELS, F., *A Ideologia Alemã*, Traducción de Luis Claudio de Castro e Costa, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, pp. 10-11.

el contenido de ese derecho: ¿sería meramente una libertad (de trabajar y de elegir una profesión) o involucraría también obligaciones positivas (de fornecer condiciones de trabajo y de proteger el empleo)? Después, hay el problema de definir quién sería el sujeto pasivo de ese derecho: ¿el estado, el empleador o ambos? Otro problema está relacionado a la imposibilidad práctica de garantizar empleo a todos que lo buscan y consecuente inviabilidad de un individuo desempleado exigir judicialmente un puesto de trabajo.

Importa destacar que el derecho al trabajo involucra, simultáneamente, las necesidades humanas básicas de supervivencia, como comida y abrigo, y valores que son frecuentemente asociados con la base de los derechos humanos, como dignidad humana, libertad y autoestima². Es a través del trabajo que los seres humanos forman relaciones sociales, toman decisiones, celebran contratos, hacen planes y amigos y forman organizaciones³.

Es verdad que ni todo ser humano desea tener un trabajo y muchas personas preferirían no trabajar para emplear su tiempo en el convivio familiar, en viajes, eventos artísticos y deportivos, etc., pero esto no quita el derecho al trabajo como un derecho humano.

El hecho de no querer trabajar, no retira del individuo el derecho al trabajo, de la misma forma que el ciudadano que no tiene interés en votar no pierde el derecho de participación democrática reconocido en el art. 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos – DUDDHH, ni el monje que abdica de tener bienes particulares o a las tribus indígenas aisladas de la Amazonía – que ni siquiera tienen noción de lo que sea propiedad privada – pierden el derecho del art. 17 de aquella declaración.

Para la inmensa mayoría de las personas, una vida sin trabajo es una vida sin sentido, de reducida virtud⁴. Algunos trabajos pueden ser exhaustivos o monótonos, pero las personas pueden tener un sentido de realización en un trabajo bien hecho, satisfacción en la oportunidad de usar sus habilidades en sociedad con otros⁵, o sea, como regla general, el trabajo representa más que un medio de subsistencia, no se resume a un mero

² COLLINS, H., “Is There a Human Right to Work?”, en AA.VV. (ed. Mantouvalou, V.), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015, p. 17.

³ Idem, p. 33.

⁴ Ver WIGGINS, D., “Work, its Moral Meaning or Import”, en AA.VV. (ed. Mantouvalou, V.), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015, p. 12.

⁵ COLLINS, H., “Is There a Human Right...”, cit., p. 34.

instrumento de obtención de bienes necesarios a una vida digna: para la gran mayoría, el trabajo, desde que decente, es intrínsecamente bueno, por traer, por sí sólo, un sentimiento de auto realización y de integración social.

Hasta frente a la perplejidad generada por una era de relaciones fugaces, de empleos inestables y de sustitución de la ética del trabajo por la ética del consumo, según denunciado por Bauman⁶, el trabajo sigue siendo de importancia fundamental para permitir el acceso a los bienes de la vida y a la identidad de la persona como alguien apto a participar de la vida económica de su comunidad. Como afirman dos eminentes economistas americanos, refiriéndose a la importancia vital de la consecución del pleno empleo y del aumento del poder de negociación de los trabajadores, “cuando tenemos un trabajador dispuesto y capaz que no puede encontrar un trabajo debido a la debilidad de la economía, estamos negando el deseo de esa persona de realizar su potencial y perdiendo una contribución a la economía y a la sociedad”⁷.

Por otro lado, el empleo puede hipotéticamente perder su centralidad para otras formas de trabajo, pero el trabajo seguirá siendo central en la sociedad, como constata Honneth:

A pesar de todos los pronósticos en los que se habló del fin de la sociedad del trabajo, no se verificó una pérdida de relevancia del trabajo en el mundo socialmente vivido: la mayoría de la población sigue derivando primariamente su identidad de su papel en el proceso organizado del trabajo; en realidad, esta proporción posiblemente aumentó considerablemente después de que el mercado de trabajo se abrió a las mujeres en una medida nunca antes vista. No se puede hablar de una pérdida de importancia del trabajo únicamente en el sentido del mundo vivido, sino también en sentido normativo: el desempleo sigue siendo experimentado como un estigma social y como mácula individual, las relaciones precarias de trabajo se perciben como cargas, la flexibilización del mercado de trabajo es vista con reservas y malestar en amplios círculos de la población.⁸

⁶ BAUMAN, Z., *Modernidade líquida*, Trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁷ BAKER, D. y BERNSTEIN, J., *Getting Back to Full Employment: A Better Bargain for Working People*, Washington DC: Center of Economic and Policy Research, 2013, p. 94 (libre traducción nuestra).

⁸ HONNETH, A., “Trabalho e reconhecimento: tentativa de redefinição”, Trad. Emil Sobottka y Giovani Saavedra, *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, vol. 8, n.º 1 (en./abr. 2008), p. 47.

La volatilidad del capital financiero moderno, por supuesto, permite al mismo desvincularse de cualquier grupo de trabajadores considerados de forma aislada, moviéndose velozmente de un territorio a otro, pero aún no permite su independencia total del trabajo humano, que sigue siendo esencial para la prosperidad mundial.

El estallido de la burbuja financiera de 2007/2008 es un ejemplo elocuente de la imposibilidad del capital de multiplicarse por sí mismo, desvinculado de la realidad material que sólo es modificada por medio del trabajo.

Incluso si tenemos en cuenta el aumento de la automatización y la destrucción de puestos de trabajo de ella decurrente, no podemos descartar el trabajo humano en el diseño y en la operación de maquinaria. Además ¿si no hay trabajadores, quien va a consumir lo producido por los robots?

Si el capital no dependiera del trabajo humano, no habría ninguna razón para la insistencia con que los agentes del capitalismo financiero ejercieran todos los medios de presión sobre el poder político para hacer una legislación laboral más flexible. Simplemente, no habría conflicto.

1.2 El derecho al trabajo como derecho positivo en el espacio internacional y regional

Mirando hacia el plan normativo, es innegable que el derecho al trabajo fue contemplado desde los primeros pactos internacionales que reconocieran los derechos de la humanidad. El Tratado de Versailles, del 1919, vinculaba la valorización del trabajo como condición indisociable a la manutención de la paz y a la realización de la justicia, al crear la Organización Internacional del Trabajo – OIT, destinada a la promoción de los objetivos enunciados en su preámbulo (art. 387).

Pero fue con la Declaración Universal de los Derechos Humanos – DUDDHH, en el 1948, que el derecho al trabajo fue formalmente reconocido como intrínseco a todos los miembros de la familia humana, restando expreso, en el art. 23.1, que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección en contra el desempleo”. Y como desdoblamiento de esa enunciación, fueron incluidos también los derechos a: salario

igual por trabajo igual, sin discriminación alguna (art. 23.2); remuneración equitativa y satisfactoria (art. 23.3); fundar sindicatos y sindicarse (art. 23.4). Consecuentemente, el art. 24 estableció que “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”.

Obsérvese que, mucho más que anunciar la existencia de un derecho al trabajo vago y abstracto, la Declaración de 1948 cuidó de delimitar un contenido mínimo y concreto a ese derecho, estableciendo que él abarca: a) libertad de elección de un trabajo; b) condiciones laborales satisfactorias; c) protección en contra el desempleo.

La libertad de elegir un trabajo, por obvio, no se agota en la prohibición de exigir trabajos forzados, sino que implica también la no discriminación, la creación de oportunidades iguales de acceso a los empleos, el desarrollo de un mercado de trabajo, la oportunidad de cualificación y capacitación de los trabajadores.

La inclusión, en el núcleo del derecho al trabajo, de condiciones laborales satisfactorias se interconecta con el derecho a salario igual por igual trabajo (art. 23.2) y a una remuneración suficiente para garantizar, al trabajador y a su familia, una existencia digna (art. 23.3), bien así con la limitación razonable del tiempo de trabajo y el descanso, incluso vacaciones remuneradas (art. 24). Para alcanzar condiciones laborales satisfactorias es especialmente importante, dado su carácter instrumental, la libertad de creación de sindicatos para la defensa de intereses de los trabajadores (art. 23.4).

Por fin, el derecho al trabajo reconocido de la DUDDHH compila la protección en contra el desempleo que puede ser vista bajo dos enfoques: 1) el bloqueo de actos que resulten en pérdida injustificada del empleo; 2) y la manutención de un sistema de seguro que amortigüe, para el trabajador despedido, los efectos deletéreos del desempleo.

Como vemos, el derecho al trabajo presenta, en la DUDDHH, una característica multifacetada, abarcando no solamente libertades individuales y colectivas (de elegir una profesión, de no sufrir discriminación, de fundar sindicatos), pero también derechos prestacionales o positivos (protección en contra el desempleo, condiciones satisfactorias de trabajo, etc.).

Aunque, para los escépticos, la Declaración haya sido utópica y no contenga ninguna sanción para la hipótesis de incumplimiento, se trata de un texto normativo de innegable valor, que es base del sistema internacional de derechos humanos y al cual se obligan los Estados-miembros de la Naciones Unidas. Eliminar su fuerza jurídica es empobrecer el sistema y enflaquecer la protección de los derechos humanos en su

conjunto.

Siguiendo la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC⁹, de 1966, estableció que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho” (art. 6.1). Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes para lograr la plena efectividad de este derecho figuran la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana (art. 6.2).

Hasta aquí, el derecho al trabajo aparece más enjuto, concentrado en el núcleo referente a la igual oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, o sea: no discriminación en el acceso al empleo; libertad de elección del trabajo y de la profesión; y una política nacional orientada a perseguir el pleno empleo y condiciones dignas de trabajo para todos los trabajadores.

Pero, en los artículos siguientes, el PIDESC desdobra un abanico de derechos laborales, cómo la remuneración mínima y equitativa, seguridad e higiene en el trabajo, igual oportunidad para la promoción en el trabajo, descanso, disfrute del tiempo libre, vacaciones y limitación de jornada (art. 7), libertad sindical y huelga (art. 8). Son derechos que, pese a su existencia autónoma, no se pueden dissociar del derecho al trabajo, en cuanto definidores de condiciones mínimas para un trabajo decente.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR en su sigla en inglés), el art. 7 desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo y el art. 8 aborda su dimensión colectiva, de modo que estén todos imbricados¹⁰. En otras palabras, el derecho al trabajo debe ser interpretado con ojos en los requisitos de los artículos 7 y 8, juntamente con otras disposiciones del PIDESC¹¹.

⁹ Ratificado por España en el 27 de abril de 1977 y adherido por Brasil en el 24 de enero de 1992. Fuente: Naciones Unidas.

¹⁰ CESCR, *Observación General n.º 18*, Ginebra, 24 de noviembre de 2005.

¹¹ Ver, en ese mismo sentido: O’CINNEIDE, C., “The Right to Work in International Human Rights Law”, en AA.VV. (ed. Mantouvalou, V.), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015, p. 104.

Siempre en la esfera de las Naciones Unidas, la Convención para Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer¹² dicta a los Estados Partes el deber de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en el empleo, reconociendo “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano” (art. 11.1, a). En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad¹³ enuncia el deber de los Estados Partes de salvaguardar y promover “el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo”.

De su parte, el Convenio 122 de la OIT¹⁴, establece la adopción, por los signatarios, de una política de pleno empleo, volcada para el objetivo de garantizar que haya trabajo, lo más productivo posible, para todas las personas en búsqueda de trabajo, dando al trabajador, posibilidades de adquirir y utilizar, en el trabajo, sus cualificaciones y dotes, sin discriminaciones (art. 2, a, b, c).

Más tarde, ya insertada en un contexto mundial de euforia con el capitalismo financiero y de predominio de la política neoliberal globalizada, la Conferencia de 1998 de la OIT logró aprobar, sorprendentemente, sin votos discrepantes (aunque con 43 abstenciones), la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, según la cual, en el momento de incorporarse libremente a la organización, todos los miembros aceptaron los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia. Consecuentemente, dice el texto de la Declaración, aunque no sean signatarios de convenciones específicas, todos los miembros se comprometen a adoptar políticas y emprender todos los esfuerzos para: respetar la libertad sindical y la negociación colectiva; b) eliminar todas las formas de trabajo forzado; c) abolir el trabajo infantil y; d) eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación¹⁵.

No se debe olvidar que el Convenio 158 de la OIT, aunque no ratificado por muchos de los miembros de aquel organismo internacional, dio un paso adelante en la delimitación del derecho al trabajo al declarar que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada

¹² Ratificada por España y Brasil en 1984. Fuente: Naciones Unidas.

¹³ Ratificada por España en 2007 y por Brasil en 2008. Fuente: Naciones Unidas.

¹⁴ Incorporada al derecho brasileño por el Decreto 66.499/70.

¹⁵ Para una noción de las dificultades y del contexto de la OIT, en la adopción de la referida norma, ver VON POTOBSKY, G., “El devenir de las normas internacionales del trabajo”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, n.º 3 (2007), pp. 11-46.

con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (art. 4).

Antes que el PIDESC, la Carta Social Europea (1961) ya traía el compromiso de los Estados Partes a adoptar, como objetivo de su política, el establecimiento de condiciones en que puedan hacerse efectivos los siguientes principios y derechos de los trabajadores: 1) oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; 2) condiciones de trabajo equitativas; 3) seguridad y salud en el trabajo; 4) remuneración suficiente para proporcionar un nivel de vida decoroso; 5) asociarse libremente para la protección de sus intereses económicos y sociales; 6) negociación colectiva; 7) protección especial a los niños y adolescentes; 8) protección especial a la trabajadora, en caso de maternidad; 9) orientación profesional; 10) formación profesional.

La Carta Europea de Derechos Humanos fue más económica en la enunciación de derechos sociales, pero reconoció que “toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada” (art. 15).

Pese a la vacilación de la Unión Europea en asumir, en su estructura normativa, una protección firme de los derechos sociales, o por lo menos en atribuirles el mismo nivel de garantías de las libertades públicas y de mercado¹⁶, con las modificaciones introducidas en Lisboa, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – considerado por algunos como una verdadera Constitución –, terminó reforzando el deber de la Unión en apoyar y complementar la acción de los Estados-miembros en materia de protección social de los trabajadores, protección en caso de rescisión del contrato de trabajo e integración de las personas excluidas del mercado laboral, entre otros (art. 153).

Mucho más importante es el reconocimiento, por el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, de la fuerza vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que consagra el derecho a trabajar y la libertad profesional para todas las personas (art. 15) y reza que “todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad” (art. 31.1), además de “protección en caso de despido injustificado” (art. 30), limitación de la jornada, periodos

¹⁶ Sobre la ambigüedad del modelo social europeo, ver PISARELLO, G., “La Constitución Europea o los dilemas del aprendiz de brujo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 34 (2006), pp. 41-70. Ver también FITA ORTEGA, F. y GUAMÁN, A., “Algunas cuestiones en torno a la construcción social europea. El reconocimiento del derecho a trabajar: entre la protección del libre mercado y la tutela de los derechos sociales”, *Revista de Derecho Social* n.º 33 (2006), pp. 101-127.

de descanso y vacaciones retribuidas (art. 31.2), es decir, confiere una dimensión positiva al derecho al trabajo enmarcándolo en el seno de una relación jurídicamente protegida.

En el espacio jurídico interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) enuncia que “toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo” y que “toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia” (art. 14).

El protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), prevé expresamente el derecho al trabajo (art.6), el derecho a condiciones justas y satisfactorias de trabajo (art. 7) – que comprende remuneración, ascensión funcional, protección en contra el despido sin justa causa, seguridad e higiene en el trabajo, protección especial a los menores de 18 años, limitación de la jornada y periodos de descanso –, bien como los derechos sindicales (art. 8).

En el ámbito del Mercosur, cuya formación fue fundada en objetivos puramente económicos, sin cualquier pretensión social, la cúpula presidencial realizada en Rio de Janeiro, en 1998, editó la Declaración Sociolaboral del Mercosur, consagrando principios y derechos en el ámbito laboral, entre ellos, la promoción de igualdad y no discriminación (arts. 1 y 3), eliminación del trabajo forzoso e infantil (arts. 5 y 6), libertad de asociación y sindical (arts. 8 y 9), negociación colectiva y autocomposición de los conflictos (arts. 10 y 12), huelga (art. 11), salud y seguridad en el trabajo (art. 17), fomento de empleo (art. 14), entre otros.

Aunque aquella Declaración no tenga fuerza vinculante interna, porque firmada solamente por los presidentes de los países integrantes del bloque y no sometida a la aprobación parlamentaria, hay que reconocer que se trata, por lo menos, de un documento formal que expresa un compromiso intergubernamental de valorización laboral a nivel regional¹⁷.

¹⁷ Sosteniendo la fuerza vinculante y la exigibilidad judicial de la Declaración, ver: ERMIDA URIARTE, O., “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 26, n.º 99 (jul./sep. 2000), pp. 193-206.

No se ha de negar, por lo tanto, que el derecho a un trabajo libre, decente e incluso es alzado, en la esfera normativa internacional, a la categoría de derecho humano. El trabajo no es simple mercancía, sometida sin amarras a los humores de los agentes económicos, es condicionante de paz social y expresión indisociable de la dignidad del ser humano y del desarrollo de su personalidad, conforme reconoció la Declaración de Filadelfia de 1944.

1.3 Críticas al derecho al trabajo como derecho humano auténtico

La presencia del derecho al trabajo en los textos normativos internacionales no ha sido suficiente para convencer a todos los teóricos que estamos frente a un verdadero derecho humano. Algunos autores, impresionados con los obstáculos prácticos a la realización de ese derecho, llegan a negar que se trate realmente de un derecho¹⁸. Otros cuestionan la “importancia capital” y la universalidad del trabajo – ya que ni todos quieren trabajar – para cuestionar su reconocimiento en el catálogo de derechos humanos¹⁹.

Criticando la inclusión de los llamados derechos positivos en la DUDDHH, pero refiriéndose específicamente al derecho al trabajo, Williams argumenta que nadie lo duda que tener una oportunidad de empleo sea algo bueno, o que el desempleo sea maléfico, sin embargo, esto no significa que las personas tengan un derecho al trabajo, ya que no hay como atribuir a alguien un deber específico. Para ese filósofo, si alguien se encuentra desempleado, no se puede afirmar que su derecho fue violado, ni decir quién habría cometido esta violación. Mismo si los gobiernos asumen alguna responsabilidad por los niveles de empleo, les puede resultar imposible proveer un trabajo a todos y, si ellos fallan en ese objetivo, no parece claro decir que la mejor cosa a decir es que los derechos del desempleado fueron infringidos²⁰.

¹⁸ Así defiende PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., analizando la cuestión bajo el enfoque del derecho constitucional español, pero como una objeción general a la funcionalidad del derecho al trabajo (“El socialismo y el derecho al trabajo”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 97, 1990, pp. 3-10).

¹⁹ CRANSTON, M. (*What are Human Rights?*, London: The Bodley Head, 1973), afirma que los derechos humanos deben resumirse en aquéllos de importancia capital (*paramount importance*) de que son titulares todos los seres humanos, hasta los más despreciables criminosos. Por eso, apenas reconoce como tales los derechos civiles y políticos.

²⁰ WILLIAMS, B., *In the beginning was the deed: realism and moralism in political argument* (selected,

Aunque admitiendo que el trabajo es revestido de un valor ético jurídicamente significativo y que el derecho al trabajo está insertado entre los derechos humanos positivamente declarados, Bogg se muestra pesimista en cuanto a las perspectivas de exigencia judicial de tal derecho, proponiendo un abordaje diferente, basado en el deber general del estado de promover el bienestar de sus ciudadanos. Habría, por lo tanto, un deber estatal de promover una política volcada al pleno empleo, al desarrollo de las habilidades de los trabajadores, a la promoción de seguridad y condiciones adecuadas de trabajo y a la protección en contra el despido injusto, pero no necesariamente el derecho de los individuos a un empleo específico. Para este autor, el conflicto de intereses existente entre grupos de trabajadores y, especialmente, entre empleados y desempleados y entre nacionales y extranjeros, haría del derecho al trabajo un derecho en guerra en contra si mismo – quizás por eso los tribunales ingleses suelen invocar el derecho al trabajo para fundamentar decisiones contrarias a los intereses sindicales y de la clase trabajadora.²¹

Las objeciones referidas dan muestra de la resistencia de expresivos filósofos y juristas en aceptar el derecho al trabajo como un derecho auténtico. Esa resistencia se intensificó mucho más con la crisis del Estado Social y de la expresiva retomada del liberalismo en el último cuartel del siglo XX, el debilitamiento de los Estados nacionales y el aumento de la influencia de intereses económicos sectoriales sobre la producción legislativa – que terminó intensificando, incluso en los países más desarrollados, la concentración de renta y el aumento de la exclusión social, al mismo tiempo en que son desmontados mecanismos de protección a los más vulnerables, dificultando sobremanera la implementación de los derechos fundados en la igualdad substancial.

En nuestro punto de vista, sin embargo, aquellos argumentos son insuficientes para refutar la existencia del derecho al trabajo y para sacarlo de la agenda de los derechos humanos y del catálogo de derechos básicos de los ciudadanos.

edited and with an introduction by Geoffrey Hawthorne), Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 64.

²¹ BOGG, A., “Only Fools and Horses: Some Sceptical Reflections on the Right to Work”, en AA.VV. (ed. Mantouvalou, V.), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015, pp. 49-76.

1.4 La falacia del fundamento moral absoluto

Es cierto que el concepto de derechos humanos que ganó prestigio durante la Guerra Fría se basaba, primordialmente, en las ideas de universalidad y de inherencia (característica innata) a los seres humanos, como si pudieran ser garantizados por sí mismos, sin la necesidad de otras instancias. Por esa línea de pensamiento, los derechos humanos existen y pueden ser exigidos por cualquier persona, en cualquier época y en cualquier lugar, por el simple hecho de pertenecer a la especie humana. De acuerdo con la visión de Cranston, un derecho humano por definición es un derecho de la moral universal, algo que todos los hombres, en todas partes, en todo momento deben tener, algo que nadie puede ser privado sin un grave menoscabo a la justicia, algo que es debido a cada ser humano simplemente porque él es humano²².

El primer problema que suscita esa definición es que ella no especifica el contenido de tales derechos, remitiéndonos a una moral superior e inalcanzable o, como prefieran, a una verdad absoluta y transcendental, como si ella pudiese ser encontrada y descrita de forma neutra y no admitiese contestación válida.

Esa concepción peca por desconsiderar que todos los derechos, indistintamente, son productos típicos de las sociedades humanas y no de la naturaleza – *ubi societas, ibi jus*. No existe derecho sin una vida social ordenada, aunque pueda estar presente la figura humana. Imaginemos un mundo en que, después de una catástrofe global, sólo quede un hombre: ¿podrá él invocar alguna regla jurídica en su beneficio?

La búsqueda a lo que algunos nombran de moral verdadera o fundamento absoluto de la moral, observa Nietzsche, remonta desde hace siglos, pero nadie ha logrado, de hecho, demostrar su existencia y contenido²³. Para el filósofo alemán, “la dificultad en demostrar esa tesis es ciertamente grande – como es sabido, ni el mismo Schopenhauer llegó a lograrlo y percibió profunda e íntimamente cuanto es absurdamente falsa y sentimental tal tesis, en un mundo que tiene como esencia la voluntad de dominar, las ganas de potencia”²⁴.

²² CRANSTON, M., *What are human rights?*, cit., p.36.

²³ NIETZSCHE, F., *Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*, trad. Márcio Pugliese, Curitiba: Hemus, 2001, pp. 99-100 (§ 186).

²⁴ Idem, p. 99.

La ilusión del fundamento absoluto, construido a partir de una verdad irrefutable, también es criticada por Bobbio, para quien la naturaleza del hombre se reveló muy frágil al subordinar el derecho a sus caprichos e intereses²⁵. El pensador italiano observa que toda búsqueda por fundamento absoluto es infundada y, en lo que concierne a los derechos humanos, levanta cuatro dificultades para el abordaje jusnaturalista: en primero lugar, la dificultad en precisar la noción de derecho humano a partir de elementos tautológicos o términos evaluativos; segundo, la transitoriedad de las condiciones históricas, que hace con que los derechos considerados fundamentales también sufran cambios; tercero, la heterogeneidad de los derechos comprendidos en la Declaración, que pueden generar pretensiones diversas y hasta mismo incompatibles entre sí; cuarto, la tensión entre derechos sociales y las libertades, lo que rechaza la posibilidad de un fundamento único – que ha sido normalmente invocado para defender posiciones conservadoras y negar el progreso de la legislación social²⁶.

Sin duda, aquello que puede ser evidente para unos, no lo es, necesariamente, para otros. La divergencia siempre hizo parte del pensamiento humano y las corrientes minoritarias hodiernas pueden convertirse en mayoritarias en el porvenir. El problema es la tendencia psicológica del ser humano en generalizar a partir de su perspectiva individual.

Tómese como ejemplo la cuestión de la pena de muerte o del aborto y la posibilidad de la existencia de conflicto con el derecho humano a la vida. Casi todos tenemos una posición preestablecida, favorable o en contra, y encontramos argumentos razonables para defenderla. ¿Quién tiene razón, según una moral universal absoluta?

La propia idea de libertad, considerada por Kant como único derecho innato e irrefutable, no es unívoca, ha sufrido cambios de acuerdo con el contexto en el cual se encuentre insertada.

En efecto, en la Grecia antigua, la libertad era pensada bajo tres ángulos. La *eleutheria* se refiere a la observancia del estatuto sociopolítico – para Aristóteles, es libre aquél que vive según las leyes de la *polis*²⁷. La *enkratéia* designa el dominio del hombre sobre sus pasiones – para Sócrates, incluso el ciudadano libre puede ser esclavo, si no

²⁵ BOBBIO, N., *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 16-17.

²⁶ Idem, pp. 17-22.

²⁷ Cf. BETENCOURT DE FARIA, M. C., *A liberdade esquecida: fundamentos ontológicos da liberdade no pensamento aristotélico*, São Paulo: Loyola, 1995, pp. 173-174.

desarrolla la virtud²⁸. La *autarkéia* coincide con el ejercicio de las virtudes en búsqueda de la plenitud – para que la *eleutheria* sea más que un estatuto jurídico fundamentado en la naturaleza del hombre e involucre también el aspecto moral, es necesario que esté basado en la *autarkéia*: la independencia y autosuficiencia permiten al hombre determinarse en sus acciones concretas y, por lo tanto, ser libre²⁹.

La escuela cínica absorbió la *enkratéia* socrática y defendía que la libertad estaba bajo el dominio de los instintos y de las pasiones y en el desapego a todas las necesidades superfluas, a los bienes materiales y al poder temporal. De esa manera, la felicidad, así como la libertad plena, sólo sería verdaderamente alcanzada con la conquista de la autosuficiencia (*autarkéia*)³⁰.

En Agustín, a su vez, la libertad está ligada al libre arbitrio dado por Dios al hombre. El hombre es libre para elegir entre el bien y el mal, pero, una vez elegido el mal (pecado), poniéndose en contra la voluntad de Dios, pierde su libertad. “Tal es nuestra libertad, cuando a la verdad nos sometemos; y tal es nuestro Dios que nos libra de la muerte, es decir, de la condición del pecado”³¹.

Como vemos en esos pocos ejemplos, la noción de libertad, ni siempre ha sido la misma para todos y, la propia aspiración a la libertad, puede tener diferentes connotaciones, de acuerdo con la perspectiva de cada uno y a la sociedad en la cual nos insertamos. Fue eso que llevó a Bobbio a cuestionar, con ironía, la visión kantiana de libertad como un derecho irrefutable: “¿qué es la libertad?”³².

Para el sentido de justicia reinante en el momento actual, la esclavitud parece algo abominable. Pero durante milenios, el sentido común era que el hombre libre tenía el derecho de mantener esclavos e, incluso muchos de éstos, entendían que ése era el orden natural de las cosas. Son diversos los trechos bíblicos, por ejemplo, que hacen referencia a la esclavitud como algo normal y moralmente aceptable³³. Tomemos, a título de ejemplo, el siguiente pasaje del libro de Éxodo (21, 2-7):

²⁸ Idem, p. 177.

²⁹ Idem, p. 223.

³⁰ Un panorama sobre los postulados cínicos ver: LONG, A., “The Socratic Tradition: Diogenes, Crates and the Hellenistic Ethics”, en AA.VV. (ed. Bracht Branham, R. y Goulet-Cazé), *The Cynics: The Cynic Movement in Antiquity and Its Legacy*, Berkeley y Los Angeles: University of California Press, 1996, pp. 28-46.

³¹ AGUSTÍN, *O livre-arbítrio*, trad. Nair de Assis Oliveira, 2ª ed., São Paulo: Paulus, 1995, p. 121.

³² BOBBIO, N. *A era dos direitos*, cit., p. 17.

³³ La esclavitud está muy presente en el Pentateuco, los primeros cinco libros de la Biblia (Torá para los

²Si alguien compra un esclavo hebreo, éste le servirá durante seis años, pero en el séptimo año recobrará su libertad sin pagar nada a cambio. ³Si el esclavo llega soltero, soltero se irá. Si llega casado, su esposa se irá con él. ⁴Si el amo le da mujer al esclavo, como ella es propiedad del amo, serán también del amo los hijos o hijas, que el esclavo tenga con ella. Así que el esclavo se irá solo. ⁵Si el esclavo llega a declarar: “Yo no quiero recobrar mi libertad, pues les tengo cariño a mi amo, a mi mujer y a mis hijos”, ⁶el amo lo hará comparecer ante los jueces, luego lo llevará a una puerta, o al marco de una puerta, y allí le horadará la oreja con un punzón. Así el esclavo se quedará de por vida con su amo. ⁷Si alguien vende su hija como esclava, la muchacha no se podrá ir como los esclavos varones.³⁴

Se percibe, de esta manera, que incluso lo que conocemos actualmente como la moral judeo-cristiana, que moldeó la cultura occidental, no se muestra como un conjunto de valores inmutables, ni puede ser afirmada como universal – ya que no comulga con todos los pueblos del globo terrestre. La moral judaica del Antiguo Testamento fue cambiada por la influencia cristiana, sin embargo, ésta también sufrió influjos importantes de la conversión del imperio romano, de la reforma protestante y del iluminismo.

En otras palabras, lo que el mundo occidental contemporáneo se acostumbró a tratar como “moral universal” es producto de una evolución del pensamiento que refleja la actual etapa de desarrollo. La propia idea de derechos humanos viene siendo elaborada y modificada a lo largo de los últimos tres siglos, en el estreno de la Revolución Francesa y de la Independencia Americana, especialmente, tras las dos Grandes Guerras.

Es curioso que los revolucionarios franceses hayan tardado décadas para esparcir los ideales de igualdad y libertad para los esclavos en sus colonias, así como los estadounidenses, que, aunque delante del discurso libertario, mantuvieron la esclavitud

judíos). Ver, por ejemplo: Gén, 17, 12; Ex, 21, 1-7; 21, 20-21; y 21, 32; Lev, 22, 11; y 25, 44-46. Pero, también en el Nuevo Testamento encontrase la esclavitud como una práctica socialmente aceptada: Lc, 7, 1-10; 1Tim, 6, 1-2; Ti, 2, 9-10.

³⁴ BÍBLIA, A. T. “Éxodo”, *Bíblia Sagrada. Nova Versão Internacional, Edição Trilíngue*, 3ª ed, São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2011, pp. 126-127.

en su propio territorio por 90 años después de la declaración de la independencia³⁵. Tampoco parecía evidente a los independistas o a los revolucionarios que todos los seres humanos tuviesen derecho de participación política, considerando que el voto femenino solamente fue consagrado en todo el territorio de los Estados Unidos en 1920³⁶, en España en 1932³⁷ y en Francia en 1944³⁸. En España, incluso el voto masculino sólo pasó a abarcar a todos los hombres, independientemente de sus propiedades, en los albores del siglo XX³⁹.

Otra dificultad en aceptar los derechos humanos como fruto de una moral absoluta es el hecho de que tales derechos pueden colidir entre sí, consecuentemente, no hay como dar valor absoluto a ninguno de ellos.

El derecho a la libertad, por ejemplo, muchas veces entra en conflicto con el derecho a la seguridad. De ahí porque, no es raro, se presenta legítima a la imposición de restricciones a la libertad de portar armas u objetos cortantes en aeropuertos y otros lugares públicos, en nombre del derecho a la seguridad colectiva. La propia libertad de expresión, muchas veces, colide con el derecho a la intimidad.

Hasta mismo el derecho a la vida no es absoluto, delante de la posibilidad de imposición de pena de muerte en casos excepcionales – notablemente en tiempos de guerra.

En ese contexto, no hay ningún derecho que sea totalmente inmune a cualquier temperamento o relativización, en especial cuando entran en juego otros derechos e intereses jurídicamente protegidos.

³⁵ Enmienda decimotercera, promulgada el 6 de diciembre de 1865.

³⁶ La decimonovena enmienda, que liberó el voto femenino, fue aprobada el 4 de julio de 1919, pero solamente promulgada el 18 de agosto de 1920.

³⁷ Una descripción de la lucha para la adopción del voto femenino en España, especialmente del trabajo parlamentario de Clara Campoamor es hecha por MORA CABELLO DE ALBA, L., “El trabajo de las mujeres en el proceso constituyente de la II República”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, Nueva Época, n.º 3-4 (2017), pp. 149-168.

³⁸ Ordenanza de 5 de octubre, del gobierno provisional.

³⁹ MORA CABELLO DE ALBA, L., “El trabajo de las mujeres...”, cit., p. 150.

1.5 Los derechos humanos como proposiciones prescriptivas: universalidad y multiculturalismo

La búsqueda por fundamentos morales irrefutables, sean ellos dictados por un ser superior (Aquino⁴⁰, Suárez⁴¹), sean ellos derivados de la naturaleza o de la razón humanas (Grocio⁴², Kant⁴³), tiene en mira elementos extrajurídicos que hasta pueden integrar el argumento sobre lo que debe ser el derecho (justificativas para la elaboración e interpretación de las normas jurídicas), pero no se prestan a definir el propio derecho como dado empírico.

Derecho y moral hasta pueden interactuar en el campo de la cultura, pero no se pueden confundir. El ordenamiento jurídico siempre sufrirá influjos de la moral, de la política, de la economía y de las actividades humanas en su totalidad. Pero, los derechos no caen del cielo, no están previamente definidos por la naturaleza, o por el espíritu; son siempre fruto de luchas, de embates sociales, de disputas económicas y de decisiones políticas de ahí derivadas.

Por más que se intente evolucionar en la línea jusnaturalista, siempre se mostrará imposible separar la moral y el derecho de los valores culturales de un determinado contexto histórico, social y político. Así como la sociedad y todos los productos de la cultura humana, no existe una moral inmutable, innata, disociada de los valores culturales.

Luego, lo que Cranston trata como derecho moral universal y atemporal es, de hecho, la representación de una moral dominante en nuestra época, basada en las necesidades de la dignidad humana, revestida de un razonable consenso social y políticamente concertada.

Es comprensible que se quiera anclar los derechos humanos en un elemento universal y trascendente a la voluntad, como tentativa de evitar su erosión por el Estado

⁴⁰ Sobre el pensamiento tomístico cerca de los fundamentos morales del derecho, ver: FINNIS, J., *Aquinas: moral, political and legal theory*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

⁴¹ Sobre el derecho natural en Suárez, ver: GORDLEY, J., “Suárez and natural law”, en AA.VV. (ed. HILL, B. y LAGERLUND, H.), *The philosophy of Francisco Suárez*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 209-229.

⁴² Sobre la contribución de Grocio para la teoría del derecho natural, ver: TUCK, R., *Natural Rights Theories: their origins and development*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

⁴³ KANT, I., *Metafísica dos Costumes*, trad. Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau y Monique Holshof, Petrópolis: Vozes, 2013.

o por grupos dominantes, especialmente cuando aún arden en la memoria colectiva los horrores de Auschwitz. Fundados en una supuesta moral irrefutable, los DDHH estarían resguardados, por lo menos idealmente, en contra totalitarismos circunstanciales – aunque ese anclaje teórico, en la práctica, no haya impedido las graves violaciones ocurridas sistemáticamente por regímenes dictatoriales de países periféricos, en la segunda mitad del siglo XX e inicio del siglo XXI, con la aparente complacencia de las potencias mundiales.

Pero, el hecho es que, además de no haber una moral única y totalmente inmune a la dinámica cultural propia a la existencia humana, la pretensión de la existencia de derechos absolutos y previamente garantizados trae el riesgo de conducir a la desmovilización de individuos y colectivos más vulnerables y, en vez de reforzar, acabar desvalorando aquellos derechos – ¿para qué luchar por algo que, a priori, es auto evidente, incuestionable y garantizado?

No resuelve ese problema teórico la división, propuesta por Peces-Barba, entre universalidad como punto de partida (para los derechos civiles y políticos) y universalidad como punto de llegada (para los derechos sociales) que, además de generar una relativa desvalorización de esos últimos en faz de los primeros, también se asienta en la existencia de una moral supuestamente fija de los derechos, “que es la idea de dignidad humana y de los grandes valores de libertad, de igualdad, de seguridad y de solidaridad”. Ora, tales valores son conceptos abiertos que solamente pueden ser rellenados a la luz de un contexto cultural, social, jurídico y económico, naturalmente cambiante⁴⁴.

Es verdad que no podemos caer en un relativismo ético que termine negando la propia idea de derechos humanos, que refuerce su manipulación por los que se adueñan ilegítimamente del poder, que permita la aniquilación de las minorías⁴⁵. Pero, es también

⁴⁴ El propio Peces-Barba afirma el importante rol de los contextos históricos y culturales en la formulación de los derechos humanos y el despliegue del derecho de la moral, desde su positivación. Ver: PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de Moral y Derecho”, en AA.VV., *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate, 1989, pp. 265-277.

⁴⁵ Ver la crítica de Herrera a los peligros del culturalismo post-moderno, aunque concordando con algunas de sus premisas (HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Madrid: Los libros de la Catarata, 2005, pp. 124-140). Ver también, DUNDES RENTELN, A., *International Human Rights: universalism versus relativism*, New Orleans: Quid Pro Books, 2013. Sánchez, a su vez, afirma que “si no existen valores objetivos, no parece que podamos encontrar razones para justificar nuestra preferencia por las democracias o por los sistemas que mejor garantizan la protección de los derechos humanos” (SÁNCHEZ CÁMARA, I., “Sobre el paradigma ético dominante”, en AA.VV. [ed. Zapatero Gómez, V.], *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo 1, Universidad de Alcalá, 2002, p. 250).

insoslayable que no hay nada absoluto en el ámbito del derecho y sólo a partir de esa percepción es que estaremos preparados para luchar por los espacios conquistados y hacer avanzar propuestas emancipadoras.

Nunca se debe olvidar que, lejos de ser una ciencia descriptiva, el derecho es un fenómeno social volcado a regular y moldar conductas intersubjetivas y, por lo tanto, tiene una naturaleza esencialmente prescriptiva. Las leyes naturales ya están puestas previamente, independientemente de la voluntad o de la percepción humana, no estando sujetas a variaciones en el tiempo y en el espacio – transitan en el universo del ser. Las normas jurídicas son productos del ingenio humano y objetivan interferir en las relaciones sociales, regulando, direccionando e incluso transformando estas mismas relaciones, de acuerdo con los valores de su época, en el plan del deber ser.

Sin ocultar su posición no totalmente alineada al positivismo, Pérez Luño introduce el carácter prescriptivo como elemento clave del concepto de derechos humanos “como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁴⁶.

Incluso considerando que el derecho no se resume en la norma positiva, es necesario reconocer que, al positivizar una carta de derechos humanos, la comunidad internacional hizo una opción política por la protección de valores entendidos como necesarios para una convivencia pacífica entre las personas y pueblos. Queramos o no, fue una decisión política y no un consenso moral que dio estatus jurídico a los derechos humanos.

Es evidente que esa opción no haya surgido sin una base racional o moral que la legitimase en su propio momento, o sea, no se puede negar que exista un fundamento moral y ético en la formulación de los derechos humanos, según una racionalidad predominante construida a lo largo de muchos siglos, a través de los avatares históricos de lo pensamiento humanista y de la idea de dignidad humana⁴⁷. Pero, es por haber tenido un arreglo político alrededor de aquellos derechos enunciados en 1948 que ellos

⁴⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, 8ª edición, Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p.46.

⁴⁷ Hay una razón práctica, factible, ejercida mediante la comunicación y el diálogo, sujeta a una necesidad de verificación de sus resultados y posibles correcciones, que se contrapone a una razón teórica absoluta e indudable. Cf. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, Madrid: Tecnos, 2001, pp. 81-82 y 102 ss.

asumieron la pretensión de ser universales, es decir, de ser aplicados a todos los seres humanos. Solamente en estos términos, en el sentido formal de la expresión, es que podemos comprender la universalidad de tales derechos. En las palabras de Ferrajoli:

Tales derechos, de hecho, no se identifican sin más con la doctrina política o moral de la que nacieran. No son universales, repito, porque sean universalmente compartidos, sino solamente porque están atribuidos a todos y en garantía de todos, independientemente de sus opiniones. Son, en síntesis, normas jurídicas heterónomas, que son universales porque son generales y abstractas como todas las normas; que valen, nos guste o no, más allá del consenso que las soporte; que, más bien, son establecidas precisamente porque tal consenso no puede darse por descontado, ni siquiera dentro de nuestra cultura⁴⁸.

Esta pretensión de universalidad, entendida como vocación de aplicarse con carácter general a todas las personas, no contraría el carácter multicultural de los pueblos, comunidades y grupos, pues la base de todo el sistema de derechos humanos, así como los derechos fundamentales, es la igualdad en el respeto a las diferencias, evitando que eventuales mayorías subyuguen a las minorías y los más fuertes dominen a los más débiles⁴⁹.

Aceptar el multiculturalismo no significa aceptar prácticas culturales de dominación a los más débiles, aunque basadas en culturas locales. Se así fuese, todo el sistema de derechos humanos no tendría sentido. A partir de una opción política de respeto a las diferencias y de protección a los más vulnerables, incluso en contra sus propias culturas, no se puede dejar de reconocer la existencia de una prescripción jurídica que prohíbe – y desea transformar – prácticas y costumbres contrarios a la autonomía/dignidad de los individuos.

Por otro lado, las peculiaridades culturales y el contexto local no deben ser olvidados en la interpretación y en la aplicación de los derechos humanos, que pueden asumir matices levemente diferenciados en el tiempo y en el espacio, desde que preservados sus núcleos esenciales.

⁴⁸ FERRAJOLI, L., “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLI, núm. 122 (may.-ago./2008), p. 1142.

⁴⁹ Idem, pp. 1138-1139.

Ni el derecho está aislado de la cultura, ni la cultura es cerrada, inmune a los influjos de lo jurídico. Consciente de este hecho, Herrera Flores propone un abordaje complejo, basado en la interculturalidad, que actúe reduciendo las tensiones entre el universalismo y el multiculturalismo desde una racionalidad de resistencia⁵⁰: “lo relevante es construir una ‘cultura de los derechos’ que recoja en su seno la universalidad de las garantías y el respeto por lo diferente”⁵¹.

Además, la vocación a la universalidad, a la igualdad en cuanto a la titularidad de los derechos humanos, debe ser pensada desde sujetos concretos – no puramente ideales y abstractos – que se manifiestan a través de diversas maneras de ser y de diversas situaciones vitales. Somos seres humanos al ser niños, varones, mujeres, ciudadanos, trabajadores, parados, inmigrantes, refugiados, minusválidos, etc., y nada impide que seamos considerados como tales en la titularidad de los derechos humanos. “Esta atención a la pluralidad de modos de manifestarse el ser humano, lleva a plantear la universalidad en y desde la diversidad”⁵². Teniendo en cuenta esa diversidad de situaciones de la vida, debemos comprender la universalidad de los derechos como algo que abarca a todos los seres humanos, de acuerdo con su condición personal. Mejor dicho:

Pues bien, la universalidad no debe entenderse en el sentido de que todos los derechos humanos particulares y específicos, correspondan a todos los seres humanos en todo momento y en cualquier circunstancia, sino en el sentido de que pertenecen a cualquier ser humano, sin excepciones posibles, que reúna las condiciones de titularidad (esto es mientras sea niño, en cuanto sea minusválido o sea trabajador o padre, o esté detenido) y de ejercicio (por ej. edad nubil o mayoría de edad para ejercitar los derechos de sufragio).⁵³

⁵⁰ HERRERA FLORES, J., “Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia”, *Dikaioyne. Revista Semestral de Filosofía Práctica*, año VII, n.º 12 (jun./2004), pp. 39-58.

⁵¹ *Idem*, p. 44.

⁵² FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., “Derechos humanos: del universalismo abstracto a la universalidad concreta”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 41, 1999 (Ejemplar dedicado a: Estudios en homenaje al Profesor Javier Hervada), p. 82.

⁵³ *Idem*, p. 88.

Desde esta perspectiva, ni la existencia de diferentes marcos legales nacionales, ni la sujeción de su ejercicio a ciertas condiciones, impiden considerar los derechos sociales, incluso el derecho al trabajo, como auténticos derechos humanos.

1.6 La separación entre derechos sociales y derechos civiles como obstáculo teórico a la consolidación del derecho al trabajo como derecho humano

Los derechos sociales, entre los cuales se inserta el derecho al trabajo, han sido generalmente tratados como una categoría diferente de los derechos civiles y políticos, muchas veces incluso en contraposición a estos. Esta artificial separación, como veremos, viene sirviendo como un foso teórico a la efectividad de todos los derechos humanos, pero con especial impacto en la concretización de los derechos sociales, que son tratados muchas veces como programas de intenciones no realizables.

El hecho de haber un pacto internacional específico para los derechos civiles y políticos y otro para los derechos económicos, sociales y culturales contribuye para que muchos juristas propongan un abordaje diferenciado entre ellos, lo que ha producido, en buena medida, la desvalorización de los últimos.

Es necesario no olvidar, inicialmente, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no hace distinción de ninguno de los derechos en ella enumerados ni presenta una clasificación o jerarquización interna. Todos son presentados como derechos humanos, cuyo desconocimiento y el menosprecio “han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (DUDDHH, preámbulo).

Desde el punto de vista normativo, la declaración es única para todos los derechos humanos, sean ellos civiles, políticos, sociales, culturales o económicos, porque son todos ellos independientes. Ningún ser humano será integral y alcanzará su potencialidad plena si no tiene atendidos todos aquellos derechos. Nadie ejerce libertad plena si tiene siquiera lo que comer; nadie puede ejercer una ciudadanía consciente (participación política) sin educación básica. Esta interpenetración y complementariedad de los derechos humanos es realizada por el art. 30 de la DUDDHH, según el cual nada “podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno” para “emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

Si nadie puede promover una interpretación que propicie actos volcados en la supresión o aniquilamiento de los derechos allí proclamados, sería incoherente trocear la Declaración en dos partes, como modo de tornarla más eficaz en relación a los derechos considerados civiles e ineficaz relativamente con los derechos llamados sociales. Para atender adecuadamente a la norma, todos los derechos deben ser pensados y desarrollados conjuntamente, siendo necesario destruir el muro teórico erguido entre ellos.

El pensamiento de que existiría una frontera bien delimitada entre los derechos sociales y los civiles y políticos está sobrepasado. El derecho al trabajo no puede ser pensado sin el derecho a la libertad, pero la libertad deja de tener sentido en una situación de miseria extrema. Por otro lado, ¿cómo hablar en libertad de expresión sin educación y viceversa?

1.7 El equivocado discurso de las generaciones de los derechos fundamentales

Una cuestión teórica aparentemente inocua, pero que se presenta como un obstáculo ideológico a la concretización del derecho al trabajo y de los derechos sociales en general, es la teoría de las generaciones de los derechos fundamentales.

Hablar en diferentes generaciones, o dimensiones, es decir que existe un foso entre los derechos civiles y políticos, supuestamente más antiguos y tradicionales – por lo tanto más respetables – y los jóvenes derechos sociales, de una generación aún carente de afirmación y respetabilidad. Se crea, además, la falsa impresión de existencia de un evolucionismo inevitable, como si los derechos se consolidaran por el tiempo, de generación a generación, no por la lucha en favor de su afirmación.

La tesis de los derechos sociales como derechos de reconocimiento tardío, postreros a las libertades civiles, es claramente reduccionista y tiende a desconsiderar la compleja evolución de tales derechos, mucho más antigua que muchos suponen. Además, como recuerda Pisarello:

Un segundo problema que plantea la tesis generacional es que no permite apreciar el carácter con frecuencia simultáneo y complementario de las reivindicaciones de derechos civiles, políticos

y sociales, ni las tensiones de fondo entre su expansión igualitaria y la ampliación excluyente de los derechos patrimoniales como derechos tendencialmente absolutos⁵⁴.

En efecto, aparte los mecanismos asistenciales que ya aparecían en la antigüedad clásica, como las ayudas públicas atenienses, que aseguraban el acceso a los baños, a la cultura y hasta a la participación política, o las leyes agrarias de la Roma republicana, que garantizaban el acceso a la tierra o a una cantidad mínima de alimentos, las reivindicaciones de protección a los más vulnerables (derechos sociales) generalmente aparecían acompañadas de los reclamos por participación democrática⁵⁵.

Así fue con las luchas anti absolutistas del siglo XVII en Inglaterra, en que *levellers* y *diggers* buscaban no sólo oportunidad de participación política, sino también la división de tierras y asistencia a los desvalidos. También en la Declaración de Independencia de 1776, los líderes americanos reconocieron como verdades evidentes los derechos a la vida y a la felicidad – y no se puede hablar en felicidad sin bienestar –, pero no el derecho a la propiedad. La búsqueda de la felicidad es referida como un derecho también en la Declaración de Derechos de Virginia (1776).⁵⁶

Mismo en la época de las colonias, el art. 79 del *Body of Liberties* (Massachussets), de 1641, ya establecía el derecho de las viudas pobres a una subvención pública. A su vez, en la Revolución Francesa, las reivindicaciones populares no se limitaron a la participación política, pero también a la extensión de derechos sociales con sentido igualitario.⁵⁷

Es verdad que el triunfo de la burguesía y el desarrollo del capitalismo industrial terminaron por exacerbar el derecho a la propiedad y a la libertad de empresa, generando un reflujo en la conquista de los derechos sociales, que volvieron a ser discutidos con más fuerza en la posguerra. Sin embargo, no se puede afirmar que los derechos sociales solamente fueron reconocidos después de la consolidación de los derechos civiles y políticos.

⁵⁴ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 35.

⁵⁵ Idem, p. 20.

⁵⁶ Idem, pp. 21-22.

⁵⁷ Idem, pp. 22-25.

Los avances alcanzados por la humanidad a lo largo de la historia nunca fueron lineales y constantes, mucho menos universales. Todos los derechos son frutos de luchas y contingencias culturales e históricas, todos ellos estuvieron sujetos a fases de expansión y de contracción. Basta ver lo que ocurre hoy en los Estados Unidos de América, donde, en nombre de la guerra en contra el terrorismo, se redujo sensiblemente el alcance de derechos civiles duramente conquistados. Las leyes anti inmigración europeas, el discurso radical xenófobo y racista que gana fuerza alrededor del mundo y la recientes crisis humanitarias en Siria y África son otros ejemplos elocuentes de ese retroceso.

Todavía hoy, los derechos civiles y políticos permanecen lejos de más de la mitad de la población mundial, sin voz y sin voto, en sociedades totalitarias, patriarcales, fundamentalistas, elitistas y/o sexistas. Es equivocado hablar, por lo tanto, en derechos definitivamente consolidados, universalmente reconocidos o pacíficamente concretizados.

No se puede hablar, de la misma forma, en una generación de derechos que sucede a otra – como si hubiera una evolución continua e inevitable – ni tampoco en dimensiones estancas y paralelas del derecho. Todos los derechos se comunican e interactúan, todos integran la misma dimensión, una dimensión cultural, social y política.

1.8 La supuesta dualidad estructural entre los derechos sociales y los civiles y políticos

Una prestigiosa corriente de pensamiento identifica una diferencia estructural entre los derechos civiles y políticos, que aparecerían como derechos a acciones negativas (de defensa), y los derechos sociales, que serían esencialmente derechos a acciones positivas o, más específicamente, a prestaciones en sentido estricto⁵⁸. Los primeros, conectados directamente a la libertad, por abarcar la simple abstención estatal o la no intervención, serían no onerosos y auto aplicables; los últimos, derivados de la

⁵⁸ Por todos, ver: ALEXY, R., *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 499.

igualdad y carentes de una intervención estatal onerosa, tendrían mayores problemas para su aplicación y protección judicial.

Este planteamiento dicotómico, sin embargo, falla al olvidar que todos los derechos exigen un mínimo de acciones positivas y costos públicos para su concretización – no basta la simple abstención o no intervención.

El derecho al voto, por ejemplo, no puede ser ejercido sin un mecanismo enormemente costoso, que va desde la adquisición de urnas y de material de expediente, pasando por la obtención de locales de votación, logística de transportes, hasta la contratación de personal para control y fiscalización del proceso electoral. El derecho de propiedad tampoco puede ser adecuadamente ejercido sin la manutención de registros inmobiliarios y automotores o de una onerosa estructura de seguridad pública. Lo mismo puede decirse del derecho a un juicio justo, que requiere un costoso aparato judicial criminal para implementarlo.

En puridad, todos los derechos, sin ninguna exclusión, dependen de un sistema judicial razonablemente eficaz y de medios de coerción estatal que demandan gastos elevados.

Tomemos ahora el ejemplo del derecho de asilo, previsto en el art. 14 de la DUDDHH, ante la crisis de los refugiados sirios en Europa. ¿Alguien en buena consciencia puede negar que este derecho político tiene un elevado costo y una problemática efectividad?

Observa Gomes Canotilho que la dificultad de subjetividad de un derecho a una ayuda estatal no es un fenómeno exclusivo del Estado Social, pues el derecho a la protección jurídica, correspondiente al acceso al derecho y a la vía judicial, siempre fue una de las líneas orientadoras del Estado de Derecho y de la comprensión liberal de los derechos fundamentales. Y concluye que contrariamente do que a veces se afirma, algunos de los típicos derechos liberales presentan problemas semejantes a de los derechos a prestaciones.⁵⁹

De la misma forma, los derechos sociales no son exclusivamente prestacionales, esto es, también admiten deberes negativos. El derecho a la habitación, por ejemplo, no se agota en el suministro de una vivienda digna a los más necesitados, sino que implica

⁵⁹ GOMES CANOTILHO, J. J., “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, en *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, pp. 50-51.

también el deber de no desalojar a nadie arbitrariamente y de no permitir cláusulas abusivas en contratos de arrendamiento. El derecho a la salud no puede ser reducido a la atención hospitalaria o a la distribución de medicamentos subvencionados, sino que incluye los derechos a la no contaminación, a la no distribución de productos deteriorados y a la no autorización de actividades nocivas a la incolumidad pública.

El derecho al trabajo, a su vez, también comprende libertades públicas: libertad de elegir un trabajo, derecho de no ser discriminado en la obtención o mantenimiento de un empleo, libertad sindical, huelga, que reflejan deberes de abstención del Estado y de potenciales empleadores. La vinculación del derecho al trabajo con la prohibición de despido sin un motivo razonable también no demanda prestaciones estatales onerosas más allá de la manutención de un sistema judicial para rever los actos del empresario.

Es decir, todos los derechos fundamentales, de cualquier matiz, siempre requieren prestaciones estatales normativas, que se traducen en la edición de reglas que puedan orientar su usufructo. Todos ellos, del mismo modo, abarcan el deber de la autoridad pública de no generar normas que los contraríen o a no revocar aquellas que garanticen su realización (no regresividad). Finalmente, como afirma Pisarello:

Contemplados en su faceta poliédrica, puede decirse que todos los derechos comportan, en realidad, un amplio abanico de obligaciones exigibles ante los poderes públicos: desde obligaciones positivas de promoción y satisfacción, pasando por obligaciones de protección frente a vulneraciones provenientes de particulares y actores privados.⁶⁰

No estamos negando que algunos derechos sociales tienen un elevado costo para su satisfacción. Lo que afirmamos es que esto no los vuelve esencialmente diferentes de los derechos civiles y políticos ni constituye un rasgo característico exclusivo, inherente a su estructura o digno de componer su concepto. Si la salud, la educación y la seguridad social, por ejemplo, demandan muchos recursos, así también ocurre con la seguridad, la justicia y todos los demás servicios indispensables al ejercicio de los derechos patrimoniales y de las libertades públicas⁶¹.

⁶⁰ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, cit., pp. 61-62.

⁶¹ El impacto presupuestario del ejercicio de los derechos, incluso los de libertad, es abordado por HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, New York: W. W. Norton

Todos los derechos humanos y fundamentales, sin excepción, encuentran barreras prácticas para su efectividad, todos ellos se interconectan, se complementan y son interdependientes.

1.9 La problemática exigibilidad del derecho al trabajo: diferencia entre garantías judiciales y existencia del derecho

Existe una objeción al derecho al trabajo como derecho que radica en la dificultad de reclamarlo en juicio. Es decir, los derechos sociales en general, y el derecho al trabajo en especial, no serían derechos propiamente dichos, porque no hay un deber correspondiente, que pueda ser reclamado de alguien.

La arcaica visión privatista e individualista del derecho, apoyada en la idea de Jhering de que no hay derecho subjetivo que no sea asegurado por una acción judicial⁶², hasta hoy aceptada por parte de la doctrina, fue difundida por Kelsen, para quien sólo existe una pretensión como acto jurídicamente eficaz cuando existe un derecho subjetivo en sentido técnico, es decir, el poder jurídico de un individuo de hacer valer, a través de una acción, el no cumplimiento de un deber jurídico existente en su favor⁶³.

De acuerdo con ese raciocinio, el derecho subjetivo correspondería al reflejo de una obligación jurídica. De ese modo, un derecho formalmente reconocido, pero no exigible judicialmente, por no corresponder al deber jurídico de otro individuo y, por lo tanto, no generar ninguna sanción, sería, para todos los efectos, un derecho inexistente.

Bajo esa óptica, la simple previsión normativa de la existencia de derechos a la salud, a la educación, a la vivienda o al trabajo, sin que la norma apunte específicamente de quien es el deber de satisfacerlos, en qué medida deben ser satisfechos y cuales las sanciones para el caso de incumplimiento, no pasaría de una declaración jurídicamente irrelevante, pues tales “derechos” serían desprovistos de justiciabilidad.

Ocurre que esa teoría clásica tiene valor para explicar los derechos puramente

& Co., 1999.

⁶² JHERING, R., *O espírito do Direito romano*, trad. Rafael Benaion, Rio de Janeiro: Alba, 1943, p.227.

⁶³ KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 95.

individuales y, más precisamente, los derechos patrimoniales, pero no se concilia con la complejidad de las actuales relaciones jurídicas en red, con los derechos transindividuales, colectivos y difusos y, mucho menos, con lo que hoy se conoce por derechos fundamentales.

En sistemas jurídicos que reconocen la fundamentalidad de los derechos sociales, no habría sentido negar la fuerza de la Constitución y de los Pactos Internacionales como creadores de vínculos obligacionales direccionados a todos, gobierno, sociedad e individuos, aunque no exista previsión de una sanción específica en caso de incumplimiento. Como afirma Pisarello, “el solo reconocimiento constitucional determina, en cualquier circunstancia, un núcleo indisponible para los diferentes poderes constituidos, desde el legislador y la administración hasta los propios tribunales”⁶⁴.

Por otro lado, la previsión de un deber para cada derecho sería corolario de un sistema nomoestático, cerrado, completo, fundado en relaciones puramente lógicas de no contradicción, en que las normas son siempre deducidas de otras normas – de abajo a arriba, hasta llegar a la norma fundamental. Ocurre que el sistema moderno es un sistema nomodinámico, abierto, en lo cual las situaciones jurídicas dependen de normas inducidas como hecho empírico en el acto de su producción, siendo inevitable la existencia de lagunas y antinomias. El hecho de que algún derecho no sea acompañado de la previsión de una obligación específica, o desprovisto de sanción, significa tan sólo que existe una laguna que debe ser suplida y no que el derecho sea inexistente.

Así, es imperioso diferenciar derechos subjetivos – cualificados por Ferrajoli como expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica –, de los deberes correspondientes que constituyen sus garantías, también dictadas por normas jurídicas⁶⁵. Según el constitucionalista italiano:

En suma, es la estructura nomodinámica del derecho moderno la que impone distinguir entre los derechos y sus garantías, en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes; la que obliga a reconocer que los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones

⁶⁴ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, cit., p. 86.

⁶⁵ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 6ª ed., Editorial Trotta, 2006, p. 59.

correspondientes existen si y sólo si también ellas se encuentran normativamente establecidas. Y esto vale tanto para los derechos de libertad (negativos) como para los derechos sociales (positivos), y lo mismo para los establecidos por el derecho estatal que para los establecidos por el derecho internacional.⁶⁶

Lo que parece obvio es que la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de su exigibilidad o de la posibilidad de su satisfacción por la vía judicial. Mejor dicho, aunque haya dificultades para delimitar el contenido jurídico de algunos derechos, esto no significa que ellos no sean judicialmente exigibles⁶⁷. En la óptica de Alexy, el hecho de que los derechos fundamentales sociales dependan de una configuración legal no es una objeción decisiva, pues también competencias y procedimientos dependen de ese tipo de regulación, concluyendo que el mismo vale para los otros tipos de derechos fundamentales⁶⁸.

Para Gomes Canotilho, se trata, fundamentalmente, no de reconocer un derecho, por existir un deber exigible, sino de garantizar que donde exista un derecho se establezca el deber correspondiente y la forma de exigirlo⁶⁹. La cuestión reside, por lo tanto, en suplir las lagunas legales confiriendo una garantía para los derechos, nunca de negar el derecho en la ausencia de las garantías.

La concretización de los derechos sociales, como de cualquier derecho, no puede ser una cuestión reducida únicamente a la vía procesal o judicial (garantías secundarias). Pasa, antes, por el camino político-institucional, a través del refuerzo de marcos regulatorios (garantías primarias) y de la actuación administrativa de los agentes públicos, y abarca, igualmente, la actuación firme de colectivos organizados (sindicatos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, grupos de presión, etc.) en la búsqueda de materialización de sus legítimos intereses (garantías sociales). Sólo un sistema de protección de múltiples niveles podrá producir una eficacia adecuada a todos

⁶⁶ Idem, p. 62.

⁶⁷ Crítica semejante es desenvuelta por MOLINA NAVARRETE, C., “Protección y eficacia de los derechos socio-laborales”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, coord. Martín Jiménez, R.), *El modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1181 y ss.

⁶⁸ ALEXY, R., *Teoria dos direitos fundamentais*, cit. p. 514.

⁶⁹ GOMES CANOTILHO, J. J., *Estudos sobre direitos fundamentais*, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 47.

los derechos humanos y fundamentales, notablemente los derechos sociales⁷⁰.

De cualquier manera, hay muchos ejemplos, en todo el mundo, en los que los derechos sociales, incluso el propio derecho al trabajo, fueran objeto de alguna protección judicial, ya sea directa o indirectamente, como veremos más adelante. La ampliación de las hipótesis de justiciabilidad, por consiguiente, es una cuestión de refuerzo de garantías y no de inexistencia del derecho.

2 El Contenido del Derecho Humano al Trabajo en la Visión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

2.1 La Observación General número 18 del CESCR

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – CESCR es un órgano de expertos independientes, creado por la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, para ejercer las funciones de supervisión y control de la implementación del PIDESC por los Estados Partes. Se trata de un órgano subsidiario, establecido con base en la parte IV del citado Pacto. Este Comité se reúne periódicamente para apreciar los informes de los Estados Partes (arts. 16 y 17, PIDESC) y, a partir de ahí, expedir recomendaciones y observaciones conclusivas en un informe – que representa, por lo tanto, una manifestación oficial de la Naciones Unidas sobre la interpretación e implementación del PIDESC.

En el trigésimo quinto periodo de sesiones (7 a 25 de noviembre de 2005), el CESCR aprobó la Observación General n. 18, específicamente sobre los contornos jurídicos del derecho al trabajo⁷¹. Se cuida de un importante documento que revela la

⁷⁰ Por las garantías multiniveles, ver: KING, J., *Judging Social Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 41-57; PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, cit., pp. 113-114; FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías...*, cit., p. 43. Defendiendo una intervención judicial mínima, ver GEARTY, C. y MANTOUVALOU, V., *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2010.

⁷¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Documentos Oficiales, 2006, *Suplemento n.º 2*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006.

visión del Comité sobre el contenido normativo del art. 6 del PIDESC. Probablemente es el más vasto análisis del derecho al trabajo en el plan normativo internacional.

Para el Comité, la propia definición del derecho al trabajo, conforme concebida en el PIDESC, “subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica”⁷². Recuerda que, cuando se redactó el Pacto, “la Comisión de Derechos Humanos afirmó la necesidad de reconocer el derecho al trabajo en sentido lato estipulando obligaciones jurídicas precisas y no un simple principio de alcance filosófico”⁷³.

El documento destaca que el derecho al trabajo tiene un aspecto individual y otro colectivo, abarcando, a la vez, el derecho del individuo decidir libremente, aceptar o elegir un trabajo – lo que supone no ser obligado a ejercer cualquier trabajo –, el derecho a un sistema de protección que garantice a cada trabajador la posibilidad de acceso a un empleo y el derecho de no ser privado injustamente del empleo⁷⁴. Comprende todo tipo de trabajo, sea autónomo o asalariado⁷⁵, sin embargo, debe ser un trabajo digno, así considerado el que respeta los derechos fundamentales del ser humano y condiciones adecuadas de seguridad y remuneración, como también la integridad física y mental del trabajador⁷⁶.

Siendo así, los Estados Partes deben tomar las providencias necesarias para reducir lo cuanto sea posible el número de trabajadores en la economía sumergida, obligando a los empleadores a “declarar a sus empleados, permitiendo así a estos últimos, disfrutar de todos los derechos de los trabajadores, en particular los consagrados en los artículos 6, 7 y 8 del Pacto”⁷⁷.

La dimensión individual del derecho al trabajo se refleja en el reconocimiento, en el art. 7, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, mientras la dimensión colectiva emana del art. 8, que establece el derecho

⁷² OG n.º 18, CESCR, § 4.

⁷³ Idem, § 2.

⁷⁴ Idem, § 6.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Idem, § 7.

⁷⁷ Idem, §10.

de fundar sindicatos y de afiliarse a un sindicato elegido, como también el derecho de funcionamiento libre de las entidades sindicales⁷⁸. Así, los arts. 6, 7 y 8, afirma el CDESCR, son interdependientes y complementarios⁷⁹.

Todavía de acuerdo con el CDESCR, los Estados Partes deben caminar en el sentido de asegurar que el ejercicio laboral asuma los siguientes elementos interdependientes y esenciales: a) disponibilidad; b) accesibilidad y; c) estabilidad y cualidad.

La disponibilidad quiere decir respeto al mantenimiento, por los Estados Partes, de servicios especializados en ayudar a los individuos a identificar los empleos disponibles y acceder a los mismos. La accesibilidad supone un mercado laboral receptivo a todas las personas que estén bajo la jurisdicción del Estado Parte, proscribiendo toda discriminación en la obtención y en el mantenimiento del empleo y promoviendo una política nacional volcada en la igualdad en materia de ocupación y empleo; además, la accesibilidad física y el amplio acceso a la información sobre los medios de obtener empleo también constituyen dimensiones de la accesibilidad al trabajo. Por fin, aceptabilidad y cualidad deben ser entendidas como el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo, especialmente a un ambiente laboral seguro, el derecho de constituir sindicatos y el derecho a elegir y aceptar libremente el empleo.⁸⁰

Especiales consideraciones son hechas sobre los grupos más vulnerables, en el sentido de que los Estados Partes deben adoptar medidas adecuadas para evitar la discriminación en el empleo y el salario. El Comité entiende ser necesario un sistema global para luchar en contra la discriminación de género y destaca que “los embarazos no deben constituir un obstáculo para el empleo ni una justificación para la pérdida del mismo”⁸¹. Reconociendo que los jóvenes, especialmente mujeres, tienen más dificultades para conseguir el primer empleo, propone la adopción de políticas nacionales de educación y formación profesional adecuadas, para promover y apoyar la obtención del primer empleo por los jóvenes⁸². Propone también, la adopción de

⁷⁸ Idem, § 2.

⁷⁹ Idem, § 8.

⁸⁰ Idem, § 12.

⁸¹ Idem, § 13.

⁸² Idem, § 4.

medidas para evitar la discriminación de ancianos, deficientes y migrantes en cuestión de trabajo⁸³. Citando las Observaciones Generales 13 (1999) y 14 (2000), recuerda la importancia de proteger la salud física y mental de los niños y de promover el desarrollo de sus potencialidades, integrando la formación técnica y profesional a la enseñanza general, siendo necesario, a la luz de diversos pactos internacionales, proteger a los niños y adolescentes contra toda forma de explotación económica o trabajo forzoso⁸⁴.

Cabe a los Estados Partes velar por la realización progresiva del derecho al trabajo, pero esa progresividad, según el CDESCR, no debe ser interpretada como privación a las obligaciones de todo contenido relevante, pero sí que “los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena aplicación del artículo 6”⁸⁵.

En realidad, existen obligaciones inmediatas resultantes del PIDESC, como garantizar que el derecho al trabajo sea ejercido sin discriminación alguna, adoptar medidas concretas en dirección a la plena realización del derecho al trabajo⁸⁶ y no adoptar, en principio, ninguna medida regresiva en relación a ese derecho. En cuanto a ese último aspecto, afirma el Comité:

Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión de mostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes.⁸⁷

⁸³ Idem, §§ 16, 17 y 18.

⁸⁴ Idem, § 15.

⁸⁵ Idem, § 20.

⁸⁶ Idem, § 19.

⁸⁷ Idem, § 21.

En esta perspectiva, el derecho al trabajo, como cualquier derecho humano, exige de los Estados Partes un modelo de obligaciones sintetizado en la trilogía: respetar, proteger y cumplir⁸⁸.

La obligación de respetar se traduce, entre otras medidas, en la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, en la abstención de limitar el acceso igualitario al trabajo decente a todos – especialmente los grupos desfavorecidos o marginados –, en la adopción de acciones concretas para combatir la discriminación y promover la igualdad de acceso y oportunidades, en la prohibición del trabajo de menores de 16 años y en la prohibición de toda forma de explotación económica o de trabajo forzoso de los niños.⁸⁹

Entre los deberes resultantes de la obligación de proteger el derecho al trabajo están: aprobar medidas normativas o administrativas que garanticen el igual acceso al mercado de trabajo y a la capacitación; garantizar que las medidas de privatización no debiliten los derechos de los trabajadores; garantizar que las medidas volcadas a la flexibilidad del mercado de trabajo no eliminen la estabilidad en el empleo o reduzcan la protección social de los trabajadores.⁹⁰

En cuanto a la obligación de cumplir el derecho al trabajo, pueden ser identificados varios deberes de los Estados Partes, entre ellos: reconocer el derecho al trabajo en el sistema jurídico nacional; adoptar una política nacional en cuestión de empleo “con miras a estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, elevar el nivel de vida, satisfacer las necesidades de mano de obra y resolver el problema del desempleo y el subempleo”⁹¹; adoptar medidas apropiadas para la creación de servicios públicos o privados de empleo; aplicar planes para luchar en contra el desempleo; establecer un mecanismo de indemnización para el caso de pérdida del empleo;⁹² adoptar medidas positivas para que las personas puedan disfrutar el derecho al trabajo; aplicar planes de enseñanza técnica y profesional para facilitar el acceso al empleo⁹³; emprender

⁸⁸ Idem, § 22.

⁸⁹ Idem, § 23 e 24.

⁹⁰ Idem, § 25.

⁹¹ Idem, § 26. En ese punto, el Comité hace una referencia expresa al Convenio 122 de la OIT sobre la política del empleo (1964).

⁹² Idem, § 26.

⁹³ Idem, § 27.

programas educativos e informativos para consolidar una consciencia pública sobre el derecho al trabajo⁹⁴.

Es interesante notar que, bajo inspiración del art. 56 de la Carta de la Naciones Unidas, el Comité exhorta los Estados Partes a “reconocer el papel fundamental de la cooperación internacional y cumplir su compromiso de adoptar medidas conjuntas e individuales para dar plena efectividad al derecho al trabajo”⁹⁵.

Siendo así, al celebrar acuerdos internacionales, los Estados deberán esforzarse para estimular el derecho al trabajo en otros países y, en las negociaciones con las instituciones financieras, deben resguardar el derecho al trabajo de su propia población. En la perspectiva del CDESCR, eventual programa de crédito internacional no debe, en principio, crear estorbos a la efectividad del derecho al trabajo. Veamos:

Los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, sobre todo del Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (Banco Mundial) y los bancos regionales de desarrollo, deberían prestar mayor atención a la protección del derecho al trabajo influyendo en tal sentido en las políticas, acuerdos crediticios, programas de ajuste estructural y medidas internacionales adoptadas por esas instituciones. Las estrategias, programas y políticas adoptadas por los Estados Partes en virtud de programas de ajuste estructural no deben interferir con sus obligaciones básicas en relación con el derecho al trabajo ni tener un efecto negativo en el derecho al trabajo de las mujeres, los jóvenes y las personas y grupos desfavorecidos y marginados.⁹⁶

El Comité mucho avanzó en la interpretación del art. 6 del PIDESC y trajo elementos concretos para la consistencia del derecho al trabajo. En una apretada síntesis, ese derecho tiene una característica bastante compleja y abarca diversos aspectos interconectados: 1) libertad de elegir o aceptar un trabajo; 2) libertad de no ser forzado a trabajar; 3) acceso a cursos de capacitación y entrenamiento profesional; 4) derecho a no ser discriminado en la obtención y manutención del empleo y también en el ascenso

⁹⁴ Idem, § 28.

⁹⁵ Idem, § 29.

⁹⁶ Idem, § 30.

profesional; 5) condiciones justas y favorables de trabajo, en lo que concierne a la seguridad, al límite en la jornada, a los periodos de descanso y a una remuneración suficiente a una vida digna para el trabajador y su familia; 6) respeto a los derechos fundamentales del trabajador; 7) derecho de no ser despedido sin un motivo válido; 8) derecho a recursos jurídicos para discutir el motivo del despido; 9) derecho a una indemnización en caso de despido improcedente; 10) libertad para crear sindicatos; 11) libertad para afiliarse a un sindicato; 12) derecho a la negociación colectiva; 13) implementación de una política nacional volcada al pleno empleo y a la reducción del empleo informal y del subempleo; 14) programas de promoción de igualdad en el empleo, con especial protección a los grupos más vulnerables (mujeres, jóvenes, ancianos, deficientes, migrantes, etc.); 15) prohibición de retroceso en la protección al trabajo y al empleo.

Es verdad que en ningún momento se reconoce que un desempleado pueda obtener judicialmente un empleo específico mediante la simple invocación del derecho al trabajo. Pero, lo que trasparece de la jurisprudencia del CDESCR es que no se puede afirmar que el derecho humano al trabajo sea una enunciación vacía, totalmente desprovista de consecuencias prácticas, a pesar de la inexistencia de mecanismos fuertes de coerción para hacer valer las normas internacionales dentro de los territorios de los Estados Partes.

En efecto, el procedimiento de análisis de los informes periódicos de los Estados Partes es insuficiente para forzar la observancia del PIDESC en casos concretos de vulneración. La simple manifestación de preocupaciones sobre fallas de algunos Estados⁹⁷ o de recomendaciones para adopción de medidas más efectivas por los mismos⁹⁸ todavía se muestra un mecanismo tímido para provocar un cambio concreto e inmediato de postura, aunque pueda provocar algún constreñimiento al miembro delante de la comunidad internacional.

⁹⁷ Ver, por ejemplo: CDESCR, *Concluding observations on the fifth periodic report of Denmark*, 2013, § 11, disponible en <http://www.refworld.org/docid/52d544d14.html>, fecha de acceso 14.03.2017; CDESCR, *Concluding observation son the 3rd periodic report of Japan*, 2013, § 16, disponible en <http://www.refworld.org/docid/52d54b6f4.html>, fecha de acceso 14.03.2017.

⁹⁸ Ver: CDESCR, *Concluding observations concerning the 4th periodic report of Belgium*, 2013, § 12, disponible en <http://www.refworld.org/docid/52d3e33b4.html>, fecha de acceso 15.03.2017.

Una crítica que se hace al mecanismo de los informes periódicos es que ellos son elaborados por los propios Estados Partes, lo que no permite una investigación más completa de posibles incumplimientos de las obligaciones del Pacto⁹⁹.

Se nota, sin embargo, que, a partir de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁰, en 05 de mayo de 2013, el CDESCR ganó competencia para recibir reclamos de personas o de grupos de personas que estén bajo jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de sus derechos económicos, sociales o culturales por ese mismo Estado. Es posible que este nuevo mecanismo traiga decisiones más incisivas en favor de la concretización del derecho al trabajo por el mundo.

2.2 El vínculo entre el derecho al trabajo, el despido y la tutela judicial efectiva

Al lado de todas las implicaciones públicas, colectivas e individuales detalladas por el CDESCR, es interesante notar como la Observación General n. 18 establece un vínculo entre el derecho al trabajo, la prohibición del despido sin justo motivo y la tutela judicial efectiva.

En efecto, en sus consideraciones sobre el contenido del derecho al trabajo¹⁰¹, el Comité invoca a el Convenio 158 de la OIT para reforzar “la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente”. Más adelante, tratando de la aplicación del derecho al trabajo a nivel nacional, dejó claro que “toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional”¹⁰².

Considerado en su aspecto puramente individual, por lo tanto, el derecho al trabajo no viabiliza que un desempleado pueda exigir un puesto de trabajo específico,

⁹⁹ Cf. O’CINNEIDE, C., “The Right to Work in Internacional Human Rights Law”, cit., p. 110.

¹⁰⁰ Ratificado por España en el 23 de septiembre de 2010. Aún no ratificado por Brasil.

¹⁰¹ OG n.º 18, tópico II.

¹⁰² OG n.º 18, § 48.

pero involucra el derecho de quien está empleado de no perder su empleo sin un motivo justo. Hay, entonces, en la visión de CDESCR, una estrecha relación entre el derecho al trabajo y el acto de despido. Siendo el despido un acto debilitante del derecho al trabajo, el ejercicio del poder patronal de despedir solamente puede ocurrir en la presencia de un motivo razonable, conforme delineado por el Convenio 158 de la OIT.

Si no fuese así, de nada adelantaría consagrar el derecho de recurrir a un tribunal. Si el despido fuese una mera libertad incondicionada del empleador, ¿cómo podría él ser objeto de un recurso judicial? ¿De qué serviría recurrir a la Justicia o a un órgano arbitral si el acto del despido sin motivo fuese legítimo?

El derecho a no ser despedido arbitrariamente, por lo tanto, involucra el derecho de ver el motivo justificado para la extinción del contrato revisto por un órgano independiente, estando sujeto a control judicial. De ahí, surge la relación necesaria, en el plan normativo internacional, entre despido, tutela judicial efectiva y derecho al trabajo. Estos tres conceptos son indisociables y cualquier análisis aislada de la extinción del contrato de trabajo no estará completa si no abarcar los referidos derechos humanos.

3 El Convenio 158 de la OIT Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo y el Derecho al Trabajo

La expresa referencia a el Convenio n. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, hecha por el CDESCR al discurrir sobre el contenido material del derecho al trabajo – como visto en el ítem antecedente –, no fue gratuita. Percibiendo que la protección en contra el despido arbitrario es uno de los ejes centrales del derecho al trabajo, el Comité entendió que esta protección sólo se daría de forma adecuada, en el ámbito de cada legislación nacional, si observados los moldes desarrollados en el dicho Convenio. O sea, independientemente del número de países que lo ratificaron¹⁰³, el

¹⁰³ Hasta mayo de 2017, 35 países ratificaron el Convenio 158: Antigua y Barbuda; Australia; Bosnia y Herzegovina; Camerún; República Centroafricana; Chipre; República Democrática del Congo; Eslovaquia; Eslovenia; España; Etiopía; Macedonia; Finlandia; Francia; Gabón; Lesotho; Letonia; Luxemburgo; Malawi; Marruecos; República de Moldova; Montenegro; Namibia; Níger; Papua Nueva Guinea; Portugal; Santa Lucía; Serbia; Suécia; Turquía; Ucrania; Uganda; Venezuela; Yemen; Zambia.

Convenio 158 constituye un importante documento orientador de la implementación del derecho al trabajo por toda la comunidad internacional.

Es evidente que el mencionado Convenio no pretendió regular todos los aspectos del derecho al trabajo que, conforme puesto en la OG n. 18 del CESCR, es bastante complejo, por involucrar diversas obligaciones estatales y tener implicaciones irradiadas en las dimensiones individual, colectiva y pública. Sin embargo, como visto, uno de los aspectos de aquel derecho humano está directamente relacionado a la prohibición del despido sin motivo justo, de modo que el Convenio 158 se presta a elucidar lo que puede o no ser considerada una justificativa razonable para el acto extintivo del contrato de trabajo.

En otras palabras, el Convenio 158 complementa la DUDDHH en el sentido de permitir la comprensión de lo que sería aceptable, del punto de vista jurídico, como motivo para la extinción de la relación de trabajo y cuáles los procedimientos necesarios para garantizar el respeto al derecho al trabajo cuando del despido. Hay, por lo tanto, un importante valor interpretativo de la adecuada aplicación de la DUDDHH, en lo que toca al derecho al trabajo en uno de sus aspectos esenciales.

De acuerdo con el art. 4 del Convenio aquí examinado, “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Esa disposición se aplica a todos los ramos de actividad económica y a todos los trabajadores (art. 2.1), con posibilidad de excepción solamente en relación a trabajadores contratados por tiempo determinado o en periodo de prueba (art. 2.2), pero los estados miembros deberán adoptar garantías adecuadas en contra el recurso a contratos por tiempo determinado para huir de la protección prevista en el Convenio (art. 2.3).

Se percibe de inmediato que es necesario que haya un motivo relevante para que el trabajador sea despedido, salvo en situaciones excepcionales restrictas. Consecuentemente, como regla general, se presenta como antijurídica la concretización del despido si enunciación de causa alguna.

Refuerza ese entendimiento la previsión de que cualquier trabajador que considere injustificado el término de su relación de trabajo, tenga la posibilidad de recurrir a un

Brasil ha ratificado el 05 de enero de 1995 y denunciado el 20 de noviembre de 1996. Fuente: OIT.

organismo neutral, sea judicial, sea arbitral (art. 8.1), y que dicho organismo pueda examinar las causas invocadas por el empleador, así como todas las demás circunstancias del caso, para pronunciarse si el término estaba justificado (art. 9.1). Ciertamente, la única forma de revisar el acto del empleador es averiguando la veracidad y la suficiencia de los motivos alegados para poner fin a la relación de trabajo. Si no fuese obligatoria la enunciación de un motivo, ¿cómo el acto podría ser revisto?

Una otra constatación proveniente del mencionado art. 4 es que el motivo alegado debe estar relacionado con la capacidad del empleado (insuficiencia de capacidad técnica o bajo rendimiento), con su conducta en el trabajo (falta disciplinar grave) o con una necesidad operacional de la empresa, establecimiento o servicio.

En lo que concierne a la condición personal o conducta del empleado, los arts. 5 y 6 presentan diversos motivos por los cuales no se justifica el término del contrato: la filiación a un sindicato o participación en actividades sindicales; la candidatura a representante de los trabajadores o la actuación en esta condición; presentar una queja o participar de un procedimiento en contra el empleador por supuestas violaciones de normas; raza, color, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, embarazo, religión, opiniones políticas, ascendencia nacional u origen social; ausencia al trabajo durante la licencia por maternidad; ausencia temporaria por motivo de enfermedad o lesión. Se busca, con eso, señalar para la inviabilidad de inclusión, por la vía legislativa, de cualquier causa extintiva que presente su génesis en discriminación, conducta antisindical o retaliación en contra el ejercicio de derechos legítimos del empleado.

En cuanto a la terminación de la relación de trabajo por necesidad de funcionamiento de la unidad empresarial o del servicio, a lo que se fluye de la lectura de los artículos 13.1 e 14.1, podrá estar relacionada a las causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas. Es imprescindible, pues, que haya una causa real, objetiva y razonable, proveniente de la necesidad de corte de uno o más puestos de trabajo, visando la readecuación de funcionamiento a las nuevas condiciones económicas, a las nuevas exigencias gubernamentales o del mercado o a las nuevas técnicas de producción. En este caso, existe un procedimiento previo a ser seguido, especialmente en la hipótesis del despido colectivo, que involucra el derecho de información y consulta a los representantes de los trabajadores, objetivando buscar medidas que puedan evitar o limitar los despidos o atenuar las consecuencias adversas a los empleados afectados (art. 13), bien como la notificación previa, en plazo razonable, a la autoridad competente (art. 14).

Caso el organismo encargado de revisar el acto extintivo del contrato entienda que los motivos alegados no son suficientes o no existan, el empleado deberá ser readmitido. Por lo tanto, si la legislación nacional no posibilitar la anulación del acto del empresario o las circunstancias del caso inviabilicen dicha anulación, el órgano juzgador tendrá la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que considere apropiada (art. 10).

Se puede afirmar, sin cualquier sombra de duda, que el Convenio 158 busca dar un paso más en la concretización del derecho humano al trabajo, estableciendo controles sobre el término del contrato de trabajo y, más que esto, considerando el despido injustificado como un acto contrario a aquel derecho y, como tal, pasible de sanción.

4 El Derecho al Trabajo como Derecho Fundamental en la Perspectiva Mundial

4.1 El derecho al trabajo en los textos constitucionales modernos

Importantes textos constitucionales desde el inicio del siglo veinte incluyeron expresamente el derecho al trabajo entre los derechos fundamentales y llegaron a crear algún tipo de impedimento al despido sin justa causa. Admitiendo o no el carácter de derecho fundamental, prácticamente todos reconocieron la esencialidad del trabajo a la promoción del bienestar social y al desarrollo de la personalidad humana y dieron estatus constitucional a algunos derechos de los trabajadores.

Empezando por la Constitución mexicana de 1917, que fue la pionera a enumerar un extenso rol de derechos de los trabajadores, incluyendo la libertad de ejercer un trabajo o profesión (art. 4) y la limitación de jornada, el descanso semanal, el derecho a un sueldo mínimo, la indemnización por accidente de trabajo, entre otros (art. 123). Además, había una regla limitadora del poder patronal de despedir libremente, en los siguientes términos (art. 123, XXII):

El patrono que despidiera a un obrero sin causa justificada, o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir

el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario.
[...]

Consagrara, aquel texto constitucional, una estabilidad fuerte al no permitir el despido sin causa justificada y garantizar la readmisión, caso el empleado así deseara, dando amplio significado al derecho al trabajo¹⁰⁴. Al mismo tiempo, garantizaba una indemnidad contra retaliación patronal a la huelga o a la sindicación de trabajadores.

En 1919, la Constitución de la República de Weimar atribuyó especial protección del *Reich* al trabajo (art. 157), garantizó la libertad de asociación para defensa y mejoría de las condiciones de trabajo (art. 159), estableció el derecho de los trabajadores a un tiempo libre necesario para el ejercicio de los derechos políticos (art. 160) y creó un sistema de seguridad social (art. 161). Había incluso el compromiso del *Reich* de luchar por la reglamentación internacional de los derechos mínimos de los trabajadores (art. 162).

Pero fue en la posguerra que la importancia de la protección jurídica al trabajo, como valor constitucional, ganó más fuerza en los estados democráticos.

El preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 establecía el derecho de todo individuo a obtener un empleo, sin sufrir discriminación (§ 5), la libertad sindical (§ 6), el derecho a huelga (§ 7) y a la participación colectiva en las negociaciones de las condiciones laborales y en la gestión de empresas (§ 8).

El texto constitucional hoy vigente en Francia (1958) no más se refiere directamente a los derechos laborales, pero lo hace indirectamente, al confirmar la adhesión del pueblo francés a los derechos humanos proclamados en el preámbulo de la Constitución de 1946.

A su vez, la Constitución Italiana (1948) establece que Italia es una República democrática fundada en el trabajo (art. 1) y que la República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho (art. 4).

En Alemania, el artículo 12 de la Constitución de Bonn consigna, entre los derechos fundamentales, que todos los alemanes tendrán derecho a escoger libremente su profesión, su puesto de trabajo y su centro de formación, si bien el ejercicio de las

¹⁰⁴ Sobre el principio de estabilidad en el empleo en la Constitución mexicana de 1917, ver DE LA CUEVA, M., “La estabilidad en el empleo”, *Revista de Derecho Político*, n.º 70 (1966), pp. 24-27.

profesiones podrá ser regulado por la ley o en virtud de una ley. Además, el artículo 1.2 declara el reconocimiento del pueblo alemán de los derechos humanos e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Hay, por lo tanto, una incorporación indirecta del catálogo de derechos humanos declarados en la DUDDHH y en los tratados de que Alemania haga parte – que incluye, por supuesto, el derecho al trabajo.

La Constitución Danesa (1953), en el bloque dedicado a los derechos individuales (capítulo 8), propone que, en interés del bien común, se realizarán esfuerzos para que todo ciudadano capacitado para el trabajo tenga la posibilidad de trabajar en condiciones de asegurar su existencia (art. 75, 1), además de asistencia pública a quien no esté en condiciones de cubrir su propia subsistencia y la de su familia (art. 75, 2).

En Grecia, la carta constitucional de 1975, mismo después de la reforma de 2008, dictada bajo el signo de la crisis financiera, reconoce que el trabajo constituye un derecho y queda bajo la protección del Estado, el cual velará por la creación de condiciones de pleno empleo para todos los ciudadanos y que todos deben tener salarios iguales para trabajos de igual valor, sin discriminación (art. 22, 1), bien como seguridad social (art. 22, 5). También reconoce los derechos a la negociación colectiva (art. 22, 2), a la libertad sindical (art. 23, 1) y a la huelga (art. 22, 2).

Un paso más fue dado por la Constitución de la República Portuguesa (1976), al expresamente garantizar “a los trabajadores la seguridad en el empleo, siendo prohibidos los despidos sin justa causa o por motivos políticos o ideológicos” (art. 55), constitucionalizando, en el ámbito interno, los dictámenes del Convenio 158 de la OIT.

No llegó a tanto la Constitución española, promulgada en 1978. Aun así, ella reconoció a todos los españoles el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo (art. 35.1).

La Constitución de Bélgica, de 1994, declara que cada uno tiene el derecho de llevar una existencia conforme con la dignidad humana (art. 23) y que eso comprenderá, especialmente, el derecho al trabajo y a la libre elección de una actividad profesional en el marco de una política general de empleo tendente entre otros objetivos a asegurar un nivel de empleo tan estable y elevado como fuese posible, el derecho a condiciones de trabajo y a una remuneración equitativas, así como el derecho de información, de consulta y de negociación colectiva (art. 23, 1).

La más reciente de todas, la Constitución de Finlandia (1999), pronuncia, en el

capítulo reservado a los derechos fundamentales, que todas las personas tienen derecho, con arreglo a la ley, a procurar su sustento mediante el trabajo, la profesión o la actividad que elijan, que el poder público debe fomentar el empleo y procurar garantizar a todos el derecho al trabajo y, finalmente, que nadie podrá ser despedido de su trabajo sin un motivo fundado en Ley (art. 18).

A su vez, la Constitución brasileña de 1988, promulgada en un escenario interno de euforia por la redemocratización, mientras el mundo ya empezaba a inmergir en la ola de la liberalización económica y de la flexibilidad de los derechos laborales, abrazó firmemente el trabajo como derecho fundamental (art. 6) e hizo de él uno de sus más importantes valores, como veremos en tópico específico.

Esa mirada panorámica sobre algunas normas fundamentales contemporáneas da una muestra de la importancia esencial del valor trabajo en las democracias modernas y de la opción constitucional de varios pueblos por reconocer el derecho al trabajo como fundamental o, por lo menos, como un derecho constitucional.

Parecen discrepar de esa tendencia mundial los Estados Unidos de América, que nunca hicieran referencia al trabajo en su Constitución – cuya tónica es la organización política de la Unión – y tienen una tradición de invocar el derecho al trabajo para limitar la actuación de los sindicatos a través de las *right-to-work laws*, prohibiendo cláusulas restrictivas de contratación de los trabajadores no sindicados en los convenios colectivos y vedando cláusulas que impositivas de sindicación (*closed shops*)¹⁰⁵.

De cualquier manera, desde el caso *Dent vs. West Virginia*, de 1889, la *Supreme Court* ha pronunciado que es indubitable el derecho de todo ciudadano de los Estados Unidos a elegir una ocupación o trabajo, pudiendo el Estado exigir cualificaciones razonables para protección de la población¹⁰⁶. Además, en el caso *Hague vs. C.I.O.*, de 1939, el mismo tribunal ha declarado que la primera enmienda protege no sólo los derechos de libertad de reunión y de expresión sino también el derecho de organización de los trabajadores y otras actividades sindicales legales, incluso con fines políticos¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Bajo el Taft–Hartley Act, de 1947, veintiocho estados americanos adoptaran *right-to-work laws*, movidos por el argumento de garantizar la libertad de asociación y del libre ejercicio de profesión.

¹⁰⁶ Texto integral de la decisión disponible en el sitio de la Supreme Court: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/129/114/case.html>, fecha de acceso 26.03.2017.

¹⁰⁷ Vease el texto integral en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/307/496/case.html>, fecha de acceso 27.03.2017.

4.2 Derecho al trabajo y la fuerza normativa de la Constitución

Es verdad que la mera circunstancia de estar formalmente mencionado en las normas constitucionales no convierte un derecho necesariamente apto a generar efectos concretos inmediatos. La literalidad de la norma, aunque revestida de suma importancia, no se confunde con la norma en sí ni con su fuerza normativa. Sería ingenuidad suponer que la previsión textual de un determinado derecho sea bastante para que ese derecho gane vida propia.

De hecho, para que la norma constitucional se haga concreta, depende de una serie de factores que van además de su simple enunciación formal, pasando por su aceptación social (legitimidad) y por la posibilidad de uso de los medios coercitivos (facticidad), pero también por la correlación de fuerzas económicas y sociales que determinan el hacer político y administrativo. Para Habermas, en las sociedades modernas existe una tensión externa entre la facticidad y la validez del Derecho, entre el idealismo del Derecho Constitucional y el materialismo de un Derecho Económico que refleja la repartición desigual del poder social¹⁰⁸.

Por otro lado, es indudable que entre la letra de la ley y la concreción del acto de aplicación de la norma constitucional existe la voluntad del intérprete¹⁰⁹, especialmente jueces y tribunales, pero, además de eso, concurre la actuación de los agentes responsables por el desarrollo de las políticas públicas (legisladores) y por las actividades ejecutivas prácticas (administradores, fiscales, etc.) La concreción, así, es una tarea compleja, no limitada a una comprensión unívoca e inmutable de la literalidad de la carta constitucional. Como observa Müller, no es el tenor literal de la norma constitucional que regula un caso jurídico concreto, sino el órgano legislativo, administrativo o judicial “que elaboran, publican y fundamentan la decisión reguladora del caso, proporcionando su aplicación fáctica, siempre según el hilo conductor de la formulación lingüística de esa norma y con otros medios metódicos auxiliares de la

¹⁰⁸ HABERMAS, J., *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 63.

¹⁰⁹Cf. RIBEIRO BASTOS, C. y MEYER-PFLUG, S., “A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais” en AA.VV. (Afonso da Silva, V., org.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 155.

concreción”¹¹⁰.

En esa perspectiva, concretizar el derecho laboral es una tarea que depende de una interpretación que considere las posibilidades reales del contexto económico y social, mediante un discurso argumentativo legitimador – que traduzca una aceptación social y una proximidad de la norma a los hechos. Pero esa interpretación no puede ser conducida de modo a desprestigiar o aniquilar los textos normativos internacionales, constitucionales y legales. En el contexto normativo descrito en los ítems 1.2 y 2.1 supra, es un gran equívoco afirmar que el derecho al trabajo no exista.

En efecto, la existencia de previsión constitucional expresa es una base de partida de la cual ningún intérprete puede alejarse mucho, al punto de anular la Constitución. Muy por el contrario, la interpretación constitucional está sometida al principio de la óptima concretización de la norma (*Gebotoptimaler Verwirklichung der Norm*), como destaca Hesse, “si la Constitución tiene su eficacia condicionada por los hechos concretos de la vida [...], la interpretación adecuada es aquella que logra concretar, de forma excelente, el sentido (sinn) de la proposición normativa dentro de las condiciones reales dominantes en una determinada situación”¹¹¹.

Por amplio que sea el nivel de abstracción del derecho fundamental al trabajo, por más que dependa de reglamentación legal, por más que se tenga indisposición de admitir su fuerza vinculante, su presencia en la Constitución, como mínimo, representa un mandato de optimización dirigido al legislador, al administrador y a los tribunales. Ninguno de los poderes constituidos puede dejar de considerarlo en su actuación constitucional¹¹².

En los albores del siglo XX, aunque impresionado por la diferenciación entre normas autoaplicables y normas no autoaplicables, Barbosa ya sostenía que no hay en la Constitución cláusulas a que se deba atribuir meramente el valor moral de consejos, avisos o lecciones, concluyendo que todas tienen la fuerza imperativa de reglas¹¹³.

Independientemente de la necesidad de conformación legislativa a los derechos

¹¹⁰ MÜLLER, F., *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, trad. Peter Naumann, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

¹¹¹ HESSE, K., *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: SAFPE, 1991, p. 22.

¹¹² En ese sentido PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías...*, cit., p. 86.

¹¹³ BARBOSA, R., *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, (coligidos e ordenados por Homero Pires), tomo II, São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1933, p. 489.

sociales, entre ellos el derecho al trabajo, hay que reconocer a todos ellos un mínimo de eficacia, que, según Ingo Sarlet, involucra: a) revocación de los actos normativos anteriores y contrarios a los derechos establecidos; b) imposición al legislador del deber de concretizar programas, tareas fines y órdenes, y prohibición de alejarse de los parámetros preestablecidos en las normas definidoras de aquellos derechos; c) inconstitucionalidad de los actos normativos conflictivos con aquellos derechos fundamentales; d) adopción de tales derechos como parámetros de interpretación, integración y aplicación de las normas jurídicas, condicionando la actividad del administrador y del juez; e) generación de una posición jurídico-subjetiva mínima, posibilitando al individuo, por lo menos, exigir del Estado que se abstenga de actuar de forma contraria al contenido del derecho fundamental (dimensión negativa); f) prohibición al legislador de abolir posiciones jurídicas ya creadas, en el sentido de la concretización de aquellos derechos fundamentales (prohibición de retroceso)¹¹⁴.

En esa perspectiva, la tarea de interpretar y aplicar las leyes habrá de ser desarrollada siempre en el sentido de prestigiar el derecho al trabajo, juntamente con los demás derechos fundamentales, de modo a darles lo máximo de efectividad.

4.3 Derecho al trabajo y vinculación del empleador a los derechos fundamentales

Una cuestión crucial para delimitarse el alcance del derecho al trabajo, como previsto en los textos normativos internacionales y constitucionales, es saber si, y en qué medida, los derechos fundamentales pueden ser exigidos directamente del empleador, un particular también sujeto de derechos fundamentales (libertades de empresa y contractual, propiedad, honor, imagen, etc.). Esto nos remite al problema de la eficacia de los derechos fundamentales delante de terceros que no el Estado (*Drittwirkung der grunderecht*).

La dificultad de asimilar la idea de eficacia privada de los derechos humanos fundamentales se debe, en gran medida y todavía de modo inconsciente, al apego a la concepción liberal de que tales derechos corresponderían a derechos de defensa de los

¹¹⁴ Cf. SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, pp. 295-298.

individuos en faz de la opresión de las autoridades públicas, de modo que incidirían solamente en las relaciones ciudadano-estado, nunca en una relación ciudadano-ciudadano.

En el liberalismo clásico, en que era marcada la separación entre lo público y lo privado, las constituciones eran concebidas como códigos del derecho público, mientras los códigos civiles eran encarados como verdaderas constituciones de derecho privado¹¹⁵. Derecho constitucional y derecho privado prácticamente no se comunicaban, salvo por la propia prohibición de la interferencia estatal al derecho de propiedad y a la libertad de contratación, típica de las constituciones liberales.

El constitucionalismo del siglo XX y el Estado Social Democrático del Derecho cuidaron, sin embargo, de constitucionalizar el derecho privado, trayendo la aceptación de la idea de que el derecho civil no puede ser analizado solamente a partir de él mismo, debiendo sufrir el influjo del derecho constitucional¹¹⁶. No se puede ignorar que la sociedad se ha puesto mucho más compleja, multiplicándose, cada vez más, los centros privados de poder (empresas multinacionales, oligopolios, monopolios, imprenta, redes de comunicación, etc), algunas con más poder real que el Estado.

Por añadido, la acelerada globalización provocó la ruptura de la concepción monista del derecho – el Estado dejó de monopolizar la producción legislativa, cediendo espacio a una legalidad supraestatal, formal e informal, centrada en instituciones y agentes económicos dominantes. Al mismo tiempo, estrenó una ola de privatizaciones de servicios públicos, acelerando el desplazamiento del poder estatal para los grandes *dealers* del mercado¹¹⁷.

La propia estructura organizativa de la sociedad corporativista y la multiplicidad de grupos e intereses que la componen, hacen con que las normas concebidas abstractamente, según la utopía liberal, como normas generales para todos los individuos, se conviertan, en muchas ocasiones, en normas *ad hoc*, por fuerza de la presión de los propios grupos que han de ser, adelante, sus beneficiarios más directos¹¹⁸.

¹¹⁵ FACCHINI NETO, E., “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, en AA.VV. (org. Sarlet, I. W.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 35.

¹¹⁶ Idem, p. 43.

¹¹⁷ Sobre la deslocalización de los centros de poder como efecto de la globalización, ver JULIOS-CAMPUZANO, A., “Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho”, en AA.VV. (ed. Julios-Campuzano), *Dimensiones Jurídicas de la Globalización*, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 14-40.

¹¹⁸ VEGA GARCÍA, P., “En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”,

Con el desvanecimiento cada vez mayor de la frontera entre lo público y lo privado, a partir de movimientos antagónicos, más simultáneos y suplementares, de “publicación” o “socialización” del derecho privado y de “privatización” del derecho público¹¹⁹, se vuelve difícil sostener que haya compartimentos estancos en relación a los derechos constitucionales.

Incluso en lo que corresponde a los tratados internacionales sobre derechos humanos, hay quien defiende su operatividad entre particulares, con los temperamentos que requieren cada situación concreta¹²⁰. Esto no debería sonar raro, bastando recordar que las convenciones de la OIT han sido, muchas veces, aplicadas directa o indirectamente (a través de la incorporación al ordenamiento jurídico nacional) a litigios laborales alrededor del mundo, con efectos directos sobre los empleadores¹²¹.

Aunque casi todos estén de acuerdo, actualmente, que los derechos constitucionales tengan algún efecto sobre el sistema jurídico como un todo, afectando también las relaciones privadas¹²², la doctrina europea, en especial la alemana, diverge sobre la manera como ese efecto (eficacia) afecta a los particulares, si de forma inmediata o mediata¹²³. La gran discusión es si los particulares pueden figurar como sujetos pasivos de los derechos, libertades y garantías o si su posición subjetiva es apenas refleja del deber del Estado de asegurar el gozo de aquellos derechos.

Incluso la doctrina portuguesa, delante de un cuadro en que el texto

en AA.VV., *Estudios de Derecho Público: Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1997, p. 335.

¹¹⁹ Vide GIORGIANNI, M., “O direito privado e as suas atuais fronteiras”, trad. Maria Cristina de Cicco, *Revista dos Tribunais*, n.º 747 (1998), pp. 35-53.

¹²⁰ Defendiendo ese punto de vista, ilustrado con una serie de casos analizados por los comités e cortes internacionales, ver CLAPHAM, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford: Clarendon Press, 1996. Recuerda el autor que el Tribunal de Nuremberg, en 1946, declaró expresamente que la norma internacional impone deberes a los individuos y, sentado en esa base, juzgó personas por práctica de crímenes contra la humanidad (pp. 95-96).

¹²¹ Para varios ejemplos de aplicación directa del derecho internacional en las relaciones laborales por tribunales de diversos países, entre ellos Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, España, Francia e Italia, ver: BEAUDONNET, X. (ed.), *Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: manual de formação para juizes, juristas e docentes em direito*, Turín: OIT, Centro Internacional de Formación, 2011, pp. 17-30.

¹²² Mismo la Suprema Corte de los EE.UU., aplicando una Constitución de cariz nítidamente liberal y desechando la idea de eficacia horizontal de los derechos, creó la noción de *State Actions* para vincular particulares que ejerzan alguna actividad delegada o subvenida por el Estado.

¹²³ Sobre los problemas de un y de otro abordaje en la jurisprudencia alemana, ver STARK, C., “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, año 22 (2002), pp. 65-89. Ver también CANARIS, C., *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto (reimpresión de la edición de julio/2003), Coimbra: Almedina, 2006.

constitucional establece literalmente la vinculación de las entidades privadas a los derechos fundamentales (art. 18.1), alimenta el debate sobre en qué términos se procesa esa vinculación, directa o indirectamente¹²⁴.

Es verdad que, independientemente de la teoría adoptada, los efectos prácticos terminan siendo casi los mismos, por lo menos en lo que corresponde a la solución judicial de controversias entre particulares relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales¹²⁵.

También para aquéllos que defienden un efecto sólo mediato en las relaciones privadas, a partir de un deber de protección del Estado a los derechos fundamentales, no es posible dejar de reconocer una irradiación del derecho constitucional sobre el derecho privado. Si la Constitución impone al legislador elaborar leyes que, en la regulación del derecho privado, no vayan en contra los derechos fundamentales, y al juez que juzgue los casos concretos le obliga a aplicar aquellos derechos, las relaciones *inter privatos* acabarán siendo afectadas por los mandamientos constitucionales.

La apelación a la *Drittwirkung* indirecta o el reconocimiento del significado objetivo y del vigor expansivo de los derechos fundamentales, defendido por la teoría de valores (*Werttheorie*), asumida por el Tribunal Constitucional de Alemania, no pasarían de meros subterfugios, más o menos ingeniosos, a fin de intentar evitar el ineludible reconocimiento y la asunción doctrinaria de la eficacia de los derechos y libertades fundamentales ante los particulares¹²⁶.

Vieira de Andrade asegura que las “teorías del deber de protección, aunque sean tributarias de una idea de aplicabilidad mediata, ensanchan la aplicabilidad de los derechos fundamentales, además del tradicional cumplimiento de las cláusulas generales de derecho privado”, imponiendo a los poderes públicos “la obligación de velar efectivamente porque no hay ofensas a los derechos fundamentales por parte de las entidades privadas”¹²⁷. Bilbao Ubillos llega a la misma conclusión, sosteniendo que la

¹²⁴ Sobre la polémica portuguesa, ver VIEIRA DE ANDRADE, J. C., “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, en AA.VV. (org. Sarlet, I. W.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 283. GOMES CANOTILHO, J. J., sostiene una solución diferenciada, conforme cada referente de derecho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 1208).

¹²⁵ El autor hace un resumen crítico de las corrientes teóricas sobre el asunto, tentando conciliarlas en un modelo de tres niveles. A la luz de un caso concreto, llega a la conclusión de que, cualquier que fuese el abordaje, la decisión sería la misma (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., pp. 528-542).

¹²⁶ Cf. VEGA GARCÍA, P., “En torno al problema de la eficacia horizontal...”, cit., p. 341.

¹²⁷ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., “Os direitos, liberdades...”, cit., pp. 281-282 (en libre traducción

eficacia inmediata no tiene porqué conducir a soluciones distintas, pero más incisivas que las resultantes de la aplicabilidad de otras teorías¹²⁸.

Partiendo de esa constatación, se observa, hoy en día, un movimiento generalizado de reconocimiento de la eficacia de esos derechos en relación a las entidades privadas, aunque bajo diferentes denominaciones o formulaciones¹²⁹. Abrantes defiende que solamente la aplicación directa respondería integralmente a los problemas teóricos, pero advierte que esto no significa que los derechos fundamentales sean transpuestos inalterados para las relaciones privadas, habiendo soluciones diferenciadas para cada caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias, siendo necesario averiguar cuál el referente del derecho fundamental está en causa y recurrir a las reglas sobre conflictos de derechos¹³⁰.

Aquel malestar teórico, en lo que concierne a las relaciones privadas típicas –pautadas por la igualdad entre las partes–, pierde espacio cuando nos deparamos con situaciones de ejercicio de poder especial en carácter privado, o sea, cuando no existe una igualdad material entre los particulares, incluso en sus relaciones contractuales, casos en que la desigualdad desemboca en falta de libertad.

En esas hipótesis, afirma Bilbao Ubillos, no parece exacta la expresión eficacia horizontal de los derechos fundamentales, porque “la relación entre una persona o entidad que ejerce una autoridad privada y quien está sometido a ella no es precisamente horizontal”¹³¹. Sostiene el jurista español que “los derechos fundamentales deben protegerse, por tanto, frente al poder, sin adjetivos, y el sistema de garantías, para ser coherente y eficaz, debe ser polivalente, debe operar en todas las direcciones”¹³². Al final, en la actual etapa de nuestra sociedad, las amenazas a la dignidad y a la libertad de los individuos parten mucho más frecuentemente de grandes corporaciones y poderes

nuestra).

¹²⁸ BILBAO UBILLOS, J. M., “¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, en AA.VV. (org. Sarlet, I. W.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 319.

¹²⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”, en AA.VV. (coord. Vignoli Cordeiro, J. y Vieira Caixeta, S.), *O Processo como Instrumento de Realização dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Ltr, 2007, pp. 11-34.

¹³⁰ ABRANTES, J. J., *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 134-135.

¹³¹ BILBAO UBILLOS, J. M., “¿En que medida vinculan a los particulares...?”, cit., p. 304.

¹³² Idem, p. 305.

privados que del Estado.

El contrato laboral, donde prevalece la subordinación jurídica y la dependencia socio económica del empleado en relación al empleador, fue el terreno natural para el nacimiento y desarrollo de la *Drittwirkung*¹³³. La existencia de una relación de poder, proveniente de la desigualdad entre las partes de una relación laboral, está en el origen del surgimiento del Derecho Laboral y de su desplazamiento del tronco del derecho contractual común.

Conviene acordarse de que, en los modelos reglados de relaciones laborales – predominantes en Europa y en América Latina –, el Derecho del Trabajo representa en sí, una limitación externa a la libertad contractual, estableciendo una “autodeterminación controlada de los sujetos”, o sea, lo que anhela una parte, sólo puede realizarse si integrada en el querer de la otra y en las limitaciones del ordenamiento jurídico¹³⁴.

No se puede hablar en libertad contractual plena cuando una de las partes está sometida a los poderes de dirección, disciplinar y hasta normativo (reglamentar) de la otra. De ese modo, los derechos fundamentales, especialmente aquellos relacionados a la personalidad y a la dignidad humanas se revisten de especial importancia en la imposición de límites a los poderes del empleador. Conforme sostiene Baylos que, frente a la tendencia de expansión unilateral del poder privado en la relación de trabajo, “los derechos fundamentales del trabajador son el límite más importante y decisivo en la reformulación, bajo parámetros nuevos derivados de la vigencia del Estado Social, del poder directivo del empresario”, aunque exista también un límite interno de razonabilidad y adecuación dictado por la buena fe¹³⁵.

No en vano el Tribunal Constitucional Español (TC) se ha referido, sin grandes rodeos, a los derechos fundamentales de los trabajadores y de ciertos derechos fundamentales en su proyección laboral, posicionándose firmemente sobre la eficacia *inter privatos* de ciertos derechos que se ejercen en el ámbito de las relaciones laborales¹³⁶. Sin embargo, la sistemática constitucional adoptada para la admisión del

¹³³ ABRANTES, J. J., *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, cit., p. 142.

¹³⁴ MASCARO NASCIMENTO, A., *Direito Contemporâneo do Trabalho*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 365.

¹³⁵ BAYLOS GRAU, A., “Poderes privados y derechos fundamentales de los trabajadores”, *Jueces para la democracia*, n.º 88 (2017), p. 27.

¹³⁶ Cf. BILBAO UBILLOS, J. M., “¿En que medida vinculan a los particulares...?”, cit., p. 330. En la STC 55/1983, de 22 de junio, el TC parece inclinarse hacia la teoría de aplicación mediata, atribuyendo la violación constitucional no al particular, sino al juicio que niega el reconocimiento del derecho

recurso de amparo hace con que el TC promueva una aplicación siempre indirecta de los derechos fundamentales, mediante la imputación a la decisión judicial del acto de vulneración de tales derechos¹³⁷. Criticando ese contorsionismo exegético, afirma Fernández Segado que “es evidente que quien vulnera el derecho es un particular, y el juez ordinario lo único que hace es no remediar esa violación, pero de ahí a considerarlo causante directo de la constricción del derecho media un verdadero abismo”¹³⁸. Pero, como ya visto, la discusión sobre quien es el sujeto de la violación constitucional, en ese caso, es irrelevante en la práctica.

Parece evidente, por otro lado, que el empleador privado también es titular de derechos constitucionales y, por lo tanto, eventual conflicto con los derechos del empleado deberá ser resuelto, caso a caso, a la luz del principio de la proporcionalidad. Es lo que se observa, por ejemplo, en las sentencias 98/2000 y 186/2000, proferidas por el TC.

En el primer caso, entendió aquel tribunal que la instalación de un sistema de micrófonos, que permitía captar y grabar las conversas mantenidas en determinados sectores de un Casino, no pasaba por un test de proporcionalidad, ya que había un sistema de grabación de imágenes suficiente para garantizar la seguridad patrimonial de la empresa, de modo que la captación de comentarios privados de los trabajadores (y de los clientes), ajenos al interés del establecimiento e irrelevantes para el control de las obligaciones laborales, sería desnecesaria y sacrificaría demasiadamente el derecho a la intimidad de los afectados¹³⁹.

En el segundo caso, el TC aprobó la actitud del empleador que, delante de una razonable sospecha de graves irregularidades en un sector de la empresa, instaló un

fundamental.

¹³⁷ La introducción de mediación de la decisión del juez como condición para el acceso al amparo es derivada de una interpretación restrictiva del art. 41.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según el cual este recurso protege frente a las violaciones de los derechos y libertades “originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

¹³⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social”, en AA.VV., *Estudios de derecho público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1997, p. 929. También MOLINA NAVARRETE, C., “Protección y eficacia de los derechos socio-laborales”, cit., p. 1204, critica esa posición que, en su visión, termina “por afirmar lo que de principio niega, se ve obligada a acudir a artificiosos mecanismos o criterios que expliquen tal efecto”.

¹³⁹ STC 98/2000, de 10 de abril.

circuito cerrado de televisión, sin conocimiento de los trabajadores afectados, que enfocaba exclusivamente las cajas registradoras y el mostrador de mercaderías, a fin de averiguar la ocurrencia de falta disciplinaria. Al confirmar el despido punitivo del empleado recurrente, la Corte dejó asentado que, al revés del caso examinado en la STC 98/2000, no se trataba de una medida con el propósito de controlar genéricamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los trabajadores, pero de una actitud justificada por la fuerte sospecha de faltas graves, idónea para el supuesto fin (verificar si el trabajador efectivamente cometía la falta), necesaria, por ser la única posibilidad de prueba del acto y equilibrada, pues la grabación se limitó a la zona de caja y una duración temporal limitada a lo suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de un lío, sino de una conducta ilícita reiterada. En este supuesto de hecho, por lo tanto, prevaleció el poder de dirección del empleador sobre el derecho a la intimidad del empleado¹⁴⁰.

En algunas situaciones, la mejor solución para el caso no está necesariamente en la anulación de un derecho en beneficio de otro, sino de un equilibrio dinámico entre los poderes empresariales y los derechos fundamentales del trabajador, en atendimiento al principio de concordancia práctica, esto es lo que “el sacrificio del derecho llamado a ceder no va además de las necesidades de realización del derecho preponderante”¹⁴¹ (principio de concordancia práctica, conforme la STC 199/1987, de 16 de diciembre).

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal (STF), último grado de la jurisdicción constitucional, no ha encontrado dificultades teóricas para afirmar la incidencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, especialmente en las relaciones laborales. En un caso relacionado con Air France, por ejemplo, quedó establecido que la empresa vulneró el derecho constitucional de igualdad de un empleado que, por ser brasileño, no se benefició de las ventajas previstas en el reglamento empresarial apenas para empleados de nacionalidad francesa¹⁴².

En otro caso, al decidir en contra la expulsión de un socio de asociación privada sin respeto al derecho de amplia defensa, el STF subrayó que violaciones de los derechos

¹⁴⁰ STC 186/2000, de 10 de julio.

¹⁴¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio introductorio”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord. Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 270-272 (sobre la concordancia práctica y su proyección en las relaciones entre particulares).

¹⁴² STF, RE 161243/DF, DJU 19.12.1997.

fundamentales no sólo se producen en el contexto de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, sino también en las relaciones entre los individuos y las personas jurídicas de derecho privado¹⁴³. Al fin, concluyó que los derechos fundamentales garantizados por la Constitución vinculan directamente no sólo a las autoridades públicas, pero también se refieren a la protección de las personas frente a los poderes privados.

El Tribunal Superior do Trabalho (TST) también viene decidiendo reiteradamente por la aplicación directa, en las relaciones laborales, de los derechos fundamentales y de los tratados de derechos humanos ratificados por Brasil. Tomemos, por ejemplo, un caso en que el *Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região* (TRT3), a la luz de la convención de las Naciones Unidas sobre derechos de personas con discapacidad, declaraba nulo el despido de una trabajadora; al desestimar el recurso, el TST sostuvo que los derechos fundamentales reflejan el referencial axiológico de la sociedad; entonces, su observancia, respeto y eficacia no deben restringirse al Estado, sino a cualquier relación jurídica, ya sea derecho público o privado¹⁴⁴.

5 El Derecho al Trabajo en el Marco de la Constitución Española

5.1 La Constitución de 1978 y el cambio político hacia la superación del modelo franquista: una concepción dialéctica de las relaciones laborales

La Constitución Española de 1978 (CE) nació bajo el signo de la superación del franquismo y del clamor popular por un Estado democrático alineado con el modelo social predominante en Europa occidental de la posguerra, a partir de una convergencia política más amplia posible¹⁴⁵, que solamente fue alcanzada gracias a la necesidad de sepultar el régimen dictatorial y, especialmente, a una calculada dosis de ambigüedad

¹⁴³ STF, RE 201.819/RJ, DJU 27.10.2006.

¹⁴⁴ TST, AIRR 1421.2004.036.03.40, DEJT 11.12.2009.

¹⁴⁵ Sobre el consenso posible, que resultó en la promulgación de la CE 1978, ver el relato de PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Prólogo: La Constitución española de 1978”, en AA.VV., *La Constitución española de 1978*, Madrid: Centro de Estudios Adams, 1991, pp. 9-17.

del texto constitucional – imprescindible para vencer la resistencia de corrientes políticas más radicales y opuestas¹⁴⁶.

Pese a la infiltración de grupos vinculados al régimen anterior dentro de un “proceso constituyente tutelado”¹⁴⁷, había relativo consenso en cuanto a la necesidad de apertura política, si bien que relativamente controlada por condicionantes previos¹⁴⁸, en todos los sectores de la vida social. De esta manera, uno de los propósitos que movieron la asamblea constituyente fue la democratización de las relaciones de trabajo como presupuesto para la existencia de un sistema democrático en su conjunto¹⁴⁹.

En efecto, reflejando en el régimen dictatorial que las emanaba, las leyes franquistas adoptaban un modelo autoritario de relaciones de trabajo, centrado en un riguroso control estatal de la dimensión colectiva de esas relaciones y “en un contractualismo individualista orientado a la colaboración e integración en el proyecto organizativo empresarial definido unilateralmente y vigilado y sancionado disciplinariamente bajo la tutela del Estado”¹⁵⁰. Por lo tanto, para superar ese déficit democrático y marcar un giro conceptual, la nueva Constitución surgió con la pretensión de exaltar la dimensión colectiva del trabajo y la democratización de la empresa¹⁵¹.

El Tribunal Constitucional, desde sus primeras manifestaciones tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, ha subrayado la dimensión del cambio normativo en materia laboral inaugurado por el nuevo modelo democrático, en diferentes frentes, especialmente la “introducción de nuevos principios con virtualidad informadora e interpretativa” y una “diferente articulación del ordenamiento laboral en el bloque del ordenamiento jurídico”¹⁵².

146 Cf. PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 56-57.

147 PISARELLO, G., “El régimen constitucional español, 34 años después: ¿reforma o ruptura democrática?”, *Sin Permisso*, 16/1/2012, pp. 1-3, disponible en <http://old.sinpermiso.info/articulos/ficheros/2Cons.pdf>, fecha de acceso 23.03.2017.

148 Véase, por ejemplo, la crítica a los límites “impuestos” a la asamblea constituyente por condiciones tácitamente consensadas con las fuerzas dominantes del régimen anterior: CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R., “La Constitución tácita”, en AA.VV. (coord. Capella Hernández, J. R.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 17-42.

149 BAYLOS, A., “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en AA.VV. (dir. Moliner Tamborero, G. y Salinas Molina), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Colección “Cuadernos de Derecho Judicial – XXI”, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 13.

150 BAYLOS, A., “Sobre la Constitución del Trabajo Española”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 31, n.º 119 (jul./sep. 2005), p. 257.

151 Ibidem.

152 MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”,

Enunciando, entre los propósitos de la Nación española, la garantía de convivencia democrática en un orden económico y social justos, la protección del ejercicio de los derechos humanos por los españoles y el “progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida” (preámbulo constitucional), la CE de 1978 insertó formalmente, entre los derechos fundamentales dotados del más alto nivel de protección, la libertad sindical (art. 28.1) y la huelga (28.2).

Paralelamente, el texto constitucional destacó, en el Título Preliminar, el papel esencial de los sindicatos en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7), al mismo tiempo en que les dio una posición institucional de “sujetos políticos” al atribuirles, directa o indirectamente, una interlocución cualificada en asuntos públicos y de ciudadanía más allá de las relaciones de trabajo (v.g., arts. 20.3, 27.5, 129.1, 129.2 e 131.2)¹⁵³.

Por otra parte, es emblemático que, por primera vez en la historia española, se ascendió explícitamente el derecho al trabajo a una estatura constitucional (arts. 25.2 y 35.1 CE), conectado con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) y con la subordinación de la riqueza al interés general (art. 128.1).

Las constituciones españolas del siglo XIX, cuando abordaron la realidad del trabajo, lo hicieron bajo una óptica liberal, más como libertad del ejercicio de la profesión u oficio¹⁵⁴. Las leyes fundamentales franquistas, a su vez, incorporaron nominalmente el derecho al trabajo entre los derechos, pero sus peculiaridades arbitrarias impiden su consideración como Constitución en sentido estricto¹⁵⁵.

Es verdad que la Constitución de 1931, que declaraba España como una “República democrática de trabajadores de toda clase” (art. 1), hacía referencia al trabajo, pero no como obligación social y tampoco como derecho propiamente dicho, aunque enunciase, de manera patente, que la ley debería proteger el trabajo asalariado en algunos importantes aspectos (art. 46)

De esa manera, fue en 1978 cuando se estrenó un modelo constitucional verdaderamente democrático en lo que concierne al reglamento del trabajo en España,

Revista de Política Social, n.º 137 (en./mar. 1983), p. 108.

¹⁵³ BAYLOS, A., “Sobre la Constitución del Trabajo...”, cit., p. 264.

¹⁵⁴ Cf. MONTAÑA MELGAR, A., “El trabajo en la Constitución”, *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 0 (2004), p. 11.

¹⁵⁵ Cf. SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Madrid: Trotta, 1996, pp. 43-44 y 53.

fundado en el reconocimiento del derecho al trabajo y del derecho fundamental a la huelga, en la libertad sindical y en la autonomía colectiva, además de una política direccionada al pleno empleo.

Según Palomeque y Álvarez de la Rosa, el sistema constitucional de relaciones laborales se asienta sobre una base de tres vertientes. Primero, tiene una concepción dialéctica que reconoce el conflicto colectivo de intereses y le reserva un papel funcional, desde la definición de los sujetos colectivos habilitados para la representación de trabajadores y empresarios (art. 7), con la observancia de la libertad sindical (art. 28), hasta la legitimación de la huelga (28.2) y de las medidas genéricas de conflicto colectivo (art. 37.2). Segundo, erige la autonomía colectiva y la autorregulación – incluso atribuyendo fuerza vinculante a los convenios colectivos – como pieza central del sistema normativo en lo que concierne a las condiciones de trabajo (art. 37.1). Tercero, prevé la intervención promocional y alimentadora del sistema por el Estado, no exactamente en las condiciones de trabajo (entregadas primordialmente a la autonomía colectiva), pero en la definición general del sistema institucional a través de la Constitución y de su desarrollo legislativo y en la promoción de los derechos y libertades reconocidos en la norma constitucional (art. 9.2) ¹⁵⁶. Relacionada a este papel complementar del Estado como fomentador del sistema, está la determinación constitucional de desarrollo legislativo de un Estatuto del Trabajador (art. 35.2).

Recuerda Baylos que, además de la negociación colectiva, de acción sindical y de participación en la empresa, (básicamente, de información y consulta sobre las decisiones empresariales), otra vía de introducción de mecanismos democráticos en las relaciones de trabajo se dio con el reconocimiento, a partir de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, de los derechos constitucionales que el empresario debe salvaguardar en sus decisiones y en la organización del trabajo ¹⁵⁷. En otras palabras, el régimen democrático de la CE 1978 repudia que el trabajador, al entrar en su local de trabajo, sea despojado de los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos ¹⁵⁸.

De ese modo, el sistema constitucional permea las relaciones laborales no

¹⁵⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, pp. 107-109.

¹⁵⁷ BAYLOS, A., “Sobre la Constitución del Trabajo...”, cit., p. 273.

¹⁵⁸ Así ha declarado la STC 88/1985, de 19 de julio.

solamente reconociendo un derecho al trabajo abstracto, sino dotando los trabajadores de derechos en el trabajo y de capacidad de influencia en su propio destino, a través de instrumentos de participación colectiva.

Es verdad que, frente al predominio de la orientación política neoliberal que viene predominando desde el fin del siglo pasado y especialmente tras la crisis de 2008, los derechos sociales y la participación democrática de la clase trabajadora han sufrido una clara devaluación que los pone en peligro¹⁵⁹, pero no se puede admitir que el programa constitucional haya sido revocado de modo definitivo y que el Estado español haya abandonado completamente su configuración política de Estado social.

5.2 La polémica calificación del derecho al trabajo en el texto constitucional: aún la confusión entre derechos y sus garantías

No hay dudas de que la CE consagró el derecho al trabajo, de una forma explícita, en el art. 35.1. Sin embargo, el hecho de ganar asiento constitucional no significa, necesariamente, que el derecho asuma el estatus de fundamental. En el caso español, la manera como ha sido estructurado el texto constitucional dio margen a una duda razonable sobre la fundamentalidad del derecho laboral.

El problema es resultado de la división del Capítulo Segundo, referente a los derechos y libertades, en dos secciones diferentes. La primera reúne los artículos de 15 a 29, bajo el título “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. La segunda abarca los artículos de 30 a 38 bajo el epígrafe “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. Los únicos derechos de contenido laboral presentes en la primera sección son el derecho al trabajo de los penados (art. 25.2), la libertad sindical (art. 28.1) y el derecho a huelga (art. 28.2), mientras el derecho al trabajo de carácter general se encuentra en la segunda sección (art. 35.1).

Los derechos constantes de la sección primera están sometidos a un régimen de revisión constitucional mucho más rígido que los demás, consistente en doble

¹⁵⁹ Véase, por todos, el análisis crítico de la degradación del modelo laboral democrático por la Ley 3/2012 hecho por BAYLOS GRAU, A., “Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales”, *Revista de Derecho Social*, n.º 70 (2015), pp. 13-28.

aprobación – por las Cortes disueltas después de la propia votación y, posteriormente, por las elegidas – por mayoría de dos tercios de cada una de las cámaras y ratificación en referéndum popular (art. 168 CE). Además, tales derechos encuentran protección judicial por un procedimiento preferente y sumario y por el recurso de amparo al Tribunal Constitucional, de acuerdo con el art. 53.2 CE¹⁶⁰.

Los demás dispositivos constitucionales, incluso los derechos de segunda sección del capítulo segundo, pueden ser objeto de un procedimiento de reforma más sencilla, bastando que sea aprobado una única vez por tres quintos de los miembros de cada una de las cámaras, sin necesidad de disolución de las Cortes o de la obligatoria ratificación popular (art. 167.1).

Este tratamiento diferenciado y reforzado de algunos derechos fundamentales, específicamente en lo que concierne a las relaciones de trabajo, sería resultante, según Montoya, de la necesidad de marcar la diferencia en cuanto el régimen dictatorial que se pretendía superar, elevando “al más alto grado los derechos que quedaron más oscurecidos durante el régimen de Franco”¹⁶¹.

Tomando como base el régimen dicotómico de garantías, parte de la doctrina española sostiene que solamente los derechos insertados en la sección primera del capítulo segundo (arts. 15 al 29), junto al principio de la igualdad (art. 14), podrían tener la calificación de “fundamentales”¹⁶².

Otra corriente defiende que la fundamentalidad de los derechos no reposa en su localización formal en la Constitución ni tampoco en el medio procesal que los viabiliza, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y de su indisponibilidad por el legislador, en consonancia con la disciplina del art. 53.1, situación en que se encontrarían no solamente los derechos dispuestos entre los artículos 15 y 29, como también todos los del Título I, entre ellos, el derecho al trabajo:

¹⁶⁰ Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

¹⁶¹ MONTOYA MELGAR, A., “El trabajo en la Constitución”, cit., p. 25.

¹⁶² Así defienden CRUZ VILLALÓN, P. y PARDO FALCÓN, J., “Derechos Fundamentales en la Constitución Española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXIII, n.º 97 (2000), p. 71.

Pero la cuestión más interesante desde el punto de vista de la teoría es saber si esta protección jurisdiccional especial de algunos derechos (que de otro lado se completa con la protección institucional también exclusiva de los mismos, reservando su desarrollo a la Ley Orgánica, como sabemos, o imponiendo para su reforma el procedimiento especial del art. 168) justifica la *atribución exclusiva del carácter de fundamentales* para tales derechos, esto es, el derecho a la igualdad y los comprendidos, con la adición de la objeción de conciencia, en la Sección 1.a del capítulo 2º A mi juicio, esta posición, si se estimase insuficiente la cobertura que para todos los derechos del título I da el epígrafe general en que quedan incluidos, esto es, la rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales», implica una deficiente comprensión de la fundamentalidad de los derechos constitucionales, que considero debe ser de carácter exclusivamente material.

Creo que los derechos constitucionales no deben su fundamentalidad al nivel de su eficacia o a su protección institucional o procesal, pues estos aspectos de los derechos fundamentales no son la causa de su valía, sino sólo el exponente de la misma. Así los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero, obviamente, no deben su importancia a su protección.¹⁶³

Hay quien defiende, que los derechos fundamentales serían, en su sentido material, no solamente aquéllos listados en las dos secciones del capítulo segundo, juntamente con el principio de igualdad, pero también los principios rectores de la política económica y social, encartados en el capítulo tercero¹⁶⁴, que también tendrían fuerza vinculante y ejercerían un efecto irradiador sobre el sistema de derechos

¹⁶³ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “Los derechos fundamentales en la Constitución española”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 105 (jul./sep. 1999), pp. 21-22. En el mismo sentido, con argumentos variados: BASTIDA, F. J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en ALEXY, R. et al., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 138; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 27; MEDINA GUERERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1996, p. XIII; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 284 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “Conflicto y ponderación...”, cit., pp. 254-255; TREVIÑO PASCUAL, M., *Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público: su control jurisdiccional*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2016, pp. 17-18 y 35-37.

¹⁶⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 67-68.

fundamentales¹⁶⁵. Según esa línea de pensamiento, el art. 96.1 CE proclama que los tratados internacionales, una vez publicados oficialmente en el país, “formarán parte del ordenamiento interno” y concluye que, una vez que España ratificó, en 1977, el PIDESC, “que incluye el reconocimiento de la mayor parte de los derechos sociales consagrados en el Capítulo III del Título I de la Constitución, sería un grave error el desconocer el estatus normativo de estos derechos”¹⁶⁶.

En realidad, se puede afirmar que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española se distinguen en tres diferentes niveles de protección o garantías. En el nivel más reforzado se encuentran los derechos de la sección primera del capítulo segundo (arts. 15 a 29), sometidos a un proceso rígido de reforma o revisión constitucional (art. 168.1) y al desarrollo exclusivamente por ley orgánica (art. 81.1), respetados sus contenidos esenciales (art. 53.1), susceptibles de tutela no solamente por la vía ordinaria, sino también en proceso sumario y preferente, abriéndoseles la vía del recurso de amparo si no se ha reparado la vulneración del derecho en el proceso ordinario (art. 53.2). En el nivel intermedio se ubican los derechos de igualdad y no discriminación (art. 14) y la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2), no protegidos por un proceso rígido de revisión constitucional, ni regulados exclusivamente por ley orgánica, pero ambos defendibles por procedimiento ordinario y recurso de amparo, y el primero, también por procedimiento sumario y preferencial. En el tercer nivel de protección están los derechos de la sección segunda del capítulo segundo (arts. 30 a 38, salvo la objeción de conciencia), sujetos a la regulación por ley ordinaria, respetados sus contenidos esenciales, y tutela judicial por el procedimiento ordinario, que pueden sin embargo ser objeto del control de constitucionalidad a través de la interposición, por el juez, de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

No obstante, la existencia de diferentes niveles de protección no significa, necesariamente, una jerarquización de los derechos constitucionales, de modo que unos siempre prevalezcan sobre otros. “Todo bien o valor constitucionalmente reconocido

¹⁶⁵ Esa también parece ser la posición de MONTROYA MELGAR, según el cual el título del capítulo cuarto, al referirse a las garantías de las libertades y derechos fundamentales “*viene a decirnos es, ante todo, que la calificación de <derechos fundamentales> es genérica y alcanza no sólo a los derechos del Capítulo segundo (en sus dos Secciones), sino también a los denominados <principios rectores de la política social y económica>*” (“La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 274.

¹⁶⁶ PEREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 68.

puede representar, en supuesto de conflicto, un límite para otros bienes o valores”, imponiéndose “la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes”¹⁶⁷.

Aunque el Tribunal Constitucional no haya desarrollado una teoría muy clara sobre el concepto de derechos fundamentales, considerándolos caso a caso según la protección pretendida, ora restringiéndolos a los derechos listados en la sección primera ya referida, ora ampliándolos para incluir otros no ubicados en aquella sección – como el derecho a la igualdad previsto en el art. 14¹⁶⁸ –, parece no haber atribuido al derecho al trabajo una “fundamentalidad plena”¹⁶⁹, procesalmente reforzada, aunque lo reconozca como un derecho constitucional apto a generar posiciones subjetivas defendidas por las vías ordinarias¹⁷⁰.

Sin embargo, muchas veces el derecho al trabajo y otros derechos sociales terminan tutelados reflejamente en el recurso de amparo, por sus conexiones con otros derechos fundamentales que gozan de protección reforzada, como ocurre, por ejemplo, con casos de readmisión al empleo por ofensa al derecho a la no discriminación (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE), al derecho de información (20.1 CE) o a la libre sindicalización (28.1 CE). Ha afirmado el TC que “la labor interpretativa del Poder Judicial, lo mismo que el canon aplicable al examen constitucional de sus resoluciones *ex art.* 24.1 CE, se encuentra sujeto a un mayor rigor cuando queda afectado otro derecho reconocido por la Constitución, como sucede con el derecho al trabajo”¹⁷¹.

Sastre acentúa la relación directa existente entre ese derecho, como integrante del catálogo de derechos sociales, y la cláusula de cualificación del Estado español como un Estado social y democrático de derecho (art.1.1), que debe orientar la interpretación constitucional, además de ponerlo como punto de referencia en relación al valor de la dignidad y al principio de igualdad¹⁷². Asegura que no cabe atribuir a ese derecho una

¹⁶⁷ ATC 375/1983, de 30 de julio, FJ 2.

¹⁶⁸ STC 142/85, de 23 de octubre. Sobre la igualdad como derecho fundamental en la Constitución española, ver también: PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Madrid: Editorial Dykinson, 2005, pp. 89-97.

¹⁶⁹ En la STC 43/1983, de 27 de mayo, el TC reconoce que “el art. 38 de la C.E. es ciertamente un derecho fundamental, pero no goza de la protección del recurso de amparo”. Lo mismo se podría decir, entonces, del art. 35.1 – fundamental, pero sin garantías reforzadas.

¹⁷⁰ Ver, e.g., la STC 22/1981, de 02 de julio.

¹⁷¹ STC 99/2001, de 23 de abril de 2001.

¹⁷² SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., pp. 69 e ss.

naturaleza unitaria, pareciendo más adecuado hablar del derecho al trabajo como auténtico derecho constitucional¹⁷³.

No es mucho recordar que, además de tener destacado asiento constitucional, el derecho al trabajo es expresamente reconocido como un derecho humano, no solamente en la Declaración Universal de 1948 (art. 21), sino también en el PIDESC de 1966 (art. 6), tratado ratificado por España en 1977 y, por fuerza del art. 96.1 CE, internalizado en su derecho positivo. De esa manera, no hay razón para considerarlo un derecho de segunda línea, no susceptible de generar posiciones subjetivas que se puedan defender en los tribunales.

El hecho de no estar cercado por garantías procesales tan reforzadas como los derechos de los arts. 15 a 29 CE, no parece ser suficiente para quitarle del derecho al trabajo su carácter fundamental, así entendido como un derecho básico, fundamento del sistema político del Estado social de Derecho¹⁷⁴, íntimamente conectado a los valores constitucionales y a la dignidad humana, además de constitucionalmente protegido – cuyo contenido esencial está, teóricamente, salvo de vaciamiento por el legislador ordinario. El nivel de garantías, sean ellas legales, procesales o institucionales, no puede ser el criterio para definir la esencia de un derecho.

Jiménez Campo propone que la consideración de un derecho como fundamental se dé a partir de su prefiguración constitucional, que torna imposible su desfiguración por el legislador, incluyendo, de esta manera, todos los derechos de las dos secciones del Capítulo Segundo, abarcados por la regla del art. 53.1 CE:

Un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución, y esto no significa otra cosa, en lo que ahora importa, sino preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa, como después precisaré; significa - en otras palabras - que la propia Constitución ha definido una determinada situación jurídica en

¹⁷³ Idem, p. 130. También separando los derechos fundamentales de los “derechos cívicos” o ciudadanos, pero, negando a estos últimos el vínculo directo con la dignidad humana, ver MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia...”, cit., pp. 125-126.

¹⁷⁴ Defiende MIRANDA, J., que, en la óptica del Estado social de Derecho, sean cuales sean las interpretaciones conceptuales, no se puede negar a los derechos sociales la naturaleza de derechos fundamentales (“O regime dos direitos sociais”, *Revista de Informação Legislativa*, año 47, n.º 188, oct.-dic. 2010, p. 25).

términos que la hacen identificable o discernible para el intérprete y que, además, la Constitución ha determinado también - o no ha excluido - la necesaria consideración de esa situación jurídica como «derecho» a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia.¹⁷⁵

(...) el concepto de «derecho fundamental» en nuestro ordenamiento es el que, por contraste con lo dispuesto en el número 3 del artículo 53 C.E., deriva del número 1 del mismo artículo, vale decir, derechos resistentes, en su «contenido esencial», a la acción legislativa. Sólo por eso merecen la calificación de «fundamentales» todos los derechos enumerados en el Capítulo Segundo del Título I, tanto en la Sección 1.^a como en la Sección 2.^a El pudoroso distingo que la jurisprudencia constitucional viene haciendo, desde la S.T.C. 16/1981, FJ. 10, entre «derechos fundamentales» y «derechos constitucionales» reconocidos en aquel Título (estos últimos, los declarados en la Sección 2.^a) carece de sentido jurídico.¹⁷⁶

De cualquier forma, con o sin la calificación de fundamental, el derecho al trabajo, a partir de su estatus constitucional, no puede ser relegado a una posición de no-derecho ni estar ubicado en el rayo de la libre disposición por el legislador ordinario, que debe siempre respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE).

5.3 Derecho al trabajo ante la cláusula del Estado Social

La cláusula de apertura de la Constitución Española es la que clasifica a España como un “Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores

¹⁷⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53: protección de los derechos fundamentales”, en AA.VV. (dir. Alzaga, O.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid: Cortes Generales-Edersa, 1996, p. 448.

¹⁷⁶ Idem, p. 450.

superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1), dejando trasparecer la gran atención que el proyecto de Estado recibió del constituyente. Para el Tribunal Constitucional, la caracterización del modelo de Estado como social y democrático de Derecho, “con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que dotan de sentido a esta caracterización, representa el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional”¹⁷⁷.

Pensar en Estado social es, ante todo, abandonar la idea de una libertad y una igualdad meramente formales – como en la abstracción racionalista que está en la base del Estado liberal – para absorber la concepción de justicia social, que propone la promoción de una libertad y de una igualdad sustanciales, concretas, emancipadoras. El estado social, en esa línea, evoluciona para propugnar la libertad de hecho, como liberación, y no solamente jurídica (formal).

Para Miranda, el resultado esperado por el Estado social de derecho habrá de ser una libertad igual para todos, construida a través de la corrección de las desigualdades y no a través de una igualdad sin libertad, sujeta a las balizas materiales y procedimentales de la Constitución y susceptibles, en un sistema político pluralista, de las modulaciones que deriven de la voluntad popular expresa por el voto¹⁷⁸.

En su versión social, resultante de la evolución del proceso de democratización que cobra una respuesta a las demandas de todos los sectores¹⁷⁹, dando voz a los excluidos, el Estado deja de ser un mero fiador inerte de libertades individuales formalmente reconocidas para tener que ponerse en marcha en dirección a una igualdad real, de hecho, material, a través de la promoción de los derechos sociales y de la nivelación de oportunidades. El principio de la democracia económica y social impone tareas al Estado de conformación, transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales, de manera que promueva la igualdad real¹⁸⁰.

Así, la consecuencia de la calificación de España como un estado social es la aceptación de la igualdad material, o sea, de la corrección de las desigualdades sociales como uno de los valores superiores del ordenamiento, de acuerdo con lo proclamado en

¹⁷⁷ STC 12/2008, de 29 de enero (FJ 4).

¹⁷⁸ MIRANDA, J., “O regime dos direitos sociais”, cit., p. 26.

¹⁷⁹ Cf. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 199.

¹⁸⁰ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 468.

el art. 1.1 CE¹⁸¹. En esa perspectiva, hay una estrecha e íntima relación entre la cláusula del estado social y el mandamiento constante del art. 9.2 de la CE, que impone a los poderes públicos de todos los niveles “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La posición de destaque de la igualdad como un valor constitucional que se irradia por todo el ordenamiento jurídico ha sido proclamada por el TC desde los primeros momentos de vigencia de la Constitución de 1978, como por ejemplo, en la STC 8/1983, de 18 de febrero, según la cual, “la igualdad se configura como un valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama”. Y la igualdad debe ser vista no sólo en su sentido formal, como no discriminación, cuyo locus descansa en el art. 14 CE, sino también como un mandato de corrección de desigualdades, o sea, de autorización para tratar desigualmente a los desiguales en búsqueda de su nivelación. En ese sentido la STC 27/1981, 27 de julio, para la cual el art. 9.2 conduce a la promoción de “la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley”.

La cuestión de la igualdad material volvió a ser discutida en la STC 3/1983, de 25 de enero, en que se discutía, precisamente, la posibilidad de trato diferenciado entre empleado y empleador en la relación procesal, ante lo dispuesto en los arts. 14 y 24.1 CE (prohibición de discriminación y tutela judicial efectiva, respectivamente). En aquella ocasión, quedó sentado que:

El art. 14 de la C.E. que consagra la igualdad de todos los españoles ante la Ley, prohíbe la discriminación, entre otros factores, por cualquier condición o circunstancia personal o social, estando indudablemente incluidas en ellas, la cualidad de empresario o trabajador. Pero como ya ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones, **tal precepto no establece un principio de igualdad**

¹⁸¹ MERCADER UGUINA, J. R., “Algunas reflexiones sobre el modelo social de la Constitución española, 25 años después”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 40 (2002), p. 168.

absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal. Y, mucho menos, que excluya la propia **necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales** y tengan por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que en tal caso, la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad.

Esta es la situación que subyace en la cuestión debatida, pues la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación. Se trata, pues, de una **desigualdad subjetiva a la que atiende el ordenamiento jurídico mediante un tratamiento diferenciado**, y que no se quiebra por la contemplación aislada de supuestos excepcionales realmente existentes en que la elevada cualificación del trabajador, su remuneración o su relativa autonomía en la prestación del trabajo, reduzcan o maten las respectivas posiciones de las partes. El legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias. (...)

Estas ideas encuentran expresa consagración en el art. 9.2 de la C.E. cuando impone a los poderes públicos la obligación de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas», pues **con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del art. 1 que constituye a España como un Estado democrático y social de**

Derecho, por lo que en definitiva se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador.¹⁸² (destacados nuestros)

Es posible intuir, en las entrelíneas de esa representativa decisión judicial, que “la concepción del Estado Social se proyecta sobre la propia definición del ordenamiento laboral como sistema de tutela de los trabajadores”¹⁸³, objetivando compensar una desigualdad de hecho, económica, social y también proveniente de la posición contractual de subordinación. Para Martín Valverde, el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social “comparten la cualidad de ser los principales instrumentos institucionales del Estado social”, como “garantía de medios suficientes de vida para todos los ciudadanos”¹⁸⁴. Siguiendo por la misma senda, Baylos califica el derecho al trabajo como un referente político fundamental del Estado social de Derecho¹⁸⁵.

Además, la opción por una democracia social expresa el compromiso del Estado con la concretización de los derechos fundamentales de manera integrada, como medio de valoración de la dignidad humana y el alcance de la paz social (art. 10.1 CE). La acción de los poderes públicos, en ese contexto, se muestra imprescindible para la efectividad de los derechos fundamentales en general y, en particular, de los derechos económicos y sociales¹⁸⁶. Esta es “la gran tarea de nuestro tiempo, la gran aventura histórica de las generaciones presentes: convertir el poder, tradicional enemigo de la libertad, en defensor y soporte estructural de ésta”¹⁸⁷.

El reconocimiento del derecho al trabajo, la promoción de la igualdad en el y por el trabajo (corrección de desigualdades), como la protección de los derechos

¹⁸² En la misma línea, entre tantas otras, las SSTC 14/1983, de 28 de febrero; 46/1983, de 27 de mayo; 109/1983, de 29 de noviembre; 114/1983, de 6 de diciembre; y 20/1984, de 13 de febrero.

¹⁸³ MERCADER UGUINA, J. R., “Algunas reflexiones sobre el modelo social...”, cit., p. 168.

¹⁸⁴ MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia...”, cit., p. 121.

¹⁸⁵ BAYLOS GRAU, A., “Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito ao trabalho como direito constitucional”, *Revista Trabalhista: direito e processo*, vol. X (abr./jun. 2004), separata, p. 25.

¹⁸⁶ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 74. Ver también, en el mismo sentido: FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado Social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n.º 69 (sep./dic. 2003), p. 155;

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ, T. R., “Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 15 (otoño de 1982), p. 25.

fundamentales del trabajador son consecuencia directa y natural de la opción política de construir un Estado social y democrático del derecho.

5.4 Primera aproximación a los contornos jurídicos del derecho al trabajo en España: dificultades derivadas de la formulación imprecisa del texto constitucional

El punto de partida para el análisis del contenido del derecho al trabajo, como ya resaltado, es el artículo 35.1 CE, cuya redacción se encuentra puesta de la siguiente manera:

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

Aunque conciso, el texto no esconde la complejidad del derecho en cuestión, que aparece enredado con otros derechos conexos y con el deber de trabajar. Además, no hay como entenderlo sin considerar otros dos preceptos constitucionales – el artículo 25.2, que reconoce el derecho a un trabajo remunerado a los condenados a penas de prisión, y el artículo 40.1, que establece, entre los principios rectores de la política social y económica, la realización de una política volcada al pleno empleo.

En crítica doctrinaria de primera hora, Alarcón atribuye a la “marea del consenso” que marcó los trabajos de la asamblea constituyente una cierta ambigüedad del texto constitucional y la dispersión del derecho al trabajo en tres artículos con diferentes niveles de protección. Al compararla con el texto de la Constitución portuguesa, dotado de mejor técnica legislativa en esa materia, apuntó, en la Constitución Española, una formulación “estrictamente esquizoide: de un lado, derecho de los ciudadanos sobre cuyo alcance efectivo cabe abrigar serias dudas: por otro, principios, que no obligaciones,

de la política estatal”¹⁸⁸.

A su vez, Sastre no llega a identificar ambigüedad en el texto español, aunque reconozca que, gracias a su concisión, “el intérprete que se aproxima, así, de la letra del artículo 35.1, comprueba la escasez de asideros hermenéuticos que, por sí sola, dicha norma está dispuesta a suministrar”¹⁸⁹.

De cualquier manera, la inclusión en un único precepto, juntamente con el derecho al trabajo, del deber de trabajar, del libre ejercicio de profesión u oficio, de la promoción a través del trabajo, de una remuneración suficiente y de la no discriminación en virtud del sexo, levanta duda razonable sobre si tales derechos son dotados de autonomía, aunque exista entre ellos una conexión, o si todos ellos representan una faceta de un solo objeto poliédrico.

Por otro lado, la dispersión de otros preceptos íntimamente relacionados con el derecho al trabajo en otras partes de la Constitución, hace la tarea interpretativa bastante compleja, así como la delimitación del alcance material de ese derecho.

Una comprensión verdaderamente integral del derecho al trabajo, que tiene su punto de partida en el art. 35.1 CE, no podrá ser llevada a efecto sin una amplia visión del sistema constitucional, especialmente sin una articulación de los bienes y valores protegidos constitucionalmente y con el propio modelo del Estado social y democrático de derecho (ver apartado anterior).

En realidad, prácticamente todos los derechos constitucionales presentan una estructura compleja, son interconectados e interdependientes, y eso es una consecuencia natural de la dimensión plural y poligonal de las relaciones jurídicas modernas¹⁹⁰. La mayor dificultad que cerca la delimitación del contenido de derecho al trabajo tal vez provenga del hecho de que, siendo él excluido del ámbito del recurso de amparo, se trata de uno de los “grandes desconocidos de la jurisprudencia constitucional”¹⁹¹. Le falta, por lo tanto, un desarrollo doctrinario e jurisprudencial más profundo, diversamente de lo que ocurre con otros derechos habitualmente sometidos al examen del Tribunal

¹⁸⁸ ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, *Revista de Política Social*, n.º 121 (1979), p. 27.

¹⁸⁹ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 80.

¹⁹⁰ MIRANDA, J., (“O regime dos direitos sociais”, cit., p. 25), apunta la complejidad de la estructura como un rasgo común a todos los derechos fundamentales.

¹⁹¹ CASAS BAAMONDE M. E., “Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord. Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 1521.

Constitucional – como el derecho a la tutela judicial efectiva, objeto de vasta lapidación jurisprudencial.

Independientemente de las dificultades ya apuntadas, el TC dio un paso importante en la determinación del alcance del derecho al trabajo cuando declaró que:

El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica, además, un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo...¹⁹².

Se percibe, a partir de ese pronunciamiento del TC, que el derecho al trabajo no es un mero enunciado programático ni una declaración desprovista de contenido. En él está insertada una vertiente individual apta a generar una posición subjetiva defendable en los tribunales (justiciabilidad), que no se resume a la libertad de trabajar¹⁹³, comprendiendo también la igualdad de oportunidades en la obtención de un determinado puesto de trabajo (no discriminación) y, una vez obtenido éste, el derecho de no ser despedido si no hay una causa jurídicamente válida (disciplinaria u objetiva). En su vertiente colectiva, a su vez, ese derecho demanda el desarrollo de una política pública activa de empleo, teniendo como objetivo, alcanzar una situación de pleno empleo.

Es obvio que la dicha decisión judicial aprecia una cuestión concreta dentro de los límites en que fue presentada y, si bien traiga importantes elementos para la definición del contenido del derecho al trabajo, está lejos de agotar el asunto. E como el derecho al trabajo suele ser abordado sólo lateralmente, como refuerzo argumentativo

¹⁹² STC 22/1981, de 02 de julio, FJ 8.

¹⁹³ SASTRE IBARRECHE, R. (*El derecho al trabajo*, cit., p. 134) critica esa inclusión de la libertad de trabajar en el derecho al trabajo, pues, la evolución histórica y las implicaciones de ambos serían divergentes.

en la afirmación de otros derechos cubiertos por el recurso de amparo, la jurisprudencia constitucional no puede ser la única referencia en la definición de todos los contornos de un derecho tan complejo.

Por otro lado, un sorprendente giro conceptual fue dado por el TC en el contexto de la crisis económica iniciada al final de la primera década de este siglo, en que fue sobrevalorada una discutible política pública supuestamente volcada al pleno empleo en detrimento del contenido esencial del derecho enunciado en el art. 35 CE, como veremos más adelante¹⁹⁴.

5.5 Deber de trabajar y derecho al trabajo

Una de las primeras dudas que asaltan al intérprete del art. 35.1 CE, se refieren a la relación entre el deber de trabajar y el derecho al trabajo. ¿Sería el deber de trabajar, una imposición jurídica proveniente del propio derecho al trabajo, como si fuesen anverso y reverso de la misma moneda? ¿Estaríamos ante de una figura jurídica unidimensional, caracterizada como un derecho y un deber al mismo tiempo? ¿Serían elementos independientes, pero conexos? ¿O se trata de dos institutos que asumen vidas autónomas y tienen contornos jurídicos propios? En cualquier caso, ¿en qué consistiría el deber de trabajar?

Los llamados “deberes constitucionales” son objeto de pocos estudios y escaso desarrollo si comparados con otras normas de naturaleza constitucional, especialmente si confrontados con los derechos fundamentales. Esa negligencia teórica, por otra parte, no es exclusividad de los doctrinadores españoles, siendo escasísima la literatura sobre las situaciones jurídicas pasivas que vinculan a los particulares (sujeciones, deberes y obligaciones) en casi todos los ordenamientos modernos¹⁹⁵, dada la idea de constitución como límite al poder y programa orientador de la acción estatal.

¹⁹⁴ Véanse las SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, que resolvieron recursos de inconstitucionalidad en contra el RDL 3/2012 (reforma laboral), cuyo contenido es claramente devaluatorio de los derechos constitucionales laborales.

¹⁹⁵ En Portugal y Brasil, por ejemplo, cuyas constituciones mencionan expresamente algunos deberes, la doctrina es muy exigua sobre el alcance de las respectivas normas. En Brasil, los manuales de Derecho Constitucional más conocidos no dedican ninguna referencia a los deberes constitucionales. En Portugal, la referencia es muy aligerada y rasa.

La Constitución Española contiene expresa previsión de deberes en disposiciones dispersas a lo largo de su texto, sin una sistematización perceptible, aunque se refiera a “deberes fundamentales” en el comienzo del Título Primero. La palabra “deber” es utilizada textualmente en los artículos: 3.1 (deber de conocer el castellano); 30.1 (deber de prestar ayuda en situaciones de riesgo, calamidad o catástrofe); 32.2 (deberes recíprocos de los cónyuges); 35.1 (deber de trabajar); 39.3 (deber de los padres de prestar asistencia a los hijos); 43.2 (deberes relativos a la salud pública); y 45.1 (deber de conservar el medioambiente). La doctrina también identifica deberes constitucionales en los artículos 27.4 (obligatoriedad de seguir la enseñanza básica); 31.1 (obligatoriedad de contribuir para los gastos públicos) y 76.2 (obligatoriedad de comparecer a las Comisiones de Investigación)¹⁹⁶, aunque el vocablo “deber” no haya sido utilizado directamente en tales preceptos normativos.

Como se puede observar, el catálogo de deberes constitucionales no parece ser muy extenso, pero abarca figuras y estructuras con finalidades visiblemente heterogéneas, tornando difícil su identificación como categoría jurídica única. En aquel rol están incluidos deberes de caracteres muy diversos, con matices cívico-políticos (defender la patria, pagar impuestos, prestar ayuda en casos de emergencia pública), sociales (trabajar, proteger la salud y el medioambiente), familiares (deberes de los cónyuges y de los padres), entre otros¹⁹⁷. Desde otro ángulo, aunque la mayoría de esos deberes representen imposiciones delante del Estado, como elementos de sumisión al poder, algunos de ellos son claramente direccionados a producir efectos en el ámbito de las relaciones privadas (deberes familiares de cónyuges y padres)¹⁹⁸.

¹⁹⁶ En ese sentido: VARELA DÍAZ, S., “La idea de deber constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n.º 4 (en./abr. 1982), pp. 81-82; RUBIO LLORENTE, F., “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n.º 62 (may./ago. 2001), pp. 20, 25-29 y 46-48; ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., “Los deberes en la Constitución española. Esencialidad y problemática”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 23 (2009), p. 278; DÍAZ REVORIO, F. J., “Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. 28 (2011), pp. 296-297, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222189013>, fecha de consulta: 19 de abril de 2017.

¹⁹⁷ RUBIO LLORENTE, F. (“Los deberes constitucionales”, cit., pp. 24 y ss.), propone clasificar los deberes constitucionales en tres grupos, definidos por el interés o finalidad a que sirven: 1) deberes impuestos en interés del Estado; 2) deberes que sirven al interés de la nación o de la cohesión nacional; 3) y deberes anómalos, cuya imposición sirve a otras finalidades.

¹⁹⁸ Por ese motivo, RUBIO LLORENTE no considera tales deberes como deberes constitucionales auténticos, aunque así nombrados por la Constitución. Propone el abandono de “la equiparación artificial entre deberes constitucionales y deberes aludidos en la Constitución” (Los deberes constitucionales, cit., pp. 17-18).

De cualquier manera, la existencia de ese catálogo impide que se consideren los deberes constitucionales como simple consecuencia de la enunciación de derechos, fundamentales o no, por la norma constitucional. O sea, lo que se conoce por deberes constitucionales no puede ser el mero reflejo de los derechos constitucionalmente reconocidos.

En efecto, cada vez que una norma reconoce un derecho, está imponiendo a alguien el deber de respetarlo. En un sentido más amplio, cuando la Constitución prevé una función o una tarea para cualquier órgano público, también le está imponiendo el deber de cumplirla¹⁹⁹. Luego, sería posible identificar deberes en todas las normas constitucionales que proclamen derechos o atribuyan tareas. Se es así, no tendría ningún sentido incluir en el texto constitucional deberes que sólo confirman la existencia de derechos contrapuestos – contrariando el antiguo axioma de la hermenéutica *verba cum effectu, sunt accipienda*²⁰⁰.

En esta perspectiva, el deber de trabajar no puede ser entendido como un simple correspondiente lógico del derecho al trabajo, pues, si así fuese, estaríamos delante de una sobregeneración innecesaria del texto constitucional. Aunque se pueda establecer un vínculo de afinidad entre uno y otro – por eso que son agrupados dentro del mismo artículo –, el deber de trabajar tiene un sentido propio que no se confunde con el simple espejo del derecho al trabajo, como si el cumplimiento del primero solamente pudiese ocurrir mientras se ejerce el último.

El deber de trabajar aparecía disociado del derecho al trabajo en los ordenamientos jurídico-positivos del siglo XIX, con amparo en raíces ético-religiosas (repudio al “pecado” de la pereza). Solamente después, en los ordenamientos de inspiración socialista, se pasó a considerar ese deber como una obligación social²⁰¹. La idea central de ese planteamiento era de que la sociedad tenía el derecho a esperar de sus miembros un trabajo útil y honesto, y por esto, el trabajo sería un deber, “pero el reverso de este deber del hombre es la obligación que tiene la sociedad de crear condiciones

¹⁹⁹ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., “Los deberes...”, cit., p. 281.

²⁰⁰ Como cualquier prescripción general, el aforismo latino no puede ser tenido como una regla absoluta, pero es correcto que no se puede presumir la existencia de expresiones superfluas en la ley. Ver, sobre el asunto: MAXIMILIANO, C., *Hermenêutica e aplicação do direito*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 250-251.

²⁰¹ Así decía, por ejemplo, el artículo 46 de la Constitución Española de 1931.

sociales de vida que permitan a los hombres el desarrollo de sus actividades”²⁰².

Pero, la correspondencia perfecta entre el deber y el derecho no tiene como resistir en una economía de libre mercado, como destaca Sastre:

De cualquier forma, lo que interesa resaltar es que la vinculación entre el derecho al trabajo y el deber de trabajar que se produce en algunos textos constitucionales modernos obedece a un mero reflejo histórico y, en todo caso, no implica una conexión sistemática entre ambas figuras, que presentan, en mi opinión, rasgos propios que abonan una separación o autonomía de las mismas. Tal sería la valoración que ha de efectuarse respecto de la presencia, junto al derecho, del deber de trabajar en el artículo 35.1 CE, en consonancia con su pertenencia a los ordenamientos jurídicos occidentales en los que, a diferencia de los ordenamientos de corte socialista, la rigurosa simetría establecida entre deber y derecho se halla muy atenuada, no pudiéndose hablar del primero como inevitable compañero de viaje del segundo.²⁰³

En la misma línea de pensamiento sigue Rubio Llorente, para quien el deber de trabajar, así como los deberes constitucionales previstos en los artículos 3, 27.4, 30 y 31 CE, estarían dotados de autonomía, “no (serían) simple consecuencia directa de derechos o institutos que la Constitución garantiza, o de potestades que atribuye”²⁰⁴.

Otros defienden, por otro lado, que derecho y deber se funden en una sola figura de derecho-deber o derecho-función, dirigido exclusivamente al Estado, no como una carga o una ventaja, sino como “reconocimiento de un ámbito de intervención al poder público para procurar el cumplimiento de valores o funciones como son la defensa del Estado, el trabajo, la conservación del medio ambiente o la educación”²⁰⁵. Algunos ubican ese supuesto derecho-deber en el ámbito privado, como obligación impuesta al trabajador en el curso de una relación contractual, en contraste con el derecho al trabajo, entendido como protección contra el despido sin justa causa, también ejercido en ese ámbito, aunque ese deber también pudiese actuar en el momento de acceso al empleo

²⁰² DE LA CUEVA, M., “La estabilidad en el empleo”, cit., p. 21.

²⁰³ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 92.

²⁰⁴ RUBIO LLORENTE, F., “Los deberes constitucionales”, cit., p. 20.

²⁰⁵ VARELA DÍAZ, S., “La idea de deber constitucional”, cit., pp. 85-86.

(como la pérdida de las cuotas por desempleo, en caso de renuncia a un puesto de trabajo)²⁰⁶.

El problema en aceptar esa idea de derecho-función en relación al derecho al trabajo es que, de acuerdo con lo ya reconocido en la STC 22/1981, ese derecho tiene una estructura compleja, que difunde efectos incluso en la esfera privada, asumiendo una vertiente individual y otra colectiva, ubicándose más allá de un mero mandato dirigido al Estado – aunque también lo sea. Consecuentemente, esa simbiosis perfecta con el deber de trabajar, como si fuese un único objeto compuesto de facetas simétricas, se vuelve difícil de sostener.

Observa Martín Valverde que el derecho-deber de trabajar se ha fundido en una institución jurídica unitaria “en los países inspirados en el modelo soviético, en los que la organización social de la economía ha borrado la diferencia entre lo público y lo privado” y “en los que la ideología productivista se ha expandido en legislación sin el límite de las libertades civiles”, pero el mismo no puede ocurrir en las democracias occidentales, en que no es posible ofrecer garantías plenas de satisfacción del derecho al trabajo y el deber de trabajar no puede configurarse como una obligación coercible²⁰⁷.

La autonomía del deber de trabajar en relación al derecho al trabajo es una noción compartida por Alarcón, para quien, el primero representaría algo general y difuso, consistente en la obligación de desempeñar una actividad o función que contribuya al progreso de la sociedad, concluyendo que “si libertad profesional y derecho al trabajo hunden sus raíces, respectivamente, en los dos pilares básicos de la libertad y la igualdad, el deber de trabajar se asienta en el tercero de esos pilares: la solidaridad”²⁰⁸. De igual manera, Monereo Pérez entiende el derecho al trabajo como un derecho de participación en la vida económica, al paso que el deber de trabajar se encuentra vinculado “a la obligación del ciudadano activo de ser útil socialmente en solidaridad con todos aquellos que forman parte de la Comunidad política de pertenencia”²⁰⁹.

²⁰⁶ DÍAZ REVORIO, F. J., “Derechos humanos y deberes fundamentales...”, cit., p. 75.

²⁰⁷ MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 193-196.

²⁰⁸ ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo...”, cit., pp. 36-37.

²⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., “Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 1, 2003 (Ejemplar dedicado a: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela universitaria de Relaciones laborales de la UPV/EHU), p. 127.

Una vez definido que estamos delante de institutos jurídicos autónomos, aunque dotados de innegable afinidad, resta saber en qué consiste el deber de trabajar – que no puede ser una mera consecuencia del derecho al trabajo.

Es preciso considerar que la Constitución no contiene ninguna regla impositiva de sanción, o de alguna consecuencia jurídica, para la hipótesis de incumplimiento de ese deber – como, por lo demás, ocurre con los demás deberes constitucionales – no permitiendo extraer una eficacia directa e inmediata delante de los particulares. Así siendo, el destinatario inmediato de los deberes constitucionales tiene que ser el legislador, al que corresponde darles el contenido que le parezca más adecuado²¹⁰. Para Alegre Martínez, “la eficacia normativa del establecimiento de deberes por la Constitución consiste en dar cobertura, poner límite y proporcionar justificación a las obligaciones concretas que el legislador pueda establecer como desarrollo de esos deberes”²¹¹. Esa configuración legislativa, es obvio, no es libre de cualquier condicionante, encuentra límites en el ordenamiento constitucional como un todo, debiendo necesariamente respetar los derechos y los principios plasmados en la Constitución.

En el caso del deber de trabajar, existe un consenso en cuanto al hecho de que no se puede imponer a nadie que ofrezca su trabajo en contra su voluntad, merced de la expresa prohibición de la pena de trabajos forzados (art. 25.2 CE), de la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1) y del propio derecho general de libertad (art. 17.1) y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1).

En un sistema que reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33.1 CE), la pregunta hecha por Alarcón va directa al punto central del problema: “¿hay algún sentido – que no sea metafísico – en obligar a trabajar a quien puede vivir de las rentas de sus propiedades?”²¹². Es evidente que el rentista que viva exclusivamente del disfrute pasivo de sus bienes no puede ser forzado a asumir un puesto de trabajo; y si no es posible obligar al ocioso rico a trabajar, tampoco se vuelve jurídicamente aceptable hacerlo en relación al ocioso pobre, aunque sea en una situación ideal de pleno empleo. Impresionado con esa dificultad práctica de implementación del deber de trabajar, el jurista andaluz proponía conducir ese deber al principio de solidaridad social, de forma

²¹⁰ RUBIO LLORENTE, F., “Los deberes constitucionales”, cit., p. 21.

²¹¹ ALEGRE MATÍNEZ, M. A., “Los deberes...”, cit., p. 288.

²¹² ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo...”, cit., p. 38.

que se pudiera enunciar como “prohibición de vivir de la explotación del trabajo ajeno”, lo que representaría, en su modo de ver, “un simple homenaje retórico del vicio a la virtud”²¹³.

Por su parte, entendiendo estar presente una inexigibilidad radical, Rubio afirma que “en cuanto que impone, de manera general y abstracta, un deber jurídicamente inexigible, el enunciado del artículo 35 es, no un enunciado jurídicamente irrelevante, sino un absurdo”²¹⁴. Sin embargo, ¿será que no se puede extraer un significado mínimo del texto constitucional, al punto de atribuirle el defecto de devaneo absurdo? ¿Será que el legislador no podrá, de ninguna manera, dar un mínimo de configuración a ese mandato constitucional?

Hay una corriente de pensamiento que predica el deber de trabajar una vertiente individual, ubicándolo “en el marco de un puesto de trabajo al que ya se ha accedido libremente, y supone en definitiva el cumplimiento de las cargas y prestaciones inherentes a dicho puesto”²¹⁵. Ocurre que la obligación de prestar servicio en el ámbito de una relación de empleo es resultante del propio contrato de trabajo y persiste también en los ordenamientos jurídicos que no contienen la previsión constitucional de un deber de trabajar. Si las obligaciones derivan directamente del contrato, estaría fuera de propósito elevarlas a la condición de deber constitucional. Por eso, parece más coherente ubicar el deber de trabajar en la esfera pública, un mandato al legislador para que lo desarrolle en el seno de las relaciones entre ciudadano y Estado.

Aunque el rayo de acción legislativa sea, de hecho, muy pequeño, la enunciación del deber de trabajar tiene la virtud de exhortar la solidaridad social y de confirmar el trabajo como un valor fundante de la sociedad. De forma más concreta, autoriza el legislador a considerar la voluntad de trabajar un condicionante para el acceso a algunas prestaciones en el ámbito de la Seguridad Social, notablemente el subsidio por desempleo²¹⁶ – como ocurre con el compromiso de actividad previsto en los arts. 299 y 300 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto

²¹³ Idem, p. 39.

²¹⁴ RUBIO LLLORENTE, F., “Los deberes constitucionales”, cit., p. 31.

²¹⁵ DÍAZ REVORIO, F. J., “Derechos humanos y deberes fundamentales...”, cit., p. 75. Así también SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Artículo 35: Derechos laborales”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo III (dir. Alzaga Villaamil, O. y Díez-Picazo Giménez), Madrid: Editorial Edersa, 1996, p. 577.

²¹⁶ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., pp. 93-94. También así: CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, pp. 106-107.

Legislativo n. 8/2015, de 30 de octubre)²¹⁷.

En esa perspectiva, el deber de trabajar ha asumido algún sentido en el requisito de querer trabajar, de estar disponible activamente para aceptar una oferta de empleo adecuado y de participar de acciones de capacitación y de recualificación profesional, para fines de acceso o conservación de las prestaciones por desempleo²¹⁸.

Es necesario tener en mente, sin embargo, que el deber de trabajar no puede desvirtuar la dimensión del derecho al trabajo y de la libertad profesional, forzando el desempleado a aceptar cualquier ocupación y dejando de lado la profesión elegida o la cualidad del empleo²¹⁹. Se impone observar, en caso español, los estándares mínimos para el empleo ofertado, establecidos en el Convenio 44 de la OIT, ratificado por este país en 1971²²⁰, así como respetar los límites impuestos por los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos.

5.6 Derecho al trabajo y libertad de trabajar

Otra cuestión que puede suscitar dudas en la lectura del art. 35.1 CE, dice respecto a la relación entre el derecho al trabajo y la libertad de elección de profesión u oficio. ¿Serían ellos la misma cosa? ¿Estaría la segunda contenida en el primero? ¿O estarían

²¹⁷ Según el art. 300 de la LGSS, “se entenderá por compromiso de actividad el que adquiriera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en el artículo anterior”.

²¹⁸ Cf. MONEREO PÉREZ, J. L., “Las nuevas políticas...”, cit., p. 128,

²¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. (“Las nuevas políticas...”, cit., passim) hace una pertinente crítica a la tendencia de oposición de la idea de empleabilidad con el derecho a la profesionalidad, en detrimento de este último, de modo a generar una inaceptable erosión del derecho al trabajo en nombre del deber de trabajar.

²²⁰ Según el artículo art. 10 de ese Convenio, el subsidio podrá ser suspenso si el solicitante rechazar un “empleo conveniente”, esclareciendo que no debe ser considerado conveniente: a) un empleo cuya aceptación implique la residencia en una región donde no pueda conseguirse un alojamiento adecuado; (b) un empleo cuyas condiciones de trabajo sean menos favorables que las que el solicitante hubiera podido esperar, dada su profesión habitual, en la región en que estaba generalmente empleado; c) un empleo que se encuentre vacante en virtud de una suspensión del trabajo causada por un conflicto de trabajo; d) un empleo que, por una razón diferente de las indicadas anteriormente y habida cuenta de todas las circunstancias y de la situación personal del solicitante, pueda ser rechazado con fundamento por el interesado.

dotados de completa autonomía?

Partiendo de una interpretación puramente textual, sería forzoso concluir que, así como el deber de trabajar, la libertad profesional no se confunde con el derecho al trabajo. Si así no fuese, la Constitución incurriría en redundancia, lo que significaría un sorprendente reconocimiento de la existencia de palabras inútiles en un texto tan conciso – algo a ser evitado, siempre que sea posible, en materia de interpretación constitucional.

Aunque dejando a un lado la sencillez de la interpretación gramatical, se impone considerar que la libertad profesional tiene una génesis y un sentido distintos cuando se compara con el derecho al trabajo, aunque sus destinos se hayan cruzado eventualmente y sea innegable, en los días actuales, una estrecha conexión entre una y otro.

En efecto, la libertad profesional surgió con la Revolución burguesa, en consonancia con la idea de libertad general, como contraposición a los gremios corporativos del sistema feudal. El art. 17 de la segunda Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano rezaba que “ningún tipo de trabajo, de cultura o de comercio puede ser prohibido a la actividad de los ciudadanos”, de modo que la libertad de trabajo aparece conectada con la libertad de empresa y del ejercicio de actividades autónomas²²¹.

El derecho al trabajo, a su vez, ha echado raíces en el principio de la igualdad y, aunque estuviese en las cogitaciones de algunos revolucionarios franceses²²², solamente vino a ser efectivamente positivado en los ordenamientos jurídicos del siglo XX. En vez de concebido como una libertad pura (derecho a la no intervención), desde el inicio fue pensado como derecho a prestaciones estatales de promoción de igualdad y de remoción de obstáculos al acceso y al mantenimiento de un puesto de trabajo.

Es bien verdad que estos derechos se entrecruzan en la DUDDHH de 1948, que los pone lado a lado en el art. 23.1, y terminan amalgamados en el PIDESC de 1966, cuyo art. 6.1 establece que los Estados Partes “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. Fórmula semejante, si bien más concisa, fue utilizada por la Carta Social Europea de 1961 (Parte I, 1) y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, por la cual “toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada” (art. 15.1).

²²¹ A ese respecto, ver: ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo...”, cit., pp. 33-34.

²²² Idem, pp. 16-17.

En contra de lo que pueda parecer, no obstante, esa mezcla entre la libertad y el derecho de trabajar no ocurrió naturalmente, sino que deriva de una deliberada intención de ampliar los horizontes del derecho al trabajo en favor de su efectividad. Es que, ante las fundadas dudas sobre la potencialidad del derecho al trabajo en un clima de completa libertad económica, presentarlo exclusivamente como un derecho a prestaciones podría poner en riesgo su propia existencia. De ahí porque, a partir de la construcción doctrinaria italiana, después exportada para otras tierras, se desarrolló una configuración bifronte del derecho al trabajo, reconociéndole una faceta prestacional y otra de libertad, volviéndolo más operativo y posibilitando la pretensión de su vigencia inmediata y, al mismo tiempo, proyectando en contra los obstáculos existentes en el acceso a los puestos de trabajo disponibles.²²³

Sin embargo, no hay dudas que la libertad de trabajar tiene un sentido propio, que se proyecta más allá del trabajo por cuenta ajena – acercándose, muchas veces, de la libertad de empresa (art. 38 CE) e incluso de la libertad de residencia y de circulación (art. 19 CE) –, mientras el derecho laboral asume algunos matices prestacionales que no lo dejan confundir con una mera libertad de ejercer una actividad profesional. La existencia de puntos de intersección para conectar las dos figuras no significa que puedan ser consideradas como un único objeto:

En la Constitución española, derecho al trabajo y libertad profesional están claramente diferenciados, y no parecen existir razones que aconsejen su integración conceptual. Conviene señalar, en todo caso, que la libertad profesional añade un matiz importante al ejercicio del derecho al trabajo: La pretensión de una ocupación remunerada en que el mismo consiste sólo se satisface plenamente cuando dicha ocupación corresponde a la profesión u oficio del trabajador en busca del empleo. El derecho al trabajo se concreta, así, como derecho a un trabajo adecuado a la cualificación profesional del trabajador en busca de empleo.²²⁴

Pese al entendimiento doctrinario destacado anteriormente, el TC parece reconocer la absorción de la libertad profesional por el derecho al trabajo al declarar, en

²²³ Cf. SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., pp. 89-90.

²²⁴ MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar...”, cit., pp. 196-197.

la clásica STC 22/1981, de 2 de julio, que “la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud iuris et iure carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial”. Así, el Alto Tribunal señala que la libertad de trabajar haría parte del contenido esencial del derecho al trabajo, negándole autonomía conceptual.

En la misma sentencia, no obstante, aquel Tribunal amplía la noción de derecho al trabajo para además de una simple libertad de trabajar, al añadir otros aspectos que van desde el acceso y la manutención de un puesto de trabajo hasta el direccionamiento de la acción estatal a la búsqueda del pleno empleo. Luego, al seguir esa línea argumentativa, la libertad de trabajar estaría vinculada al derecho al trabajo y constituiría solamente uno de los aspectos del núcleo esencial de este²²⁵.

Es importante destacar que la libertad de trabajar se relaciona con la elección de la profesión u oficio y, no necesariamente, al ejercicio de cualquier actividad. Esto porque la Constitución permite la exigencia de habilitación profesional al posibilitar al legislador la reglamentación “de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas” (art. 36 CE).

De esa manera, la ley podrá exigir, para el ejercicio de determinadas profesiones, especialmente cuando estén relacionadas con la vida, integridad y seguridad de las personas, titulación académica y “especial protección que las proteja frente a cualquier intromisión que pudiera suponer lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos”, tornando viable incluso la criminalización de su ejercicio irregular (STC 111/1993, de 25 de marzo).

También para actividades profesionales no sujetas a la titulación académica, el TC ha entendido ser posible, como “medio necesario para la protección de intereses generales”, la exigencia de “previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud” (STC 122/1989, de 6 de julio).

En cuanto a la colegiación obligatoria como requisito exigido por ley para el ejercicio de determinadas profesiones, criticada por algunos como “una normativa

²²⁵ Esa incorporación de la libertad de trabajar en el contenido del derecho al trabajo, hecha por el TC en la STC 22/1981 y otras posteriores, es objeto de oportuna crítica de SASTRE IBARRECHE, R. (*El derecho al trabajo*, cit., pp. 134-137).

corporativista y de fuerte sabor gremial”²²⁶, el TC ha entendido que no vulnera la libertad asociativa, activa o pasiva, tampoco constituye un obstáculo para la elección profesional; pero, cabe al legislador restringir tales derechos lo mínimo posible, de manera que “al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, ha de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público” (STC 89/1989, de 11 de mayo).

La libre elección de profesión u oficio debe ser entendida bajo un doble punto de vista: primero, el de la libertad de elegir una actividad laboral o profesional y de “prestar una actividad en régimen de libertad, sin más limitaciones que las resulten necesarias y respondan a objetivos de interés general o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás, dentro del respeto al principio de proporcionalidad”²²⁷; segundo, el de la libertad de rechazar un puesto de trabajo concreto y a no verse obligado a trabajar en una actividad que no haya sido voluntariamente aceptada. En su primera vertiente, presenta una tensión con el art. 36 CE – que la limita expresamente – y, en consecuencia, se conecta con los derechos de acceso a la educación, a la cultura y a la formación profesional (arts. 27, 44.2 y 40.2 CE), ya que la libertad de elección de una profesión no podrá ser ejercida plenamente caso no haya condiciones de acceso a la habilitación exigida en ley. En cuanto a su vertiente negativa (rechazar un puesto de trabajo), esa libertad actúa en tensión con el deber de trabajar cuando del acceso a prestaciones de seguridad social, como visto en el tópico anterior.

5.7 El derecho al trabajo de los penados

En el análisis del derecho al trabajo en la Constitución española, no se puede dejar a un lado lo dispuesto en el art. 25.2, según el cual “el condenado a pena de prisión que esté cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo”, respetados los límites decurrentes de la propia pena y del régimen penitenciario,

²²⁶ ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo...”, cit., p. 35.

²²⁷ FITA ORTEGA, F. y GUAMÁN, A., “Algunas cuestiones en torno a la construcción social europea...”, cit., p. 121.

reconociéndose que “en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social”.

La primera duda que puede atormentar al intérprete es si el derecho al trabajo del penado asumiría un carácter autónomo y especial, apartado de los entornos jurídicos del derecho al trabajo atribuido a los ciudadanos libres (art. 35.1 CE), como sugiere su inserción en un artículo específico sobre pena de privación de libertad, ubicado entre los derechos fundamentales con protección reforzada (Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I).

En cuanto a esta diferenciación tópica, aseguran Palomeque y Álvarez, que esto no significa que el derecho al trabajo de los penados posea rasgos conceptuales distintos de aquéllos referentes al derecho al trabajo general, sino solamente que dispone de una protección constitucional más reforzada, “fundada realmente en la muy diferente situación jurídica del titular del derecho, la que media entre un ciudadano libre y aquel otro que cumple una pena privativa de libertad”. Y concluyen que la diferencia más relevante entre el derecho al trabajo general y el específico de los penados reposa en el sujeto obligado a satisfacerlo: en el primer caso, considerando el sistema de economía del mercado, la oferta de un empleo adecuado es llevada a cabo prioritariamente por el empresario, que no puede ser forzado a contratar el trabajador; en el caso del interno del sistema penitenciario, diversamente, recae sobre el Estado la obligación de ofrecer un puesto de trabajo²²⁸.

En efecto, el destaque dado por el texto constitucional español al trabajo del penado se basa fundamentalmente en la necesidad de realzar el deber de la Administración penitenciaria de ofrecer, ella misma, una actividad laboral a los internos, los cuales, de lo contrario, no podrían ejercer su derecho al trabajo. Por eso mismo, considerando la necesidad de una actuación directa de los poderes públicos para implementar ese derecho, la Constitución le dio un nivel mayor de garantías²²⁹. Pero, esto no permite afirmar que se trata de un derecho de contenido material diferente de aquel previsto para los trabajadores en general en el art. 35.1 CE.

En la visión de Bartolomé Cenzano, el art. 25.2 no contiene un derecho al trabajo

²²⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., pp.119-120.

²²⁹ En ese sentido apunta SASTRE IBARRECHE que, sin embargo, afirma que el derecho al trabajo de los penados no es un simple reflejo del reconocimiento general del derecho de todos los ciudadanos (*El derecho al trabajo*, cit., p. 139). Más adelante, el autor viene a admitir un carácter unitario del derecho al trabajo (pp. 142-143)

específico de los condenados, sino una tutela reforzada del derecho al trabajo para aquel colectivo, en la forma de un principio orientador de los poderes públicos de que no pueden privar a los reclusos del derecho al trabajo que tienen como ciudadanos, ni limitar tal derecho por motivos no fundados en la propia naturaleza de la pena. De esa manera, el derecho del recluso consistiría en no ser discriminado en el acceso al empleo y de mantener el empleo caso no haya una justa causa para el despido, del mismo modo que cualquier otro trabajador²³⁰.

De hecho, la inserción del derecho al trabajo entre los derechos de los reclusos no parece tornarlo sustancialmente diferente del derecho que les toca a los ciudadanos libres, sólo deja a muestra la intención constitucional de enviar un tríptico mandamiento a los poderes públicos: a) primero, los condenados a la pena de prisión no pueden ser privados de todos los derechos que tienen como ciudadanos, pero solamente de aquéllos que sean incompatibles con el cumplimiento de la pena; b) segundo, el derecho al trabajo no puede ser incluido genéricamente entre los derechos incompatibles con la situación de pérdida de libertad personal; c) tercero, deja claro que cabe a la Administración penitenciaria proveer un empleo adecuado al penado.

Recordando las reglas de la Naciones Unidas para protección de los reclusos, Bueno Arús comparte el entendimiento de que la relación entre el preso y el órgano penitenciario que ofrece un trabajo productivo debe tener la misma naturaleza de aquella que se da entre empleado y empleador, resguardadas tan solamente a las limitaciones provenientes de la propia pena:

El segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Londres en agosto de 1960, al estudiar este tema, consideró prevalente la opinión de que el trabajo de los reclusos debe ser considerado como parte del trabajo en general, es decir, no como un fenómeno característico penológico o penitenciario, sino como la continuación del ejercicio de una actividad que es (o debe ser) común a todos los hombres y que la prisión no hace sino integrar dentro de su propio sistema, a veces estableciendo limitaciones imposibles de evitar, pero de ningún modo metamorfoseando la naturaleza de aquél. Tal directriz parece la más

²³⁰ BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El marco constitucional del trabajo penitenciario*, Valencia: Nomos, 2002, p. 37.

acorde con el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ("Toda persona tiene derecho al trabajo") (3) y encuentra cierto reflejo en la norma 60/1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por el Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Ginebra en 1955 ("El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida de prisión y la vida libre...").²³¹

Fue siguiendo esa directriz que el Estatuto de los Trabajadores vino a consagrar, en el ámbito legislativo, la naturaleza laboral del trabajo de los penados, aunque reconociendo su carácter especial – así como lo hizo en lo que concierne a una serie de otras relaciones laborales que tienen algún tipo de especificidad (art. 2.1). Dado su carácter especial, la relación de trabajo existente entre el penado y el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias es regulado por el Decreto 782/2001, de 6 de julio, preservándose los derechos básicos del trabajador preso. Se ve que no hay, en el plan legal, una diferencia conceptual o sustantiva que sostenga la tesis de que el derecho al trabajo de los reclusos no está abarcado por el derecho al trabajo reconocido a los ciudadanos en general – salvo si se entiende que el nivel de garantías representa un rasgo esencial del propio contenido del derecho.

Además, en lo que concierne a tales garantías reforzadas, la jurisprudencia constitucional terminó por no darles toda la amplitud práctica que las doctrinas criminal y laboral imaginaron a un principio – en el sentido de que los presos serían los únicos que tendrían el derecho subjetivo a reclamar en juicio un puesto de trabajo²³². Caminando en sentido diverso, el TC adoptó una interpretación restrictiva que redujo significativamente la posibilidad de entregar inmediatamente a cada recluso, por vía judicial, un empleo específico.

Por esa senda, aunque no haya negado el carácter de derecho subjetivo fundamental al derecho al trabajo del penado, el TC le dio una configuración de “derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme

²³¹ BUENO ARÚS, F., “Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. II: La reforma penitenciaria, *Cursos e Congresos n.º 12*, Santiago de Compostela: Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1978, pp. 257-258.

²³² Véase, por ejemplo: ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo...”, cit., p. 29; BUENO ARÚS, F., “Algunas cuestiones...”, cit., pp. 269-270.

a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata” (STC 172/1989, de 19 de octubre). En la misma sentencia, el Alto Tribunal dejó claro que:

De acuerdo con los citados criterios, reiteradamente expuestos por la jurisprudencia de este Tribunal (AATC 256/1988, 1.112/1988, 95/1989 y PTC de 13 de marzo de 1989, RA 1.573/1988), la Administración Penitenciaria debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido, arbitrando las medidas necesarias a su alcance, y observando mientras tanto no se consiga el pleno empleo de la población reclusa, el orden de prelación que el art. 201 del Reglamento Penitenciario establece para distribuir los puestos de trabajo disponibles. Pero únicamente tendrá relevancia constitucional el amparo del derecho al trabajo del penado si se pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria.

Esta misma línea de argumentación fue utilizada en la STC 17/1993, de 18 de enero, en la cual se afirmó que “en el derecho al trabajo del interno predomina así su carácter de derecho a prestación en cuanto que para hacerlo efectivo exige la organización de un sistema de prestación”, constituyendo una obligación de la Administración Penitenciaria de, en la medida de sus posibilidades, proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo, no admitiéndose su exigencia inmediata por el penado cuando existe realmente la imposibilidad de satisfacerlo.

En la práctica, por lo tanto, el TC extrajo del art. 25.2 un principio por el cual el Poder Público debe tener una acción penitenciaria volcada al pleno empleo para los reclusos, de la misma forma que la política social y económica deberá estar orientada al pleno empleo para la población en general (art. 40.1), no reconociendo al penado el derecho de reivindicar judicialmente un puesto de trabajo, salvo si ese puesto existe y el reclamante ha sido objeto de discriminación en el acceso a él. Es verdad que, en ese aspecto, la acción estatal debería estar sujeta a un control judicial mayor, porque sería, por lo menos en hipótesis, siempre posible de verificar si los límites presupuestarios permiten la creación de nuevos puestos de trabajo y si determinada política penitenciaria produce resultados concretos en el sentido de implementar el desarrollo deseado, pero,

del punto de vista individual, el derecho al trabajo del penado sufrió una considerable deshidratación.

De cualquier forma, un aspecto importante de los pronunciamientos del TC sobre el art. 25.2 ayuda a entender mejor la configuración del derecho al trabajo como un todo. Conforme destaca Rafael Sastre, la naturaleza prestacional del derecho al trabajo – que no estaba muy clara en la STC 22/1983, de 23 de marzo – debe ser trasladada al ámbito del derecho al trabajo de la población en general²³³. En otras palabras, el derecho al trabajo no suscita solamente el deber del Estado de abstenerse de actos que perturben su realización (dimensión negativa), pero trae también una carga prestacional que impone una acción positiva del Estado, direccionada al pleno empleo y a la protección legal del trabajo por cuenta ajena.

5.8 La relación necesaria entre derecho al trabajo y política de empleo: el derecho al trabajo en su dimensión colectiva

Insertado en los principios rectores de la política económica y social (capítulo III del título I), el art. 40.1 de la Constitución española encomienda a los poderes públicos promover “las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica” y finaliza estableciendo que estos mismos poderes públicos “realizarán una política orientada al pleno empleo”. En complemento, el párrafo 2 del mismo dispositivo determina a los poderes ‘públicos, fomentar “una política que garantice la formación y readaptación profesionales”, velar “por la seguridad e higiene en el trabajo” y garantizar “el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

Las primeras manifestaciones doctrinarias sobre la Constitución de 1978 ya hacían una relación directa entre el derecho al trabajo enunciado en el art. 35.1 y la

²³³ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 142. En ese punto de su narrativa, el autor deja claro que la doctrina sentada a propósito del derecho al trabajo de los penados “debe ser también trasladada al ámbito general de todos los ciudadanos porque, independientemente del factor subjetivo e, incluso, de localización en el seno de la propia norma constitucional, la naturaleza de un derecho no puede variar a causa de dichos factores”.

política de empleo a la cual alude en el art. 40.1²³⁴. Esa interpenetración también fue proclamada por el TC, a partir de la emblemática STC 22/1981, que identifica en el derecho al trabajo una característica bifronte – ubicando en el art. 35.1 su faz individual y en el art. 40.1 su manifestación colectiva.

La percepción de que una política de pleno empleo constituye un instrumento de garantía del derecho al trabajo no es propiamente una novedad introducida por el constitucionalismo español, pues ya venía plasmada en normas internacionales y en el pensamiento jurídico, antes mismo de la promulgación de la Carta de 1978.

El Convenio 122 de la OIT sobre la política de empleo, de 1964, en su preámbulo, invoca el derecho al trabajo reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos como justificativa para la adopción de una política activa destinada a fomentar el pleno empleo; esa relación es reforzada en el artículo 1.1, que conecta la política de fomento de empleo a la elevación del nivel de vida, en especial, en el artículo 1.2, según el cual, la política indicada deberá tender a garantizar:

- a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;
- b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;
- c) que habrá libertad para escoger empleo y cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.

La política de empleo, de esa manera, surge en aquel pacto internacional de brazos dados con el derecho al trabajo, como garantía de que todos los que quieran, puedan tener acceso a un puesto de trabajo productivo y de calidad, por el cual tengan condiciones de desarrollar sus potencialidades sin sufrir discriminación.

Esa conexión también aparecía desde la primera versión de la Carta Social Europea de 1961, por la cual las partes contratantes se comprometían, con vistas a garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo a “reconocer como uno de sus

²³⁴ Véase, e.g.: ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo...”, cit., pp. 30-31; MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar...”, cit., pp. 199-201; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 118.

principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo” (Parte II, art. 1.1).

Así las cosas, no es de extrañar que, en la Recomendación n. 18 (párrafo 19), el CDESCR haya entendido que la principal obligación de los Estados Partes, en lo que concierne a garantizar la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo, sería adoptar “tan rápidamente como sea posible, medidas dirigidas a lograr el pleno empleo” (vide tópico 2.1 retro).

Se trata de una cuestión puramente lógica, ya que, en el seno de una economía de libre mercado, el Estado no puede asumir el papel de principal empleador, distribuyendo empleos a quien desee trabajar, pero puede actuar en las políticas económica y social para que la oferta de empleos sea la más alta posible. Según Monereo Pérez, “el pleno empleo es un principio jurídico-constitucional de carácter vinculante que tiene una función reguladora, sistemática y conformadora del orden económico adecuado para alcanzarlo efectivamente”²³⁵. La obligación estatal, de ese modo, es de intervenir en el mercado de trabajo para corregir disfunciones y promover el encuentro de oferta y demanda de empleo.

Cuanto mayor sea la oferta de empleos, mayor será el grado de realización del derecho al trabajo, mejores serán las condiciones de trabajo en general, más empoderada estará la clase trabajadora en la mejora de condición social²³⁶, menores serán las desigualdades personales y más fortalecida estará la participación democrática.

Si la política de pleno empleo es el instrumento de realización del derecho al trabajo y este es un factor de integración del individuo en la sociedad democrática (en el proceso social) y condición para la democracia misma, se puede comprender el porqué la política de

²³⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho ‘al trabajo’ en la ‘sociedad del riesgo’?”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 126 (2014), p. 50.

²³⁶ Estudios en el área de la economía demuestran la relación directa entre la oferta máxima de empleo y los incrementos de renta del trabajo asalariado y el consecuente empoderamiento de los trabajadores, además de la disminución de la pobreza y de la criminalidad. Ver, e. g.: BAKER, D. y BERNSTEIN, J., “Getting Back to Full Employment...”, cit.; BERNSTEIN, J. y BAKER, D., *The Benefits of Full Employment: When Markets Work for People*, Washington D.C.: Economic Policy Institute, 2003; PALLEY, T., “Reviving Full Employment Policy: Challenging the Wall Street Paradigm”, *IPi Briefing Paper*, n.º 191 (jun. 2007), disponible en <http://www.epi.org/publication/bp191/>, fecha de consulta 15 de mayo de 2017.

empleo (ampliamente entendida) ha sido considerada como un elemento inherente a la forma política del Estado social contemporáneo. Éste se ha caracterizado muy especialmente por su compromiso con el empleo, y con la desmercantilización relativa del trabajo, pues, como decía Hugo Sinzheimer, el Derecho social tiene como misión impedir que el hombre sea tratado igual que las cosas.²³⁷

En el plan constitucional, consecuentemente, el deber del Estado español no se agota con la adopción de una legislación protectora de la relación de empleo – dando cobertura solamente a la parcela de la población que se encuentre empleada –, pero abarca también la dimensión pública del derecho al trabajo, que impone la realización de una política que conduzca al pleno empleo, o sea, a la inserción de los ciudadanos en el mercado de trabajo formal (relación de empleo típico), de acuerdo con orientación contenida en el art. 40.1 CE.

Como bien observa Sastre, el pleno empleo se pone como presupuesto del derecho al trabajo y, simultáneamente, se reviste de un carácter instrumental en relación a este, ambos operando en niveles diferentes, ya que, “mientras el pleno empleo parece referirse a una concreta situación de la sociedad considerada en su conjunto, el derecho al trabajo apuntaría a una cierta posición del individuo en relación con el desarrollo de actividades laborales”²³⁸.

Sostiene Baylos que, en la búsqueda de aquel objetivo constitucional, los poderes públicos se revisten de una función orientadora, vía acción legislativa o reglamentaria, de las decisiones empresariales sobre contratación, formación u opciones organizativas; una función intervencionista más fuerte sobre algunos aspectos de las decisiones de los empresarios relacionadas al empleo, como el control sobre despidos colectivos; una competencia para realización de políticas de empleo activas y pasivas (formas de encuadramiento, medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo, promoción de empleo de colectivos con dificultades de inserción en el mercado laboral, estructura de tutela del desempleo, formación y recualificación profesional, etc.)²³⁹.

Legalmente, la política de empleo es definida como el conjunto de decisiones

²³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., “¿Qué sentido jurídico-político...?”, cit., p. 73.

²³⁸ Idem, p. 81.

²³⁹ BAYLOS. A., “El derecho al trabajo como un derecho constitucional”, cit., pp. 40-42.

adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción y a la debida protección de las situaciones de desempleo²⁴⁰. Adviértase, sin embargo, que la política orientada al pleno empleo, como mandamiento constitucional, no se puede agotar en la mera regulación del trabajo, la orientación de las prácticas empresariales o en las medidas de inserción laboral. Es indudable que políticas de rango más general y otras afines, como la política económica, la presupuestaria, la fiscal, la educativa, etc., suelen incidir sobre el mercado de trabajo y sobre la calidad de los empleos circunstancialmente generados²⁴¹.

A lo que se ve, los principios rectores de la política social y económica dirigen la acción estatal para la inserción de los ciudadanos en el mercado de trabajo, considerando éste, no como un territorio libre de cualquier regulación, sino como susceptible de orientación y canalización sobre la base del respeto a los derechos de los trabajadores, destinatarios de una protección especial –sin olvidar el necesario respeto a la libertad de empresa (art. 38 CE).

Es natural, por lo tanto, que el TC haya entendido, desde las primeras manifestaciones sobre la Constitución de 1978, que la política orientada al pleno empleo, de acuerdo con lo previsto en el art. 40.1, guarda una estrecha relación con el art. 35.1, integrando el derecho al trabajo en su dimensión colectiva, o sea, el derecho a prestaciones positivas del Estado que fomenten la creación de empleos, combatan el desempleo y la precariedad laboral y corrijan desigualdades en la obtención y mantenimiento de un empleo, especialmente en lo que concierne a los colectivos más vulnerables (políticas activas), además de minimizar los impactos del desempleo a través de protección económica (políticas pasivas).

Esta intervención estatal por la política de empleo, entendida como el conjunto de acciones públicas que tienden a la consecución del equilibrio satisfactorio entre la oferta y la demanda de trabajo, puede ocurrir en diversos frentes, simultáneamente o no, involucrando, entre otras medidas posibles: 1) adecuación entre oferta y demanda del empleo por medio de servicio público de intermediación y colocación laboral; 2) políticas públicas de regulación de flujos migratorios; 3) incentivo a la contratación de

240 Art. 1, RDL 3/2015, de 23 de octubre (Texto Refundido de la Ley de Empleo).

241 CRUZ VILLALÓN, J., “*Compendio de Derecho del Trabajo*”, cit., p. 105.

colectivos más vulnerables; 4) prohibición de interposición en el mercado laboral; 5) incentivos a la celebración de contratos estables y a la reducción de la tasa de temporalidad; 6) fomento del empleo vía subvenciones o cotizaciones sociales; 7) reducción del déficit de formación y cualificación profesional, incluso reciclaje; 8) apoyo al emprendimiento y a las cooperativas; 9) reducción del despido mediante control de sus causas, exigencia de procedimiento y regulación de sus consecuencias jurídicas; 10) control del despido colectivo o por motivos económicos; 11) amortiguadores sociales (como el Fondo de Garantía Salarial); 12) sistema de protección por desempleo contribuyente y asistencial.

Es preciso advertir que el pleno empleo no es un objetivo en sí mismo, sino un medio de realización del derecho al trabajo, de consecución del progreso social, de reducción de desigualdades, así como de promoción de la dignidad humana. Por lo tanto, la política de empleo no puede ser dirigida a la creación de trabajo sin derechos, ni debe servir de excusa para el desmonte de la protección laboral, como, desafortunadamente, ha ocurrido en las sucesivas reformas legislativas españolas. “El trabajo — como elemento de ciudadanía — es en sí mismo un factor de integración social, pero puede ser también, por ello mismo, un factor de exclusión social”²⁴². Sólo un trabajo jurídicamente protegido contra la violencia del empleador es un factor de integración social – de lo contrario, será una contribución a la exclusión y a la perpetuación de la desigualdad.

5.9 El diseño constitucional del derecho al trabajo en España: segunda aproximación (ahondando un poco más en la estructura del derecho)

Como ya se ha enfatizado, el punto de partida para la delimitación del contenido del derecho al trabajo en el ordenamiento constitucional español es el artículo 35.1, que, sin mayores detalles, reconoce ese derecho a todos los españoles, al lado de la libertad de elección de oficio o profesión y otros derechos laborales. Es sabido que, en una economía de libre mercado, ese reconocimiento constitucional está lejos de significar que todo ciudadano tenga el derecho de reclamar un puesto de trabajo específico. Es

²⁴² MONEREO PÉREZ, J. L., “Las nuevas políticas...”, cit., p. 73.

necesario, por lo tanto, que se extraiga otro significado del texto constitucional que no lo convierta en papel mojado y sea compatible con el sistema de derechos humanos del cual España es adherente.

Aunque la jurisprudencia constitucional no se haya ocupado con profundidad sobre el derecho al trabajo – que, como ya señalado, no tiene fuerza para suscitar el recurso de amparo –, algunas importantes decisiones, en el ámbito de cuestiones de inconstitucionalidad, esbozaron las líneas maestras de ese derecho, desde la emblemática STC 22/1981, líneas estas que se mantuvieron con pocas alteraciones hasta el 2014, cuando, en el rastro de una crisis económica persistente, el TC emprendió un criticado cambio de rumbo que, a los ojos de muchos, representó una devaluación del programa constitucional y una restricción indebida al derecho al trabajo en su vertiente individual, como veremos más adelante.

5.9.1 El ámbito subjetivo del derecho al trabajo

A una primera lectura, se percibe que el art. 35.1 CE, atribuye el derecho al trabajo a “todos los españoles”, haciendo creer que la titularidad activa de este derecho cabría a la totalidad del universo de individuos de nacionalidad española y solamente a ellos. Esta interpretación literal, sin embargo, no explora todas las posibilidades del texto constitucional, ignorando algunas situaciones en que personas nacidas en España pueden no ser titulares de ese derecho y otras en que los extranjeros pueden asumir esa titularidad.

De pronto, considerando el mandamiento constitucional de protección de la infancia en conformidad con los acuerdos internacionales (art. 39.4 CE), que legitiman el veto del trabajo a menores de dieciséis años (art. 6.1 ET), el derecho reconocido en el art. 35.1 CE, analizado abstractamente, tiene su ámbito de aplicación reducido a los españoles en edad activa y en condiciones de trabajar.

Por otro lado, abordando la cuestión desde un punto de vista concreto a partir de un análisis sistemático de la Constitución, resulta claro que en lo que se refiere a penados en instituciones penitenciarias, su derecho al trabajo está garantizado por el art 25.2 CE, en la medida en que las posibles restricciones derivadas de la sentencia condenatoria lo permitan, tal como ya se ha analizado anteriormente

En lo que concierne a los funcionarios públicos estatutarios, el TC ha reconocido

la titularidad activa del derecho al trabajo fuera del radio de aplicación del art. 35.1, ubicando su ejercicio en una esfera propia, a partir de las reglas especiales de los arts. 103.3 e 149.1.18 y, en lo que se refiere a jueces y magistrados, del art. 122.1 CE²⁴³. Conforme aquel Tribunal, “de la legislación vigente no es posible racionalmente inducir un principio básico que no sea el del tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios públicos y personal laboral”, siendo los primeros sometidos a las reglas del derecho administrativo (art. 103.3 CE) y los últimos guiados por el Estatuto de los Trabajadores (art. 35.2 CE), ubicado en el campo del derecho privado (STC 57/1982).

Esta posición reduccionista recibió críticas doctrinarias importantes, según las cuales, el hecho de estar regladas por un estatuto específico no retira de los funcionarios públicos el derecho al trabajo, una vez que el universo de trabajadores alcanzados por los pactos internacionales no hace esa restricción y el bloque de derechos previstos en el art. 35.1 – elección de profesión u oficio, el empleo como acto de incorporación al mercado de trabajo, las condiciones de trabajo y la carrera profesional – también atiende al personal de la Administración Pública²⁴⁴, además de ser extendido a este personal, el derecho a la libertad sindical, piedra angular de todo el derecho colectivo del trabajo²⁴⁵.

En la STC 178/1989, de 2 de noviembre, el TC presenta un abordaje un poco más relativizado de la cuestión y afirma que “la aplicación del art. 35.1 de la Constitución al ámbito de la función pública, que tiene una regulación específica en la Norma fundamental, no puede hacerse de forma automática”, reconoce que el funcionario público puede ser titular del derecho al trabajo, pero afirma que este derecho puede sufrir influjos de las circunstancias peculiares de la actividad pública y en atendimiento al interés público, como ocurre con el régimen de incompatibilidades.

La separación entre personal laboral y funcionarios públicos solamente ocurre en concreto, *a posteriori*, en el ámbito de la propia relación jurídica de trabajo, dadas las peculiaridades de la Administración Pública y de la natural limitación de la autonomía de la voluntad del administrador. El art. 103.3 CE tiene el objetivo de ajustar las singularidades de los funcionarios públicos, estableciendo un régimen diferenciado para

²⁴³ Véanse las SSTC 57/1982, de 27 de julio, 108/1986, de 29 de julio, y 99/1987, de 11 de junio, entre tantas.

²⁴⁴ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 120; MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia...”, cit., pp. 116-120; PÉREZ AGULLA, S., “Derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 108, 2014, pp. 50-51.

²⁴⁵ MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia...”, cit., p. 117.

el desarrollo de su relación con el órgano para el cual trabaja, pero esto no significa que ellos estén alejados del derecho al trabajo considerado abstractamente. Como señala Rodríguez-Piñero, la normativa internacional postula el reconocimiento de los derechos sociales a los funcionarios públicos, no pareciendo difícil entender también aplicable a estos el art. 35.1 CE, sobre la base del art. 10.2 del mismo texto legal, de modo que la interpretación constitucional sistemática permite “una visión menos aislada y particularista del art. 103,3 de la Constitución, entendiéndose como un <en vez de> sino como un <plus> de la protección constitucional de trabajo (también el del funcionario)”²⁴⁶.

En realidad, existe cierta confusión entre el derecho al trabajo y los derechos que se ejercen en el desarrollo de una relación de trabajo concreta. El Estatuto de los Trabajadores previsto en el art. 35.2 CE, de forma general, tiene su ámbito de aplicación restringido a los trabajadores por cuenta ajena dentro de una relación de empleo típica, que excluye a los funcionarios reglados por el derecho administrativo. En la relación concreta con la Administración, estos últimos estarán bajo la cobertura de las reglas del estatuto administrativo específico. Pero esto no significa que estén, *a priori* y abstractamente, excluidos de la posibilidad de postular el ejercicio del derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1. Analizando de cerca las manifestaciones del TC, se constata que no fue negado que el funcionario público estuviese fuera del ámbito genérico del derecho al trabajo, sino se asentó que, en su relación concreta con la Administración, el foco constitucional reside en el art. 103.3, así como el trabajo de los penados tiene asiento en el art. 25.2.

Lo que resulta de una interpretación meramente abstracta del art. 35.1 es que el derecho al trabajo afecta a todos los que se encuentran en condiciones de trabajar, estén o no, momentáneamente, insertados en una relación de empleo. Tratándose de un derecho complejo, que abarca no sólo los trabajadores empleados, sino también todos los que esperan o pueden, eventualmente, buscar una oportunidad de obtención de un trabajo decente y, finalmente, aquellos que deseen solamente la libertad de ejercer su oficio (aunque de forma autónoma), es difícil sostener que solamente los trabajadores sometidos a una relación de empleo estricta y actual estarían involucrados en el contexto del mencionado precepto constitucional. Como bien percibió Martín Valverde, “dentro

²⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Trabajo privado y trabajo público”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, p. 45.

del ordenamiento constitucional el artículo 35.1 es la norma clave en materia de derechos profesionales, no sólo de los trabajadores asalariados en sentido restringido, sino también, más ampliamente, de todos los trabajadores tanto por cuenta ajena como por cuenta propia²⁴⁷. Este también parece ser el pensamiento del Tribunal Supremo español (TS), cuando garantiza al trabajador autónomo el derecho de seguir recibiendo la pensión por incapacidad permanente absoluta (IPA) o por grande incapacidad (GI) mismo cuando sigue trabajando como administrador de su empresa, bajo el fundamento que no se puede negar a él el derecho al trabajo reconocido en el art. 35 CE²⁴⁸.

La conclusión de que el derecho al trabajo puede ser atribuido genérica y abstractamente a cualquier persona que, en algún momento en su vida, desee encontrar o mantener un trabajo decente, con o sin carácter laboral, no significa admitir que cualquier ocupación mínimamente remunerada atienda a los requisitos del art. 35, que se destina, prioritariamente, a crear condiciones para que el trabajo ejercido en relaciones asimétricas tenga una protección legal adecuada²⁴⁹ – por eso el mandamiento, contenido en el párrafo 2, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador que materialice esa protección. Lo que se afirma es que la Constitución no excluye del rayo de incidencia del derecho al trabajo, *a priori*, personas que no estén sometidas, momentáneamente, a una relación laboral.

Otra cuestión relevante que resolver en la comprensión del texto constitucional es si los extranjeros estarían excluidos de los derechos consagrados en el art. 35.1, una vez que son mencionados solamente los españoles. La cuestión no es tan sencilla como aparenta, una vez que el art. 13.1 CE dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantizan el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, mientras que el art. 10.2 reza que “las normas relativas a los

²⁴⁷ MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia...”, cit., p. 135. También defiende la no limitación del derecho al trabajo a los trabajadores por cuenta ajena NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El derecho al trabajo en la Constitución Española: treinta años de doctrina constitucional sobre el art. 35 CE y un camino por andar”, disponible en https://www.academia.edu/10636416/El_derecho_al_trabajo_en_la_Constituci%C3%B3n_Espa%C3%B1ola, p. 5, fecha de consulta 05 de mayo de 2017.

²⁴⁸ SSTs 1849/2008, de 30 de enero (rcud. 480/2007), 4429/2010, de 14 de julio (rcud. 3531/2009) y 1699/2013, de 19 de marzo de 2013 (rcud. 2022/2012).

²⁴⁹ Según BAYLOS GRAU, el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo requiere, “como condición de su practicabilidad”, que el trabajador esté trabajando bajo el poder de dirección del empresario (“Proteção de direitos fundamentais na ordem social...”, cit., p. 33). Es cierto que el terreno propio para el ejercicio del derecho al trabajo es la relación laboral, pero esto no implica que las personas paradas no tengan derecho al trabajo.

derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En nuestro punto de vista, en la medida que el derecho a un trabajo digno es reconocido en la DUDDHH, la interpretación más adecuada del art. 35.1 sería la extensiva, incluyendo todos los trabajadores con morada fija en España, incluso los que no obtuvieron un permiso para eso²⁵⁰.

No obstante, el TC resolvió la cuestión de una forma más matizada, a lo que se manifiesta sobre la exigencia de autorización administrativa para que el extranjero acceda a un puesto de trabajo, entendiendo que la Constitución permite, en lo que concierne al derecho al trabajo, el trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, en los siguientes términos:

Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

En el presente caso, la igualdad pretendida por el demandante lo es para la contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo. Y tanto porque no existe tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo - lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones -, como porque la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles, no resulta posible la estimación del recurso.²⁵¹

Conforme las premisas fijadas en la decisión mencionada – que no consideraron la previsión del derecho al trabajo en la DUDDHH –, se asegura que, desde la adhesión

²⁵⁰ En ese sentido ver: MONEREO PÉREZ, J. L., “¿Qué sentido jurídico-político...?”, cit., pp. 78-80; PÉREZ AGULLA, S., “Derecho al trabajo...”, cit., p. 48-49

²⁵¹ STC 107/1984, de 23 de noviembre.

de España a la Unión Europea (1992), cuyo tratado prevé la libre circulación de trabajadores, los derechos previstos en el art. 35.1 CE fueron extendidos plenamente a los ciudadanos comunitarios.

En cuanto a los extranjeros provenientes de países no integrantes de la UE, desde que no haya tratado bilateral en sentido contrario, el ejercicio del derecho al trabajo queda condicionado a la autorización administrativa pertinente, pero, una vez iniciada la relación laboral, gozan ellos de los mismos derechos atribuidos a los trabajadores españoles.

Sin embargo, a los extranjeros en situación irregular, aunque las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, les reconozcan los derechos a la libre afiliación sindical y a la huelga (art. 28 CE), se les ha negado a ellos la misma protección social de los españoles y la estabilidad en el empleo resultante del derecho al trabajo²⁵².

En relación al sujeto pasivo, aunque la concisión del art. 35.1 no permita percibir de inmediato, el Estado asume una serie de obligaciones negativas y positivas derivadas del derecho al trabajo, que pueden ser así resumidas: a) el Poder Legislativo se obliga a no derogar las normas que faciliten ocasiones de trabajo y protejan las relaciones de trabajo sin sustituirlas por otras semejantes, a orientar las intervenciones legislativas en dirección al objetivo constitucional del pleno empleo y a desarrollar la legislación protectora de los trabajadores empleados; b) a la Administración se impone desarrollar su actividad reglamentaria y ejecutiva al favorecimiento de la ocupación y fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral por los sujetos privados; c) al Poder Judicial se incumbe el deber de interpretar las normas en el sentido más favorable a satisfacer la pretensión al trabajo, prestigiando el derecho constitucional²⁵³.

Pero, los empleadores privados también asumen obligaciones provenientes del derecho al trabajo, aunque, como ya visto anteriormente, el TC se haya titubeado en asumir la aplicación directa de la Constitución a los particulares. El hecho es que, con o sin la intermediación de los poderes públicos, es en el ámbito privado que los derechos sociolaborales asumen su verdadera dimensión²⁵⁴. Como el derecho al trabajo no se

²⁵² Sobre la discriminación sufrida por extranjeros en situación irregular y la importancia de la acción sindical para reducir la condición de vulnerabilidad, ver: BAYLOS GRAU, A., *Inmigración y Derechos Sindicales*, Albacete: Bomarzo, 2009.

²⁵³ Véase, en ese sentido, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., pp. 122-123.

²⁵⁴ Idem, p. 123.

agota con la política de pleno empleo, involucrando también los derechos a condiciones de trabajo dignas y de no ser despedido sin justa causa, se trata de un derecho limitante de la autonomía privada, para cuya realización, la conducta del empleador es determinante²⁵⁵.

5.9.2 El ámbito material del derecho al trabajo

La gran perplejidad que el derecho al trabajo provoca tiene que ver con la idea simplista, que pasa en la cabeza del lector desatento, de que el art. 35.1 CE estaría proclamando el derecho de todos a un puesto de trabajo, es decir, la posibilidad de un desocupado reclamar, en juicio, un empleo adecuado a sus habilidades y expectativas. Esa ingenua idealización, sin embargo, se choca en contra la dura realidad de un mundo en que el trabajo se convierte en un bien cada vez más escaso, para utilizar antigua expresión de Alonso Olea²⁵⁶, llevando algunos a pensar que el derecho al trabajo no es un genuino derecho y sí, una bravata retórica irrealizable.

Entre los defensores de la tesis radical de la inexistencia de un derecho al trabajo, figura Peces-Barba, para quien la existencia de un derecho fundamental presupone, en una visión integral, la posibilidad de la eficacia, al lado de la validez y de la justicia. En esa línea de raciocinio, los derechos fundamentales serían, a un solo tiempo: pretensiones morales justificadas y generalizables (plan de justicia); incorporadas, técnicamente, a una norma jurídica (plan de validez); y “una realidad social, es decir, actuante en la vida social y, por tanto, condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural, que favorecen, dificultan o impiden su efectividad” (plan de la eficacia)²⁵⁷. En el caso del derecho al trabajo, aunque aquel autor acepte que existan buenos argumentos en favor de tratarse de una pretensión

²⁵⁵ PÉREZ AGULLA, S., “Derecho al trabajo...”, cit., p. 53.

²⁵⁶ Desde el inicio de los años 1980, ALONSO OLEA, M., abordó con agudeza el problema del desempleo estructural causado por la intensiva automatización en el clásico artículo “El trabajo como bien escaso”, en AA.VV., *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo* (coord. Durán López, F.), Córdoba, Caja de Ahorros de Córdoba, 1983, pp. 9-24.

²⁵⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “El socialismo y el derecho al trabajo”, cit. pp. 5-6. Ver, también, del mismo autor, sobre la escasez como límite a la existencia de los derechos fundamentales: “Escasez y derechos humanos”, en AA.VV., *Problemas actuales de los derechos fundamentales* (ed. Saucá, J. M.), Madrid: Boletín Oficial del Estado/ Universidad Carlos III, 1994, pp. 193-213.

moral justificable²⁵⁸, la escasez de empleos en el sistema capitalista actual impide que esa pretensión sea generalizable, ya que no se puede repartir los empleos existentes; por eso mismo, tampoco estaría presente el tercer elemento, de la posibilidad de la eficacia, delante de los condicionantes económicos reales de la sociedad contemporánea, lo que transformaría ese derecho en una “gigantesca hipocresía”²⁵⁹.

Para Montoya, el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 tiene una primera dimensión de un genérico derecho de ocupar un puesto de trabajo con que el trabajador pueda proveer sus necesidades personales “no puede decirse otra cosa sino que la declaración constitucional es una declaración programática, que hubiera encontrado más razonable ubicación entre los <principios rectores de la política social y económica>”²⁶⁰, lo que hace de ella “una meta (preocupantemente lejana) del legislador constitucional”²⁶¹.

El problema con esa teoría es que, en una lectura atenta y sistemática del texto constitucional, no hay como prestar al derecho al trabajo ese sentido fuerte de posición subjetiva de exigir un empleo específico. Esta interpretación no se cohonesto con la opción constitucional por la “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38 CE), ya que el Estado no puede asumir la responsabilidad de principal empleador en un sistema en que prevalece la economía capitalista ni puede obligar a los empresarios a contratar trabajadores en un régimen de libertad de empresa. Luego, es preciso buscar otro sentido para el texto constitucional que no haga coincidir el derecho al trabajo con un supuesto derecho a un empleo, evitándose, con esto, de transformar la Carta Fundamental en letra muerta – ante de la imposibilidad real de cumplirla.

La tarea de abandonar un sentido que puede parecer más obvio – pero ciertamente, no es el más viable – y construir una interpretación razonable que dé otro contorno jurídico al derecho al trabajo, más realista y más coherente del punto de vista sistemático, es una de las grandes dificultades con que se deparan los estudiosos de la Constitución española y, con certeza, concurre para hacer de ese derecho un enigma aún no totalmente descifrado. La falta de un consenso doctrinal sobre el contenido material del derecho al trabajo es uno de los mayores problemas para su concretización.

²⁵⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “El socialismo y el derecho al trabajo”, cit., p. 8.

²⁵⁹ Idem, p. 9.

²⁶⁰ MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 286-287.

²⁶¹ Idem, p. 287.

Es necesario alejarse de posiciones extremadas, en la base de todo o nada, que conducen al desprestigio de ese derecho constitucional. No puede ser él considerado un derecho de todos al empleo deseado, lo que lo haría absolutamente irrealizable, ni puede ser tenido como un arrobo retórico, un *flatus vocis*, lo que vaciaría la Constitución de consecuencias jurídicas. No olvidemos que todos los derechos fundamentales son cláusulas más o menos abiertas y, muchas veces, se conflictúan entre si – lo que está lejos de significar que no existan.

Si el constituyente no quiso decir exactamente que todos los que busquen un trabajo remunerado tendrán el derecho subjetivo de alcanzarlo – lo que entraría en contradicción frontal con las ideas de libre mercado y de libre empresa –, la inserción del derecho al trabajo en la Constitución tiene otras posibilidades semánticas, jurídicas y políticas que van más allá de la simple libertad de trabajar y resultan de un diálogo con todo el sistema constitucional: 1) representa una manifestación clara de que las relaciones laborales merecen una atención especial del Estado, respecto a la creación de condiciones para la apertura y mantenimiento de los puestos de trabajo, en sintonía con el art. 40.1; 2) elige el trabajo decente (inclusivo) como condición para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sean reales y efectivas, en conexión con los arts. 1.1 y 9.2 CE; 3) establece que las relaciones laborales no pueden ser tiradas en la zanja común de las relaciones privadas en general, mereciendo una protección jurídica direccionada a corregir la asimetría entre las partes (de ahí la previsión de un Estatuto del Trabajador en el art. 35.2 y de negociación colectiva vinculante en el art. 37.1); 4) señala que esa protección jurídica debe limitar la autonomía de la voluntad y los poderes del empresario, condicionados por la función social de la propiedad (art. 33.2 CE); 5) impone que la limitación de los poderes empresariales pase por el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, explayados en el Título I CE, especialmente al principio de la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) en los momentos de contratación, desarrollo y término de las relaciones de trabajo; 6) exige que los que ocupan un empleo no sean despedidos sin un justo motivo socialmente justificable (justa causa), como forma de evitar la arbitrariedad discriminatoria (art. 14, CE) y en sintonía con el art. 10.2 CE, que prestigia una interpretación de los derechos fundamentales conforme los tratados internacionales de derechos humanos; 7) garantiza la posibilidad de reacción del trabajador en contra la vulneración de sus derechos en el trabajo, en armonía con el art. 24.1 CE; 8) impone al Estado que, ante la imposibilidad de contener el desempleo, mantenga un sistema de protección que garantice la sobrevivencia de los

trabajadores afectados, en conformidad con el art. 41.CE.

El propio Montoya reconoce la posibilidad de una acepción más restricta del derecho al trabajo como “libertad actual e inmediata en el trabajo frente a (*freedom from*) quienes – Estado, sindicatos, empresarios o cualesquiera otros sujetos – pretendan vulnerarla” y, a la luz de esa acepción, violarían la Constitución todos los actos discriminatorios en materia de admisión de personal, las negativas patronales de dar al trabajador ocupación efectiva y los despidos sin justa causa²⁶².

Entre el todo y la nada, por lo tanto, se abre un inmenso abanico de significaciones posibles que hacen del derecho al trabajo un derecho elástico, que tiene profundas implicaciones en la actuación de los poderes del Estado y en el plan de la colectividad, pero que también limita las acciones empresariales e ilumina la relación laboral y el contrato de trabajo, incluso estableciendo posiciones subjetivas defensables en los tribunales.

Dejando a un lado prejuicios ideológicos, cualquier consenso mínimo que se quiera obtener sobre el sentido del art. 35.1 CE ha de tener como puntos de referencia naturales, aunque no exclusivos, los pronunciamientos judiciales sobre la materia que condicionan, en el cotidiano, el ejercicio de los derechos allí contenidos. Y, en lo que concierne a la jurisprudencia constitucional, la ya citada STC 22/1981, representa el “*leading case*” sobre el significado del derecho al trabajo en la CE y ha de ser la piedra angular del estudio sobre ese tema.

En aquel proceso, se discutía la constitucionalidad de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, que preveía la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador alcanzase la edad de sesenta y nueve años, desde que tuviese completado el tiempo mínimo de cotización para obtener la jubilación, o sea, establecía una especie de jubilación forzosa. La cuestión de inconstitucionalidad fue suscitada de oficio por el Magistrado del Trabajo n. 9 de Madrid, que anteveía una posible vulneración de los arts. 14 y 35 CE, una vez que la norma legal parecía conducir a una discriminación en razón de la edad y privaba a las personas ancianas del derecho al trabajo – impidiéndolas de acceder o mantener un empleo formal. Por fin, el TC terminó decidiendo que “es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a

²⁶² MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, cit., pp. 287-288.

los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad”. Pero lo que nos interesa en ese caso, son los fundamentos utilizados para confrontar la ley con el texto constitucional, que revelaron, aunque de manera superficial y poco nítida, algunos importantes contornos del derecho al trabajo en la visión de aquel Tribunal.

En su planteamiento, el TC entendió que algunas actividades exigen condiciones físicas o intelectuales que pueden ser afectadas por el tiempo, de manera que, hasta podría ser justificable establecer la extinción de ciertas relaciones de trabajo en determinada edad, sin que esto implicase, necesariamente, discriminación. Pero, considerando las distintas habilidades requeridas en las diversas actividades laborales, no es razonable presumir la inaptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores, independientemente del tipo de actividad que desarrollen. De ese modo, “la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud *iuris et iure* carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial” (FJ 5).

En esa primera aproximación, el TC tiende a negar la autonomía conceptual de la libertad de trabajar, incorporándola al contenido esencial del derecho al trabajo. Esta confusión entre la libertad de trabajar y el derecho al trabajo siguió en la jurisprudencia de la Alta Corte en decisiones posteriores.

Sin embargo, en la secuencia de sus fundamentos jurídicos, la STC 22/1981 añadió otros elementos al núcleo del derecho al trabajo, aclarando que él “no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente” (FJ 8). En otras palabras, según esa manifestación, el derecho al trabajo abarca dos aspectos esenciales y nucleares: la libertad de trabajar, a un lado; y de otro, el derecho a un puesto de trabajo. Ese segundo elemento conceptual (derecho a un puesto de trabajo), se extiende en dos otras vertientes: una individual, radicada en el art. 35.1, y otra colectiva, basada en el art. 40.1 CE.

A continuación, el TC explicó que, en su dimensión individual (art. 35.1), el derecho al trabajo “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”. El contenido mínimo prestacional del derecho al trabajo, en esa perspectiva, estaría impregnado de un componente individual que se manifiesta a través de la

prohibición a la discriminación en el acceso a un puesto de trabajo y en el desarrollo de la relación laboral y, finalmente, en la exigencia de un motivo justo para su extinción.

En lo que concierne a su dimensión colectiva (art. 40.1), el derecho al trabajo consiste en “un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo” como condición para que todos puedan, efectivamente, ejercer aquel derecho individual, “pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”. Esta última afirmación deja implícito el entendimiento de que la política de pleno empleo puede, en situaciones extremadas, actuar en tensión con el propio derecho individual al trabajo, obstando la continuidad en el empleo de algunos, a fin de repartir el puesto de trabajo con otros. Esto es dicho con todas las letras en el párrafo siguiente: “la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo” (FJ 8). En arremate, el TC hace la siguiente síntesis (FJ 9):

Como consecuencia de todo lo anterior, puede afirmarse que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo.

Por consiguiente, de acuerdo con las premisas fijadas en ese pronunciamiento judicial, el derecho individual al trabajo, que tiene en una de sus facetas el derecho a no ser despedido sin justa causa, solamente podría sufrir una limitación proveniente de una jubilación forzada si, en una situación de alta tasa de desempleo, esta solución viniese a garantizar el acceso al puesto de trabajo vacante por otro trabajador, atendiendo al principio de la solidaridad social. De lo contrario, una limitación que no viniera a implicar el reparto de puestos de trabajo sería maculada por la inconstitucionalidad, por sacrificar el derecho al trabajo en su vertiente individual sin traer ningún beneficio en favor de su vertiente colectiva. Y fue exactamente por esto que el TC declaró inconstitucional la regla insertada en el Estatuto de los Trabajadores – que no impedía

la amortización de los puestos de trabajo desocupados por los jubilados.

Amplias potencialidades fueron abiertas para el derecho al trabajo a partir de ese pronunciamiento judicial, que trajo luces para su adecuada densificación legislativa e impuso límites infranqueables al legislador, tanto en lo que concierne al acceso a los empleos como en lo que afecta al desarrollo y a la extinción de la relación laboral.

No se debe perder de vista, inicialmente, que el trabajo referido en el art. 35 CE es, como regla general, aquel desarrollado en el seno de una relación asimétrica sujeta a una regulación niveladora de desigualdades²⁶³. En ese sentido, la expulsión incorrecta de una relación materialmente laboral del ámbito regulado por la legislación protectora implica una vulneración del derecho al trabajo²⁶⁴. En términos generales, la inserción de derechos laborales en el texto constitucional ya impone que el Derecho del Trabajo, como derecho especial separado del Derecho Civil, sea en si una realización específica de la Constitución²⁶⁵. Los derechos laborales acogidos en la Constitución tienen su origen o razón de ser en el ámbito de las relaciones de trabajo asalariado, no pudiendo ser ejercidos fuera de ellas²⁶⁶.

Para el TC, aunque haya quedado al encargo del legislador la cualificación de una relación contractual como laboral, con la consecuente inserción en un sector del ordenamiento regido por principios orientados a proteger la parte más débil de esa relación, esto no significa que haya libertad plena para declarar no laboral una prestación de servicios determinada, sin que haya un criterio diferenciador justificado y razonable, so pena de ofensa al principio de la igualdad²⁶⁷. Esto implica que el legislador no puede, a su libre arbitrio, excluir grupos de trabajadores del radio de protección de la legislación laboral, salvo si los contornos de la relación contractual sean de tal modo diferentes que justifiquen un tratamiento diferenciado.

En esa perspectiva, la Constitución española ha sido interpretada en el sentido de que se refiere al derecho al trabajo, en su vertiente individual, no como el derecho de

²⁶³ BAYLOS. A., “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, cit., p. 21.

²⁶⁴ Idem, p. 25.

²⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2009, p. 43.

²⁶⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 229.

²⁶⁷ STC 227/1998, de 26 de noviembre.

ejercer cualquier actividad o servicio remunerado, sino de tener la oportunidad – facilitada por la actuación de los poderes públicos – de ponerse a disposición del mercado de trabajo, sin sufrir ninguna discriminación en el acceso a un trabajo jurídicamente protegido en contra los poderes privados, un trabajo decente. Es lo que se puede intuir de la previsión constitucional de promoción a través del trabajo, de una remuneración suficiente para el sostenimiento del trabajador y de su familia (art. 35.1) y de la determinación de establecimiento, por ley, de un estatuto del trabajador (art. 35.2).

En el terreno del acceso a un puesto de trabajo, el mencionado derecho constitucional actúa como imposición a los poderes públicos para que oferten, mantengan y coordinen servicios de colocación de mano de obra y de formación profesional, así como editen normas antidiscriminatorias relacionadas a la contratación de mano de obra, adoptando incluso acciones afirmativas en favor de colectivos más vulnerables. Significa, fundamentalmente, igualdad de oportunidades en el acceso a un empleo. Por eso, el empresario no puede usar la libertad de empresa como justificativa para la discriminación de trabajadores en el acto de la contratación y, más que esto, puede tener reducido el espacio de ejercicio de su libertad de elección por las reservas legales de puestos de trabajo para ciertos grupos con dificultades de acceso al empleo, como ocurre con los minusválidos (Ley 13/1982, de 7 de abril)²⁶⁸.

Cualquier acto que importe impedimento o dificultad de acceso a la formación profesional, al servicio público de colocación de mano de obra o al propio empleo, por razones discriminatorias de cualquier naturaleza, corresponderá a una violación al derecho al trabajo²⁶⁹ y, como tal, será pasible de corrección judicial. Hasta la disuasión del ejercicio de una actividad productiva, por medio del corte desproporcional de beneficios sociales a quien trabaja, como en el caso de pensión por Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez, constituye una ofensa al art. 35.1 CE (SSTS 1849/2008, 30 de enero, 4429/2010, de 14 de julio y 1699/2013, de 19 de marzo

²⁶⁸ La STC 269/1994, de 3 de octubre, ha subrayado que “es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo... no vulnera el art. 14 C.E., siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 C.E., en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 C.E.)” (FJ 4).

²⁶⁹ Véase, por ejemplo, la STC 214/2006, de 6 de julio, que reprobó la actitud discriminatoria de la oficina de empleo (Inem) que negó la inclusión de una trabajadora embarazada en una lista solicitada por el ofertante de empleo. Si bien que el TC encuadró la situación como violadora del art. 14 CE, está implícito que hubo también vulneración al derecho al trabajo (cuyo análisis no sería posible en el ámbito del recurso de amparo).

de 2013).

Otro efecto inmediato del art. 35 CE en lo tocante al acceso al empleo – si bien que, mejor ubicado en el plan de la libertad de trabajar y de la libertad sindical que propiamente en el derecho al trabajo – es la prohibición de cláusulas de garantía sindical, destinadas a condicionar la admisión o permanencia en el trabajo a la filiación a un sindicato (*closed shop*, *union shop*)²⁷⁰. A pesar de asumir un cariz aparentemente antisindical, este veto encuentra espacio en la interpretación constitucional porque excluye a los trabajadores no sindicalizados del acceso al empleo y, como tal, afecta negativamente el derecho al trabajo en su sentido amplio.

En el desarrollo de la relación de empleo, la manifestación más evidente del derecho constitucional al trabajo es el derecho a la ocupación efectiva²⁷¹, o sea, el derecho del empleado de mantenerse activo y de exigir que les sean distribuidas las tareas inherentes a la función para la cual fue contratado (ocupación adecuada)²⁷², conforme consagrado no art. 4.2.a ET. De acuerdo con lo que viene decidiendo el Tribunal Supremo (TS), “el derecho del trabajador a la ocupación efectiva no encuentra límite alguno y, por tanto, su no satisfacción por el empresario, cualesquiera que sea la incidencia que pueda tener en la formación de aquél, es causa bastante para que pueda pedirse la resolución del contrato”²⁷³. Para que el derecho al trabajo sea efectivamente respetado, no basta que exista una contratación formal y el pago de una remuneración adecuada; el empleado solamente tendrá en el trabajo un medio de realización personal si puede desarrollar su potencial a través de una actividad productiva. Ser contratado y no poder desarrollar ninguna actividad no es nada dignificante para la mayoría de los trabajadores.

Luego, al negar al trabajador una ocupación efectiva, el empleador estará violando el derecho constitucional al trabajo. Conforme ha dictado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ M 10912/2013, de 22 de mayo de 2013), “es el empresario el que está obligado a proporcionar al trabajador la ocupación efectiva: Es un deber activo del empleador derivado del derecho laboral básico del trabajador a la ocupación

²⁷⁰ MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, cit., p. 288; OJEDA AVILÉS, A., “La libertad sindical”, *Revista de Política Social*, n.º 121 (1979), p. 356.

²⁷¹ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 183.

²⁷² GONZÁLEZ ORTEGA, S. y PÉREZ PÉREZ, M., “El deber de ocupación efectiva. Sucesión ‘mortis causa’ y continuación del contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, n.º 122, p. 330.

²⁷³ SSTs 2039/1988 y 12690/1988, ambas de 21 de marzo.

efectiva que se recoge en el artículo 4.2.a) del E.T., en desarrollo del derecho constitucional al trabajo recogido en el artículo 35.1 de la C.E”. En la misma sentencia, aquel Tribunal ha afirmado que:

...la falta de trabajo, la privación de realizar la actividad laboral contratada sin que ello sea debido a la imposibilidad del empleador de darle ocupación efectiva atenta contra la dignidad profesional del trabajador, perjudica su formación y supone un agravio a su imagen profesional. Si, como sucede en este caso, la única causa o motivo que ha podido tener la empleadora para no darle ocupación efectiva ha sido el de índole subjetiva antes aludido: su inclusión en un procedimiento judicial penal en el que no se han tomado medidas personales contra él, no sólo resulta afectada negativamente su dignidad e imagen profesional sino también personal habiéndose vulnerado su derecho a la presunción de inocencia. Así pues, **dos son los derechos fundamentales del actor que se han trasgredido por la Entidad demandada: su derecho a la presunción de inocencia y al trabajo.** (destacamos)

Juntamente con la obligación de dar ocupación efectiva, el empleador no podrá, además, limitar el pluriempleo o la pluriactividad del empleado sin causa legítima – basada en el interés real del empleador, en el acuerdo expresado o en la prohibición de concurrencia desleal – y sin una compensación financiera, en consonancia con el artículo 21 ET. Aunque no se pueda negar alguna relación entre ese límite al poder del empleador y el derecho al trabajo, como hace la STC 192/2003, de 9 de octubre (FJ 8), estaría él mejor conectado con la libertad de trabajar²⁷⁴.

Otra cuestión que ha sido eventualmente asociada al ejercicio del derecho al trabajo en el curso de una relación laboral abarca su supuesta contraposición al derecho a la huelga, como si la no adhesión al movimiento huelguista por un trabajador estuviese protegida por su derecho al trabajo. Se trata, en puridad, de utilización claramente desvirtuada del derecho al trabajo y de falta de comprensión del significado de la huelga. Primero, porque la huelga no tiene como objetivo el abandono del trabajo, pero representa una lucha en favor de mejores condiciones laborales y, muchas veces, milita

²⁷⁴ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 193.

en contra el cierre de unidades productivas y por el mantenimiento de puestos de trabajo, por ende, siempre en favor del derecho al trabajo. Segundo, porque el esquirol en sentido amplio sólo ejerce su derecho de no hacer huelga y no el derecho al trabajo²⁷⁵.

Curiosamente, esta confusión conceptual ha sido estimulada por algunas manifestaciones del TC que, aunque en *obiter dicta*, parecen aceptar la posibilidad de conflicto entre la huelga y el ejercicio del derecho al trabajo o, por lo menos, de la libertad de trabajar. En la STC 11/1981, de 8 de abril, pronunciándose sobre la exigencia de aprobación de huelga por centro de trabajo – exigencia constante de la ley preconstitucional que regulaba la huelga (RDL 17/1977) –, afirmó el TC que “el referéndum sólo tendría sentido si la voluntad de la mayoría se impusiera necesariamente a la minoría de los no huelguistas”, pero, esta conclusión no sería “coherente con la libertad y el derecho al trabajo que la Constitución u la legislación reconocen” (FJ 15). En la STC 33/2011, de 28 de marzo, también de manera lateral, se afirmó que los jefes y directores de una empresa periodística podrían no secundar una huelga, “en virtud de su libertad de trabajo (art. 35.1)” (FJ 7).

Más rotunda y criticable fue la STC 17/2017, de 2 de febrero²⁷⁶, que consideró lícita la continuidad de las actividades de la empresa durante una huelga, por medio de la utilización de recursos tecnológicos (esquirolaje tecnológico), afirmando que:

...no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. Una actividad que, como se ha dicho, es inherente a la lesividad del ejercicio de la huelga e instrumental al ejercicio **del derecho al trabajo** de aquellos trabajadores que han decidido no sumarse a la misma.

...ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse **la libertad de trabajo** de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga... (destacamos)

²⁷⁵ Idem, pp. 145-149.

²⁷⁶ Para un comentario crítico sobre esa sentencia, ver: PÉREZ REY, J., “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 77 (2017), pp. 151-174.

Que se afirme que los trabajadores no huelguistas puedan trabajar sin sufrir coacción de los huelguistas es una cosa, pero decir que el derecho al trabajo y la libertad de trabajar de los primeros imponen una limitación al derecho de huelga de los últimos, hay una larga distancia. El derecho a la huelga es de naturaleza colectiva y actúa en favor de todos, incluso de los no huelguistas, como recuerda García-Perrote, al hablar de la huelga con ocupación para evitar el cierre del establecimiento patronal:

...a la hora de proceder a la necesaria reconstrucción del conflicto entre la libertad de trabajo y el derecho de huelga, tradicionalmente resuelto en base a negar el derecho colectivo, se ha de tener en cuenta que los trabajadores en huelga defienden el interés del conjunto de los trabajadores de la empresa en cuanto que si consiguen su objetivo – lograr la supervivencia de la unidad productiva en el supuesto más frecuente de huelga con ocupación – todos los trabajadores, incluso aquellos que no se declararon en huelga y que reclamaron el “derecho” a que se respetara su decisión, participan y se benefician de ello.²⁷⁷

Es oportuno notar que el derecho fundamental a la huelga ocupa, en la Constitución Española, el más alto grado de protección, pues insertado en la sección primera del capítulo segundo del Título I (art. 28.2 CE) y tiene una dimensión colectiva y equilibradora de una relación naturalmente asimétrica, de modo que debería tener prevalencia en su aplicación por el TC, no debiendo sufrir limitaciones indebidas en nombre del derecho individual al trabajo o de la libertad individual de trabajar²⁷⁸.

No existe, en realidad, una oposición genuina entre los artículos 28.2 y 35.1 CE, que actúan de forma complementaria (la huelga instrumentaliza el derecho al trabajo). La cuestión, por tanto, debería ser puesta de otra manera, relacionada a los contornos jurídicos del propio derecho a la huelga, que no puede ser considerado una obligación del trabajador. De esa forma, cuando un empleado quiera, espontáneamente, trabajar

²⁷⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La huelga con ocupación de lugar de trabajo*, Madrid: Akal, 1981, p. 93.

²⁷⁸ En la STC 80/2005, de 4 de abril, aunque persistiendo en los argumentos que ponen en choque la huelga y el derecho al trabajo, el TC razonó que “las resoluciones recurridas efectuaron una interpretación que lesiona el derecho fundamental invocado, porque supeditaron el ejercicio del derecho a la huelga (art. 28.2 CE), reconocido como fundamental por nuestra Constitución, a otros derechos que, aun cuando constitucionalmente tutelados, como los son el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la libertad de empresa (art. 38.1 CE), no tienen aquel rango ni su consiguiente protección” (FJ 5).

durante una huelga, él estará apenas ejerciendo su libertad general de no ser forzado a hacer huelga que, a su vez, no se confunde con el derecho al trabajo, cuya configuración jurídica es bien distinta. De hecho, el conflicto se da entre el derecho de huelga y el derecho de no adherir a la huelga²⁷⁹. Como advierte Baylos:

Contraponer derecho al trabajo con derecho de huelga es esencialmente una operación jurídicamente incorrecta y decididamente ideológica porque induce a pensar que los huelguistas ponen en peligro el derecho al trabajo de quienes, *verdaderos trabajadores*, quieren trabajar, ignorando que este propósito es común a huelguistas y no huelguistas, lo que sucede es que unos pretenden, por medios constitucional y legalmente admitidos, alterar las condiciones concretas de ese trabajo y mejorar por tanto las condiciones de vida y de empleo de todos, huelguistas y no huelguistas. Es además en muchas ocasiones una argumentación materialmente falsa, como desgraciadamente se comprueba en la gran mayoría de los conflictos que llegan a los tribunales, en donde la huelga obedece, estrictamente, a una manifestación colectiva de resistencia y de presión para evitar los despidos que pretende el empresario, por lo que mediante la huelga, directa y precisamente, se está defendiendo el derecho al trabajo de todos. O, si se prefiere de otra manera, el derecho de huelga pretende justamente hacer realidad el derecho al trabajo en el ámbito del conflicto.²⁸⁰

Por último, en lo que se refiere a la extinción de la relación laboral, el derecho al trabajo, en su vertiente individual, implica “el derecho a la continuidad o estabilidad en

²⁷⁹ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 146; MATÍA PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RÉ, F. y VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid: Civitas, 1982, p. 130.

²⁸⁰ BAYLOS, A., “Derecho al Trabajo vs. Derecho de Huelga. Una contraposición errónea”, abril 2017, publicado en <http://baylos.blogspot.com.es/2017/04/se-opone-el-derecho-al-trabajo-al.html>, fecha de consulta 07.06.2018.

el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”, conforme reiterada jurisprudencia del TC²⁸¹, tema que, dada su importancia, será más desarrollado en epígrafe específico.

5.9.3 El ámbito material del derecho al trabajo en el momento de la extinción de la relación laboral: el principio de estabilidad y la posibilidad de reacción adecuada como integrantes del núcleo esencial del derecho

Desde los inicios de la vigencia de la Constitución de 1978, la doctrina juslaboralista ha afirmado la estabilidad en el empleo como un principio implícitamente derivado del reconocimiento del derecho al trabajo en el art. 35.1 CE²⁸². Conforme acentúa Sastre, “la continuidad del trabajo como bien en sí ha constituido la faceta individualizada en primer lugar del derecho al trabajo y, durante mucho tiempo, ha figurado como su manifestación predominante y casi exclusiva”²⁸³. Así también la jurisprudencia constitucional, en la senda abierta por la STC 22/1981, consagró ese principio al afirmar que, una vez ocupando un puesto de trabajo, el empleado no puede ser despedido sin justa causa.

Sin embargo, dada la inadmisibilidad de recurso de amparo anclado en el art. 35.1, el TC no desarrolló detalladamente su doctrina sobre el principio de la estabilidad en el empleo y sus consecuencias jurídicas directas, dejando un terreno pantanoso para la explotación académica y un espacio tal vez demasiado amplio para la configuración legislativa – suscitando dudas e incertidumbres sobre el verdadero alcance de la protección constitucional en contra el despido sin justa causa. Entre la posición de Ripert, que veía el puesto de trabajo como propiedad del trabajador²⁸⁴ – como si éste fuese un accionista que nadie pudiese expulsar de la empresa –, y la línea defendida por los liberales actuales, que tienden a defender el sacrificio de la permanencia indefinida en

²⁸¹ Además de la STC 22/1981, de 20 de julio (FJ 8), ver las SSTC 20/1994, de 27 de enero (FJ 2), 125/1994, de 25 de abril (FJ 3) y 192/2003, de 27 de octubre (FJ 4), entre muchas otras.

²⁸² Cf. MONTOYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, 2005, p. 135; MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar...”, cit., p. 202; PEREZ REY, J., *Estabilidad en el empleo*, Madrid: Trotta, 2004, pp. 20 ss.

²⁸³ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 231.

²⁸⁴ RIPERT, G., *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, trad. Gilda de Azevedo, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947, pp. 314-318.

el puesto de trabajo en favor de una quimérica seguridad a través de la empleabilidad o de una evanescente estabilidad en la actividad²⁸⁵, hay muchos tonos intermediarios y muchas posibilidades interpretativas más realistas y, al mismo tiempo, más adecuadas con el modelo social adoptado por la Constitución española.

Aceptando el axioma aristotélico de que la virtud está en un término medio²⁸⁶, es preciso buscar un camino que pueda equilibrar la legítima expectativa de los trabajadores a una seguridad razonable en la continuidad de la relación de empleo con la necesidad de los empresarios en organizar racionalmente el proceso productivo y adaptar las empresas a los desafíos reales de cada momento²⁸⁷. Una estabilidad indefinida a la ultranza, que no lleve en cuenta eventuales cambios operacionales y económicos que exigen la adaptación de la empresa, terminaría sofocando la actividad productiva y amenazando su continuidad; por otro lado, hacer prevalecer la voluntad unilateral del empresario en la extinción de los contratos de trabajo, sin posibilidad de reacción del trabajador afectado, sería desperdiciar todos los avances sociales y civilizatorios duramente conquistados a lo largo del siglo XX, retrocediendo al *laissez-faire* que fue prodigo en generar desigualdad, miseria, conflictos y guerras.

Ya antes de la Constitución de 1978, Rivero Lamas señalaba que la tutela para la conservación del trabajo implica una protección jurídica especial, por la cual “se configuran derechos y expectativas del lado del trabajador” para la conservación del empleo; “correlativamente, aparecen para el empleador limitaciones a sus derechos originarios sobre los puestos de trabajo y la organización de la empresa”²⁸⁸.

Buena parte de los juristas se inclinó para apoyar la idea de estabilidad en el

²⁸⁵ Esa línea de flexibilidad laboral fue adoptada en la llamada estrategia europea de empleo. Ver: COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas: COM, 2006, 708 final. Algunos autores defienden la adecuación de las expectativas a los trabajadores a los condicionantes del mercado y la unificación del régimen de contratación, rebajando garantías como la estabilidad o adoptando el despido libre indemnizado: ICHINO, P., *Il lavoro e il mercato: per un diritto del lavoro maggiore*, Milano: Arnoldo Mondadori Editore, 1996; FELGUEROSO, F. y JIMÉNEZ, S., “Sobre la propuesta para la reactivación laboral en España”, *Circunstancia: Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, Año VII, n.º 20 (sep./2009), disponible en <http://www.ortegaygasset.edu/publicaciones/circunstancia/ano-vii---n--20---septiembre-2009/articulos>, fecha de acceso 25.05.2017.

²⁸⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. Leonel Vallandro y Gerd Bornheim, Colección Os Pensadores, vol. IV, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

²⁸⁷ MONTOYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 33 (2001), p. 62.

²⁸⁸ RIVERO LAMAS, J., “Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español”, *Revista de Política Social*, n.º 70 (1966), p. 200.

empleo como un principio que actúa sobre la duración de la relación laboral e, igualmente, sobre la extinción de la misma por decisión unilateral del empresario²⁸⁹. Resumiendo esa tendencia doctrinal, afirma Montoya que “en su configuración clásica, la estabilidad en el empleo tiene una doble proyección central: a) la preferencia por los contratos de trabajo indefinidos sobre los temporales, y b) la protección de los trabajadores frente a los despidos injustificados”²⁹⁰. Para esa corriente de pensamiento, de nada serviría exigir una causa justa para el despido si no hubiera límites para la contratación por tempo determinado, que permite la extinción del contrato en el plazo prefijado sin necesidad de justificación y con un reducido coste económico para el empleador. Como observa Martín Valverde, “las consecuencias prácticas de la admisión de un pacto extintivo ad nutum son, obviamente, las mismas que las del despido ad nutum, y, por tanto, la prohibición de éste sólo puede tener verdadera eficacia cuando va acompañada de la prohibición de aquél”²⁹¹. En esa perspectiva, la liberación de la contratación por tiempo determinado para atender a las necesidades normales de la empresa es encarada como un evento “laminador” del principio en cuestión²⁹². En la expresión crítica de Valdés, “la temporalidad es el altar en el que se rinde culto a la flexibilidad laboral”²⁹³.

No obstante, sin desconsiderar la importancia política de los contratos a tiempo indefinido como refuerzo a la continuidad en el empleo, hay quien no vea incompatibilidad entre el contrato temporal y el principio de la estabilidad. Sastre defiende que se debe poner todo el énfasis para el momento extintivo de la relación laboral, una vez que, en una época en que la mayoría de las nuevas admisiones ocurren

²⁸⁹ MARTÍNEZ EMPERADOR, R., *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Madrid: Servicio de Publicación, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, p. 21.

²⁹⁰ MONTOYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, cit., p. 62.

²⁹¹ MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 138.

²⁹² MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Contratos temporales y estabilidad del trabajador en el empleo, en España”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8 (2004), p. 452.

²⁹³ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Contratación temporal y trabajo a tiempo parcial en España: la normalización jurídica de la precariedad laboral”, en AA.VV., *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi, vol. II*. Padova: CEDAM, 2005, p. 1711. Las muy críticas consideraciones respecto del “culto a la temporalidad” en la práctica española tiene que ver con las peculiares características de la utilización incorrecta de las causas de contratación temporal. La debilidad del sistema español ha sido puesta de manifiesto por una serie de intervenciones del Tribunal de justicia de la Unión Europea que han generado una verdadera conmoción en la doctrina laboralista española. Cfr. PEREZ REY, J., “Para una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la Sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70”, *Revista de Derecho Social* n.º 76 (2016), pp. 219 ss.

por la vía del contrato temporario, no cabría hablar en estabilidad como permanencia indefinida en la empresa, pero como continuidad del contrato de trabajo, cualquier que sea su duración, hasta que exista una causa legalmente establecida para justificar su término²⁹⁴ – en ese sentido, el fin del plazo contractual sería una causa prevista en ley para su extinción y no atentaría en contra la noción de estabilidad en esa concepción más restricta.

También sin divisar cualquier incompatibilidad ontológica o jurídica, Beltrán sostiene que es el propio principio de la estabilidad (entendido como conservación del negocio jurídico) que impone la reconducción tácita de los contratos temporales como un efecto intrínseco y que, durante la vigencia del contrato, la extinción causal no queda desactivada, no siendo otorgada al empresario la facultad de desistir libremente del negocio²⁹⁵.

En el análisis de Pérez Rey, parte importante de las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo se inclinan a garantizar la mayor duración posible de las relaciones laborales, optando por soluciones que favorezcan su continuidad; de ese modo, la estabilidad no es propiamente un principio inducido de la regulación legislativa, sino un derecho que, además, goza de un anclaje constitucional. Por lo tanto, el citado autor no identifica una incompatibilidad insuperable entre el contrato temporal y la estabilidad en el empleo, aunque reconozca existencia de una fuerte relación entre ellos, acentuando que debe haber una correspondencia material entre la duración del contrato y la del trabajo a que él se refiere, de manera que las tareas permanentes de la empresa deben ser desarrolladas a través de contratación indefinida y solamente las actividades que, por su propia naturaleza, sean desprovistas de permanencia, justificarían la inserción de un término en el contrato de trabajo²⁹⁶. Sintetizando su entendimiento, “se trata es de someter a las exigencias de la justa causa tanto el despido como la duración del contrato: es precisa una justa causa para despedir al igual que es imprescindible su concurrencia para sustraerse al contrato indefinido”²⁹⁷.

²⁹⁴ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 232. En la misma línea sigue RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., *El incidente de no readmisión*, Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989, p. 90.

²⁹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “El principio de causalidad en la contratación temporal y la protección de la estabilidad en la actividad”, *Revista de Derecho Social*, n.º 74 (2016), pp. 212-213.

²⁹⁶ PÉREZ REY, J., “Derecho a la estabilidad en el empleo y contratación temporal: una relación tormentosa”, *Revista de Derecho Social*, n.º 74 (2016), pp. 233-235.

²⁹⁷ *Idem*, p. 237.

De hecho, para prestigiar la estabilidad en el empleo, los contratos temporales deben ser admitidos apenas excepcionalmente, para aquellas situaciones que el objetivo del contrato venga marcado por el signo de la transitoriedad. De la misma manera que es exigida una justa causa para despedir un trabajador, debe haber una justa causa para la celebración de un contrato con duración determinada. No hay como negar que la banalización de ese tipo de contrato, a través del permiso legal de su utilización generalizada para atender la necesidad de mano de obra permanente y normal, puede llevar a la implosión, por la vía legislativa, de un derecho constitucional²⁹⁸ – no solamente por la facilitación y abaratamiento del término de las relaciones laborales sin un motivo directamente ligado al desempeño del trabajador o a las necesidades operacionales de la empresa, como también por la precarización de las condiciones de trabajo que suelen acompañar las altas tasas de temporalidad²⁹⁹.

Cuanto mayor es la permisibilidad de los contratos por tiempo determinado, mayor será la inseguridad en el empleo. El fantasma, en este caso, no es propiamente el despido, sino la no renovación del contrato por el empleador, situación bien más dañina, del punto de vista del empleado, en faz de los valores más reducidos de las verbas resultantes del término de la relación de trabajo.

Esa asociación entre la estabilidad en el empleo y el contrato temporal, y la posibilidad de eliminación de la primera por el uso indiscriminado de este último, fue prevista en el Convenio 158 de la OIT, cuyo artículo 2.3 establece que “se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio”. Considerando la regla constante en el art. 10.2 CE, sería de esperar que la interpretación del artículo 35.1 fuese encaminada por la inconstitucionalidad de una apertura demasiadamente ancha de la contratación temporal para las actividades normales de la empresa, por representar

²⁹⁸ El fenómeno de la erosión de del derecho al trabajo y de los derechos laborales por la vía legislativa es denunciado por BAYLOS, A., en “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, *Revista de Derecho Social*, n.º 61 (2013), pp. 19-41. Mucho antes de la reforma del 2012, MOLINA NAVARRETE, C., “Protección y eficacia de los derechos socio-laborales”, cit., p. 1174, ya denunciaba “el progresivo vaciamiento fáctico de la normatividad socio-laboral de la CE”.

²⁹⁹ Sobre la relación entre temporalidad y precarización laboral: GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “De la estabilidad en el empleo a la precariedad laboral por la vía de la contratación temporal: la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo como paradigma del trabajo precario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 6 (2013), pp. 103-136. Los empleos temporales son generalmente volátiles, precarios y menos productivos: BENTOLILA, S., “Los despidos económicos en España tras la reforma de 2010: una perspectiva económica”, en AA.VV. (dir. Desdentado Bonete, A., De La Puebla Pinilla, A.), *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 74.

una huida de la causalidad del despido decurrente del derecho constitucional al trabajo.

No obstante, la experiencia española ha sido pródiga en la adopción casi descarada de contratos temporarios como forma de reacción a las sucesivas crisis económicas que abalan su mercado de trabajo desde la década de 1980, bajo la justificativa nunca comprobada de fomentar el empleo e incentivar nuevas contrataciones, contando con la obsequiosa condescendencia de los tribunales³⁰⁰, lo que ha contribuido para mantener España en el liderazgo del ranking de temporalidad de la Unión Europea³⁰¹, sin que esto haya contribuido decisivamente para crear condiciones que favorezcan al efectivo aumento de la oferta de empleos de calidad para quien está desempleado³⁰².

Aun así, aunque no haya un pronunciamiento explícito del TC sobre la limitación de los contratos temporales por el art. 35.1 CE, la relación entre el régimen de contratación o la duración del contrato y el derecho a la estabilidad en el empleo fue traída a la luz en las polémicas SSTC 119/2014, 8/2015 e 140/2015, que apreciaron recursos de inconstitucionalidad en contra el periodo de prueba de un año fijado por la Ley 3/2012 para el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Por más criticables que hayan sido los veredictos de los casos en cuestión³⁰³, que refrendaron a un cambio claramente regresivo del sistema legal español

³⁰⁰ PÉREZ REY, J., “Contrato de apoyo a los emprendedores, fomento del empleo y abuso de la contratación temporal”, en AA.VV. (dir. Guamán Hernández, A., coord. Cordero Gordillo, V.), *Temporalidad y Precariedad del Trabajo Asalariado: ¿el fin del modelo de estabilidad laboral?*, Albacete: Bomarzo, 2013, pp. 223-224. Afirma PISARELLO (“El régimen constitucional español...”, cit. p. 4), sobre las reformas laborales de 1984 y 2012, que los reclamos jurídicos de los sindicatos y de las fuerzas de oposición, “rara vez encontraron eco en una justicia ordinaria a menudo dispuesta a legitimar <la violencia del poder empresarial> y en un tribunal constitucional poco dispuesto a marcar al legislador mínimas líneas rojas en materia de derechos sociales”.

³⁰¹ Un cuadro comparativo de la temporalidad en 2014, elaborado con base en los datos de Eurostat, muestra España liderando la lista de la UE15, con diferencias que casi duplican las medias europeas, en RUESGA BENITO, S., MARTÍN NAVARRO, J. L., PÉREZ ORTIZ y VIÑAS APAOLAZA, A. I., “Recuperación económica y subempleo en el mercado de trabajo español”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 131 (2015), p. 192.

³⁰² La tasa de paro en España, en diciembre de 2016, era del 18,4 por 100, mientras que el promedio europeo (EU28) quedaba en el 8,1 por 100. Fuente: Eurostat.

³⁰³ La contestación más rotunda de los argumentos mayoritarios conducentes a la desestimación del recurso fue ofrecida por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, cuyo voto particular apunta para la inconstitucionalidad del largo periodo de prueba introducido por la legislación reformista del 2012. Ver, también: GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2012 (sobre el Derecho al Trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 70 (2015), pp. 155-178; SUÁREZ CORUJO, B., “La constitucionalización de la ruptura laboral”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31 (2015), pp. 419-436; IGARTUA MIRÓ, M. T., “Crítica a un nuevo derecho del trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 2

de protección laboral, el hecho es que aquel Tribunal reconoció que la introducción, en el contrato de trabajo, de una condición resolutoria, “únicamente sujeta para su activación a la mera declaración de voluntad de cualquiera de las partes (...) constituye un mecanismo que habilita la extinción contractual *ad nutum* a iniciativa empresarial”, de modo que “el período de prueba admitido y regulado por el legislador puede actuar como una limitación del derecho a la estabilidad en el empleo”, razón por la cual “entra en conexión con el art. 35.1 CE”.

Existe, por tanto, una señalización del TC en el sentido del reconocimiento de que la estabilidad en el empleo actúa no exclusivamente en el momento extintivo de la relación laboral, pero también en el momento de la contratación, sometiendo al control de constitucionalidad, sobre la base del art. 35.1 CE, a la eventual legislación que venga a disponer sobre regímenes contractuales que relativicen el despido casual delante de una condición resolutoria libremente acordada. Y esto puede ser aplicado tanto a las leyes que amplíen el periodo de prueba del contrato de duración indefinida en cuanto a las que dilaten las hipótesis autorizadoras de contratos con duración determinada. Para aquel Tribunal, la introducción de mecanismos de ampliación del poder empresarial de extinguir el contrato, aunque delante de previsión legal y cláusula contractual previamente acordada, entra en conflicto con la estabilidad derivada del derecho al trabajo y solamente puede encontrar guarida si es para dar espacio a otros derechos constitucionales, especialmente el derecho al trabajo en su dimensión colectiva (art. 40.1 CE), atendiendo a una finalidad legítima de la política de pleno empleo y al necesario criterio de proporcionalidad³⁰⁴.

En lo que concierne al momento de la ruptura contractual en sí, el derecho constitucional al trabajo actúa como limitador de la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario, o sea, el despido, que se presenta como un acto que “expulsa al trabajador a un espacio desertizado – el no-trabajo – en donde se plantea la pesadilla del sin-trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida”³⁰⁵. El art. 35.1 CE, desde los primeros momentos, siempre fue percibido como el receptáculo

(2014), pp.115-148.

³⁰⁴ No obstante, ese razonamiento incurre en gran equívoco lógico, ya que no quedó clara la idoneidad del sacrificio del derecho al trabajo para la consecución de la finalidad propuesta por el legislador.

³⁰⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 45-46.

constitucional de la protección del trabajador frente al despido³⁰⁶. Este precepto es tributario del art. 24 (Parte I) de la Carta Social Europea, según el cual “todos los trabajadores tienen derecho a protección en caso de despido”, en la misma línea del art.30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza).

Según entendimiento del TC, no se puede deducir de la libertad de empresa “ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la obligada concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho”³⁰⁷, siendo cierto que el derecho al trabajo en su vertiente individual implica el derecho de no ser despedido si no hay una justa causa³⁰⁸. Si bien que esa afirmación genérica está lejos de apagar todas las dudas sobre la virtualidad de ese derecho, especialmente en una época en que la política dominante propone una apertura de las causas de extinción del contrato de trabajo y un aflojamiento procedimental, en nombre de una supuesta flexibilización “modernizadora” de las relaciones de trabajo.

Es necesario, en primer lugar, entender que justa causa ha de ser un motivo relevante y razonable, previa y objetivamente establecido en ley, que permita la finalización del contrato de trabajo. Luego, una causa que no conste de una tipificación legal expresa, no debe ser aceptada como justa, dada la restricción que esto implica al derecho al trabajo y el dispuesto en el art. 53.1 CE. Es verdad que la rigidez de esa regla parece haber sido suavizada en la STC 95/1985, de 29 de julio, que entendió no ser contraria a la Constitución una negociación colectiva de RENFE, que regulaba la jubilación forzosa para los empleados que alcanzasen la edad de 64 años. Pero, en ese caso, el TC entendió que había una norma legal habilitante (párrafo segundo de la DA 5ª) que permitía la adopción de jubilación compulsoria por medio de la negociación colectiva – no habiendo, por ello, ofensa al art. 53.1 CE.

Por otro lado, no está en las manos del legislador la banalización de las causas legitimadoras del despido, que resultan en sacrificio de un bien constitucionalmente protegido (preservación del empleo). Señala Martín Valverde que, de los argumentos expuestos en la STC 22/1981, es posible inducir “que la causa de despido, para ser justa, ha de ser de considerable entidad o importancia; proporcionada, en suma, a la entidad o

³⁰⁶ Idem, p. 51.

³⁰⁷ STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4.

³⁰⁸ STC 22/1981, de 22 de julio, FJ 8.

importancia del ‘sacrificio personal y económico’ que supone para el trabajador la pérdida del empleo”³⁰⁹, teniendo como denominador común, la ruptura de previsiones hechas en el momento de la contratación (económicas, de aptitud, de conducta profesional)³¹⁰.

El balizamiento de la acción legislativa en el campo de la extinción del contrato de trabajo fue consagrado por la propia STC 22/1981, al entender inconstitucional la jubilación forzosa genérica, sin la garantía de mantenimiento de los puestos de trabajo vacantes – de modo que el sacrificio del derecho individual de los trabajadores no era compensado con una política de reparto del empleo. El legislador, por tanto, no estaría libre para configurar, como bien quisiera y sin condicionantes, la estabilidad en el empleo derivada del art. 35.1 CE.

De esa manera, para que pasen por los umbrales de la constitucionalidad, las justas causas deberán estar relacionadas con la capacidad o conducta del empleado o con las necesidades reales de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio³¹¹, de modo que se equilibre el interés del trabajador en el mantenimiento del empleo y los poderes derivados de la libertad de empresa, en el límite en el que estos sean realmente necesarios para garantizar la sobrevivencia del negocio; o que, por lo menos, tengan conexión directa con la política de empleo repartidora del trabajo existente – prestigiando el derecho al trabajo en su dimensión colectiva – y prevean una compensación al trabajador afectado con la pérdida del empleo, como el acceso a la pensión por jubilación.

De cualquier manera, en ninguna hipótesis se admitirá como causa válida para el despido, un motivo torpe, discriminatorio o revelador de represalia al ejercicio de un derecho por el trabajador, o que fuera frontalmente contrario al sistema constitucional vigente y a el Convenio 158 de la OIT (art.5).

Además, la protección constitucional también se proyecta en la imposición de salvaguardias formales para que la decisión del empresario pueda concretarse, como la exigencia de comunicación por escrito consignando el motivo del despido³¹² y, en

³⁰⁹ MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia...”, cit., p. 137.

³¹⁰ Idem, p. 138.

³¹¹ Esta es la previsión contenida en el art. 4 del Convenio 158 de la OIT, que debe nortear la interpretación constitucional en materia de derecho al trabajo (art. 10.2 CE).

³¹² Arts. 51.2.a, 51.4, 53.1, 55.1 ET.

algunos casos, la garantía de procedimiento contradictorio en favor de empleados especialmente protegidos³¹³ o la observancia de una fase de consulta a los representantes de los trabajadores³¹⁴. Sin embargo, un tradicional requisito para la validez de los despidos colectivos, la previa autorización de la autoridad administrativa fue abolido de la legislación española tras la reforma laboral de 2012, una rebaja de las garantías legales que tiene sido objeto de acertadas críticas³¹⁵.

Esa procedimentalización o formalización es una consecuencia directa del despido causal, que presupone la posibilidad de una reacción adecuada en contra la decisión unilateral del empresario. De nada adelantaría prohibir el despido sin justa causa si el motivo del empresario para poner fin al contrato no pudiese ser conocido y fiscalizado. Solamente se puede hablar en reacción adecuada si los motivos que condujeron el despido fueren conocidos y puedan ser analizados por una autoridad imparcial a la instancia del trabajador, o sea, asumiéndose que el acto empresarial está sujeto a revisión en su substancia y en su forma³¹⁶. En las exactas palabras do TC:

La reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva (SSTC 7/1993 y 14/1993). En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula

³¹³ Caso del representante legal de los trabajadores o delegado sindical cuando les fuera imputado algún incumplimiento grave (art. 55.1 ET).

³¹⁴ En los despidos colectivos (art. 51.2 ET).

³¹⁵ Mismo antes, la reforma laboral de 2010 mantuvo la autorización previa solamente para los despidos colectivos derivados de fuerza mayor (art. 51.7 ET). Para una crítica a esa reducción de garantías, ver, por todos: ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, Madrid: Dykinson, 2014.

³¹⁶ BAYLOS GRAU, A., “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 46 (2009), p. 25.

de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 C.E.), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática...³¹⁷

Es justamente bajo ese prisma, el de permitir una reacción en contra el despido, que el derecho al trabajo y el derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE) se entrecruzan y se articulan – hablar en reacción adecuada en contra el poder empresarial es, sobre todo, hablar en posibilidad del trabajador acceder la justicia y obtener la reparación del derecho afectado.

La posibilidad de reacción adecuada también va a encontrar explícita cobertura en el Convenio 158 de la OIT, según el cual “el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral” (art. 8.1), que deberá tener competencia para “examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada” (art. 9.1). A fin de que el acceso al órgano juzgador no sea meramente formal, se establece que la carga de probar la causa extintiva recae sobre el empleador (art. 9.2.a) y, caso la conclusión sea que el despido haya sido injustificado, deberá él ser anulado y readmitido el trabajador (solución preferencial) u ordenado el pago de una indemnización adecuada (art. 10).

Así, de acuerdo con la norma internacional que debe nortear la interpretación constitucional, la reacción adecuada significa, como regla, la posibilidad de invalidar/anular la extinción unilateral del contrato de trabajo y, eventualmente, obtener una reparación pecuniaria razonable.

No es posible negar que exista un margen de configuración legal para las consecuencias jurídicas de un despido injusto, pero la vía preferencial para la restauración adecuada del derecho constitucional violado sería, sin duda, la anulación del acto antijurídico y la readmisión del trabajador. La solución alternativa abierta por el Convenio 158 de la OIT, de imposición de una reparación pecuniaria razonable, no

³¹⁷ STC 20/1994, de 27 de enero (FJ 2).

recupera el bien jurídico lesionado e incurre en una indeseable monetización de un derecho humano solapado por un acto de violencia.

Asimismo, valiéndose de esa brecha normativa, el legislador español adoptó como regla general la indemnización para los casos de despido improcedente – entregando al empleador la opción por la readmisión, salvo en el caso de representante sindical de los trabajadores (art. 110.2, Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) –, reservando la declaración de nulidad para las hipótesis más graves en que el acto del empleador implica discriminación o vulneración a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 14 a 29 CE) o algunas conductas discriminatorias legalmente tipificadas (art. 108.2, Ley 36/2011).

A causa de esa opción por una consecuencia jurídica de efecto más blando, la reacción del empleado español en contra el término indebido de la relación laboral, en la mayoría de los casos, termina resultando apenas en la cualificación del despido como improcedente y en el pago de la indemnización correspondiente, cuyo valor viene sufriendo importantes reducciones a lo largo de sucesivos cambios normativos desde las últimas décadas del siglo pasado, en el seno de una “reforma laboral permanente”³¹⁸, sin sufrir reproche del Tribunal Constitucional.

La capacidad de reacción en contra del despido quedó, obviamente, aún más debilitada con los cambios legislativos que siguieron a la crisis de 2008, que redujeron el impacto del convenio colectivo vinculante, facilitaron el despido en diversos frentes (a través de la flexibilización de las causas objetivas empresariales, de la supresión de la autorización administrativa para los despidos colectivos, de la reducción de las indemnizaciones por despido improcedente, de la facilitación del despido por absentismo laboral y de la supresión de los salarios de tramitación en los despidos declarados judicialmente improcedentes) e introdujeron el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (Ley 3/2012), que desvirtúa la propia finalidad del periodo de prueba³¹⁹ y permite a las empresas con menos de 50 trabajadores – 99,29 por 100 de las

³¹⁸ Expresión consagrada por PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (“La versión 2001 de la reforma laboral permanente”, *Revista de Derecho Social*, n.º 15, 2001, pp. 9-34). Desde la publicación del ET, en 1980, hasta 2014, veinticinco reformas laborales fueron puestas en marcha, cf. SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales y la crisis económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 21, n.º 1 (2015), p. 601.

³¹⁹ Sobre la desnaturalización del periodo de prueba en el CAE: PÉREZ REY, J., “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 57 (2012), p. 61; CRUZ VILLALÓN, J., “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 115 (Monográfico sobre la Reforma Laboral de 2012), 2012, p. 34; NARANJO DE LA CRUZ, R., “Cuestiones

empresas españolas en 2015³²⁰ – pactar un periodo experimental de un año, dentro del cual podrán despedir el empleado sin necesidad de enunciar el motivo y sin pagar indemnización. A pesar de todas las críticas académicas a ésta y otras providencias inseridas en la reforma laboral³²¹, recibidas por la doctrina mayoritaria como un intento de desconstitucionalizar el derecho al trabajo ³²² y de alejarse de los compromisos internacionales sobre la materia ³²³, el TC prefirió, mientras tanto, dar la espalda a un garantismo constitucional más fuerte y emprender una acrobacia hermenéutica para aprobar la iniciativa gubernamental.

Aún reconociendo que el largo periodo de prueba, con una condición resolutoria *ad nutum*, debilita la estabilidad en el empleo, la STC 119/2014 (en lo que fue seguida por la STC 8/2015) asentó, en líneas generales, las siguientes premisas: a) la figura del periodo de prueba no se encuentra expresadamente prevista en el texto constitucional, cabiendo al legislador ordinario la determinación de su contenido, con el límite de que la regulación no contravenga las exigencias constitucionales; b) el desistimiento durante el periodo de prueba no constituye un despido, sino la plasmación de una condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato; c) la admisión normativa de dicha estipulación se configura como una excepción al carácter causal que el ordenamiento legal exige a las extinciones contractuales a iniciativa empresarial; d) esta excepción estaría de acuerdo con lo previsto en el Convenio 158 de la OIT, que permite a la legislación nacional definir un periodo de prueba, cuya duración deberá ser razonable; e) el derecho al trabajo puede entrar en conflicto con otros bienes o derechos constitucionales, lo que permitiría

sobre el Derecho al trabajo derivadas de la Reforma Laboral de 2012. Perspectiva constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n.º 89 (en./abr. 2014), pp. 103-104; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del periodo de prueba”, *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 158 (2013), p. 218.

³²⁰ MINISTERIO DE INDUSTRIA ENERGÍA Y TURISMO. *Estadísticas PYME*, n.º 14. Madrid: Ministerio de Industria Energía y Turismo, Centro de Publicaciones, feb. 2016, pp. 13-14.

³²¹ Sobre la Ley 3/2012, resumen CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y VALDÉS DAL-RE, F., “el régimen jurídico del despido sufre un significativo «vuelco», se facilitan los despidos objetivos, tanto colectivos como individuales, con la intención de que sean formas de extinción de los contratos por necesidades de la empresa, y, al mismo tiempo, se reducen sensiblemente los costes de los despidos improcedentes” (“La nueva reforma laboral”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 5, 2012, p. 27).

³²² Por todos: BAYLOS, A., “La desconstitucionalización del trabajo...”, cit.

³²³ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales...”, cit. Ver también el Informe de enero de 2015 del Comité Europeo de Derechos Sociales, que apunta incumplimientos de la Carta Social Europea por España, tras la reforma laboral.

ciertas limitaciones, desde que éstas gocen de justificación legítima, no sean absolutas ni obstruyan el derecho fundamental para allá de lo razonable, debiendo, en todo caso, ser proporcionales a la finalidad perseguida por ellas, f) la restricción al derecho al trabajo llevada a efecto por la Ley 3/2012 tiene naturaleza coyuntural y temporaria, delante de la crisis económica y de la alta tasa de desempleo, movida por la finalidad constitucional de desarrollo de una política orientada al pleno empleo; g) la actuación sobre los aspectos relativos a la duración del contrato de trabajo ha constituido una variable habitual en el diseño por los poderes públicos de las políticas de empleo, en especial en periodos de emergencia en cuanto a los niveles de desempleo; h) antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el derecho de acceso al mismo, que integra en el contenido esencial del derecho al trabajo en su dimensión individual. Por fin, asumiendo una posición claramente defensiva en relación a su propio posicionamiento, como si estuviera enfrentando una situación excepcional de anormalidad constitucional o no tuviera seguridad sobre las conclusiones a las que llegó, el TC hizo cuestión de advertir que “la eventual aprobación futura de normas legales que incidan sobre la duración del período de prueba en la contratación laboral, así como el control de constitucionalidad a que pudieran someterse, requerirán de este Tribunal una nueva valoración y decisión, en lo necesariamente condicionada por la solución ahora adoptada”.

Es cierto que algunos argumentos presentados en aquella manifestación judicial no constituyen propiamente una novedad. Desde hace más de treinta años, el TC ya había declarado que no le competía pronunciarse sobre el significado de la resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba, “bastándonos con comprobar que la Ley ha previsto un sistema extintivo diferente al del despido, cuyas reglas y principios no le son aplicables, que se manifiesta, según aduce la Sentencia que se impugna, en la falta de necesidad de motivación”³²⁴, pero advirtiéndole que tal excepción legal no podría producir resultados inconstitucionales. También no fue la primera vez que se decidió por limitar el derecho a la estabilidad en nombre de la política de empleo y de la presunta ampliación del acceso al empleo por los desempleados³²⁵.

Nuestra impresión es que el gran giro interpretativo de los pronunciamientos

³²⁴ STC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3.

³²⁵ Véanse, por ejemplo, las sentencias que hacen un engarce de la jubilación forzosa con el principio de solidaridad y el reparto de empleo (por todas, la STC 95/1985, de 29 de julio, FJ 3).

sobre la Reforma Laboral de 2012 es que, aún reconociendo la necesidad de imponer un límite racional a la duración del periodo de prueba, bien como la existencia, en el caso del CAE, de un sacrificio excepcional al derecho individual de no ser despedido sin justa causa y de recibir una reparación adecuada en caso de despido improcedente, el TC no demostró racionalmente que este sacrificio sería necesario e idóneo para asegurar la creación de nuevos empleos estables y de reducir la dualidad del mercado de trabajo – objetivos declarados de la Ley 3/2012 –, siendo muy difícil de sostener que la medida pase por un test de proporcionalidad en sentido estricto. Francamente, no hay ninguna garantía efectiva de que el alargamiento excesivo de la duración del periodo de prueba, bien como su subordinación al exclusivo interés del empleador tenga como consecuencia directa e indiscutible el aumento del nivel de empleos. Como señaló el magistrado Valdés, en su voto particular:

El CAE podrá o no facilitar la creación de empleo; pero, aun cuando la respuesta fuera afirmativa — lo que, por cierto, ya ha sido desmentido por los datos estadísticos existentes sobre el particular, que sitúan en un porcentaje no superior al 0,8 por 100 la contribución de este singular contrato al total de contratos de trabajo celebrados anualmente en España —, la ampliación de la duración del período de prueba en un año es una opción de política legislativa que en nada incide en la decisión final adoptada por el empresario. Las finalidades económicas perseguidas por las políticas de contratación laboral nada tienen que ver con las funciones del período de prueba, moviéndose una y otra en ámbitos que es dable calificar no solo como no superpuestos sino, ni tan siquiera, como tangentes.

De hecho, a pesar de declarar el ambicioso objetivo de recuperar el nivel de empleos y fomentar contratos estables, la Ley 3/2012 no trajo ninguna regla referente al empleo o a su manutención, que es un objetivo externo a la regulación laboral. Como advirtió Casas Baamonde, “el empleo, que justifica las reformas legislativas del ordenamiento laboral, no es objeto de las normas jurídicas reformadas, sino su objetivo *futuro* y su mera consecuencia hipotética”³²⁶. Ningún dato empírico científicamente

³²⁶ CASAS BAAMONDE, M. E., “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: Reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 47, p.

testado demuestra, de forma irrefutable, que la facilitación y la reducción del costo del despido tengan un vínculo directo con el aumento de la oferta de empleos o con la retomada de la expansión económica³²⁷.

Si el mercado de trabajo español viene presentando una gradual recuperación a partir de 2014, esto también ocurrió en los demás países europeos, incluso en aquellos que no promoverán la facilitación del despido, como Alemania, Bélgica, Holanda y Francia³²⁸. Aun así, la tasa de desempleo en España seguía siendo, en diciembre de 2016, superior al doble del promedio europeo³²⁹ y la calidad de los empleos generados después de la reforma es baja, muy concentrada en empleos a tiempo parcial y en contratos sin estabilidad³³⁰.

En todo caso, el TC no dejó de reafirmar que el mandamiento constitucional del art. 35.1 abarca la estabilidad en el empleo, que presupone el derecho de no ser despedido sin justa causa y la posibilidad de reacción adecuada al despido sin justa causa. Este canon puede hasta haber sufrido erosiones legislativas espurias, pero sigue siendo proclamado por el texto constitucional y necesita ser revalorizado por la doctrina y por la actuación colectiva como una cuestión esencialmente política y no exclusivamente económica³³¹.

193.

³²⁷ Muchos trabajos académicos sobre el asunto no percibieron una relación directa entre rigidez de la regulación laboral e incremento de la eficiencia económica o concluyeron que esa relación es ambigua. Ver, por ejemplo: ABRAHAM, K. G. y HOUSEMAN, S. N., “Does Employment Protection Inhibit Labor Market Flexibility? Lessons from Germany, France, and Belgium”, en: AA.VV. (ed. Blank, R. M.), *Social Protection Versus Economic Flexibility? Is There a Trade-off?*, Chicago: The University of Chicago Press, 1994, pp. 59-93; BENTOLILA, S. y BERTOLA, G., “Firing Costs and Labour Demand: How bad is Eurosclerosis?”, *The Review of Economics Studies*, vol 57 (1990), n.º 3, pp. 381-402; HUNT, J., “Firing Costs, Employment Fluctuations and Average Employment: An Examination of Germany”, *Economica (New Series)*, vol. 67, n.º 266 (2000), pp. 177-202.

³²⁸ Los cuatro países con mayor rigidez de la normativa laboral contra despidos individuales y colectivos para trabajadores permanentes en 2013, según la OCDE (*OECD Employment Protection Database*, 2013 update).

³²⁹ Según datos de Eurostat, en diciembre de 2016, España afrontaba una tasa de paro de 18,4 por 100, mientras que el promedio en la UE28 quedaba en el 8,1 por 100.

³³⁰ Entre 2011, primer año antes de las reformas, y 2016 hubo una pérdida neta de 372.000 empleos a tiempo completo y 265.000 empleos de duración indefinida, mientras que se crearon 293.000 empleos a tiempo parcial y 99.000 contratos temporales más. Fuente: CEC – UGT a partir de EPA y INE. Ver análisis en: UGT, “Cinco años de reforma laboral: evolución del empleo, la contratación, los despidos, la negociación colectiva y los salarios”, febr. 2017, disponible en <http://www.ugt.es/Publicaciones/5%20a%C3%B1os%20de%20reforma%20laboral-retocado.pdf>, acceso en 14.06.2017.

³³¹ BAYLOS, A., “Por una (re)politización de la figura del despido”, *Revista de Derecho Social*, n.º 12 (oc./dic. 2000), pp. 9-29.

Una última observación relacionada al derecho de no ser despedido sin justa causa, y esto es de importancia crucial para el objetivo de este trabajo monográfico, es que, aunque el contrato contenga una condición resolutoria *ad nutum*, no se puede admitir que el acto de extinción contractual produzca resultados contrarios a la Constitución, o sea, “la facultad de resolución de la relación laboral” durante el periodo de prueba – o en cualquier situación en que el ejercicio del poder empresarial no necesite ser motivado – “está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra un derecho fundamental” (STC 94/1984, de 16 de octubre, FJ3), lo que conduciría a la nulidad del acto.

6 El Derecho al Trabajo y los Retos del Siglo XXI: ¿Un Derecho en Crisis?

6.1 Economía y derechos laborales: una relación posible

Que la crisis y el Derecho del Trabajo son “compañeros de viaje históricos”³³² es una frase que viene repitiéndose desde que los primeros impactos de la crisis del petróleo, en los años 1970, empezaron a inspirar reformas que transformaron, lenta y gradualmente, los sistemas de protección laboral construidos en las tres décadas áureas del posguerra. Que el derecho al trabajo es de difícil concretización, especialmente en épocas de recesión y desempleo, es otra afirmación común y poco cuestionada.

A fin de ser más precisos, la identificación del Derecho del Trabajo con la realidad económica, como si fueran gemelos siameses, ya era objeto de elucubraciones desde los años de la gran depresión que se siguieron al *crack* de 1929, cuando había quien declarase que aquel Derecho solamente podría subsistir se hubiese una economía

³³² Expresión acuñada por Palomeque López en ponencia presentada en el Congreso Brasileño de Derecho del Trabajo de Foz do Iguaçu (10-11 de mayo de 1984), bajo el título “Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica”, publicada en la *Revista de Política Social*, n.º 143 (jul./sep. de 1984), pp. 15-21.

capaz de garantizar las condiciones de vida de los trabajadores³³³.

Es obvio que la generación y el mantenimiento de empleos, en cuyas entrañas son ejercidos los derechos laborales, dependen de condiciones económicas favorables a la inversión productiva. Un crecimiento económico equilibrado es la única fuerza capaz de, en un sistema de libertad de mercado, realmente crear empleos y mejorar las condiciones salariales de la clase trabajadora. De ahí por qué las crisis cíclicas del capitalismo moderno siempre tendrán impacto en la disminución de los niveles de empleo y consecuencias negativas para quienes buscan una ocupación, pero también afectarán aquellos que permanezcan en sus puestos de trabajo – reduciendo su poder de negociación y comprimiendo el valor real de los salarios. Y como ese carácter cíclico es una constante de los procesos económicos, no se trata de algo diferente de la normalidad³³⁴.

Las crisis siempre suscitaron discusiones y eventuales reformas por ellas provocadas constituyen un desafío de carácter político, pero también teórico, porque confrontan la incapacidad de economistas y juristas de resolver disfunciones sistémicas desconocidas o subestimadas³³⁵. No es de extrañar que, delante de la perplejidad de las clases política y académica y de la apatía de la población en general, los actores económicos más poderosos se aprovechan de los momentos de crisis para imponer las recetas que les parecen más convenientes.

El hecho es que toda regulación del trabajo por cuenta ajena sufre inevitable influencia, no sólo de la realidad macroeconómica, sino también del contexto político, de la mentalidad social y de las evoluciones progresivas de la tecnología³³⁶. Quizás sea por causa de la confluencia de todas esas presiones, a un solo tiempo, que la última crisis del capitalismo global haya sido la más devastadora para los derechos de los trabajadores en casi todo el mundo, especialmente en el sur de Europa y en América Latina, a punto de cuestionarse la propia base principista en la cual se asienta el Derecho del Trabajo, intentando subordinarlo a la lógica económica dominante³³⁷.

³³³ Conforme el célebre discurso de Hugo Sinzheimer, de 1933, recordado por Palomeque (en “Un compañero de viaje histórico...”, cit., p. 18).

³³⁴ ROMAGNOLI, U., “Derecho laboral y marco económico: nexos de origen y perfiles evolutivos”, *Revista de Derecho Social*, n.º 64 (2013), p. 13.

³³⁵ FARIA, J. E., *O Estado e o Direito depois da crise*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 28.

³³⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 30

³³⁷ Como afirma CASAS BAAMONDE, M. E. (“La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo:

6.2 La crisis del 2007/2008 y las reformas laborales

La crisis empezada en 2007 con la explosión de la burbuja financiera e inmobiliaria americana – y que, en 2008, se esparció globalmente, quebrando bancos alrededor del mundo y afectando negativamente la deuda soberana de algunos países europeos, derribando precios de *comodites* y haciendo la economía mundial sumergir en la mayor recesión desde el 1929 –, fue fruto de una excesiva generación de liquidez, autoalimentada por sofisticadas manipulaciones financieras, bien como del aumento de operaciones especulativas de corto plazo, que posibilitaran una conjugación explosiva de factores, como la creación artificial de una riqueza financiera desconectada de la riqueza real, alta exposición y subestimación de los riesgos y deficiencia del sistema regulatorio y de fiscalización³³⁸.

Se trata, por lo tanto, de un movimiento recesivo generado mucho más por la insuficiencia de regulación de los sistemas bancarios, bien como de la sobrevaloración del capital especulativo en detrimento de la inversión productiva, de lo que por el exceso de reglas limitadoras de la libertad de mercado. No fue el Derecho del Trabajo, la Seguridad Social o el coste de la mano de obra que provocaron la crisis, pero fueron ellos los primeros a ser llamados a pagar por ella, siguiendo la receta de la ortodoxia liberal y su conocido *script* de culpabilización de la legislación laboral³³⁹ por las vicisitudes provenientes de los excesos del propio capitalismo.

reflexiones sobre un Derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 47, 2016, p. 182): “En las reformas legislativas recientes y en el discurso de los reformadores de los distintos países europeos, asentados en proposiciones económicas presentadas como evidencias indiscutibles, la reestructuración del sistema económico y de las empresas en esta nueva fase del capitalismo financiero demanda cambios estructurales en las regulaciones jurídico-laborales que proporcionen respuestas rápidas y eficaces a las exigencias del mercado para evitar, en último término, la destrucción de empleo e invertir esta tendencia hacia el crecimiento y la creación de empleo. La eficacia y eficiencia del Derecho del Trabajo se traslada así a su adecuación al mercado, a las necesidades de productividad y competitividad y a las políticas de austeridad y contención fiscal para la recuperación económica.”

³³⁸ Ver el agudo relato de la secuencia de la crisis hecho por FARIA, J. E., *O Estado e o Direito depois da crise*, cit., pp. 31-49. Ver también el minucioso análisis del estopín de la crisis en los EEUU y sus consecuencias en el Reino Unido hecha por BLACK, J., “Managing de financial crisis: the constitucional dimensión”, *LSE Law, Society and Economics Work Papers*, n.º 12, disponible en http://eprints.lse.ac.uk/32895/1/WPS2010-12_Black.pdf, fecha de consulta 21.06.2017.

³³⁹ BAYLOS GRAU, A., “Creación de Empleo, Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo: el Caso Español”, *Derecho & Sociedad*, n.º 30 (2008), p. 29.

Bajo la disculpa de la destrucción de empleos acelerada por la crisis, un tsunami de reformismo neoliberal barrió el mundo del trabajo, en la mayoría de las veces por medio de instrumentos normativos no apoyados por la población. Como terminaron percatándose los trabajadores griegos, españoles, brasileños y muchos otros, “en las crisis financieras, quien manda y decide son los acreedores, no los electores”³⁴⁰.

De acuerdo con datos de la OIT, entre el 2008 y el 2014, fueron aprobados 642 cambios en las legislaciones laborales de 110 países investigados y, la mayoría de ellas (55%), implicó alguna disminución del nivel de protección del trabajador³⁴¹. Y las olas reformistas todavía siguen causando impacto alrededor del planeta, como demuestran las más recientes reformas francesas³⁴² y brasileña. Esta última, que impuso un amplio cambio en la CLT, fue insertada en un programa político no sometido a la aprobación de las urnas, no debatido con los sindicatos y llevado a efecto por un gobernante acusado de beneficiar a grupos empresariales en negociaciones sombrías³⁴³, además de ratificado por un Congreso también bajo sospecha³⁴⁴, cuya legitimidad democrática es cada vez más cuestionada³⁴⁵.

En líneas generales, la mayoría de las reformas implementadas alrededor del planeta en los últimos años, tiene como punto de convergencia, en mayor o menor grado, la promoción de la flexibilidad externa, que se traduce en la creación de contratos especiales con menor nivel de protección y en la facilitación/rebaja del despido, bien

³⁴⁰ FARIA, J. E., *O Estado e o Direito depois da crise*, cit., p. 99.

³⁴¹ ADASCALITEI, D. y PIGNATTI MORANO, C., “Drivers and effects of labour Market reforms: Evidence from a novel policy compendium”, *IZA Journal of Labour Policy* 5:15 (2016), DOI 10.1186/s40173-016-0071-z, pp. 4-5, disponible en <https://izajolp.springeropen.com/articles/10.1186/s40173-016-0071-z>, fecha de consulta 29.06.2017.

³⁴² Mismo tras la aprobación de reformas por el gobierno Hollande, en 2016, el gobierno Macron siguió proponiendo nuevas medidas regresivas en relación a los derechos de los trabajadores.

³⁴³ En los autos de la investigación criminal 4.483 (INQ 4.483/DF), el Fiscal General de la República acusa al Presidente Michel Temer de, coligado a miembros de su partido político, recibir soborno para facilitar negocios de grupos económicos poderosos y comerciar la elaboración de leyes. Fuente: Supremo Tribunal Federal.

³⁴⁴ En la llamada “Operação Lava Jato”, hasta julio de 2017 (momento de votación de la reforma laboral por el Senado Federal), 29 de los 81 senadores, además de diputados, ministros y gobernadores, eran formalmente investigados por sobornos.

³⁴⁵ Encuesta realizada por el Instituto Datafolha, entre 21 y 23 de junio de 2017, apuntaba que solamente 3 por 100 de la población brasileña confiaban plenamente en el Congreso Nacional, mientras 65 por 100 no confiaban nada. Ver Jornal Folha on line, Coluna Poder, “Forças armadas lideram confiança da população; Congresso tem descrédito”, Folha de São Paulo, 24.06.2017, disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1895770-forcas-armadas-lideram-confianca-da-populacao-congresso-tem-descredito.shtml>, fecha de consulta 19.05.2018.

como de la flexibilidad interna, corporificada en la autorización para alteraciones de cláusulas sustanciales del contrato de trabajo (remuneración, jornada, función, movilidad).

Paralelamente, se ha promovido la sustitución de las garantías legales por una especie de garantía colectiva debilitada, que realiza la autonomía privada colectiva delante de un escenario de debilidad del poder sindical y hace prevalecer los acuerdos empresariales sobre los convenios sectoriales³⁴⁶.

En Brasil, como si no bastase el desarme del Derecho Laboral en su aspecto material, la Ley 13.467, del 13 de julio del 2017 (vigente desde el 11/11/2017), también promovió cambios relevantes en el ámbito del Derecho Procesal del Trabajo, convirtiendo el proceso más burocrático e imponiendo pesadas costas al trabajador que tiene su demanda desestimada, aunque sea reconocidamente pobre, desestimando, con esto, la judicialización de los conflictos individuales de trabajo. Aunque esta parte de la reforma haya sido objeto de una acción de inconstitucionalidad movida por el Fiscal General de la República, la cuestión sigue hasta ahora sin una decisión del Supremo Tribunal Federal³⁴⁷.

Todo parece resumirse a la simple rebaja de las trabas jurídicas que buscan impedir el ejercicio del poder empresarial en su estado más bruto y promover un mínimo equilibrio en la relación jurídica laboral, despreciando el Derecho Laboral en su función tuitiva.

Tales reformas, presentadas bajo la capa de una hipotética “modernización” del Derecho Laboral, ceden espacio político a agentes del mercado cada vez más sedientos de mano de obra barata y desechable, y cada vez menos dispuestos a dividir riquezas por medio de tributación progresiva³⁴⁸ y del mantenimiento de un Estado de bienestar social.

En efecto, la flexibilización de las relaciones laborales no ha caminado sola. A su lado, las “fuerzas del mercado” que encuentran voz activa en las instituciones financieras y agencias de evaluación de riesgo, ha forzado la adopción de límites rígidos

³⁴⁶ La reforma brasileña, incurriendo en desmonte del sistema de negociación colectiva (lo que, a nuestro juicio, es flagrantemente inconstitucional), hace prevalecer los contratos individuales sobre los convenios y acuerdos colectivos, en caso de trabajadores con retribución mensual superior a R\$ 11.300,00 (algo alrededor de 3.000 euros).

³⁴⁷ ADI 5766/DF.

³⁴⁸ Un panorama sobre la cuestión tributaria y el reparto de rentas en la actual fase del capitalismo, ver PIKETTY, T., *O Capital no século XXI*, trad. Monica Baumgarten de Bolle, 1ª ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

al presupuesto público³⁴⁹, afectando negativamente la capacidad del Estado de mantener el colchón protector en contra el desempleo y la pobreza. La crisis, por lo tanto, ronda no solamente el Derecho Laboral, sino también el constitucionalismo social y el Derecho de forma general.

6.3 La mentira repetida mil veces...: ¿la regulación laboral puede destruir empleos?

En la era de predominio de la posverdad³⁵⁰, el *establishment* político y económico, juntamente con los grandes medios de comunicación de masas, ha repetido exhaustivamente, como si fuera un mantra religioso autoevidente que el desarme de la protección al trabajo tiene la virtud de generar empleos. Una cuestión crucial, que pocos se disponen a enfrentar, es como la regulación laboral, no siendo responsable por la crisis que destruyó puestos de trabajo, ¿podrá ser protagonista de la recuperación económica?

Es sabido que períodos prolongados de bajo crecimiento, recesión económica o aumento de tasas de desempleo convierten la población afectada más propensa a ceder a discursos emocionales por transformaciones, o que termina viabilizando políticamente la aprobación de reformas en las leyes de protección al empleo³⁵¹. Sin embargo, los estudios sobre los efectos de la reducción de los niveles de protección laboral en la dinamización de la economía son limitados y contradictorios, provocando muchas más dudas que seguridades. Por lo tanto, esa presunta identificación inmediata entre crisis y Derecho Laboral parece más psicológica que real e inevitable.

Conviene no olvidar que fue justamente tras la mayor crisis económica del siglo XX, durante la gran depresión de la década de 1930, que el Derecho Laboral tuvo su

³⁴⁹ La reforma del artículo 135 de la Constitución Española, consagrando el principio de estabilidad presupuestaria y de prioridad absoluta para el pago de la deuda, la “regla de oro” de la zona del Euro y la Enmienda Constitucional 95, de Brasil (imponiendo límites al crecimiento presupuestario), son ejemplos elocuentes de esa política global de control de los gastos públicos y reducción de los programas sociales.

³⁵⁰ El neologismo post-verdad o posverdad, originario del inglés *post-truth*, elegida la palabra del año 2016 por Oxford Dictionary, significa una mentira emotiva, describiendo la situación en la cual, a la hora de crear y modelar opinión pública, los hechos objetivos tienen menos influencia que las creencias personales, basadas en apelaciones a las emociones.

³⁵¹ Ver, en ese sentido: DUVAL, R. y, ELMESKOV, J., “The effects of EMU on structural reforms in labour and product markets”, *ECB Working Paper Series*, n.º 596 (2016); ADASCALITEI, D. y PIGNATTI MORANO, C., “Drivers and effects of labour Market reforms...”, cit., p. 12.

evolución más acelerada en muchos países, incluso en España³⁵² y en Brasil³⁵³, en un movimiento contracíclico importante y duradero, impulsando el constitucionalismo social en las cuatro décadas siguientes, lo que demuestra que la cuestión no gravita exclusivamente en el plan de la economía o de la escasez.

Los estudios sobre los efectos económicos de reformas laborales, en general, se inclinan sobre datos de periodos relativamente limitados y tienden a no considerar variados factores macroeconómicos que pueden influir en los niveles de empleo, como cambios en las políticas fiscal y monetaria, impactos en el intercambio de divisas y de precios, etc., además de la introducción repentina de nuevas tecnologías. Por eso, los resultados son normalmente ambiguos y, muchas veces, contradictorios entre sí. Mientras algunos economistas afirman que rebajar la legislación protectora del empleo puede aumentar la inclinación de los empresarios a invertir en negocios más arriesgados de la alta tecnología³⁵⁴, mejorar la productividad³⁵⁵ y el desempeño de la economía de forma general, otros sostienen que los efectos positivos de las alteraciones legislativas en el incentivo a nuevas contrataciones son meramente transitorios, siendo neutralizados con el paso del tiempo³⁵⁶, pero la flexibilización del despido tiende a provocar aumento de la tasa de desempleo en un corto plazo³⁵⁷ y, a largo plazo, puede reducir las inversiones en capacitación, disminuyendo la productividad³⁵⁸, además de reducir el poder de negociación de los trabajadores, haciendo caer la remuneración media³⁵⁹.

Poca atención se ha dado, por otro lado, a los impactos de las reformas en la

³⁵² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Un compañero de viaje histórico...”, cit., p. 20.

³⁵³ Por todos: SEGADAS VIANA, “Evolução do Direito do Trabalho”, en Süsskind, A., Maranhão, D. y Segadas Vianna, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, 11ª ed., São Paulo: LTr, pp. 63-66.

³⁵⁴ BARTELSMAN, E. J., GAUTIER, P. A. y WIND, J., “Employment Protection, Technology Choice, and Worker Allocation”, *DNB Working Paper*, n.º 295 (2011).

³⁵⁵ AUTOR, D. H., KERR, W. R. y KUGLER, A. D., “Does employment protection reduce productivity? Evidence from US states”, *The Economic Journal*, 117 (2007), pp. 189-217.

³⁵⁶ BOERI, T. y GARIBALDI, P., “Two Tier Reforms of Employment Protection: A Honeymoon Effect?”, *The Economic Journal*, vol. 117, n.º 521 (2007), pp. 357-385.

³⁵⁷ BOERI, T. y JIMENO, J. F., “The effects of employment protection: Learning from variable enforcement”, *European Economic Review*, n.º 49 (2005), pp. 2057-2077; CACCIATORE, M., DUVAL, R. y FIORI, G., “Short-Term Gain or Pain? A DSGE Model-Based Analysis of the ShortTerm Effects of Structural Reforms in Labour and Product Markets”, *OECD Economics Department Working Papers*, n.º 948 (2012), disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5k9csvkkr3xn-en>, acceso en 10.07.2017.

³⁵⁸ BELOT, M., BOONE, J. y VAN OURS, J. C., “Welfare effects of employment protection”, *Economica*, vol. 74, n.º 295 (2007), pp. 381-572.

³⁵⁹ VAN DER WIEL, K., “Better protected, better paid: Evidence on how employment protection affects wages”, *Labour Economics*, vol. 17, n.º 1 (2010), pp. 16-26.

calidad de los empleos, en la renta de los trabajadores y sus consecuencias en los niveles de demanda y en el bienestar de la población en general. Resumiendo, los cortes metodológicos utilizados en las investigaciones hacen con que se pierda la visión más general de un problema extremadamente complejo, que involucra innumerables variables y ultrapasa una cuestión puramente matemática.

Si el rebajamiento de la protección del contrato de trabajo fuese el camino más seguro para disminuir el desempleo y evitar las recesiones, como parecen creer los entusiastas más radicales del neoliberalismo, todo podría ser resuelto con un paso de magia: se revoque la legislación laboral y todos vivirán felices para siempre. Pero, ¿todos saben que no es así! ¡La vida no es un cuento de hadas! Si es verdad que todos los empleadores ganarían, en un corto plazo, con la eliminación total de reglas protectoras del empleo, también es claro que, a largo plazo, el *laissez-faire* implicaría caída de la renta oriunda del trabajo, menor consumo, deterioración de las condiciones de vida de la población en general, más inestabilidad social y política; luego, llevaría a la degradación del ambiente de negocios y, en la otra punta, al aumento del desempleo.

De esta manera, la definición del modelo de relaciones laborales es algo muy importante para entregar exclusivamente a los economistas. La regulación del empleo, antes de ser una cuestión meramente económica o jurídica, pertenece sustancialmente al ámbito político y así debe ser tratada. Las opciones legislativas en cuestión de empleo, salarios y condiciones de trabajo, definitivamente, no son políticamente neutras y tienen que ser sometidas a la discusión en el espacio democrático.

Se ve en la actualidad, un intento combinado por los grandes agentes del capitalismo financiero de poner la cuestión del trabajo lejos del debate político, empezando por la pretensión de legitimar la economía como si fuera una ciencia exacta – dando énfasis a los modelos matemáticos –, y no como el fenómeno social que ella, efectivamente, personifica. Como ciencia y religión son los únicos dominios no abiertos al debate político en una sociedad democrática, el objetivo es hacer creer que la economía pertenece al mundo de las ciencias naturales, buscando despolitizarla³⁶⁰. En realidad, esa creencia ciega en la existencia de una espontánea orden del mercado, dictada por leyes económicas inmanentes que los gobernantes tienen la obligación de implementar, sin levantar dudas, se acerca mucho más a una fe religiosa que de una

³⁶⁰ Cf. SUPLOT, A., “A legal perspective on the economic crisis of 2008”, *International Labour Review*, vol. 149, n.º 2 (2010), p. 158.

verdad científica, aunque no sea ni una cosa ni otra.

En efecto, como observa Supiot, no hay espacio para el desarrollo de un mercado resultante de una presunta selección natural, fruto de un “darwinismo económico”, ya que las relaciones comerciales y financieras no pueden prescindir de una sólida estructura institucional que les dé soporte. El cumplimiento de los contratos y el respeto a la propiedad, por ejemplo, sólo pueden ocurrir dentro de un marco regulatorio cuya implementación sea garantizada por una autoridad superior, corporificada modernamente por el Estado, sus leyes y su poder coercitivo. Sin ese poder que imponga a las partes contratantes el mantenimiento de las obligaciones contratadas, el contrato no será nada más que la imposición de la voluntad del más fuerte sobre el más débil. El desmantelamiento de la capacidad regulatoria y del poder del Estado, de esa forma, jamás produciría un mercado perfecto y harmónicamente autorregulado; a lo contrario, conduciría a la destrucción del mercado en sí, ante el caos resultante de la falta de una estructura institucional que pueda garantizar su funcionamiento adecuado.³⁶¹

El sueño del mercado total, en que todos concurrirían con todos, en un capitalismo global libre de normas regulatorias heterónomas, no pasa de una terrible pesadilla. No habiendo reglas que impidan el dominio de los grandes complejos empresariales sobre los concurrentes menores (formación de oligopolios y monopolios), sobre sus proveedores (monopsonios) y sobre los trabajadores (destrucción de los derechos humanos y fundamentales), la lucha por la supervivencia tiende a volverse tan cruel que dará lugar a una guerra total, destruyendo todas las conquistas civilizatorias de los últimos dos siglos y, por fin, minando el capitalismo en su propia esencia.

No se puede separar el derecho de la economía, pero la economía sin el derecho se acabará. Solamente fue posible obtener los avances económicos hasta aquí porque los espacios regulativos garantizan la paz posible para estimular a los agentes económicos. Economía no reglada conducirá a un clima de más incertidumbres y barbarie.

Lejos de ser un hecho natural regido por leyes inmanentes, no sujetas al debate, la economía es una construcción social e histórica, para la cual concurren relaciones humanas, convenciones, valores culturales, redes sociales y lugares de poder³⁶². Como productos culturales y sociales, la economía y el derecho necesitan dialogar entre sí y también con la realidad político-social siempre cambiante, pero no existe una relación

³⁶¹ Idem, pp. 152-153.

³⁶² FARIA, J. E., *O Estado e o Direito depois da crise*, cit., p. 29.

inexorable, de causa y efecto necesarios, entre límites normativos y crisis económica.

Las crisis económicas que explosionaran en las últimas décadas, a empezar por la provocada por la escasez petrolífera de los años 1970, tuvieron como subproductos el fortalecimiento de un discurso político claramente neoliberal – impulsado a partir de la ascensión de Reagan y Thatcher al poder y de la caída del Muro de Berlín – y la profundización de un proceso de “oligarquización de la vida política, económica y mediática”³⁶³. Se engaña el que cree que, desde entonces, sólo el Derecho Laboral está bajo el ataque. La furia descontrolada de la tecnocracia dominante viene aprovechándose de las crisis para promover erosiones graduales en el constitucionalismo social, en el principio democrático, en las libertades civiles en el propio Estado de derecho, desgastando la noción de ciudadanía.

El Derecho Laboral, representado por el conjunto de normas que reglan la prestación de servicios por cuenta ajena y que tienen el reto de evitar el dominio absoluto de la parte más fuerte sobre la más débil, en una relación bilateral asimétrica, nunca fue responsable de las crisis cíclicas del capitalismo, ni tiene el poder de superarlas; no crea empleos ni los destruye. Tales normas, conquistadas con mucha sangre, sudor y lágrimas, no pueden ser consideradas un simple estorbo al funcionamiento de una presunta orden económica natural, sino como una construcción política que traduce el respeto por la igualdad y por la dignidad humanas, valores basilares de la democracia moderna.

6.4 El derecho al trabajo en un mundo en cambio: retos del siglo XXI

No es sólo cosa de hoy que el mundo viene sufriendo profundas transformaciones, a partir de la globalización económica y de las nuevas tecnologías, que disminuyeron distancias y acercaron a pueblos y culturas, pero también estimularon la competición a un nivel nunca visto anteriormente. Todo, incluso nuestras relaciones familiares y sociales, gravita alrededor de una visión mucho más reducida de espacio y de tiempo³⁶⁴.

La competición más intensa en escala mundial y la tecnología de la información influyeron en la reorganización de las estructuras empresariales e hicieron surgir nuevas

³⁶³ PISARELLO, G., “El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 28 (en./jun. 2012), p. 58.

³⁶⁴ CARNOY, M., *Sustaining the New Economy: Work, Family, and Community in the Information Age*. 2ª ed., Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 3.

formas de administrar y producir, cambiando también la manera de cómo nos relacionamos en el trabajo y con el trabajo. La oferta de empleos estables y a tiempo integral viene disminuyendo sensiblemente, disolviendo la identidad que los trabajadores venían construyendo desde el fin del siglo XIX. No sólo el trabajo, sino todo lo que gravita alrededor de él (el círculo de amigos, las relaciones sindicales y hasta políticas), parecen asumir un aspecto “permanentemente temporario”³⁶⁵.

Añadido a ese caldo cultural de inestabilidad permanente – resultante de la competición global, de las nuevas herramientas tecnológicas, de la descentralización productiva y de la volatilidad de capitales y empresas – el fenómeno más reciente de la conocida economía colaborativa (*sharing economy*, *collaborative economy*), que ha permitido el surgimiento de plataformas digitales que intermedian la demanda y la oferta de ciertos servicios, mercantilizando el trabajo y promoviendo una competición entre los propios trabajadores (*crowdwork*), transformándolos en empresarios de sí mismos, aunque sin desaparecer, en la práctica, la figura de la dependencia – aquí caracterizada más como una “habitualidad controlada” que como una subordinación jerárquica –, tirándolos en una especie de limbo jurídico y que se las arregle como puedan³⁶⁶.

Mientras tanto, el Estado Social y la propia noción de democracia van perdiendo fuerza, atropellados por los intereses económicos privados que pasaron a asumir más fuertemente los espacios de comando después de la caída del Muro de Berlín. En vez de la igualdad y de la solidaridad que están en la base de la social democracia, ganan cada vez más fuerza el espíritu de la competición y el individualismo del modelo neoliberal, traspasado por la “ideología del éxito individual”³⁶⁷.

No es por casualidad que, a la medida que avanzan las libertades mercantiles y las políticas neoliberales por el mundo, informes incontestables, llevados a cabo anualmente (desde el 2006) por un conocido periódico de economía inglés, demuestran una constante degradación de los niveles de democracia global, que incluso se ha

³⁶⁵ Idem, p. 5.

³⁶⁶ Sobre la necesidad de reconocer los trabajadores de la llamada *gig-economy* como destinatarios de la protección laboral: DE STEFANO, V., “The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the gig-economy”, *Conditions of Work and Employment Series*, OIT, n.º 71 (2015), disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf, acceso en 23.01.2018. Siguiendo la misma línea, haciendo un análisis dirigido al caso Uber: TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 76, (2016) pp. 59-81.

³⁶⁷ ROMAGNOLI, U., “Derecho laboral y marco económico...”, cit., pp 17-18.

mostrado más aparente en las democracias más antiguas del mundo³⁶⁸. Este proceso de degradación del ambiente democrático y del constitucionalismo social, que ya venía ocurriendo desde el fin del siglo pasado, ganó aliento tras el 11 de septiembre y, especialmente después de la crisis de 2007/2008, aceleró la exacerbación del discurso autoritario, el abandono del diálogo social y el acelerado desgaste no solamente de los derechos sociales, sino también de los derechos civiles y políticos³⁶⁹.

Todos esos cambios pasaron en un momento en que, quizás, por causa de ellos mismos, los regímenes normativos se han vuelto cada vez más multidireccionales y multiniveles, reflejando la dilución del poder en espacios difusos, de lo local a lo internacional, de lo nacional a lo supranacional, de lo legal a lo negocial. Un derecho en red, cada vez más flexible, “*ad hoc*” y maleable al sabor de la necesidad empresarial, en que el Estado es un jugador importante, pero está lejos de ser el único.

En ese contexto, viene ganando fuerza un nuevo Derecho Comercial global (*Lex Mercatoria*) ampliamente favorable a las empresas transnacionales³⁷⁰, cada vez más apoyado en una compleja red, involucrando la Organización Mundial del Comercio (OMC), tratados regionales, tratados multilaterales y bilaterales de libre comercio, muchas veces encomendando las obligaciones sociales de tales empresas a códigos de conducta privados o a un derecho nacional blando³⁷¹ (*soft law*), escapando de un control institucional fuerte. El Derecho Laboral se va volviendo cada vez más maleable para amoldarse a ese nuevo orden económico mundial y a la pretensión de sus agentes de mercantilizar todo, incluso el trabajo humano, en un movimiento tensor de la democracia

³⁶⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Democracy Index 2017: Free speech under attack*, Londres: The Economist, 2018. Los principales indicadores de esa erosión de la democracia son: a) declive de la participación popular en elecciones y en la política; b) debilidad en el funcionamiento del gobierno; c) disminución de la confianza en las instituciones; d) declinante capacidad de atracción de los principales partidos políticos; e) creciente influencia de órganos no elegidos y de cuerpos de especialistas; f) creciente abismo entre las elites políticas y el electorado; g) declive de la libertad de expresión; h) y disminución de las libertades civiles, incluso del derecho a la libre manifestación de las ideas (p. 3).

³⁶⁹ El desgaste del garantismo administrativo, penal y laboral, como consecuencia de las políticas neoliberales es señalado, entre otros, por: PISARELLO, G., “El constitucionalismo social ante la crisis...”, cit., p. 65.

³⁷⁰ Véase, sobre el creciente poder político y normativo de las empresas transnacionales: HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Bilbao: Hegoa/Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional/Universidad del País Vasco, 2009.

³⁷¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, pp. 65-66, 2017.

y del constitucionalismo moderno. Como observa Monereo Pérez:

Los límites de los gobiernos nacionales sobre el control de la economía de escala mundial han incidido en una erosión de la capacidad regulatoria del Derecho del Trabajo y también un vaciamiento del proceso democrático de toma de decisiones. Pero sin olvidar el papel activo de los propios Estados (especialmente las grandes potencias mundiales) que han asumido los rasgos propios del paradigma de Estado neoliberal o Estado de mercado, y que actúan en apoyo de las fuerzas operantes en los mercados. Es así que los derechos sociales ha sido objeto de flexibilización (liberalización de las relaciones laborales) o de desconstitucionalización expresa o tácita. Es palpable el progresivo vaciamiento de las instituciones y las formas jurídicas garantistas (legales y convencionales) construidas bajo la égida del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. Pero la “des-sustancialización” de la democracia supone también la “des-democratización”, un vaciamiento de la democracia misma, pues en la civilización contemporánea la democracia no se percibe formalmente (ni se configura constitucionalmente) sólo como un procedimiento de elección de las élites, sino también como una democracia social que garantiza los derechos sociales fundamentales.³⁷²

No es que el Estado haya simplemente desistido de intervenir en las relaciones laborales en nombre de un liberalismo puro. La cuestión es que se camina en el sentido de un neointervencionismo, por el cual se abandona la intervención en favor de lo social – entregando su regulación a fuentes difusas y maleables – para elegir una opción legislativa fuerte en favor de los derechos patrimoniales, de la rentabilidad del capital y de la libertad de circulación de bienes y servicios, incluso endureciendo el derecho sancionador. El Derecho Laboral va convirtiéndose en un área de regulación preferente de la competitividad de las empresas y legitimador del poder empresarial, abandonando su función equilibradora de una relación asimétrica³⁷³. Mucho peor que un mercado

³⁷² Idem, p. 78.

³⁷³ En esa línea, hablando sobre las reformas laborales españolas del 2012, ver: PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La función social y la permanencia del Derecho del Trabajo: el ‘equilibrio estructural’ del modelo

desregulado, se va dibujando un cuadro en que el mercado es regulado por sus propias exigencias.

La desnivelación entre un Derecho Social blando y un Derecho Mercantil fuerte, con la prevalencia del último sobre el primero, ha puesto en jaque las promesas constitucionales en muchos países y ha estimulado la percepción de un creciente déficit democrático, no sólo en el seno de los estados nacionales, sino, especialmente, en el ámbito de la Unión Europea – cuya integración normativa, “ha destruido la vinculación entre las relaciones laborales propias del estado nacional y la constitución económica europea sin reconstruir las tradiciones europeas del estado de bienestar a nivel europeo”³⁷⁴.

La dualidad normativa en el espacio europeo, favoreciendo cada vez más la producción de normas laborales de textura abierta, ha generado una competición por la reducción de costes del trabajo, haciendo surgir un “Derecho Flexible del Trabajo” que instrumenta la subordinación de la racionalidad social a la racionalidad económica³⁷⁵. Por más que se hable en “pilar europeo de derechos sociales”³⁷⁶, las prioridades de la Unión han sido, hasta ahora, orientadas para el mercado y para la competitividad puramente económica³⁷⁷. Basta ver que la política monetaria se dirige preferiblemente a la estabilidad de los precios y no al pleno empleo³⁷⁸ y que se da mucho más destaque, a través de normas jurídicas reforzadas, a la responsabilidad fiscal (regla de oro) que a los gastos sociales, estos relegados a un plan residual y secundario, desprovisto de garantías claras.

El cuadro se vuelve más desalentador cuando se verifica que una parte significativa de los juristas parece rendirse a esa racionalidad económica, incorporando el lenguaje de lo “emergente” y de lo “contingente” para relativizar valores constitucionales y derechos fundamentales, como pasó en las sentencias del TC sobre

y sus amenazas”, *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. LVII, Tomo III, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, p. 2599.

³⁷⁴ INNERARITY, D., “La promessa social europea”, en AA.VV. (ed. Miguel Seguró y Daniel Innerarity), *¿Dónde vas, Europa?*, Barcelona: Herder Editorial, 2017, p. 162.

³⁷⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, cit., p. 105.

³⁷⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales*, Bruselas: COM (2017) 250 final.

³⁷⁷ APARICIO TOVAR, J., “Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, *Revista de Derecho Social*, n.º 79 (2017), pp. 231-253.

³⁷⁸ INNERARITY, D., “La promessa social europea”, cit., p. 162.

aspectos importantes de la reforma laboral del 2012 (v.g., SSTC 119/2014, del 16 de julio, 8/2015, del 22 de enero y 140/2015, del 22 de junio). Para algunos observadores, todo parece caminar para el desarme final de los derechos sociales y de la función equilibradora del Derecho Laboral, teniendo la remercantilización del trabajo humano como un producto inevitable de esa nueva “modernidad”.

No hay lugar, sin embargo, para un determinismo economicista, del tipo que apunta al inevitable fin del empleo y para el colapso del Estado social sin que sea posible hacer nada a ese respecto. La cuestión sobre para dónde estamos caminando es mucho más política que económica, abarca mucho más las opciones colectivas y las relaciones de poder que la inexorabilidad de presuntas leyes naturales de la economía. Es exactamente por tener que enfrentar con innúmeras variantes políticas, climatológicas, tecnológicas, sociológicas y psicológicas – que hacen la evolución de las sociedades un tanto errática e impredecible³⁷⁹ – que los economistas nunca fueron muy buenos en anticipar las crisis. Siendo la economía un producto de la cultura humana y de la vida en sociedad, no hay caminos sin vuelta, no hay rumbos inmutables, de la misma forma que no hay caminos seguros.

Es necesario que la sociedad democráticamente ordenada reasuma su protagonismo y defienda la “justicia social” y los derechos humanos en contraposición a la “justicia del mercado”, a fin de evitar la anexión de la democracia por las fuerzas económicas dominantes³⁸⁰. Importa notar que, a la medida que el número de excluidos aumenta, sus voces van, de una manera u otra, volviéndose cada vez más difícil de ignorar y más próximos estaremos de la ruptura social. El mercado nunca fue capaz de, por sí solo, proporcionar al mundo una paz duradera. Es importante recuperar el debate cualificado sobre la distribución de las riquezas y del sentido del progreso económico, bien como sobre el papel de los derechos sociales como instrumentos de la paz y del progreso de la humanidad como un todo.

El Derecho Laboral, así como la historia, nunca caminó de forma linear, unidireccional o uniforme. Como bien observó Montoya Melgar:

³⁷⁹ Como nos recuerda GIDDENS, cuanto más pretendemos colonizar el futuro, más probable es que nos sorprendan (“Living in a Post-Traditional Society”, en BECK, U., GIDDENS, A. y LARSCH, S., *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Stanford: Stanford University Press, 1994, p. 58).

³⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, cit., p. 85.

Lógicamente, el modelo político-jurídico o institucional sobre la organización de la empresa no es inamovible, sino que, de acuerdo con las concepciones predominantes en cada momento, restringe o amplía el poder del empresario, lo supedita más o menos a controles judiciales o administrativos, refuerza la dependencia de los trabajadores o reconoce un “jus resistendae” de éstos frente a las órdenes irregulares; en una palabra inclina más la balanza hacia la autoridad del empresario o hacia el estatuto jurídico de los trabajadores...³⁸¹

Al vedar la mercantilización de las personas y propugnar por una pauta de trabajo decente, los derechos sociales proponen la domesticación de los mercados para que sean compatibles con la dignidad humana y con el desarrollo sostenible y, como tal, tales derechos deben asumir un papel de destaque en la agenda política y jurídica, que va además de la retórica vacía y de las declaraciones de principios y recomendaciones (*soft law*).

De esa manera, un nuevo Derecho Laboral debe tener como punto de partida el refuerzo de los ordenamientos jurídicos constitucionales, regionales e internacionales, en el sentido de adoptar padrones mínimos innegociables, jurídicamente reforzados, compatibles con el sistema internacional de derechos humanos y con la pauta de trabajo decente de la OIT, haciéndolos exigibles de cualquier empresa que actúe dentro o allá de las fronteras nacionales – un piso abajo del cual ningún trabajo será considerado lícito y al cual todos los Estados y todas las empresas e individuos estarían vinculados (efectos verticales y horizontales).

El establecimiento de un catálogo internacional mínimo de derechos generales y específicos en el trabajo, dotados de técnica y garantías de exigibilidad (*hard law*), (re)introduciría la racionalidad social en la competición global, evitando que la corrida por la competitividad camine exclusivamente en la vía de rebajamiento del coste de la mano de obra y llegue al punto de permitir que el trabajo pueda ser instrumento de dominación y de degradación del ser humano, precario al extremo, en vez de ser un medio de emancipación y de realización personales.

La propuesta de establecimiento de un pilar social europeo, incluyendo los derechos laborales y de seguridad social, aunque sea todavía muy superficial y tímida –

³⁸¹ MONTOYA MELGAR, A., “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 23 (2000), p. 29.

sujeta al poco eficaz Método Abierto de Coordinación (MAC) – no puede dejar de ser celebrada como un recuerdo de un protagonismo que Europa siempre tuvo en el surgimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo. Sin duda alguna, representa el reconocimiento público y formal de la Comisión Europea de que uno de los objetivos de la Unión aún es “promover el bienestar de sus pueblos y trabajar en pro del desarrollo sostenible”, objetivo este que no puede ser alcanzado sin condiciones justas de trabajo. Es necesario avanzar mucho más en la dirección de normas que pongan en pie de igualdad la libertad de empresa y la protección de los derechos laborales y sociales, pero no deja de ser promisoría la noticia de que los burócratas de Bruselas empiezan a preocuparse con el déficit democrático y el sentimiento de insatisfacción generado por las medidas de austeridad impuestas por la Troika y por los cortes sociales decurrentes de las “legislaciones de emergencia”. Según Monereo Pérez:

...es preciso apostar por la simetría en la regulación en la misma fuente constitucional (el sistema de los Tratados de la Unión) de las diversas vertientes interrelacionadas de la constitución económica y de la constitución social, porque sólo así se podrá reflejar la unidad del proyecto de democratización europeo y se podrá garantizar la búsqueda de equilibrio – siempre inestable – en los conflictos que surgen entre el Derecho Social del Trabajo y el Derecho Económico de la Concurrencia.³⁸²

La solución europea, aún en el caso en que se desarrolle correctamente, no disminuye la necesidad de refuerzo del sistema internacional de derechos humanos y de las convenciones referentes al trabajo decente, dotándolos de más transversalidad y coercitividad³⁸³. La ONU y la OIT deben abandonar la técnica de adopción de normas brandas y flexibles para asumir un papel más incisivo en el establecimiento de garantías jurídicas de los derechos sociales, con sanciones más efectivas para el caso de eventual incumplimiento. El establecimiento de cláusulas sociales, con restricciones a las exportaciones de los países que no respeten los patrones laborales mínimos, sería una

³⁸² MONEREO PÉREZ, J. L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, cit., p. 125.

³⁸³ MONEREO PÉREZ, J. L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, cit., pp. 84-87; CASAS BAAMONDE, M. E., “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo...”, cit., p. 178.

posibilidad³⁸⁴.

Por otra parte, el tema del respeto a los derechos humanos y a las condiciones mínimas de trabajo por las empresas transnacionales no ha pasado inadvertido en la ONU, cuyo Consejo de Derechos Humanos logró aprobar, el 2014, la Resolución A/HRC/RES/26/9, que alerta para la necesidad de que tales empresas cumplan con los principios rectores establecidos en los tratados de derechos humanos y estimula un estudio volcado a la creación de una normativa internacional a ese respeto, con fuerza vinculante. Para contraponerse a un Derecho Mercantil fuerte y a la deslocalización de la empresa, los derechos laborales necesitan ganar fuerza en el plan internacional, finalmente anclados en el derecho humano al trabajo, con un sistema de garantías multiniveles.

Aún con todas las transformaciones que se ha enfrentado, el trabajo no desapareció, así como el Derecho Laboral no tiende a extinguirse, pero hay que buscar nuevos horizontes para que siga respondiendo al irrecusable compromiso de equilibrar los intereses de los trabajadores con los poderes de dirección y gestión de los empresarios.

Al centrar el foco en los derechos humanos y fundamentales, de pretensión más universalista – con énfasis en los derechos al trabajo y en las condiciones mínimas para un trabajo decente –, el nuevo Derecho Laboral podrá inaugurar una tendencia expansiva, en el sentido de reaccionar a las nuevas formas de organización del trabajo y tecnologías emergentes, volviendo su protección jurídica a todo individuo que trabaja integrado a un servicio organizado por terceros, de forma subordinada o no, acercando tanto a los empleados como los trabajadores autónomos de una ciudadanía más plena³⁸⁵.

Hablar de hacer efectivo el derecho al trabajo en el escenario actual puede parecer quijotesco. Sin embargo, cabe a nosotros, juristas y académicos, no dejarnos llevar por el efecto manada y alertar sobre los peligros del abandono de una racionalidad político-social que posibilita la paz duradera necesaria para que avancemos también en

³⁸⁴ Así propone DÄUBLER, W., “El derecho del trabajo en la economía global. Un boceto”, trad. Natividad Mendoza Navas, en ALIPRANTIS, N., SUPIOT, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2008, pp. 190-191.

³⁸⁵ Defendiendo la expansión del Derecho del Trabajo específicamente en España, con la ampliación de incidencia del art. 35.1 CE, y siguiendo propuesta de la doctrina francesa: LANDA ZAPIRAIN, J. P., “Constitución y futuro del modelo español del Derecho del Trabajo del próximo siglo”, *Lan Harremanak/2* (2000-I), pp. 155-184.

el plan económico. La resignificación del derecho humano y fundamental al trabajo es un camino posible y necesario, no en el sentido de establecerse una visión romántica de un genérico derecho a un puesto de trabajo, pero para evolucionar en el fortalecimiento de las consecuencias jurídicas de la pérdida del empleo sin un motivo justo – talón de Aquiles de todo el sistema normativo laboral.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DESPIDO VULNERADOR DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR: RAÍCES Y FUNDAMENTOS DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

1 Los Derechos Fundamentales en el Trabajo

Al poner su fuerza de trabajo a la disposición del empleador, así como cualquier persona que celebra un contrato con otra, el empleado no pierde su condición humana ni su ciudadanía. De esa manera, al atravesar los umbrales del establecimiento empresarial, el trabajador no puede ser obligado a desnudarse de su dignidad ni de sus derechos fundamentales. Es verdad que, al contrario de lo que ocurre en otras formas contractuales, el contrato de trabajo pone una de las partes bajo la dirección (poder) de la otra, asumiendo el deber de obediencia en función de las necesidades empresariales, lo que conduce a la percepción de que “el trabajador empeña su vida, su salud y sus energías en la prestación de servicios”³⁸⁶, pero eso no significa que se convierta en cosa, en mercadería desprovista de derechos correspondientes a su existencia humana.

En que pese existir quien sostenga que la perspectiva de imponer a lo particular la obligación de respetar y cumplir los derechos fundamentales ajenos en su actuación privada sería “tendencialmente contraria a la noción misma de libertad”³⁸⁷, no hay mucha dificultad en reconocer que en las relaciones laborales existe una cierta supremacía fáctica de un contratante sobre el otro y, por lo tanto, los derechos fundamentales deben operar como factor limitante de la autonomía privada, como ya señalado por el TC en varias ocasiones³⁸⁸. Esto porque, para que los valores democráticos puedan irradiar para toda la sociedad, los derechos fundamentales deben ser un norte para todas las relaciones que representen potencialmente una amenaza a la

³⁸⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Algunas notas sobre derechos fundamentales en la empresa”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 111 (jul.-sep./2003), p. 197.

³⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 140.

³⁸⁸ Idem, p. 141, refiriéndose a las SSTC 1/1998, 140/1999, 224/1999 y 153/2000.

dignidad humana, notablemente por “poderes económicos y sociales de hecho, por veces hasta más peligrosos do que el propio Estado”³⁸⁹.

El problema es que la relación de empleo es esencialmente conflictiva, de modo que los derechos de los trabajadores están en permanente tensión con los derechos/poderes del empresario y la libertad de empresa. El Derecho Laboral, en sí mismo, “es una lucha lenta y azarosa contra la arbitrariedad en el ejercicio del poder empresarial” y “en esa tarea, la limitación de los poderes ha supuesto, al mismo tiempo, su reconocimiento y legitimación”³⁹⁰. Independiente de ajustes contractuales expresos, la relación laboral impone naturalmente al trabajador el sacrificio de algunos aspectos de su libertad y a la limitación del ejercicio de algunos derechos, generando la necesidad de matizarlos³⁹¹. Al final, ningún derecho es absoluto, y es siempre posible una colisión de derechos fundamentales, que debe ser resuelta a la luz de la proporcionalidad.

Hasta cierto punto, el ejercicio de la autonomía privada también puede resultar en suspensión temporaria (necesariamente revocable) y relativa del gozo pleno de algunos derechos fundamentales, como nos recuerda Luis María Díez-Picazo:

Mientras que la renuncia en general a los derechos fundamentales es sin duda inadmisibles — uno no puede renunciar a su libertad personal para darse en servidumbre, o renunciar a su libertad de expresión para condenarse al silencio permanente —, dista de ser evidente que no se pueda renunciar a ejercer en un caso concreto las facultades que otorga un determinado derecho fundamental. Así, por ejemplo, nada parece oponerse a que, cuando se entra al servicio de una empresa, uno se comprometa expresamente a no iniciar actividades económicas en el mismo sector de actividad de aquélla, renunciando así al ejercicio de la libertad de empresa...³⁹²

Esta constatación, sin embargo, está muy lejos de significar que el contrato de trabajo pueda revocar los derechos fundamentales del trabajador de forma genérica o

³⁸⁹ ABRANTES, J. J., *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, cit., p. 15.

³⁹⁰ GIL Y GIL, J. L., “Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. I, n.º 4 (oct./dec. 2013), p. 12.

³⁹¹ Idem, p. 46.

³⁹² DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., p. 133.

alejada de una justificativa jurídica ponderada. Admitir que los derechos fundamentales no sean absolutos y que pueden ser matizados en el ámbito de algunas relaciones especiales o contractuales³⁹³ no importa afirmar que ellos puedan ser desconsiderados en la ejecución del contrato de trabajo. Por lo contrario, al admitirse la existencia de una desigual distribución de poderes entre los contratantes, de manera que la posición hegemónica del empleador sobre el empleado pone en riesgo la libertad y los derechos de este último, no hay mucha dificultad en reconocer que la relación de trabajo es un espacio natural de incidencia de los derechos fundamentales³⁹⁴. Como ya definió el TC, “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa” (...) “legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas” (...) “deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”³⁹⁵.

Si es verdad que la relación de trabajo puede matizar el ejercicio de algunos derechos fundamentales, no es menos cierto que los derechos fundamentales ejercen un papel modulador del contrato de trabajo, imponiendo prohibiciones y límites, no admitiéndose que el ejercicio de los poderes empresariales pueda legitimar resultados inconstitucionales³⁹⁶.

Algunos textos constitucionales, como el español y el brasileño, prevén expresamente derechos fundamentales ejercitables casi exclusivamente en el plan de las relaciones laborales (derechos constitucionales laborales específicos), como es el caso del derecho a la huelga. Esta previsión, obviamente, no implica abdicar de la aplicación de los derechos fundamentales “generales”, ejercitables por cualquier ciudadano – trabajador o no – también en el ámbito de una relación de trabajo. Examinaremos, luego adelante como la cuestión está puesta en el ámbito del derecho español.

³⁹³ Ver, por ejemplo, las SSTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 4, y 6/1988, de 21 de enero, FJ 6.

³⁹⁴ ABRANTES, J. J., *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, cit., p. 15

³⁹⁵ STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2.

³⁹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord. Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 215 y ss.

1.1 Derechos laborales específicos en la Constitución Española de 1978

Como ya visto, la Constitución Española consagra una serie de derechos que se conectan con el desarrollo de las relaciones laborales y tienen incidencia directa sobre el contrato de trabajo.

Siguiendo el criterio de la extensión de las respectivas garantías, Pedrajas Moreno propone esquematizar los derechos constitucionales laborales específicos de la siguiente forma: **a) derechos fundamentales y libertades públicas** (secc. 1ª, cap. 2, título I, CE), fuertemente garantizados – libertad sindical (art. 28.1), derecho de huelga (art. 28.2) y derecho al trabajo de los condenados a penas de prisión (art. 25.2); **b) derechos y deberes de los ciudadanos** (secc. 2ª, cap. 2, título I, CE), “cuya aplicabilidad inmediata está condicionada a la autosuficiencia de sus propios enunciados, que no gozan de las garantías de los recursos de amparo” (...) “y cuyo eventual desarrollo no está condicionado a la forma de ley orgánica” – derecho y deber de trabajar (art. 35.1), derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1), derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35.1), mandato de que la ley regule un estatuto de los trabajadores (art. 35.2), derecho a la negociación colectiva (art. 37.1), derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2); **c) principios rectores de la política social y económica** (cap. 3, título I, CE), “con valor programático, que sólo podrán ser alegados de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, – en relación con la salud y la seguridad social (arts. 39, 41, 43, 45 y 50), con la política de pleno empleo (art. 40.1), con la formación y readaptación profesional (art. 40.2), con la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2), y con la situación de los españoles en el extranjero (art. 42)³⁹⁷.

Aunque esa clasificación sea útil del punto de vista procesal, entendemos que la esencia del derecho no está en el nivel de sus garantías (ver capítulo anterior, apartado 5.2). De cualquier manera, es necesario reconocer que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, solamente aquellos derechos ubicados en los arts. 14 a 29 CE se revisten de la garantía de acceso al Tribunal Constitucional por medio del recurso de amparo y, por eso, son objeto de una mayor densificación de aquella Corte³⁹⁸.

³⁹⁷ PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid: Editorial Trotta, 1992, pp. 16-17.

³⁹⁸ Es natural que los derechos laborales con garantías más reforzadas – especialmente la libertad sindical (artículo 28.1 CE) y la huelga (artículo 28.2 CE) – sean aquellos que reciben mayor número de decisiones del TC. Pero los demás derechos laborales específicos, especialmente el derecho al trabajo y el derecho a

Proponiendo una clasificación relacionada al alcance y a las funciones de los derechos constitucionales laborales, con énfasis en su aspecto material (sustancial), Palomeque López y Álvarez de la Rosa los dividen en **colectivos** e **individuales**. Los primeros estarían subdivididos de la siguiente forma: **a) en relación con la constitución y funciones de los sujetos sindicales** – la libertad sindical (art. 28.1) y el derecho de los sindicatos (y asociaciones empresariales) de contribuir a “la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios” (art. 7); **b) los derechos de conflicto** – la huelga (art. 28.2) y el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2); **c) los derechos de negociación** – el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1); **d) los derechos de participación** – participación de los trabajadores en la empresa (art. 129.2). A su vez, los derechos constitucionales de matriz individual estarían así subdivididos: **a) derechos de condiciones mínimas de trabajo:** el derecho al trabajo (art. 35.1), incluso el derecho al trabajo de los condenados a penas de prisión (art. 25.2), el derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1), el derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35.1), el derecho a un salario suficiente y a la igualdad salarial entre el hombre y la mujer (art. 35.1), el derecho a la formación y readaptación profesionales (art. 40.2), el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2), el derecho al descanso necesario (art. 40.2); **b) derechos de protección social** – el derecho a una política orientada al pleno empleo (art. 40.1), el derecho a la seguridad social, abarcando un régimen público que garantice prestaciones suficientes en situación de necesidad o desempleo (art. 41), incluso para los penados en instituciones penitenciarias (art. 25.2), los derechos económicos o sociales de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42), el derecho a la protección de los minusválidos (art. 49)³⁹⁹.

Independiente de la clasificación adoptada, no hay ninguna duda sobre la incidencia de tales derechos en las relaciones de trabajo, una vez que casi todos ellos fueron dirigidos específicamente a los ciudadanos en cuanto trabajadores o a los empleadores o a las organizaciones de defensa de los intereses de unos y otros⁴⁰⁰. Todos ellos interactúan de alguna forma con el derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1

la negociación colectiva, no dejaron de merecer la atención de aquella Corte, generalmente asociados con otros derechos fundamentales laborales, específicos o no.

³⁹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 111-113.

⁴⁰⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Derechos fundamentales generales y relación laboral...”, cit., p. 229.

CE, que involucra no solamente el acceso y permanencia a una ocupación remunerada, pero principalmente a un trabajo decente y jurídicamente protegido, de acuerdo con lo ya expuesto en el capítulo anterior.

De esa manera, mientras los derechos laborales individuales tienen como finalidad viabilizar las condiciones mínimas de trabajo para quien está ocupando un puesto de trabajo – relacionándose directamente con la agenda de trabajo decente –, así como la protección social para aquellos que perdieron el empleo o desean acceder a uno, los derechos colectivos representan instrumentos de participación democrática y de avance de la clase trabajadora en el sentido de mejorar su condición social a través del trabajo.

Sin una pauta mínima de derechos de observancia obligatoria en los contratos de trabajo, sin los instrumentos colectivos de presión y negociación y sin una acción gubernamental inductora de la creación de empleos y protectora de las situaciones de desempleo, el derecho humano y constitucional al trabajo quedaría completamente vaciado. De ahí que todos los derechos constitucionales laborales específicos son complementares e interdependientes entre sí, pero también son conectados con otros derechos fundamentales que los trabajadores puedan ejercer en el ámbito del contrato de trabajo.

1.2 Derechos laborales no específicos en la Constitución Española de 1978

La existencia de derechos laborales específicos en el texto constitucional, obviamente, no aleja la incidencia, en el ámbito de la relación laboral, de los derechos fundamentales de que el trabajador sea titular como individuo y ciudadano. Son derechos atribuidos a todos en carácter general y que, por ser ejercidos en el seno de una relación de trabajo, asumen un rasgo laboral. Por ello, la doctrina española acordó llamarlos de “derechos laborales inespecíficos”⁴⁰¹.

Conforme Palomeque López, esta “laboralización” abarca los derechos a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), a la libertad ideológica (art. 16, 1 e 2 CE), al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), a la libertad de

⁴⁰¹ Idem, p. 230, nota 1.

expresión y de información (art. 20.1 CE), a la reunión (art. 21 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), a la educación (art. 27.1 CE) y el derecho de no ser sancionado por acciones u omisiones que, en el momento que son practicadas, no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 CE)⁴⁰².

Es verdad que el espacio reservado al poder del empleador – proveniente de la libertad de la empresa constitucionalmente protegida (art. 38 CE)⁴⁰³ – puede justificar una matización o adaptación de los derechos fundamentales al contrato de trabajo, pero esto no puede implicar, de ninguna manera, la aniquilación de aquellos derechos, dada su irrenunciabilidad. Lo que pasa es que, en la medida en que son ejercidos en conexión con el trabajo, tales derechos sufren una impregnación o acomodación laboral – lo que viene siendo reconocido no solamente por la jurisprudencia constitucional, sino también por el legislador ordinario.

En la búsqueda de un equilibrio dinámico entre los intereses en choque, la doctrina judicial fue sustancialmente profundizada en la STC 99/1994, de 11 de abril, al apreciar una cuestión relacionada a la vulneración del derecho a la propia imagen, fijando premisas importantes que pueden ser transpuestas para otros derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito del contrato de trabajo ⁴⁰⁴. En aquel pronunciamiento, el TC reiteró la afirmación, ya contenida en otros juzgados, de que la inserción del trabajador en la organización empresarial modula sus derechos fundamentales, “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva” (FJ 4). Para determinar la razonabilidad de la decisión empresarial en cada caso concreto, sin embargo, se consideró esencial llevar en consideración el objeto del contrato de trabajo y la medida en que éste presupone, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento de la finalidad contractual. De ese modo, si el ejercicio del trabajo, por su propia naturaleza, involucra una restricción del derecho de imagen en que deba realizarlo – como en las actividades que presuponen necesaria exposición pública –, quien aceptó prestar una tarea de ese tipo “no puede luego invocar

⁴⁰² Idem, pp. 230-231.

⁴⁰³ Sobre los diferentes y complejos aspectos del poder empresarial, ver MONTTOYA MELGAR, A., “Nuevas dimensiones jurídicas...”, cit. pp. 29 y ss.

⁴⁰⁴ DEL REY GUANTER, S., “Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, n.º 4 (Ejemplar dedicado a jurisprudencia constitucional social), 1998, p. 10.

el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) o de intimidad de ésta” (FJ 7). No obstante, si el objeto del contrato no impone, por su naturaleza, una restricción al derecho fundamental en juego, la posición de la empresa no estaría legitimada por un simple comando dado al trabajador. No basta que el orden sea legítimo frente a la legalidad ordinaria formal – “es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial” (FJ 7).

Esta doctrina fue reiterada en otros pronunciamientos de la Alta Corte española como en la STC 98/2000, de 10 de abril, en que se destacó la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, “ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas”, reforzando también el entendimiento de que “el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos” (...), “perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral” (FJ 6).

En resumen, la jurisprudencia del TC ha proclamado: 1) la persistencia de los derechos fundamentales dentro de la relación asalariada (SSTC 88/1995, de 6 de junio, entre tantas); 2) la posibilidad de modulación de los derechos fundamentales por la inserción del trabajador en el ámbito de la organización productiva (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 136/1996, de 23 de julio, etc.); 3) las obligaciones recíprocas asumidas de acuerdo con las reglas de la buena fe y la propia naturaleza del contrato de trabajo pueden ser factores limitantes de los derechos fundamentales del trabajador (SSTC 1/1998, de 12 de enero, 197/1998, de 13 de octubre, etc.); 4) esta limitación solamente será lícita si estrictamente necesaria al logro del legítimo interés empresarial (STC 99/1994, de 11 de abril); 5) los poderes empresariales también son limitados por los derechos fundamentales, pues no pueden producir resultados inconstitucionales ni sancionar el

ejercicio de esos derechos por el trabajador (STC 11/1981, de 8 de abril)⁴⁰⁵.

Basta una búsqueda superficial en la base de datos del TC para revelarnos que no fueron pocas las manifestaciones de aquel tribunal sobre la aplicación de los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones de trabajo. Sin pretensión de exhaustividad, recordamos las innúmeras sentencias afirmando los derechos de quien trabaja a la igualdad y no discriminación⁴⁰⁶, a obtener una tutela judicial efectiva⁴⁰⁷, a la libertad ideológica⁴⁰⁸, a la libertad de información⁴⁰⁹, a la libertad de expresión⁴¹⁰, a la intimidad⁴¹¹, a la propia imagen⁴¹², al honor⁴¹³ y a la integridad física y moral⁴¹⁴.

Para el objetivo de este trabajo, nos interesa examinar más de cerca los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la tutela judicial efectiva, que serán objeto de tópicos específicos.

⁴⁰⁵ Este resumen de la jurisprudencia constitucional es presentado, de forma un poco más detallada, por URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2014, pp. 282-284.

⁴⁰⁶ Véanse, por ejemplo, las SSTC 8/1983, de 18 de febrero (discriminación en razón de sexo o estado civil), 103/1990, de 4 de junio (igualdad en la aplicación de la ley), 20/1994, de 27 de enero (igualdad ante la ley), 82/1997, de 22 de abril (discriminación por motivos sindicales), 49/2003, de 17 de marzo (discriminación por razones ideológicas), 41/2006, de 13 de febrero (discriminación por orientación sexual), 5/2007, de 15 de enero (discriminación salarial en razón de nacionalidad) y 26/2011, de 14 de marzo (discriminación por circunstancias familiares).

⁴⁰⁷ Entre todos, la tutela judicial efectiva es el derecho fundamental más desarrollado por la doctrina del TC, incluso en materia laboral, ciertamente en razón de la técnica de imputar al órgano judicial la vulneración del derecho fundamental en las relaciones privadas. Véanse, por ejemplo, las SSTC 14/1993, de 18 de enero, 54/95, de 24 de febrero, 140/1999, de 22 de julio, 55/2004, de 19 de abril, 38/2005, de 28 de febrero, 16/2006, de 19 de enero, 6/2011, de 14 de febrero, todas refiriéndose a la garantía de indemnidad como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva en las relaciones laborales.

⁴⁰⁸ SSTC 47/1985, de 27 de marzo, 151/2004, de 20 de septiembre y 56/2008, de 14 de abril, entre otras.

⁴⁰⁹ Ver, entre otras, las SSTC 6/1988, de 21 de enero, 171/1990, de 12 de noviembre, 197/1998, de 13 de octubre, 57/1999, de 12 de abril y 225/2002, de 9 de diciembre.

⁴¹⁰ SSTC 88/1985, de 19 de julio, 126/1990, de 5 de julio, 6/1995, de 10 de enero, 106/1996, de 12 de junio, 20/2002, de 28 de enero y 151/2004, de 20 de septiembre, entre otras.

⁴¹¹ SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, 224/1999, de 13 de diciembre, 98/2000, de 10 de abril, 196/2004, de 15 de noviembre, 70/2009, de 23 de marzo y 29/2013, de 11 de febrero, entre otras.

⁴¹² V.g., SSTC 99/94, de 11 de abril y 139/2001, de 18 de junio.

⁴¹³ Entre otras, las SSTC 223/1992, de 14 de diciembre, 180/1999, de 11 de octubre y 282/2000, de 27 de noviembre.

⁴¹⁴ SSTC 74/2007, de 16 de abril y 160/2007, de 2 de julio, por ejemplo.

1.3 Derecho a la igualdad y no discriminación en el espacio laboral

No es ninguna novedad que el art.14 de la Constitución Española enuncia que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Parece un lugar común afirmar que el principio de la igualdad está en la base de la democracia y que, por eso, fue alzado a la cumbre de la jerarquía normativa tras la superación del régimen autoritario franquista⁴¹⁵, aunque no sea propiamente una novedad de la Constitución de 1978. Cuestión mucho más tempestuosa es saber cuál es el verdadero alcance de la igualdad constitucional y en cuáles situaciones estaría justificado un tratamiento diferenciado. Otra indagación dice respeto a la medida en que la igualdad puede ser aplicada en las relaciones privadas, especialmente en las relaciones de trabajo.

1.3.1 La igualdad como valor y como principio

Que la igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico lo declara expresamente el art. 1.1 CE, proyectando de ese modo su triple función: 1) como “contexto axiológico fundamentador para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico”; 2) como “postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; 3) y como “criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad”⁴¹⁶.

La igualdad también se manifiesta como un principio con doble faceta: 1) una vertiente material (art. 9.2 CE), que impone a los poderes públicos la responsabilidad de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, induciendo la acción gubernamental en favor de la corrección de desigualdades; 2) una vertiente formal (art. 14 CE), revelada en la declaración de que “los españoles son iguales ante la ley”. Estos dos aspectos del

⁴¹⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, cit. p. 75.

⁴¹⁶ Idem, p. 85.

principio constitucional – igualdad en la ley e igualdad ante la ley – no deben ser considerados aisladamente, pero interactúan dinámicamente entre sí, son complementares, de modo que la interpretación del art. 14 CE debe ser orientada e integrada por el precepto del art. 9.2 CE, así como por la igualdad en su dimensión de valor superior enunciado en el art. 1.1. CE⁴¹⁷. Se trata de un principio básico que vincula al legislador y a todos los que ejercen potestad reglamentaria⁴¹⁸, bien como a todos los demás poderes públicos en su actuación de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Aunque se admita, de manera excepcional, el tratamiento diferenciado en función de situaciones objetivamente diferentes y desde que haya congruencia con una finalidad legítima, se muestra totalmente inadmisibles la discriminación arbitraria, con base en criterios desprovistos de razonabilidad.

Según la manifestación del TC, el precepto contenido en el art. 9.2 CE “está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del art. 1 que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho”, estando claro que el recurso a la igualdad formal consagrada en el art. 14 CE no puede servir de pretexto para fomentar la desigualdad material, en vulneración al art. 9.2 CE⁴¹⁹. De este modo, mucho más que simplemente adoptar una postura neutra desnuda de prejuicios, corresponde a los poderes públicos ejercer un papel nivelador de situaciones materialmente desiguales, buscando la corrección de las desigualdades.

Es evidente que, como valor y como principio, la igualdad informa, guía y condiciona toda la actividad pública (normativa, interpretativa y administrativa), pero no vincula de forma inmediata los sujetos privados, que siguen pudiendo ejercer su libertad contractual, sin tener que, obligatoriamente, justificar sus decisiones con base en criterios racionales de tratamiento igualitario. La cuestión se vuelve un poco más compleja al focalizar la igualdad en su cualidad de derecho fundamental.

⁴¹⁷ Idem, pp. 88-89

⁴¹⁸ BILBAO UBILLOS, J. M., “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 18 (2006), p. 147.

⁴¹⁹ STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3.

1.3.2 El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación

Por fin, la igualdad asume, en el sistema constitucional español, una tercera dimensión: de derecho fundamental, externado en la parte final del art. 14 CE, según el cual no podrá “prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Se trata, esencialmente, del derecho a no sufrir discriminación arbitraria. En esa línea, viene proclamando el TC que “la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación...”, lo que “...representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE”⁴²⁰.

Por cierto, el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación ha sido, al lado de la tutela judicial efectiva, una de las principales puertas de entrada para los recursos de amparo en el Tribunal Constitucional, sea aisladamente, sea en apoyo a otros derechos o valores constitucionales – a fin de cuentas, “la igual protección en los derechos está en la base del principio de igualdad, siendo cierto que “toda diferenciación de trato en un derecho fundamental deviene al mismo tiempo desconocimiento de ese derecho fundamental y lesión del principio de igualdad”⁴²¹. De ese modo, mientras ejerce el papel de derecho autónomo, la igualdad se presenta como condición de ejercicio de otros derechos fundamentales, como prevé el art. 149.1 CE⁴²².

El derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE actúa simultáneamente en dos direcciones: 1) la igualdad en sentido genérico o propio; 2) y la igualdad como prohibición de discriminación. La primera consiste en el derecho de no recibir un tratamiento normativo diferenciado o una aplicación de la norma de manera no equitativa, delante de situaciones iguales o equiparables, con base en criterios

⁴²⁰ STC 51/2011, de 14 de abril, FJ 8.

⁴²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 1, 2001, p. 466.

⁴²² Ibidem.

meramente arbitrarios o no razonables, imponiéndose que “a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también”⁴²³. La segunda abarca el derecho de no sufrir un tratamiento perjudicial por cuenta de uno de los motivos vedados, listados en la parte final del art.14 (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) o por el ejercicio de un derecho fundamental (igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales). El uso del término “discriminación” en la última parte de este importante precepto constitucional “ha permitido deducir que la prohibición de discriminación no es solo una manifestación específica incluso innecesaria del principio de igualdad, sino un complemento ya añadido que tiene particular significación”⁴²⁴. Son, por lo tanto, dos facetas autónomas, pero complementares del mismo derecho fundamental.

Hablar en discriminación no es referirse a una diferencia de tratamiento cualquiera, sino que presupone “distinción, limitación, restricción, preterición – o no preferencia – o exclusión jurídica”⁴²⁵, cargada de un carácter perjudicial o ultrajante “y el trasfondo del rechazo y la estigmatización de un grupo social, generalmente marginado o vulnerable, al que se impide o dificulta de hecho el pleno ejercicio de sus derechos por sus características innatas o adquiridas, al margen de los méritos o comportamientos individuales”⁴²⁶. Según el TC, “la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 C.E.)”⁴²⁷.

De acuerdo con lo afirmado por el TC, el art. 14 CE no sólo impide que el legislador establezca distinciones artificiales o arbitrarias con base en circunstancias irrelevantes para el sentido de la regulación, sino que también representa una “interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos

⁴²³ STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2.

⁴²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, cit., p. 474.

⁴²⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2007, p. 61.

⁴²⁶ BILBAO UBILLOS, J. M., “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, cit., p. 154.

⁴²⁷ STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 3.

(nacimiento, raza, sexo, etc.) que el precepto expresamente menciona”, siendo inválido cualquier acto que tenga un carácter discriminatorio por incidir en una de las causas vedadas por la Constitución⁴²⁸. Esto no significa la simple interdicción, de forma neutra, de diferencia de tratamiento en razón de aquellas circunstancias indicadas, pero en la existencia de un mandato constitucional en el sentido de que sean adoptadas reglas que protejan los grupos vulnerables en contra la discriminación (acciones positivas antidiscriminatorias), o sea, un “deber de intervenir”⁴²⁹.

Por otro lado, la lista de motivos discriminatorios vedados no es cerrada, una vez que los cambios sociales, culturales, económicos y tecnológicos pueden determinar el surgimiento de nuevos grupos marginados y nuevas causas de discriminación. La utilización de un concepto indeterminado al final del precepto constitucional (cualquier otra condición o circunstancia personal o social) deja vislumbrar el carácter abierto de la enumeración⁴³⁰, lo que fue reconocido por el TC al declarar discriminatorio e inconstitucional el límite de edad para jubilación forzada⁴³¹ o al validar una acción afirmativa en favor de personas con discapacidad⁴³² – aunque los factores edad y discapacidad no estén expresamente listados en el art. 14 CE.

Esa visión amplia de los factores de discriminación también puede ser intuita a partir de la inclusión, entre los actos discriminatorios constitucionalmente vedados, de la represalia dirigida a impedir, frustrar o sancionar el ejercicio de un derecho fundamental por la víctima⁴³³, sin que este veto esté expresamente incluso en el rol específico del art. 14. Bajo esa perspectiva, la discriminación puede resultar no solamente en razón de rasgos físicos, innatos o adquiridos, sino también de eventuales opciones religiosas, políticas o mismo de conflictos resultantes del ejercicio de derechos

⁴²⁸ STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3.

⁴²⁹ ALFARO AGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fasc. 1 (1993), p. 97.

⁴³⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., afirma que “las circunstancias o factores de discriminación de los trabajadores pueden ser, así pues, dentro de una relación abierta virtualmente ilimitada” cualquier uno de los criterios fijados en la Constitución o la ley o, en general, “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (“Igualdad constitucional e igualdad en la aplicación de la ley”, en AA. VV., *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución: Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/La Ley, 2004, p. 613)

⁴³¹ STC 22/1998, de 2 de julio.

⁴³² STC 269/1994, de 3 de octubre.

⁴³³ Esa tendencia ampliativa también venía se diseñando con la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que cualificó como acto discriminatorio el despido de un trabajador por su postulación en una elección sindical.

fundamentales por la víctima.

El TC ha dado más importancia al resultado del acto discriminatorio en el punto de vista de la víctima y en la perspectiva de la dignidad humana que propiamente a los motivos enumerados en el precepto constitucional – aunque tales motivos representen factores que, *a priori*, son indicados por la Constitución como merecedores de una tutela más reforzada y respecto a los cuales el legislador debe actuar con mucho más rigor para justificar eventual diferenciación.

Ese punto de vista fue bien resumido en la STC 161/2004, según la cual la referencia expresa a unos motivos en que la discriminación queda vedada “no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE”. De ese modo, a diferencia del principio genérico de igualdad “que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato”, el veto a la discriminación por las razones expresamente indicadas en el texto constitucional “implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya ex Constitutione, que impone como fin y generalmente como medio la parificación”, de modo que la distinción, en casos tales, “sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”, resultando también que “la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación”⁴³⁴.

Ese catálogo de otras causas de discriminación, no tipificadas directamente por la Constitución, puede ser incorporado al Derecho español por la vía interpretativa del

⁴³⁴ STC 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3.

TC, por normas legales o comunitarias o por tratados internacionales⁴³⁵. Entre las diversas causas ya reconocidas, para además del rol específico del art. 14 CE, la jurisprudencia ha encontrado razones para vedar, en circunstancias específicas, la discriminación basada en: discapacidad⁴³⁶; enfermedad estigmatizante⁴³⁷; edad⁴³⁸; estado civil⁴³⁹; orientación o identidad sexual⁴⁴⁰; lengua⁴⁴¹; nacionalidad⁴⁴²; paternidad o condición familiar⁴⁴³. Algunos de esos factores de discriminación fueron incorporados al art. 4.2, c) del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que veda la discriminación directa o indirecta para el logro del empleo o durante relación laboral, por razones de “sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”, además de “discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. Otras hipótesis también fueron añadidas al derecho español por el ordenamiento comunitario. Así, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea – asimilada por el art. 6 del Tratado de la Unión Europea - establece que “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Es evidente que no cabe una amplitud desproporcional de las hipótesis de discriminación, sin considerar los aspectos culturales y sociales de cada momento

⁴³⁵ Para un análisis más profundo de las nuevas causas de discriminación incorporadas al derecho español ver: POZO MOREIRA, F. J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2012.

⁴³⁶ STC 10/2014, de 27 de enero.

⁴³⁷ Aunque negando la vulneración en el caso concreto, la STC 62/2008, de 26 de mayo, FJ 6, reconoce la posibilidad de determinadas enfermedades estigmatizantes generaren discriminación vedada constitucionalmente.

⁴³⁸ STC 63/2011, de 16 de mayo.

⁴³⁹ STC 51/2011, de 14 de abril.

⁴⁴⁰ SSTC 41/2006, de 13 de febrero y 176/2008, de 22 de diciembre.

⁴⁴¹ STC 46/91, de 28 de febrero, FJ 4.

⁴⁴² STC 5/2007, de 15 de enero.

⁴⁴³ STC 26/2011, de 14 de marzo.

histórico, y es por eso mismo que tampoco es posible presentar una lista cerrada e inalterable de los factores de discriminación rechazados por el ordenamiento constitucional. En las palabras del TC:

“Lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)”.⁴⁴⁴

1.3.3 El derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales

En lo que concierne a la igualdad en su sentido formal o propio (igualdad ante la ley), el TC señaló que su respeto “se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE”⁴⁴⁵. También el Tribunal Supremo (TS) ha proclamado que el derecho genérico a la igualdad del art. 14 CE “se vincula a la Ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos”, mientras la prohibición de discriminación “extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas relaciones privadas; por eso, “las actuaciones singulares de los empresarios privados que corresponden al marco de la autonomía privada (...) no están vinculadas al cumplimiento” del mandato de la igualdad en su sentido general, “aunque puedan estarlo en función de otras normas que impongan la necesidad de un trato igual”⁴⁴⁶.

La doctrina mayoritaria defiende que, como regla general, el empresario tiene el derecho de contratar libremente, aunque con bases no necesariamente racionales

⁴⁴⁴ STC 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5.

⁴⁴⁵ STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 1.

⁴⁴⁶ STS 4018/2000, de 17 de mayo.

(*individual's freedom to be irrational*⁴⁴⁷). “En efecto, una sociedad libre – y una economía de mercado – tienen como correlato un sistema jurídico-privado basado en que las decisiones individuales no necesitan justificarse (valen porque son queridas, aunque sean absurdas o injustas objetivamente)”⁴⁴⁸. De esta manera, no se podría imponer la contratación de trabajadores con base en un sistema neutro, fundado en el mérito de los candidatos – como ocurre con el empleador público – ni tampoco exigir la justificación racional de todos los actos decurrentes del poder empresarial⁴⁴⁹. Al decidir a quién contratar, a quien promover o a quien atribuir un mayor salario, el empleador no estaría vinculado a demostrar que el beneficiario es el más capacitado o el más merecedor, desde que su criterio no sea guiado por uno de los motivos discriminatorios constitucional o legalmente vedados o se dirija a impedir el ejercicio de otro derecho fundamental.

Para Rodríguez-Piñero, sin embargo, aunque no se pueda aplicar sin matices o principio de igualdad a toda y cualquier decisión empresarial – dejándola siempre predispuesta a un control de razonabilidad –, la mejor solución tampoco sería negar totalmente la posibilidad de incidencia de tal principio en las relaciones privadas, dejando el empresario totalmente libre “para tratar de forma desigual a sus trabajadores según su libre criterio y sin límite alguno más allá de la no discriminación por motivos vedados”⁴⁵⁰. Aunque reconozca que la cláusula general de igualdad no sería pasible de invocación directamente por la vía del recurso de amparo contra actos empresariales, el mencionado jurista recuerda que la prohibición a la arbitrariedad empresarial se manifiesta “en la exigencia legal de que determinadas decisiones empresariales que se legitiman en función de la concurrencia de una causa económica o técnica, como ocurre en los despidos económicos(...) o el uso correcto de una facultad jurídicamente condicionada como el poder disciplinario”⁴⁵¹.

En verdad, se puede afirmar que la cláusula general de igualdad, a la que se vincula el legislador, impregna el ordenamiento jurídico laboral e impone, a través de él, la prohibición a la arbitrariedad empresarial en ciertos actos – el efecto limitador sería,

⁴⁴⁷ Expresión creada por el jurista norteamericano L. Henkin, según BILBAO UBILLOS, J. M., “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, cit., p. 149.

⁴⁴⁸ ALFARO AGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, cit., p. 62.

⁴⁴⁹ CÁMARA BOTÍA, A., “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 33 (2001), p. 86.

⁴⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, cit., p. 472.

⁴⁵¹ Idem, p. 473.

de ese modo, apenas reflejo, derivado de la aplicación de la ley y no del art. 14 CE directamente⁴⁵².

El TC, hasta aquí, se ha mostrado refractario en aplicar la cláusula general de igualdad en las relaciones privadas sin una asociación con otros derechos fundamentales. Lo dijo expresamente en la STC 108/1989, según la cual la autonomía de los sujetos privados estaría limitada sólo por la prohibición de cometer discriminación contraria al orden público constitucional (FJ 1) e insistió en la STC 161/1991 al declarar que, una vez respetados los pisos legales y convencionales, el empresario tiene cierta margen de autoridad para establecer la retribución diferenciada para determinados trabajadores en el ámbito de la autonomía de la voluntad, desde que no incurra en discriminación – dejando claro, sin embargo, que esa conclusión no se aplica a las relaciones de trabajo celebradas con los poderes públicos, sujetos al principio de la igualdad e impedidos a actuar de forma arbitraria (art. 9.3 CE)⁴⁵³. De ese modo, salvo los órganos públicos, los empleadores no estarían sometidos de forma individual y directa a la cláusula de la igualdad en su forma genérica⁴⁵⁴.

No obstante, tanto el TC como el TS han reconocido la incidencia de la mencionada cláusula, aunque de forma mitigada, a los convenios colectivos, los cuales, mismo transitando en el terreno reservado a la autonomía privada colectiva, asumen “valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación”⁴⁵⁵. De esta manera, en tales instrumentos, “no se puedan establecer diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, y muy especialmente en caso de identidad de trabajo”⁴⁵⁶.

⁴⁵² Para BILBAO UBILLOS, J. M. (“Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, cit., p. 150), “la vinculación al principio de igualdad sólo puede imponerse de forma mediata, por vía legislativa, como sucede en el ámbito laboral”.

⁴⁵³ STC 161/1991, de 18 de julio, FJ 1.

⁴⁵⁴ CÁMARA BOTÍA, A., “Poder del empresario y prohibición...”, cit., p. 88; BILBAO UBILLOS, J. M., “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, cit., p. 148. También en ese sentido ver GALIANA MORENO, J. M. y CÁMARA BOTÍA, A., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord. Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 347-349.

⁴⁵⁵ STS 4018/2000, de 17 de mayo. En la STC 151/1994, de 23 de mayo, FJ 3, el TC consideró que los convenios colectivos, por su generalidad, fuerza vinculante y publicidad, tiene carácter de norma.

⁴⁵⁶ STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2.

En lo que concierne a la igualdad en su faceta de derecho a no ser discriminado, no hay ninguna duda con relación a su irradiación plena no solamente a la actividad pública, sino también a las relaciones entre particulares, actuando en el contrato de trabajo como límite a los poderes del empleador y a la autonomía privada. El empresario tiene libertad para contratar y tomar decisiones sin tener que basarse en una motivación razonable fundada en la igualdad, pero su decisión no será lícita si el objetivo deseado o el resultado logrado resulta en perjuicio para los grupos tradicionalmente víctimas de discriminación o si es atentatorio a los derechos fundamentales de los trabajadores.

En ese contexto, desde el momento de contratar, el empleador tiene su libertad limitada por la interdicción de uso de los criterios prohibidos por la Constitución, por la ley y por los tratados internacionales⁴⁵⁷, como ha decidido el Tribunal Constitucional en la STC 41/1999, de 22 de marzo (FJ 4), al referirse a la discriminación por razones de sexo, con argumentos que pueden ser invocados para otras hipótesis de discriminación:

De manera específica, por lo que atañe a la prohibición de discriminación por razón de sexo, hemos establecido que tal prohibición constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo (STC 173/1994, fundamento jurídico 3º), lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer - en el caso de las discriminaciones directas -, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso.

Es evidente que, si esa limitación actúa desde la fase precontractual, o sea, desde la negociación para el contrato de trabajo, con mucha más razón debe tener aplicación en el desarrollo del contrato (fijación de las condiciones de trabajo, promociones, alteraciones de cláusulas contractuales, etc.)⁴⁵⁸ y en la propia extinción de la relación de

⁴⁵⁷ Para un recorrido sobre la igualdad y no discriminación en los principales tratados aplicables en España, con menciones a las decisiones del TEDH, ver: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “La prohibición de discriminación en el marco internacional y en el derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, n.º 2 (2007), pp. 65-88.

⁴⁵⁸ Así lo dijo, por ejemplo, la STC 161/1991, de 18 de julio.

empleo (despido, no renovación del contrato por tiempo determinado, etc.)⁴⁵⁹. Y la prohibición afecta no sólo a las situaciones en que el motivo discriminatorio es expresamente asumido por el empleador – aunque bajo afirmación o suposición de que su conducta es lícita –, como también aquéllas en que el móvil o el resultado discriminatorio es encubierto por una justificativa aparentemente legítima. Abarca tanto la discriminación directa, en que una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por algunos motivos prohibidos, como la discriminación indirecta, en que un criterio aparente neutro causa una desventaja para personas integrantes de los grupos más vulnerables.

La prohibición en contra actos empresariales discriminatorios, consolidada en la jurisprudencia del TC con base en la aplicación directa de la Constitución, fue positivada en el art. 4.2c del Estatuto de los Trabajadores (ET) al reconocer el derecho de todos los trabajadores a no sufrir discriminación “directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados” por las razones que indica (sexo, estado civil, edad, origen racial o étnica, filiación o no a un sindicato, lengua, discapacidad).

Al rol de motivos prohibidos por el art. 14 CE, el Tribunal Constitucional entendió, desde sus primeras manifestaciones, que también se cualifica como discriminatorio el acto dirigido a impedir que el trabajador ejerza otro derecho fundamental. En la pionera STC 38/1981, de 23 de noviembre, el Tribunal concluyó que hubo discriminación atentatoria a la libertad sindical (art. 28 CE) en la decisión del empresario de despedir trabajadores luego después de la inscripción de sus candidaturas a las elecciones sindicales. En la misma sentencia, se estrenó la línea de jurisprudencia que pasó a cualificar de nula, “con nulidad radical”, el despido efectuado con vulneración del principio de la no discriminación o de otros derechos fundamentales – teniendo como consecuencia la readmisión de la víctima.

Esta solución fue incorporada por el artículo 17.1 ET, al convertir en nulos los preceptos reglamentares, las cláusulas de convenios colectivos o de contratos individuales y las decisiones del empresario que “den lugar... a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables” por las razones vedadas o que “supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación

⁴⁵⁹ La STC 173/1994, de 7 de junio, por ejemplo, interdió la discriminación en la reanudación de la relación laboral.

efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

También el art. 108.2 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, establece que “será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

Siguiendo la senda abierta por las manifestaciones del TC, a partir de la reconocida interacción dinámica de la igualdad formal (art. 14 CE) con la igualdad material (art. 9.2 CE), el legislador abrió la posibilidad de adopción de medidas diferenciadoras positivas en favor de la inclusión de grupos más vulnerables, o sea, de acciones afirmativas de carácter antidiscriminatorio mediante leyes específicas, programas gubernamentales, negociaciones colectivas o planes de igualdad de las empresas (art. 17.2, 3,4 e 5, ET). Dicho de otra manera, como regla general, ninguna de las causas enumeradas en la Constitución o en las leyes (sexo, estado civil, etc.) puede ser utilizada como justificativa para perjudicar, directa o indirectamente, los grupos o individuos vulnerables, tradicionales víctimas de discriminación, pero es posible invocarlas para establecer preferencias o ventajas racionalmente justificables y que tengan como objetivo compensar las dificultades de inserción en el mercado de trabajo, de mantenimiento del empleo o de progresión funcional.

Cabe señalar, sin embargo, que ni siempre será ilícita la decisión empresarial fundada en los criterios prohibidos, pudiendo la diferenciación, en algunas situaciones excepcionales, ser resultado de una exigencia del propio servicio y del interés general. Al exigir de un candidato a un vacante de piloto un cierto grado de acuidad visual y auditiva, por ejemplo, una compañía aérea no tendrá como objetivo discriminar las personas con baja visión o audición, pero apenas asegurar, de manera proporcional, que el trabajador contratado tenga habilidades suficientes para desarrollar bien el papel que de él se espera, garantizando también la seguridad de los pasajeros.

Acompañando esa lógica, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, consigna – en la misma dirección del Convenio 111 de la OIT – que la diferencia de tratamiento fundada en uno de los motivos prohibidos no asumirá un rasgo discriminatorio “cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un

requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado” (art. 4.1).

En ese contexto, delante de una alegación de discriminación, el empleador deberá demostrar que aquellas razones prohibidas no fueron utilizadas para nortear su decisión o que, habiendo utilizado uno de aquellos criterios, “en el caso concreto se encontraba justificado porque la propia ‘naturaleza de las cosas’ así lo exigía o contaba con el respaldo de otra norma constitucional”⁴⁶⁰. Y no basta simplemente presentar una justificativa que parezca razonable o proporcional, es necesario que los hechos que cercan el caso concreto corroboren la existencia de un motivo concreto basado en la real necesidad del servicio. En las palabras del TC, “la exclusión de la discriminación exige que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el citado art. 14 CE considera discriminatorias (...) y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación (...), el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato denunciada tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”⁴⁶¹.

Además de la necesidad de un examen profundizado de las circunstancias de hecho que cercan el caso concreto, delante de una alegación de discriminación específica derivada de una supuesta necesidad empresarial, no basta el mero juicio de razonabilidad de la medida restrictiva del derecho fundamental, es necesario un examen riguroso de la proporcionalidad, que abarca la presencia simultánea de idoneidad (si la medida es susceptible de lograr el objetivo propuesto), de la necesidad (si no hay otra medida más moderada para alcanzar el objetivo con la misma eficacia) y de proporcionalidad en un sentido estricto (si la medida es equilibrada por traer más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros intereses insertados en el conflicto)⁴⁶².

⁴⁶⁰ GALIANA MORENO, J. M. y CÁMARA BOTÍA, A., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, cit., p. 351.

⁴⁶¹ STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 7.

⁴⁶² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Igualdad constitucional e igualdad en la aplicación de la ley”, cit., p. 611.

2 Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva y Relación Laboral

2.1 Relación entre Constitución y proceso

Hasta mitad del siglo XX no era común hacer una relación directa entre Constitución y Proceso, aunque algunas constituciones liberales ya contemplasen el derecho a un proceso reglado por ley, reflejando una larga tradición iniciada por la Magna Carta de 1215 (*law of the land*). Se entendía que las normas constitucionales solamente atribuían competencia a los órganos judiciales y establecían el derecho a un proceso formal, cuyos delineamientos eran fijados libremente por el legislador ordinario – comprendiéndose el debido proceso sólo bajo el aspecto formal⁴⁶³.

Por otro lado, como señaló Couture en curso impartido en 1949 y publicado más tarde, los procesalistas solían manejar formas de procedimiento, plazos y sus condiciones como si fuesen un fin en sí mismos, sin volver la atención para los elementos sustanciales que representan la esencia del derecho⁴⁶⁴. Se imaginaba, en los albores de la llamada “ciencia procesal”, que las normas constitucionales sobre disciplina judicial y sobre los propios instrumentos creados para tutelar los derechos fundamentales (como, por ejemplo, el habeas corpus), estarían fuera del alcance del Derecho Procesal. Era como si ese Derecho no tuviese ninguna relación con el Derecho Constitucional y viceversa, como si ambos se ocupasen de objetos estáticos e incommunicables entre sí.

En una serie de conferencias en la década de 1950, Calamandrei⁴⁶⁵ se convirtió, juntamente con Couture, uno de los procesalistas de más prestigio a divulgar la relación directa entre Constitución y proceso, al defender la observancia rigurosa de un contradictorio efectivo, no solamente formal o retórico, que tiende a concretizar los valores constitucionales que se irradian sobre la actividad procesal⁴⁶⁶. O sea, el proceso

⁴⁶³ La quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América ya proclamaba el respeto al debido proceso legal para privar a alguien de su vida, propiedad o libertad, pero no explicitaba los contornos de lo que vendría a ser un proceso justo en el ámbito civil.

⁴⁶⁴ COUTURE, E. J., *Introdução ao estudo do Processo Civil: discursos, ensaios, conferências*, trad. Hiltomar Martins de Oliveira, Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 13.

⁴⁶⁵ Algunas de esas conferencias, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, fueron reunidas en el libro *Proceso y Democracia*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

⁴⁶⁶ Es verdad que, ya en el siglo XIX, encontrábamos algunos juristas que comprendían la relación de influencia de la norma constitucional en el proceso, como medio para la efectividad y seguridad de los

no podría desarrollarse si no fuera orientado por el orden constitucional y por los derechos fundamentales e inspirado por el principio democrático. Según Couture, la ley procesal, tomada en su conjunto, es una ley reglamentaria de los preceptos constitucionales que aseguran la justicia⁴⁶⁷. Esa nueva mirada lanzada por los ilustres procesalistas no fue un hecho aislado, ya que insertado en el contexto de los fenómenos de la constitucionalización del Derecho y de la expansión de los derechos fundamentales, característicos del constitucionalismo de la postguerra⁴⁶⁸.

La propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, sirvió de inspiración a esa nueva corriente de pensamiento al disponer que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (art. 8) y que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...” (art. 10). De forma más detallada, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDDHH) trazó las directrices principales de un proceso justo, al reconocer que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones” (art. 6). Más recientemente, siguió en la misma dirección el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), incorporada al Tratado de Lisboa.

Se esparció, entonces, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, el sentimiento de que el jurista debe estar consciente de que el proceso es un medio puesto al servicio del orden constitucional y debe reflejar el régimen democrático en él proclamado, “con las connotaciones de libertad, igualdad y participación (contradictorio), en clima de legalidad y responsabilidad”⁴⁶⁹, direccionado a una

derechos, pero esta idea solamente ha sido difundida más ampliamente después de la segunda gran guerra. En ese sentido, ver: ÁLVARO DE OLIVEIRA, C. A., “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”, *Revista de Processo*, vol. 113 (en./feb. 2004), pp 9-10.

⁴⁶⁷ COUTURE, E. J., *Introdução ao estudo do Processo Civil...*, cit., p. 24.

⁴⁶⁸ Para una visión teórica del constitucionalismo contemporáneo, ver: PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Trotá, 2003, pp. 101 e ss.

⁴⁶⁹ RANGEL DINAMARCO, C., *A instrumentalidade do Processo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 25. Interesante análisis del llamado procesalismo constitucional democrático y sus contornos se puede encontrar en NUNES, D. y BAHIA, A., “Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 101

solución justa y efectiva del conflicto traído frente al juez. Al mismo tiempo, la doctrina percibió que un código procesal que no encuentre su fundamento racional, político y jurídico en la Constitución se encuentra expuesto a toda suerte de reformas vinculadas a mayorías parlamentarias ocasionales, con grave perjuicio a las libertades públicas y privadas⁴⁷⁰.

Los pactos internacionales y regionales sobre derechos humanos también tuvieron una influencia importante en la publicización de los derechos fundamentales de naturaleza procesal al establecer los principios generales de un debido proceso que pudiese garantizar la concreción de los derechos en ellos establecidos y, al mismo tiempo, previniendo el acceso a un tribunal imparcial e independiente como un derecho humano en sí, desde los artículos 8 y 10 de la DUDDHH⁴⁷¹, reproducidos regionalmente, en líneas generales, por la Convención Europea de 1950 y por el Pacto de San José de Costa Rica de 1969. La internacionalización de tales derechos surgió como “reacción frente a las experiencias autoritarias y totalitarias del período de entreguerras, en las que la manipulación y la utilización de los órganos jurisdiccionales como instrumento de opresión constituyeron moneda común”⁴⁷².

En la actualidad, no hay como negar que el proceso esté imantado por el orden constitucional a que sirve y, al mismo tiempo, ejerza influencia sobre la efectividad de la propia Constitución⁴⁷³, motivo por el cual se habla sobre dos subramas dogmáticas: el Derecho Constitucional Procesal, que trataría de la conformación del proceso a los contornos dictados por la Constitución, y el Derecho Procesal Constitucional, que

(jul./dec. 2010), pp. 61-94. Ver también OLIVEIRA BARACHO, J. A., “Processo Constitucional”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 93, n.º 337 (en./mar. 1997), pp. 105-123.

⁴⁷⁰ BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977, pp. 222-223.

⁴⁷¹ Art. 8 Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. Art. 10 Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

⁴⁷² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24: Garantías procesales”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española, Tomo III - Artículos 24 a 38 de La Constitución Española de 1978*; Madrid: Edersa, 2006, p. 25.

⁴⁷³ Conforme SANTIAGO GUERRA FILHO, W., “A dimensão processual dos direitos fundamentais”, *Revista de Processo*, n.º 87, (jul./set. 1997), pp. 167-168. Afirma el autor la dimensión procesal de los derechos fundamentales introduce una distinción que tiene dos lados: “en uno de los lados se sitúa lo que hay de constitucional en el proceso, y de otro, lo que hay procedimiento en la Constitución y en su núcleo esencial, donde se sitúan los derechos fundamentales”.

cuidaría de la jurisdicción constitucional⁴⁷⁴.

Sin prenderse a rótulos, pero siguiendo el mismo raciocinio, Rangel Dinamarco sostiene que la relación entre proceso y Constitución se desarrolla en dos sentidos: en el sentido de la Constitución para el proceso, tenemos la tutela constitucional de éste y de los principios que deben regirlo; en el sentido del proceso para la Constitución, tenemos la jurisdicción constitucional (control de la constitucionalidad y efectividad de los derechos fundamentales), además de la idea de “instrumentalidad procesal”, que presenta el proceso como sistema establecido para la realización del orden jurídico, incluso el orden constitucional⁴⁷⁵.

Esa simbiosis entre proceso y Constitución hasta puede tener mayor visibilidad en un modelo jurisdiccional que admite el control difuso de constitucionalidad, como el americano o el brasileño⁴⁷⁶, en que todo juez ordinario y en cualquier procedimiento puede declarar, *incidenter tantum*, la inconstitucionalidad de una ley o de un acto administrativo y, por lo tanto, ejerce también la jurisdicción constitucional. Hay una inevitable superposición entre el conocido Derecho Constitucional Procesal (conjunto de garantías constitucionales aplicables al proceso en general) y el llamado Derecho Procesal Constitucional (que abarca el ejercicio de la jurisdicción constitucional propiamente dicha)⁴⁷⁷. Pero esa mezcla, aunque tenga líneas divisorias más claras, también está presente en el sistema continental europeo, que prestigia el control concentrado de constitucionalidad⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Hay quien defienden que el Derecho Procesal Constitucional, que cuida de los medios instrumentales de concretización de los derechos fundamentales y de la concreción constitucional, es una rama autónoma del Derecho. Por todos, ver FERRER MAC-GREGOR, E., “El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2006, pp. 353-376.

⁴⁷⁵ RANGEL DINAMARCO, C., *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 25.

⁴⁷⁶ En Brasil, la Constitución adoptó un modelo mixto, en que todos los jueces y tribunales ejercen el control difuso de constitucionalidad – como los jueces americanos – y, además, el órgano de cumbre del Poder Judicial, el STF, tiene el control concentrado para las acciones abstractas de inconstitucionalidad, como las Cortes Constitucionales europeas.

⁴⁷⁷ Algunos autores, sin embargo, sostienen que hay una distancia firme entre las preocupaciones del Derecho Procesal Constitucional y el proceso común, inclusive el Derecho Constitucional Procesal. En ese sentido: RAMOS TAVARES, A., “Teoria Processual e Processo Constitucional Objetivo”, en AA.VV. (coord. Didier Jr., F. y Ferreira Jordão, E.), *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, Salvador: JusPodivim, 2007, p. 77.

⁴⁷⁸ En realidad, se nota una aproximación gradual de los dos sistemas, a partir de la experiencia de un modelo mixto, como en América Latina. El modelo estadounidense, por ejemplo, ha admitido un medio recursal directo a la Suprema Corte, volcado al ejercicio de la jurisdicción constitucional, por la vía del *writ of certiorari*; al mismo tiempo, el modelo europeo se ha abierto al control difuso, al menos en lo que se refiere al enfrentamiento de las leyes locales frente al ordenamiento comunitario, que, para muchos, tiene un sesgo constitucional, dada su primacía sobre el derecho nacional. En el caso Simmenthal, de 1978,

Sobre el modelo italiano – que no difiere del español en este aspecto –, afirma Andolina que la relación deseada por la Constitución entre “juicio pendiente frente la autoridad jurisdiccional” y juicio frente la Corte Constitucional hace del proceso el instrumento dinámico de relectura continua y evolutiva de los preceptos constitucionales y la idea-fuerza de su actuación concreta⁴⁷⁹.

El proceso actúa, dentro del orden jurídico, como principal medio de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos y como instrumento de concreción de las libertades y derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. No se puede hablar en garantías de la Constitución sin un debido proceso (tutela judicial efectiva), así como tampoco se puede hablar en debido proceso sin líneas maestras establecidas por una Constitución democrática.

2.2 La acción como garantía necesaria al ejercicio de los derechos fundamentales

El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución no significa que estos derechos estén definitivamente concretizados en las relaciones jurídicas establecidas entre los individuos y entre éstos y los poderes públicos. La efectividad de tales derechos es problema que afecta, en mayor o menor intensidad, todos los Estados modernos, notablemente en una época en que el individualismo, el consumismo y la competición desenfrenada han desgastado las relaciones sociales y la solidaridad. De ahí que se hace necesario siempre disponer de un sistema de garantías proclive a concretar los derechos enunciados constitucionalmente.

Ferrajoli clasifica las garantías de los derechos fundamentales como primarias y secundarias, siendo que las primeras corresponderían a las obligaciones de prestaciones

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó que “el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”. FERNÁNDEZ SEGADO, F., llega a hablar en “control de comunitariedad” (“El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 13, jul./dic. 2005, pp. 61 ss.). Ver también, proponiendo el uso con máxima cautela de esa vía indirecta de control de la ley: ALONSO GARCÍA, R., “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 38 (sep./dic. 2009), pp. 11-30.

⁴⁷⁹ ANDOLINA, I. A., “O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional”, trad. Oreste Nestor de Souza Laspro, *Revista de Processo*, n.º 87 (jul./sep. 1997), p. 65.

o prohibiciones de lesiones positivadas en favor de los derechos (densificación legislativa), mientras las segundas serían las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, o sea, la violación de sus garantías primarias. Después, pasó a hablar también en garantías sociales, que abarcarían los propios titulares en la conquista y defensa de los derechos⁴⁸⁰.

En realidad, considerando el carácter prescriptivo del Derecho (como deber ser), la existencia de una legislación que densifica los derechos fundamentales no basta para asegurar que ellos se conviertan en realidad. Aunque la necesidad de articular garantías normativas (primarias) tenga la importancia capital en la lucha por la efectividad de los derechos, no se puede tener una concepción ingenua de las democracias representativas de hoy, de marcada insuficiencia en la incorporación de colectivos relevantes (mujeres, pobres, negros, migrantes, etc.), todavía más delante de la creciente sujeción de partidos y casas legislativas a prácticas burocráticas, a la lógica mercantilista y al juego mediático. Las garantías jurisdiccionales se presentan, en ese contexto, como un posible elemento de regeneración, actuando como amparo a fallas, patologías e incumplimiento de las garantías legales⁴⁸¹.

Alerta Gomes Canotilho que “cualquier derecho material postula una dimensión procedimental/procesal y, por lo tanto, reconocer un derecho subjetivo del procedimiento/proceso, como indispensable para garantizar la eficacia del derecho material”⁴⁸². Para tanto, es imprescindible asegurar el tratamiento procesal adecuado de los derechos fundamentales, con técnicas orgánico-funcionales y procedimentales que

⁴⁸⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 8ª ed., Madrid: Trotta, 2006, p. 94. Incorporando parte de esta noción, PISARELLO, G. (*Los derechos sociales y sus garantías...*, cit. pp. 113-114), propone una clasificación más elaborada, considerando las garantías a partir de varios ángulos. Cuanto a los sujetos responsables por la tutela principal de los derechos, tales garantías podrían ser *institucionales* (encomendadas a los poderes públicos) o *extrainstitucionales* (asumidas por los propios titulares de los derechos); las primeras subdivididas en *políticas* (encomendadas a los órganos legislativos o administrativos), *semi-políticas* (confiadas a órganos públicos de control externo, independientes del legislativo e del ejecutivo), *jurisdiccionales* (entregadas a tribunales independientes de los órganos políticos) y *semijurisdiccionales* (asumidas por órganos que funcionan como se fueran tribunales, pero sin el poder de imponer sanciones jurídicas en sentido estricto). Cuanto al alcance de los mecanismos de tutela, existen *garantías primarias* (delimitan el contenido de los derechos e imponen obligaciones a los poderes públicos y particulares) y *garantías secundarias* (técnicas de control y reparación en caso de falla de las garantías primarias). Respecto al ámbito de actuación de los mecanismos de tutela, tenemos *garantías nacionales* (órganos, contenidos, obligaciones y mecanismos de control e reparación de ámbito nacional), *infranacionales* (de alcance regional o local) o *supranacionales* (de ámbito comunitario o internacional).

⁴⁸¹ Cf. PISARELLO, G., “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la Democracia*, n.º 41 (2001), pp. 3-10.

⁴⁸² GOMES CANOTILHO, J. J., *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, cit., p. 78 (en libre traducción nuestra).

enfaticen los postulados de accesibilidad universal, simplificación de los trámites, aceleración del tiempo de reconocimiento del derecho, prevalencia de la verdad objetiva (primacía de la realidad) y consagración de la instrumentalidad, de modo que el derecho material no sea frustrado por el formalismo excesivo⁴⁸³.

Las tutelas diferenciadas pueden provenir, a veces, de especialización funcional y procesal, como suele acontecer con el proceso del trabajo, otras veces de técnicas de sumariedad del procedimiento, y otras de la colectivización del proceso. Reclaman, por otro lado, una decisión judicial adecuada al mantenimiento o restauración del derecho vulnerado, más allá de la sentencia condenatoria pecuniaria (anticipación de tutela, medidas cautelares, tutelas inhibitorias, imposiciones de obligaciones de hacer o no hacer, cesación de conducta ilícita o de actividad, etc.).

En el actual estadio de desarrollo civilizatorio, en que la belicosidad y los instintos humanos más primitivos aún insisten en querer dominarnos, todos los derechos, fundamentales o no, dependen de un aparato judicial eficiente, no sólo para restaurar el orden jurídico violado o para alejar una amenaza inminente a ella, pero también para, didácticamente, demostrar a toda sociedad que no vale la pena incumplir la ley (efecto pedagógico y desestimulante).

En esa perspectiva, la tutela judicial efectiva se presenta como un derecho instrumental: el derecho de hacer actuar los propios derechos. Sin esa posibilidad, el texto constitucional no pasaría de un enunciado vacío, carente de efecto práctico ante la tendencial dominación de los más débiles por los más poderosos, ahí incluidos los poderes públicos y privados.

De esta manera, hace todo sentido la afirmación de Mauro Capelletti y Bryant Garth, de que el acceso a la justicia puede ser encarado como el más básico de los derechos humanos, requisito fundamental de un sistema jurídico moderno e igualitario que pretenda garantizar, y no solamente proclamar, los derechos de todos⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Cf. BERIZONCE, R., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, *Revista de Processo*, año 33, n.º 165 (nov./2008), pp. 137-138.

⁴⁸⁴ CAPELLETTI, M. y GARTH, B., *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

2.3 El derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución Española

Siguiendo la tendencia de constitucionalización del Derecho Procesal⁴⁸⁵, la Constitución Española de 1978 delineó los derechos procesales básicos en los artículos 24 hasta 26, alzándolos a la categoría de derechos fundamentales. Ninguna duda existe sobre la destacada fundamentalidad de aquellos derechos, ante su inclusión en el núcleo duro de los derechos fundamentales (Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I CE), cubierto por el más elevado grado de protección, incluso por la vía del amparo constitucional (art. 53.2 CE).

El art. 24 CE terminó siendo el precepto del cual más se ha dedicado el Tribunal Constitucional Español y que más ha dado lugar a recursos de amparo⁴⁸⁶, de modo que aquella Corte se ha ocupado intensamente a fijar su alcance⁴⁸⁷, aunque todavía haya muchas dudas y cuestionamientos respecto a sus verdaderos contornos jurídicos⁴⁸⁸. La tarea no es fácil. El precepto en cuestión abriga, en sus dos párrafos, una rica gama de derechos de naturaleza procesal, en la cual se insertan, en resumida síntesis: a) el derecho de acceder a la Justicia, como tutela judicial *stricto sensu*; b) el derecho al juez ordinario, predeterminado por ley; c) las garantías del debido proceso legal; d) las garantías específicas del proceso penal⁴⁸⁹.

En una primera lectura, se percibe que el párrafo primero del art. 24 CE está enfocado en el derecho a la tutela judicial efectiva, mientras el segundo tiene su núcleo

⁴⁸⁵ Para una visión amplia de la publicización del proceso y sus consecuencias en el orden jurídico español ver: PICÓ i JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2012, pp. 29 ss.

⁴⁸⁶ Según MERCADER UGUINA, J. R., “de los recursos presentados durante el año 2006, 10.234 pedían amparo para uno o varios de los derechos a la tutela judicial que enuncia el art. 24 CE: lo que supone que esos derechos fueron invocados en el 89,22 por 100 de los recursos de amparo (87,16 por 100 de todos los recursos sometidos a la jurisdicción del Tribunal). El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) fue invocado en casi todas las demandas de amparo: 9.580 veces (83,51 por 100 de los recursos de amparo; 81,59 por 100 de todos los recursos sometidos a la jurisdicción del Tribunal)” – en “Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y ‘canon reforzado’ de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 76 (2008), p. 129, nota 10.

⁴⁸⁷ Cf. BLASCO PELLICER, A., “Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial”, *Revista de Derecho Social*, n.º 12 (oct./dic. 2000), p. 35.

⁴⁸⁸ Sobre algunas cuestiones aún pendientes de definición más de veinte años después de la promulgación constitucional, ver: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 10 (may./ago. 2000), pp. 13-37.

⁴⁸⁹ Cf. IGLESIAS BÁREZ, M., *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, 2ª ed., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pp. 278.

principal en el derecho a un proceso con todas las garantías, llevándonos a la suposición de que se trata de dos derechos autónomos, aunque interdependientes y complementares⁴⁹⁰. No obstante, el Tribunal Constitucional, al dar una configuración muy amplia al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) hizo incluir, en su comprensión, una serie de garantías procesales – como el derecho a los recursos – que podrían estar más adecuadamente acomodados en el art. 24.2 CE⁴⁹¹. De cualquier forma, procurar hacer una distinción clara entre los dos derechos es una cuestión mucho más académica que práctica⁴⁹², aunque el propio TC no haya huido de la tarea de intentar establecer posibles líneas divisorias, como se ve enseguida:

El artículo 24 de la Constitución, en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas “garantías procesales” –así el derecho al juez predeterminado por la ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público, utilización de los medios de prueba pertinentes y presunción de inocencia -, mientras que el primero, al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse la indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto. Dicho de otro modo, el artículo 24.2 también asegura la “tutela efectiva”, pero lo hace al concreto juego de los instrumentos procesales, mientras que el 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso al mismo proceso.⁴⁹³

El pronunciamiento transcrito parece indicar, por lo menos en un análisis superficial, que la tutela judicial efectiva sería equivalente al derecho de acceso a la

⁴⁹⁰ Cf. PICÓ i JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 57.

⁴⁹¹ VALLESPÍN PÉREZ, D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*. Barcelona: CIMS, 2009, pp. 25-29.

⁴⁹² Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (“Reflexiones sobre algunas facetas...”, cit., pp. 19-21 y “Artículo 24: Garantías procesales”, cit., pp. 26-27), la distinción correcta de los derechos ubicados no art. 24 CE también tiene alguna relevancia práctica, cuando menos para evitar invocaciones indiferenciadas, algunas veces hechas por el propio TC.

⁴⁹³ STC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2.

jurisdicción con todas sus consecuencias y desdoblamientos. Pero el hecho es que, al extender los dominios de la tutela judicial efectiva al derecho de los litigantes a la utilización de todos los medios necesarios a su defensa y al ejercicio del contradictorio, como visto arriba, el TC terminó invadiendo a la esfera de lo que se podría entender como derecho al proceso con posibilidad de defensa y de todas las garantías (art. 24.2 CE). Lo que no se puede negar, en realidad, es que ambas las cláusulas son complementares e interdependientes. No existe proceso efectivo sin los instrumentos procesales que garantizan la independencia judicial y la plena participación de las personas envueltas en el litigio, en un ejercicio dialéctico y colaborativo entre partes y juez.

Tal vez fuese más adecuado, del punto de vista teórico, separar el derecho de sus garantías, de modo a reconocer que la tutela judicial efectiva constituye el cernie del derecho fundamental, el cual es cercado de garantías constitucionalmente establecidas, como la prohibición de indefensión, el juez predeterminado por ley, la asistencia técnico-jurídica, etc. Sin embargo, huye al objetivo de este trabajo, desarrollar una teoría sobre el asunto, la cual, por otra parte, tendría efecto puramente académico, sin consecuencias prácticas perceptibles.

La Constitución debe ser interpretada y aplicada en su integralidad y bajo ese punto de vista, el art. 24 CE ofrece un conjunto de derechos y garantías procesales que no pueden ser disociados o interpretados aisladamente. En ese aspecto, el TC, institución a quien cabe velar por la aplicación práctica de la norma constitucional en el día a día de la sociedad española, puede haber cometido algunos pecados teóricos – que no deben pasar inadvertidos por la doctrina crítica –, pero ha andado bien al resolver los casos concretos a partir de una visión integrada del art. 24 CE.

Nos interesa, más de cerca, inclinarnos sobre el contenido específico del derecho a la tutela judicial efectiva, teniendo como punto de partida el art. 24.1 CE de acuerdo con lo que viene siendo trazado por la jurisprudencia del TC. Reza aquel dispositivo que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

En lo que pese tratarse de un texto relativamente simple, termina revelando una alta complejidad semántica e interpretativa, que fue siendo perfeccionada a los pocos por la jurisprudencia constitucional, al punto de convertirse en una “panacea flexible” capaz de abrigar un abanico de posibilidades no imaginado por los redactores de la

Constitución y todavía en abierto⁴⁹⁴ – presentando hasta hoy algunos problemas conceptuales no totalmente resueltos. Se trata de un derecho poliédrico, que se desdobra en una serie de derechos y garantías interconectados y abrigados bajo un enorme paraguas. Sobre eso, señala Ignacio Díez-Picazo:

Como ya se indicó anteriormente, a ello no es ajeno el éxito de este derecho fundamental, la generosidad en algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional y el ingente número de resoluciones en torno al mismo, que hace muy complicado su conocimiento detallado y puesta al día y que hace inevitable la existencia de múltiples matices y aun de contradicciones o de variaciones en la jurisprudencia. Esta complejidad del contenido de la tutela judicial efectiva hace muy difícil concebir que realmente se trate de un único derecho fundamental, cuyas distintas vertientes respondan a una misma ratio o finalidad. Más bien parece que nos encontramos ante un conjunto de derechos fundamentales destilados o deducidos por el Tribunal Constitucional a partir de una única y sintética expresión.⁴⁹⁵

De hecho, el Tribunal Constitucional prestó tal amplitud al derecho a la tutela judicial efectiva que hizo prácticamente imposible definirlo con exactitud. Pero, esa presunta inconsistencia doctrinaria terminó abriendo camino para un enorme desarrollo del Derecho Procesal español y, especialmente, para la densificación de otros derechos fundamentales y constitucionales examinados en la perspectiva de conexión con el art. 24.1 CE. Sin ese subterfugio para ensanchar la puerta de entrada del amparo constitucional, el TC se vería empequeñecido en su misión de resguardar la aplicación de la Constitución y de los derechos que ella proclama.

Del trabajo interpretativo del TC, sin excluir otros desdoblamientos y haciendo una apretadísima síntesis, resulta que la tutela judicial efectiva: a) es un derecho autónomo en relación al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2), con contenido propio⁴⁹⁶, de naturaleza prestacional y ejercitable ante los órganos del Poder

⁴⁹⁴ VALLESPÍN PÉREZ, D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva*, cit., p.26.

⁴⁹⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24: Garantías procesales”, cit., pp. 33-34.

⁴⁹⁶ SSTC: 46/1982, de 12 de julio, FJ 2; 89/1985, de 19 de julio, FJ 1.

Judicial⁴⁹⁷, en conformidad con su configuración legal⁴⁹⁸; b) es un derecho reconocido a todas las personas, nacionales y extranjeras⁴⁹⁹, incluso las personas jurídicas, privadas y públicas, desde que presente la capacidad de ser parte⁵⁰⁰; c) tiene como su núcleo el acceso a la jurisdicción, ahí incluido a los recursos⁵⁰¹ y la asistencia jurídica gratuita en los términos fijados en ley⁵⁰²; d) se satisface prioritariamente con una sentencia de fondo, no necesariamente favorable⁵⁰³, aunque eventualmente se pueda no admitir el proceso cuando concurra una causa legalmente prevista y la motivación sea coherente⁵⁰⁴; e) puede ser vulnerado si los requisitos procesales y las condiciones de la acción, previstos en ley, sean desnecesarios, excesivos o carezcan de razonabilidad y proporcionalidad en función de los fines a que puede lícitamente perseguir el legislador, en el marco de la Constitución⁵⁰⁵; f) repele el rigor excesivo en la interpretación y aplicación de los presupuestos procesales por el juez (principio *pro actione*) o la admisión de una causa inexistente para no conocer la acción⁵⁰⁶; g) impide la inadmisión del proceso en razón

⁴⁹⁷ STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1.

⁴⁹⁸ STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4.

⁴⁹⁹ STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2.

⁵⁰⁰ SSTC 19/1983, de 14 de marzo, FJ 2, 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2 y 64/1988, de 12 de abril, FJ 1. En la STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 2, el TC reconoció, con relación a las personas de derecho público, que: “no pueden desconocerse las importantes dificultades que existen para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a tales entidades, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 C.E. resulta poco compatible con entes de naturaleza pública. No obstante, y como excepción a dicha regla, este Tribunal viene admitiendo la interposición de recursos de amparo por tales entidades jurídico-públicas cuando están en juego las garantías del 24.2 C.E., pues la tutela efectiva que se encomienda a los Jueces y Tribunales comprende a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso”.

⁵⁰¹ SSTC 3/1983, de 25 de enero, FJ 4, 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5, 223/2001, de 5 de noviembre, FJ 4.

⁵⁰² STC 9/2008, de 21 de enero, FJ 2. La previsión de gratuidad de la asistencia jurídica tiene previsión específica en el art. 119 CE, pero el TC ha declarado que es un instrumento del derecho al acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva).

⁵⁰³ STC 68/1998, de 30 de marzo, FJ 2.

⁵⁰⁴ SSTC: 4/1988, de 21 de enero, FJ 5; 61/1996, de 15 de abril, FJ 2; 261/2000, de 30 de octubre, FJ 2.

⁵⁰⁵ SSTC: 158/1987, de 20 de octubre, FJ 4; 204/1987, de 21 de diciembre, FJ 4; 4/1988, de 21 de enero, FJ 5; 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4.

⁵⁰⁶ SSTC: 68/1983, de 26 de julio, FJ 6; 93/1984, de 16 de octubre, FJ 5; 114/1990, de 21 de junio, FJ 3. En la STC 102/2009, de 27 de abril (FJ 4), el TC sintetizó así esa doctrina: “...el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico *pro actione*, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la ratio del precepto legal aplicado, incurren en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello

de la existencia de defectos que pueden ser sanados, si el órgano judicial no abrió oportunidad a la parte para sanarlos⁵⁰⁷; h) presupone la existencia de medidas cautelares que puedan asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva⁵⁰⁸; i) involucra el derecho a la amplia defensa, lo que se extrae del propio texto constitucional (“sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”)⁵⁰⁹, que debe ser interpretado ampliamente como una prohibición de privar o limitar la parte, de forma ilegítima o en infracción a alguna norma procesal, de los medios de promover su defensa, causándole un perjuicio en sus derechos e intereses sustantivos que no pueda ser a ella imputable o, de cualquier forma, dejar de observar lo contradictorio o la igualdad entre las partes⁵¹⁰; j) abarca el derecho a una sentencia congruente, jurídica y racionalmente motivada⁵¹¹, que resuelva todas las cuestiones esenciales (exhaustividad)⁵¹², sin que se pueda alejar de los límites objetivos

el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio pro actione, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas)”.

⁵⁰⁷ SSTC: 33/1990, de 26 de febrero, FJ 3; 147/1997, de 16 de septiembre, FJ 4; 163/2016, de 3 de octubre, FJ 4.

⁵⁰⁸ SSTC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 7; 238/92, de 17 de diciembre, FJ 3 y 4.

⁵⁰⁹ Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., (“Artículo 24: Garantías procesales”, cit., pp. 47-48), el derecho a no padecer indefensión es autónomo, no pasible de confusión con la tutela judicial efectiva, aunque reconozca que el propio TC suele hacer tal confusión.

⁵¹⁰ En la STC 40/2002, de 14 de febrero (FJ 3), el TC asentó que: “Este Tribunal viene declarando reiteradamente que, en el contexto del artículo 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano judicial, no siendo tal la que se debe principalmente a la inactividad de la parte que alega haberla sufrido (SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3; STC 116/1995, de 17 de julio, FJ 3; 107/1999, de 14 de junio, FJ 05; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2, 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas)”.

⁵¹¹ SSTC: 151/1994, de 23 de mayo, FJ 3; 96/2005, de 18 de abril, FJ 5.

⁵¹² SSTC: 85/2006, de 27 de marzo, FJ 5; 73/2009, de 23 de marzo, FJ 2. En la STC 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4, el Tribunal sintetiza su doctrina y deja claro que no es cualquier omisión que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: “el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias

de los pleitos, o sea, aunque el juez pueda apoyarse en razones de carácter jurídico distinto de aquellas utilizadas por las partes (*iura novit curia*), él no puede variar el fundamento jurídico de la demanda o de la defensa⁵¹³; k) se desdobra en el derecho a la inmutabilidad o intangibilidad de la sentencia (respeto a la cosa juzgada), siendo entendido que esa inmutabilidad no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la obtención de una tutela judicial efectiva⁵¹⁴; l) abarca la realización de la resolución judicial en sus propios términos (ejecución de la sentencia)⁵¹⁵.

Desde la temprana STC 32/1982, de 7 de junio, el TC dejó claro el alcance multidireccional del derecho consagrado en el artículo 24.1 CE:

El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su

particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales".

⁵¹³ STC 29/1999, de 8 de marzo, FJ 2. En la STC 53/2005, de 14 de marzo, FJ 3, el Tribunal así resumió la cuestión: "La posterior STC 177/1985, de 18 de diciembre, precisó que se debe atender a los términos en que las partes han formulado sus pretensiones en la demanda y en los escritos esenciales del proceso, configurando las acciones y excepciones ejercitadas, constituyendo la desviación que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal que represente por su contenido una vulneración del principio de contradicción y, por lo tanto, del fundamental derecho de defensa, una lesión del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión (FJ 4). No quiere ello decir que el Juez o Tribunal tenga vedado utilizar su potestad, expresada tradicionalmente en los axiomas *iura novit curia* y *narra mihi factum, dabo tibi ius*, que le permiten no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar las Sentencias, pudiendo apoyarse en razones de carácter jurídico distintas pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas. Claro es, sin embargo, que en ningún supuesto puede admitirse que aplicando el principio de referencia el órgano judicial cambie la acción ejercitada o la fundamentación de la oposición formulada, por lo que cabe admitir el empleo por los Jueces y Magistrados de distinta argumentación jurídica a la utilizada por las partes, para resolver sobre las pretensiones o excepciones ejercitadas en el proceso, pero en absoluto variar el fundamento jurídico en virtud del cual se pide o se opone alguien a las pretensiones. Dicho en los términos de la STC 29/1999, de 8 de marzo, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión."

⁵¹⁴ STC 119/1988, de 20 de junio, FJ 2. En la STC 16/1991, de 28 de enero, FJ 1, afirmó el Tribunal: "Se plantea en el presente recurso una supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en una de sus manifestaciones, la del derecho a que se respeten y ejecuten las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. Como se ha reiterado en numerosas ocasiones, dicho derecho está efectivamente comprendido en el art. 24.1 C.E., pues sin él la tutela judicial se vería reducida a producir decisiones puramente declarativas que no ampararían los intereses de quienes la impetrasen. Y ciertamente, la ejecución ha de hacerse en los propios términos de la parte dispositiva de la resolución a ejecutar, pues lo contrario supondría igual fraude al derecho a la tutela judicial efectiva que la no ejecución, causando indefensión a la parte que se viera perjudicada por semejante modificación. Tal hipotética posibilidad de alterar los términos de las resoluciones a ejecutar ocasionaría una gravísima inseguridad jurídica, pues supondría acabar con la noción misma de firmeza, dejando al albur de peticiones de las partes o de actuaciones de oficio, improcedentes y extemporáneas, el resultado final de cualquier procedimiento judicial. Por todo ello, la inmutabilidad de las resoluciones firmes de los Tribunales constituye un valor jurídico consustancial a una tutela judicial efectiva, que no ha de verse como un mero aspecto formal y accesorio del derecho fundamental garantizado en el art. 24.1 C.E."

⁵¹⁵ SSTC: 32/1982, de 7 de junio, FJ 2; 125/1987, de 15 de julio, FJ 2; 167/1987, de 28 de octubre, FJ 2.

contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.

Ese resumen sobre algunas proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva, que ni de lejos se presta a agotar el asunto, da una idea de su complejidad y de la riqueza de detalles que lo transforman en una especie de comodín del amparo constitucional. La variedad de sus facetas torna la tarea de conceptuarlo casi imposible, una ocupación no aconsejable a ningún jurista. En vez de eso, se ha buscado una conceptualización indirecta, por la descomposición de sus posibles implicaciones prácticas, lo que también ofrece dificultades, en la medida en que nuevas fronteras son desbravadas a cada día⁵¹⁶. En el intento de acercarse de la delimitación del contenido de ese derecho, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, afirma Vallespín Pérez que se trata de:

...derecho a obtener una sentencia o resolución congruente; motivada o fundada, que podrá ser favorable o adversa al demandante e incluso de inadmisión o desestimación si no se cumplen los requisitos o exigencias establecidos por las normas procesales; derecho a la ejecución de la sentencia o resolución finalmente recaída; derecho a una eficaz tutela cautelar; derecho a un proceso con coste razonable y que se desenvuelva y resuelva sin dilaciones indebidas; y derecho a

⁵¹⁶ Tentando sintetizar el contenido de la tutela judicial efectiva, PICÓ i JUNOY, J. (*Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 57), sostiene que ese derecho se descompone en cuatro vertientes: 1) “el derecho de acceso a los tribunales”; 2) “el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente”; 3) “el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales”; 4) “el derecho al recurso legalmente previsto”.

los recursos.⁵¹⁷

Muchos observan la aproximación conceptual entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el *due process of law* del derecho anglosajón⁵¹⁸, aunque este sea más amplio en el sentido de alcanzar todo tipo de procedimiento volcado a la composición de conflictos o definición de derechos, delante de cualquier órgano que pueda afectar la vida, la libertad y la propiedad de las personas⁵¹⁹ – sea él jurisdiccional, legislativo, administrativo, militar, arbitral o político –, mientras aquél se dirige precipuamente a la actividad judicial en su sentido amplio⁵²⁰: juicios y tribunales ordinarios y especiales reconocidos por la Constitución (tribunales militares, tribunales de cuentas) y el propio Tribunal Constitucional; en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria⁵²¹ – solamente de modo excepcional o colateral se admite que algunos actos legislativos que impidan el acceso a la justicia sean violadores del derecho a la tutela judicial efectiva⁵²². Por otro lado, no es de la tradición del *common law* anglosajón la exigencia de un proceso previamente reglado por ley en su sentido estricto (reserva legal), rasgo que lo distingue de la evolución del Derecho Procesal de raíz romano-germánica⁵²³, como el español o el brasileño.

Aunque no se pueda negar la influencia angloamericana y un cierto grado de convergencia en los mencionados institutos jurídicos – ambos tributarios de la concepción ética de un “proceso justo” o “*fair trial*” –, el derecho a la tutela judicial

⁵¹⁷ VALLESPÍN PÉREZ, D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva* ..., cit., p. 27.

⁵¹⁸ *Due process of law* en su moderna concepción, empezada desde la interpretación de la décima cuarta enmienda a la Constitución estadounidense, que pasó a respaldar el entendimiento posterior de las Cortes de que él era más que una garantía de un procedimiento regulado y del derecho a la amplia defensa, pero también era un medio de protección de los derechos fundamentales, especialmente del trinomio vida, libertad y propiedad (*substantive due process*).

⁵¹⁹ Pese a la consideración de que el *due process of law* es una garantía general, la Suprema Corte estadounidense ha sido reaccionaria a un integral desarrollo del concepto en los procesos no penales, según DEL CLARO, R., “Devido processo legal – direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil”, *Revista de Processo*, vol. 126 (ago./2005), pp. 263-264.

⁵²⁰ Es obvio que, por tratarse de un derecho de configuración legal, el legislador también está obligado a concretizarlo mediante la edición de norma compatible con sus contornos constitucionales, pero son los jueces y tribunales quién deben prestar a los justiciables, en los casos concretos, la tutela judicial efectiva.

⁵²¹ Cf. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24: Garantías procesales”, cit., p. 31.

⁵²² *Idem*, pp. 31-33.

⁵²³ Un análisis de las semejanzas y diferencias entre el “*due process*” do *common law* e el “proceso justo” de la tradición europea del *civil law*, desde la base común, es hecha por: COMOGLIO, L. P., “Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica”, *Revista de Processo*, vol.108 (oc./dic. 2002), pp. 144-163.

efectiva tiene su raíz más firmada en el neoconstitucionalismo de bases europeas y en los tratados internacionales de derechos humanos⁵²⁴. Delante del debilitamiento de la concepción liberal de una Constitución como mera norma repartidora de competencias entre órganos estatales y simple repositorio de cláusulas formales condicionantes de la validez de las leyes, a partir de la difusión de un nuevo Estado Constitucional de Derecho – establecido bajo la égida del respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales –, pasó a prevalecer el entendimiento de que los jueces y tribunales tienen el deber de solucionar los litigios a la luz de todo el ordenamiento jurídico, incluso garantizando la efectividad de la Constitución⁵²⁵.

No basta, por lo tanto, solamente asegurar que los individuos tengan acceso a un proceso, pero que dicho proceso sea un instrumento efectivo de realización del orden jurídico, proporcionando a los reclamantes el ejercicio pleno de sus derechos y el acceso a los bienes que les garantizan la Constitución y las leyes. De esa manera, la tutela efectiva es mucho más que el simple derecho de presentar un reclamo al juez o tribunal, sino que también abarca el derecho a que dicho reclamo sea equitativa y adecuadamente procesado, analizado en conformidad con el ordenamiento jurídico en su conjunto y apto para entregar el bien jurídico eventualmente reconocido en la sentencia. Se repele, con esto, no sólo el arbitrio estatal, pero especialmente el arbitrio judicial.

La noción general de “proceso justo”, desarrollada a partir del art. 6 de la CEDDHH, en conformidad con la característica que les dieron el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos, abarca: 1) el derecho a un recurso judicial efectivo o el derecho de acceso a los tribunales, libre de discriminación o restricciones excesivas, para la protección de derechos y obligaciones civiles; 2) el derecho a una defensa efectiva en el tribunal, en su articulación más amplia; 3) lo contradictorio entre las partes, en igualdad de condiciones, de acuerdo con el principio de la igualdad de armas; 4) el derecho a la prueba y contraprueba, en el vaivén dialéctico de los medios probatorios admisibles; 5) publicidad de audiencias y decisiones judiciales; 6) la independencia y la imparcialidad del juez; 7) la duración razonable de

⁵²⁴ Es verdad que los vencedores de la segunda grande guerra ejercieron influencia decisiva en la DUDDHH y, por tanto, las experiencias inglesa y americana del “fair trial” o del “due process of law” también tuvieron importancia en la enunciación de los derechos procesales, contribuyendo para la posterior evolución del derecho procesal europeo, pero no hay como negar que la divergencia de las tradiciones jurídicas hicieran que los modelos procesales ganaran características propias.

⁵²⁵ Sobre las implicaciones del neoconstitucionalismo en la actuación jurisdiccional en Europa, ver PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., pp. 11-117.

los procesos⁵²⁶.

Bajo esa perspectiva, el art. 24 CE, analizado en su conjunto, se acerca mucho más a esa noción europeizada de un proceso equitativo, que para ser así, debe ser cercado de garantías formales, previa y razonablemente establecidas en ley, y juzgado por jueces independientes e imparciales, pero que no se satisface con el mero atendimiento a las formas, sino prioritariamente con la entrega de una prestación jurisdiccional con “el mayor alcance práctico y el menor costo posible”⁵²⁷ en la protección concreta de los derechos de los ciudadanos: “un medio justo para un fin justo”. Es obvio que esto no significa el derecho a un juicio favorable, sino que ese juicio sea conducido de acuerdo con las garantías procesales básicas y su resultado sea congruente con el orden jurídico y los derechos fundamentales de las partes.

No se trata de una contraseña para que toda decisión judicial pueda ser revista por un recurso de amparo siempre que deje de reconocer un derecho al litigante. El TC no fue creado para ejercer el control de la legalidad subconstitucional, tarea que es entregue a la magistratura ordinaria. Para que la cuestión sea analizada bajo el prisma de la vulneración del art. 24.1 CE, no basta que el tribunal ordinario haya incurrido en una interpretación o aplicación deficiente de la ley, siendo necesario que la decisión impugnada haya sido incongruente con las pretensiones o causas de pedir, haya producido una motivación maculada por omisiones, sea carente de razonabilidad o incurra en error patente⁵²⁸. En las palabras del propio TC, “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende sólo el derecho a obtener una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada, razonable y no manifiestamente errónea, ni lesiva de otros derechos fundamentales”, de modo que “el recurso de amparo constitucional ni es un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso ni para proteger frente a violaciones de derechos y libertades distintos a los reconocidos en los arts. 14 a 30.2 CE (art. 53.2 CE)”⁵²⁹.

⁵²⁶ COMOGLIO, L. P., “Il ‘giusto processo’ civile...”, cit., pp. 156-158.

⁵²⁷ GRECO, L., “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, *Novos Estudos Jurídicos*, año VII, n.º 14 (abr. 2002), p. 11.

⁵²⁸ Ver, por todas, la STC 71/2002, de 8 de abril, FJ 4: “el canon de enjuiciamiento que delimita el ámbito de nuestra jurisdicción (art. 4 LOTC), aun cuando se aduzca la vulneración de derechos fundamentales sigue siendo, en acceso al recurso, el de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente”.

⁵²⁹ STC 99/2001, de 23 de abril, FJ 4.

Por lo tanto, según el TC, “la labor interpretativa del Poder Judicial, lo mismo que el canon aplicable al examen constitucional de sus resoluciones ex art. 24.1 CE, se encuentra sujeto a un mayor rigor cuando queda afectado otro derecho reconocido por la Constitución”⁵³⁰. Bajo esa perspectiva, cuando esté afectado un derecho constitucionalmente reconocido, mismo que no esté entre aquéllos encubiertos por el recurso de amparo autónomo, como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la motivación de la sentencia debe ser reforzada y alineada con la máxima efectividad de la Constitución, so pena de ofensa al derecho a la tutela judicial efectiva. Es por eso que el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de establecer los contornos jurídicos del derecho al trabajo en demandas individuales, analizándolo en el contexto de una vulneración simultánea al art. 24.1 CE. Por eso el derecho a la tutela judicial efectiva terminó siendo la puerta de entrada para la densificación de otros derechos constitucionales no favorecidos directamente con la protección del recurso de amparo.

2.4 Tutela judicial efectiva y relación laboral

Si cualquier derecho depende, para su efectividad plena, de una protección judicial eficaz, será más todavía con el derecho constitucional al trabajo y, por arrastro, los derechos en el trabajo, materializados en el seno de una relación desigual, marcada por el ejercicio del poder de una de las partes sobre la otra. En ninguna otra relación jurídica se puede encontrar una verticalidad tan visible e inmediatamente identificable como en el contrato de trabajo.

Sin la participación decisiva del Estado, el derecho al trabajo y el Derecho del Trabajo no pasarían jamás de un miraje en el terreno arenoso de las leyes del mercado, compeliendo a los empresarios a, en nombre de la competitividad y del corte de costes, reducir la fuerza humana a una mera ecuación matemática en la lógica de cuanto más barato, mejor. Por esa lógica, cualquier derecho protector sería un obstáculo por eliminar, un “costo” a ser cortado.

Considerando la relación de poder existente entre empleador y empleado, sería impensable, del punto de vista de un sistema con pretensión democrática y social, el

⁵³⁰ Ibidem, FJ 6.

mantenimiento de espacios libres de revisión judicial. Si el derecho a la tutela judicial efectiva presupone el acceso de todos (nacionales y extranjeros, ricos y pobres) a la jurisdicción, sería inadmisibles levantar barreras que, directa o indirectamente, impidiesen la tutela de los derechos e intereses legítimos de las partes afectadas por una decisión de poderes públicos o privados.

La tutela judicial ejerce, en ese escenario, el papel de última barrera y principal facilitador de un sistema de garantías constitucionalmente deseado – en el cual se incluyen también las actividades legislativa, orientadora, fiscalizadora y sancionadora administrativa. Sin la posibilidad de una protección judicial adecuada, tanto individual como colectiva, todo ese sistema entraría en colapso. En una relación potencialmente desigual, la intervención estatal y, por consecuencia, la actuación judicial tiene un peso mucho mayor en la concretización del Derecho.

Hay que destacar que el derecho a la tutela judicial efectiva se entrecruza con el derecho al trabajo preconizado en el art. 35.1 CE, en cuyo núcleo esencial se encuentra la posibilidad de reacción adecuada en contra el acto de extinción del contrato de trabajo – que implica la posibilidad de revisión de aquel acto por vía judicial, invalidándolo, eliminándolo o imponiendo al empleador una condena financiera en dinero (cuestión enfrentada en el tópico 5.9.3 del primer capítulo). En ese sentido, advirtió el propio TC, negar al trabajador la posibilidad de reaccionar, ante el Poder Judicial, en contra el acto extintivo del contrato “debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 C.E.)”⁵³¹.

La importancia del control judicial de los despidos, advierten Baylos y Pérez, no surgió de una tradición legislativa concreta, sino del reconocimiento del derecho al trabajo en las constituciones europeas de la postguerra, siendo este derecho, “desde sus primeros pasos, el recipiente en el que la protección del trabajador frente al despido ha encontrado relevancia constitucional”⁵³². Es decir, el control judicial de los despidos en su motivación y en su forma, bien como de los criterios de admisión (en la hipótesis de discriminación) y de imposiciones para el mantenimiento del empleo, proviene directamente de la raíz constitucional del derecho al trabajo.

Según afirmación del propio TC, “la reacción frente a la decisión unilateral del

⁵³¹ STC 20/1994, de 27 de enero (FJ 2).

⁵³² BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 51.

empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, (...) es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva”⁵³³.

De hecho, la imposibilidad de una reacción adecuada pondría en riesgo no sólo el derecho al trabajo, vaciando su contenido, sino el propio Derecho del Trabajo como elemento tendencialmente equilibrador de las relaciones laborales. Y esa reacción debería ser en el sentido de hacer actuar el derecho objetivo de la forma más efectiva posible, y no de perpetuar su incumplimiento a través de una mera monetización de las violaciones.

Como ya destacado en el capítulo primero, la solución más propicia a concretizar una tutela realmente eficaz sería la restitución *in natura* del bien jurídico lesionado, con la nulidad *ex tunc* del acto ilícito objeto de la revisión judicial. Desafortunadamente, la tendencia de supervaloración de la libertad de empresa (art. 38 CE) y de mercantilización del trabajo, además de los resquicios de la matriz liberal del derecho procesal de tradición romano-germánica, refractario a la posibilidad de que el juez actúe sobre la voluntad del individuo⁵³⁴ – de cuya influencia no se libertó completamente el Derecho Procesal Laboral –, han guiado al legislador español a preferir la solución del resarcimiento para el caso del despido improcedente. Es evidente que esa solución no anula el derecho de reaccionar contra un despido ilícito ⁵³⁵, pero reduce considerablemente los efectos de esa reacción.

Sin embargo, en el caso de un despido (u otro acto empresarial) efectuado con vulneración de los derechos fundamentales del trabajador – por lo menos aquéllos ubicados en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE –, la jurisprudencia constitucional dispensa un nivel mayor de protección, imponiendo una actuación judicial más incisiva, en el sentido de anular el acto y reponer las cosas al estado anterior (nulidad radical). Esa percepción

⁵³³ STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2.

⁵³⁴ Sobre las raíces romanas y liberales de la tutela resarcitoria por el equivalente en dinero y la resistencia del mundo político contemporáneo en adoptar una tutela efectiva que, siempre que sea posible, restablezca *in natura* el derecho vulnerado, ver: MARINONI, L. G., “Tutela contra o ilícito: (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015)”, *Revista de Processo*, vol. 245 (jul./2015), pp. 313-329.

⁵³⁵ La solución monetaria no es totalmente rechazada por el Convenio 158 de la OIT – importante referencia para la interpretación del art. 35.1 CE –, aunque la solución preferencial para el despido no justificado sea la readmisión (art. 10).

de que el acto infractor de un derecho fundamental debe ser reparado con la declaración de su nulidad absoluta, no admitiéndose, en principio, la sustitución de la prestación *in natura* por una indemnización, viene arraigada en la jurisprudencia desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que apreció un caso de trabajadores despedidos el día siguiente al registro de su candidatura a las elecciones sindicales. Al fundamentar su decisión (FJ 7), el TC afirmó:

La cuestión para nosotros es reconocer el derecho o libertad pública y adoptar, dentro de lo previsto en el art. 55.1 de la LOTC, las medidas precisas para restablecer a los demandantes en la integridad de su derecho. Pues bien, se cumple dicho objetivo, afirmando que **la nulidad es radical, y, por ello, comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario**, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos. (...) La literalidad de los arts. 212 y 213 de la Ley de Procedimiento Laboral no son un obstáculo a la plena efectividad del derecho o libertad conculcada, pues aunque se concreten a los delegados o miembros del Comité de Empresa, **constituye cauce analógicamente aplicable a los supuestos de nulidad ab radice, sanción que comporta la violación de derechos constitucionales fundamentales.** (destacamos)

En la mencionada sentencia, aunque no encontrando razones para reconocer la existencia de una violación directa al art. 24.1 CE en aquel caso, el TC terminó por abrazar el entendimiento de que la única solución que haría efectiva la libertad sindical proclamada constitucionalmente sería la readmisión del trabajador. En otras palabras, imponer al empleador una simple indemnización, en vez de anular de forma radical el acto infractor de un derecho fundamental, no correspondería a una tutela judicial realmente eficaz, capaz de hacer concreto el derecho en juego.

Desde entonces, se consolidó el entendimiento de que serán radicalmente nulas las decisiones de los empresarios que, en el ámbito de la relación laboral, impliquen discriminación ofensiva al art. 14 CE o violación a los derechos fundamentales y libertades públicas constantes del catálogo de los artículos 15 a 29 CE, recomendando una tutela judicial que restituya integralmente el derecho lesionado.

Al mismo tiempo, gradualmente, se firmó en la jurisprudencia del TC el entendimiento de que nadie puede sufrir perjuicio o represalia por haber ejercido un derecho fundamental, solidificando lo que Ugartemendía denominó de “eficacia justificante de los derechos fundamentales”⁵³⁶. Esta es la base de la garantía de indemnidad, cuya consecuencia es la nulidad del despido o del acto del empleador que implique represalia a una demanda judicial intentada por el empleado. Se trata de un efecto protector que se desprende del derecho a la tutela judicial efectiva (o de otros derechos fundamentales con protección reforzada) para ganar operatividad en el ámbito del contrato de trabajo.

Es importante destacar, como consecuencia del derecho fundamental a la tutela efectiva, un mandamiento para la especialización del proceso al fin al que se destina. Afirma Martín Valverde que la prescripción constitucional relacionada a la efectividad de la tutela judicial en un Estado social comprometido con la igualdad sustancial importa “la consideración de las circunstancias en que se desenvuelve la actividad jurisdiccional respecto a distintos grupos de ciudadanos: trabajadores, consumidores y usuarios, beneficiarios de la Seguridad Social, personas sin recursos para litigar, etc.”⁵³⁷. Bajo esa perspectiva, el proceso del trabajo solamente sería efectivo si llevase en cuenta la desigualdad material entre las partes⁵³⁸.

Por supuesto, considerando que la relación jurídica laboral se constituye entre partes concreta y materialmente desiguales, el proceso laboral, para instrumentalizar una tutela realmente efectiva, no puede partir de una presunta neutralidad que anule la protección dispensada al trabajador por el derecho material. Sería inadecuada, así, una regla procesal que supusiera la igualdad formal de las partes y supervalorase el principio dispositivo para instrumentalizar un derecho esencialmente protector⁵³⁹. Este rasgo

⁵³⁶ Apud DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., p. 141.

⁵³⁷ MARTÍN VALVERDE, A., “Jurisdicción Social y Tutela Judicial Efectiva”, en: AA.VV. (dir. Sempere Navarro, coord. Martín Jiménez, R.), *El modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 1164.

⁵³⁸ BLASCO PELLICER, A. (“Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial”, cit., pp. 36-37), afirma que “las leyes procesales laborales no establecen técnicas procesales neutras sino que las mismas obedecen a un planteamiento concreto que trata de asegurar la efectividad del propio Derecho del Trabajo y, por tanto, de los valores y principios que en tal ordenamiento subyacen, a través de una regulación específica, distinta de la civil, que persigue garantizar una justicia eficaz y rápida.

⁵³⁹ Ver CRUZ VILLALÓN, J., “Constitución y Proceso de Trabajo”, en CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS, F., *Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 9-85. El autor critica el desajuste legislativo existente entre el sesgo tuitivo del Derecho del Trabajo y la rigidez del proceso que lo instrumentaliza, pero reconoce que los tribunales y el propio TC han llenado parcialmente esa laguna, recomponiendo “la lógica de complementariedad de principios entre el Derecho

nivelador del proceso del trabajo fue reconocido en la STC 3/1983, de 25 de janeiro (FJ 3):

De todo ello deriva el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el Derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales. Y en el tema que importa a la cuestión debatida debe destacarse, **que a esta finalidad sirven no sólo las normas sustantivas sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el Derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo, resulta patente que ambos son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste.**

Las formas procesales aparecen así estrechamente conectadas con las pretensiones materiales deducidas en juicio, de forma que en su consagración traducen una determinada manera de comprender las situaciones sustanciales contempladas y su finalidad se dirige a la satisfacción de los principios inspiradores del ordenamiento que las regula. La indicada desigualdad del trabajador se corrige, por tanto, también mediante normas procesales cuyo contenido expresa diferencias jurídicas que impiden o reducen la desigualdad material y que no pueden recibir una valoración negativa, en la medida en que la desigualdad procesal establecida aparezca razonablemente ligada a tal finalidad y sea proporcionada a la desigualdad material existente. (destacamos)

Es cierto que aquí no se vinculó directamente el carácter nivelador del proceso del trabajo a la tutela judicial efectiva, sino al principio de la igualdad sustancial resultante de la interpretación integrada de los arts. 9.2 y 14 CE. Se trata de una

del Trabajo y las normas procesales que le sirven de apoyo" (p. 14). En la misma línea, ver PÉREZ AMORÓS, F., "Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: por un derecho del trabajo procesal", *Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, n.º 237 (2010), pp. 7-30.

manifestación relativamente tímida, delante de las posibilidades abiertas a diversas formas de configuración legal del derecho a la tutela judicial efectiva y de la propia organización judicial⁵⁴⁰, pero nada impide una interpretación más contundente, en el sentido de que la igualdad de armas en el proceso debe ser puesta bajo la perspectiva del derecho material en juego y, por eso, la necesidad de especialización del proceso laboral. Al fin y al cabo, “la historia del procedimiento laboral ‘sensu lato’ es en gran medida la historia de la invención y del descubrimiento de garantías jurisdiccionales efectivas para los derechos de trabajadores”⁵⁴¹.

El trabajador debe, de esta manera, tener la posibilidad de disfrutar de instrumentos facilitadores de su postulación en juicio, como la gratuidad procesal, la asistencia técnico-jurídica, la concentración de los actos y una distribución dinámica y adecuada de la carga de la prueba, además de un mayor énfasis en la celeridad procesal – ya que el tiempo corre en detrimento de la parte económicamente más débil. Sin tales instrumentos, que puedan garantizar una nivelación de la asimetría de la relación jurídica subyacente, difícilmente se podría asegurar una tutela judicial realmente efectiva⁵⁴².

3 El Despido Vulnerador de Derechos Fundamentales y la Tutela Efectiva

3.1. El despido como acto debilitante del derecho al trabajo y del Derecho del Trabajo

Ya destacamos que la garantía de no ser despedido sin que haya un motivo razonable (legalmente considerado como justo) integra una de las vertientes individuales del derecho al trabajo. Cuanto mayor es la protección en contra el despido arbitrario,

⁵⁴⁰ Recuerda MARTÍN VALVERDE, A. (“Jurisdicción Social y Tutela Judicial Efectiva”, cit., p. 1165) que, pese a la tradición española de especialización de la magistratura y del proceso laboral, la parquedad de la regulación constitucional conlleva a la contingencia de la ordenación de la jurisdicción social.

⁵⁴¹ MARTÍN VALVERDE, A., “Jurisdicción Social y Tutela Judicial Efectiva”, cit., p. 1163.

⁵⁴² Sobre la necesaria actuación de la igualdad substancial en el proceso laboral como requisito para una tutela judicial efectiva, aunque con una mirada crítica sobre las alteraciones legislativas de 1994, que “socializaban” los salarios de tramitación en las demandas de despido, ver: BAYLOS, A., “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 4 (sep./dic. 1994), pp. 107-129.

mayor será el nivel de satisfacción del derecho al trabajo en el plan individual. La posibilidad del despido *ad nutum* del trabajador maximiza el poder de la parte más fuerte en la relación de empleo, al mismo tiempo en que fragiliza el derecho al trabajo y el Derecho del Trabajo, reduciendo la efectividad de ambos, dificultando el goce de derechos fundamentales en el espacio laboral.

El despido se presenta como grave agresión a la personalidad del individuo, de manera que su ejercicio ilimitado pone al empleador en la condición de señor absoluto de la relación de empleo (*absoluter Herrscher*), con poderes para sacar de la otra parte del contrato de trabajo la posibilidad de supervivencia digna⁵⁴³. En un sistema de despido libre, delante del fantasma del desempleo, el trabajador se ve coaccionado a ceder a los caprichos patronales, por más que eso pueda afectar su dignidad personal. En esta perspectiva, la efectividad del derecho objetivo queda bastante reducida, sea porque una mera compensación monetaria es incapaz de realizar la finalidad de las normas protectoras, especialmente aquéllas relacionadas a la inviolabilidad personal del trabajador-ciudadano, sea porque ni todos los que sufren una lesión se animan a buscar la protección judicial, temiendo las consecuencias de un acoso que, mismo después del término de la relación contractual, pueda dificultar la obtención de un nuevo puesto de trabajo (listas negras)⁵⁴⁴.

El despido representa, por lo tanto, una crisis en el contrato de trabajo y el eslabón débil de la cadena protectora de las normas laborales. La amenaza de pérdida del empleo ha sido constantemente utilizada como forma de presionar al trabajador a producir cada vez más, a dispensar sus derechos y preceptos éticos, lo que ha generado miedo, enfermedad y hasta, en situaciones extremas, suicidio⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Así el pensamiento de Däubler, *apud* ÁLVARES DA SILVA, A., *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*, 2ª ed., São Paulo: Ltr, 1992, p. 54.

⁵⁴⁴ Sostiene ERMIDA URIARTE, O., que: “la estabilidad es el soporte del derecho de la seguridad social. Y al mismo tiempo, actúa, de hecho, como condición de eficacia de todos los demás derechos laborales ya que, sin la garantía de la estabilidad, las reclamaciones por incumplimientos del patrono corren el riesgo de provocar, precisamente, la extinción de la relación de trabajo. Más aún; podría decirse que sin cierto grado de estabilidad - al menos - todo el derecho del trabajo podría carecer de efectividad. Porque ¿qué sentido tiene fijar determinados niveles salariales, limitar la jornada, prescribir el descanso obligatorio y la irrenunciabilidad de los derechos obreros, si no existe un mínimo de seguridad de que el empleador no puede sustituir impunemente al trabajador que pretende usufructuar esos derechos?” (“La estabilidad: ¿su protección real o ficticia?”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 7, n.º 39 (sep./oc. 1982), p. 9.

⁵⁴⁵ Sobre los impactos de los nuevos métodos de evaluación de productividad y de las amenazas en el ambiente laboral en la vida del trabajador, ver: DEJOURS, C. y BÈGUE, F., *Suicídio e Trabalho: o que fazer?*, trad. F. Soudant, Brasília: Paralelo 15, 2010. Para una noción aligerada, ver: DEJOURS, C., “Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal”, entrevista a Ana Gerschenfeld, Portugal: *Jornal Público*, 01.02.2010, disponible en <https://www.publico.pt/2010/02/01/sociedade/noticia/um-suicidio-no->

El temor reverencial del empleado será un tanto mayor cuanto sea la dificultad de obtener un nuevo empleo en caso de despido (empleabilidad), lo que depende no sólo de políticas públicas de calificación y recolocación de mano de obra, sino también de un sistema de seguridad social eficiente – cuyo costo ni siempre puede ser soportado por países de economía periférica – y, esencialmente, de un ciclo económico expansivo.

Es justamente en las fases de crisis económicas inherentes al capitalismo, en que crecen las tasas de desempleo y los trabajadores quedan más vulnerables, que asumen más importancia las normas de protección al empleo, aunque sea en esos periodos en que, paradójicamente, más ganan fuerza los discursos dirigidos a la flexibilidad del derecho laboral, a la desregulación del contrato de trabajo y a la reducción de los costos del despido.

Por otro lado, cuanto mayor es la permisibilidad de los contratos por tempo determinado, mayor será la inseguridad en el empleo. El fantasma, en este caso, es la no renovación del contrato por el empleador, situación que suele ser más dañina, del punto de vista del empleado, frente a los valores normalmente más reducidos de las verbas resultantes del término de la relación de empleo.

Siendo así, en cualquier forma de Estado que desee la paz social, pero de manera mucho más acentuada en el Estado social democrático de derecho, existe un fuerte interés público en la preservación de los puestos de trabajo como medio de consecución de los objetivos constitucionales. La destrucción de los empleos, de una forma general, acentúa las desigualdades, fragiliza la clase trabajadora, reduce la efectividad del Derecho Laboral, aumenta la presión sobre los sistemas de seguridad social y tiende a producir conflictos por la consecuente desestabilización y división de la sociedad, con graves riesgos para la democracia. “Cuando el bienestar de los asalariados y de sus familiares (cuota ponderable de la población) queda amenazado por el desempleo en masa, caeríamos en el ridículo si declarásemos estar en juego, solamente, una suma de litigios individuales”⁵⁴⁶.

La terminación del contrato de trabajo, por tanto, no puede ubicarse en un espacio libre de regulación, como se fuese un acto de irrelevancia política, jurídica y social, desvinculado de la normatividad constitucional. Sometido constitucionalmente a la

trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732, fecha de consulta: 08.03.2018.

⁵⁴⁶ SAAD, E. G., *Constituição e direito do trabalho*, São Paulo: Ltr, 1989, p. 87 (traducimos del original en portugués).

política económica y social dirigida al respeto a la dignidad humana, a la reducción de las desigualdades y al pleno empleo, el Estado social está impulsado a intervenir en las relaciones laborales, de modo a preservar, lo máximo posible, su continuidad.

La evolución del Derecho Laboral ha conducido a cuatro formas de limitaciones al libre término de las relaciones laborales: 1) las restricciones a los contratos por tiempo determinado; 2) las garantías de empleo y estabilidad; 3) las protecciones jurídicas en los casos de suspensión contractual; 4) la exigencia de motivación jurídica mínimamente razonable para el despido⁵⁴⁷. Estas limitaciones pueden actuar simultáneamente, con énfasis diferenciadas en unas u otras, dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país y del contexto político-social de cada momento histórico.

El Convenio 158 de la OIT, que busca armonizar el tratamiento de los despidos en el ámbito internacional, exige la presencia de una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o con la necesidad de funcionamiento de la empresa. Sin embargo, no presenta una solución unívoca para los casos de despidos injustificados, dejando a criterio de las legislaciones nacionales la readmisión o el pago de una indemnización adecuada.

Como las realidades jurídicas, culturales, sociales, económicas y políticas no son uniformes alrededor del globo terrestre, las formas de protección del empleo pueden variar de un país a otro. Hay que reconocer, de cualquier modo, la existencia de varios puntos comunes en el enfrentamiento de la deseada continuidad de la relación de empleo por los ordenamientos jurídicos del mundo occidental, notablemente entre los países europeos y los latinoamericanos. En el contexto actual de la globalización económica, los ataques a los sistemas de protección laboral y los dilemas políticos que ellos suscitan también parecen ser convergentes.

3.2 La regulación del despido en España

No es novedad que la extinción del contrato de trabajo, además de estar íntimamente relacionada al derecho al trabajo, representa el punto crítico del propio Derecho Laboral como subsistema de protección de la parte más débil de la relación de

⁵⁴⁷ GODINHO DELGADO, M., *Curso do Direito do Trabalho*, 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 1311.

empleo. El Estado social democrático no puede omitirse en reglar el término del contrato de trabajo, especialmente cuando resultante de la decisión unilateral del empleador, so pena de poner en riesgo la paz social. Es hecho que hay un fuerte interés público en la conservación y creación de empleos – mejor dicho, empleos decentes – como medio de asegurar un mínimo existencial para todos, el progreso social y la valorización de la dignidad humana y, por fin, de preservar la paz como condición de supervivencia de la propia democracia.

La Constitución española impone a los poderes públicos el desarrollo de una política de pleno empleo (art. 40), de modo que el despido no puede ubicarse en una zona totalmente libre de regulación estatal, entregue simplemente a la lógica implacable del mercado. Hay un vínculo estrecho entre el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y el objetivo constitucional del pleno empleo – sobre lo que ya discurremos en el primer capítulo –, siendo inescapable la adopción de trabas legales al despido libre y no motivado. Nadie, con pureza del alma, puede presumir que el despido libre será más inclinado a preservar en nivel elevado de empleos y una mayor empleabilidad – estas cuestiones no hacen parte de las preocupaciones de los agentes económicos, antes respectan esencialmente a la política, que se expresa a través del Derecho.

En el intento de reducir la lógica mercantilista de despedir libremente y con el menor costo posible, la legislación española ha actuado, con mayor o menor intensidad, en dos frentes distintas: a) limitación de los contratos por tiempo determinado a ciertas hipótesis legalmente previstas; b) supresión del despido sin justa causa, en los contratos por tiempo indeterminado⁵⁴⁸.

3.2.1 Limitaciones a la contratación temporal

Permitir amplia y libremente la celebración de contratos de duración determinada, ciertamente, provocaría la migración en masa para ese tipo de contratación, ante el bajo costo de la respectiva finalización⁵⁴⁹ y la inexistencia de estabilidad, además de

⁵⁴⁸ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 231.

⁵⁴⁹ La finalización de un contrato temporal no sobrepasa doce días de salario por cada año de servicio (disposición transitoria octava, ET) y no hay indemnización para la finalización de un contrato de interinidad, mientras el despido procedente de un trabajador fijo da lugar a una indemnización de veinte días por cada año de servicio. No obstante, el TJUE, en el caso “Diego Porras” (C:2016:683), consideró que esta diferencia puesta en la legislación española es discriminatoria con relación al trabajador no fijo, si estamos ante situaciones comparables por la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales. La sentencia, de 14 de septiembre de 2016, concluyó que: “1) La cláusula 4,

contribuir para precarizar las condiciones de trabajo, dada la incertidumbre de permanencia en el empleo y el consecuente aumento del poder empresarial. Explicando esa preferencia del empleador por el contrato por tiempo definido, afirma Montoya Melgar que “el trabajador temporal es menos reivindicativo que el fijo, menos proclive a la sindicación, más adaptable a la movilidad en la empresa y, sobre todo, la extinción del contrato temporal es menos costosa para el empresario que la del indefinido”⁵⁵⁰.

Ejemplo de ese efecto de migración masiva se vio a partir de la política de ampliación de las hipótesis de contratos temporales, incluso sin causa específica, en nombre de un presunto fomento al empleo, llevada a cabo por la Ley 32/1984, que terminó empujando España para una altísima tasa de temporalidad, alcanzando la casa de los 35% en 1995⁵⁵¹, sin que esto haya efectivamente reducido el desempleo que se deseaba combatir con la medida⁵⁵² – la tasa de desempleo siguió siendo una de las más altas de Europa hasta hoy⁵⁵³.

En medio a la fuerte crisis que afectó la economía española desde 2008, el Ministerio de la Economía divulgaba que, en el primer trimestre de 2012, el desempleo alcanzó alarmantes 24,4% de la población activa, pero la tasa de temporalidad venía

apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada; 2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización”. Sin embargo, la cuestión aún genera muchas dudas y controversias, especialmente porque la decisión no establece la equiparación de la indemnización en todos los contratos y no es muy clara sobre las situaciones que son equiparables.

⁵⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo y su garantía...”, cit., p. 135.

⁵⁵¹ Según MONTOYA MELGAR, A. (“La estabilidad en el empleo y su garantía...”, cit., p. 136), como consecuencia de la política expansiva de los contratos temporales, los trabajadores sometidos a tales contratos pasaron del 7,6% en 1984 al 35% en 1995; tras cambios que restringieron un poco más la conexión temporal e incentivaron los contratos por tiempo indefinido, esa tasa cayó para el 20,3% en 1997.

⁵⁵² MARTÍNEZ GIRÓN, J. (“Contratos temporales y estabilidad del trabajador...”, cit.), discurrendo sobre las idas y venidas de la política dirigida a los contratos por tiempo determinado en el período de 1976 a 2002, relataba que, en aquel momento (2003), la tasa de temporalidad en España golpeaba la casa del 34% de la mano de obra asalariada y el desempleo alcanzaba 22 %.

⁵⁵³ La tasa de desempleo en diciembre de 2017 era de 16,4, la segunda mayor de Europa, cuyo promedio era de 7,3 (Fuente: Eurostat).

cayendo gradualmente (23,7%), aclarando que la pérdida de empleos era mucho mayor entre los contratados por tiempo determinado⁵⁵⁴. Esto es un fuerte indicativo de que, cuanto más se ensanchan las hipótesis de contratación temporal, mayor es la inestabilidad de los trabajadores. Por eso que, a las primeras señales de crisis económica, son los trabajadores por tiempo definido el principal foco de los despidos, en faz de la mayor inseguridad y del menor costo de finalización del contrato. La restricción a tales contratos, sin duda, funciona como un elemento inhibidor de la corrosión de los empleos y de la precarización de las condiciones de trabajo.

La relación entre contrato por tiempo determinado y precariedad laboral se revela por una serie de datos empíricos: a) la tasa de temporalidad es mucho mayor entre los colectivos más vulnerables, especialmente jóvenes, mujeres y extranjeros; b) la mayor incidencia entre los trabajadores con nivel de formación más bajo y en ocupaciones con menores exigencias de calificación; c) un tercio de los trabajadores temporales tienen contratos con menos de seis meses de duración, lo que apunta para un alto índice de rotación de la mano de obra ⁵⁵⁵. En resumen, los trabajadores temporales, considerados en términos medios, no conviven solamente con más inseguridad, pero también con salarios menores y peores condiciones de trabajo.

Tras el reflujo de la política de estímulo a la contratación temporal (reforma de 1994), permaneció en la legislación la previsión de algunas hipótesis en que es autorizado ese tipo de contrato: a) para la realización de “una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa” (art. 15.1, a ET), lo que exige que la obra o servicio sea claramente identificable; b) para acudir circunstancias eventuales resultantes de fluctuaciones del mercado, acúmulo de tareas o exceso de pedidos, de modo que, aunque se trate de actividad normal de la empresa, haya un exceso circunstancial de trabajo (art. 15.1, b ET); c) “cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo” – contrato de interinidad (art. 15.1, c ET). Hay aún la posibilidad de contratación temporal no causal,

⁵⁵⁴ Noticia divulgada en 27 de abril de 2012 por el MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, “El número de parados aumenta en 365.900 personas en el primer trimestre, hasta los 5,639 millones”, disponible en <http://www.mineco.gob.es/porta1/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=8423cd0a8b2f6310VgnVCM1000001d04140aRCRD>, fecha de consulta: 08.03.2018.

⁵⁵⁵ Cf. ROCHA SÁNCHEZ, F., “Atrapados en el tiempo. Notas introductorias sobre temporalidad y precariedad del empleo en España”, en AA.VV. (dir. Guamán Hernández, A., coord. Cordero Gordillo), *Temporalidad y precariedad del trabajo asalariado: ¿el fin de la estabilidad laboral?*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2013, pp. 23-24.

direccionada a “trabajadores con discapacidad” o “personas que se encuentren en situación de exclusión social, siempre que, en ambos casos, estén desempleados e inscritos en la Oficina de Empleo, así como “personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género” o de “violencia doméstica o con personas que tengan acreditada la condición de víctima del terrorismo” (Ley 43/2006, de 29 de diciembre, art. 1.2)⁵⁵⁶.

Además de las hipótesis arriba enumeradas, el ciclo de reformas inaugurado en 2012 impuso una mayor apertura para los llamados contratos formativos, con duración de hasta dos años (art. 11.1, b ET), pudiendo llegar a tres años en el caso de contrato de aprendizaje (art. 11.2, b ET), y creó un contrato temporario de fomento al primer empleo joven, direccionado a jóvenes desempleados menores de 30 años que no tengan experiencia laboral o si esta es inferior a tres meses (art. 12, Ley 11/2013, de 26 de julio), haciendo con que la tasa de temporalidad haya ganado un nuevo impulso recientemente⁵⁵⁷.

De cualquier manera, mismo reconociendo que la ampliación o reducción de las hipótesis de contratación por tiempo determinado sigue flotando al sabor de la coyuntura política, no se puede dejar de reconocer que el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE actúa en el sentido de imponer límites a esa modalidad contractual y que una apertura demasiada y no razonable para los contratos temporales no causales representaría un empequeñecimiento a la norma constitucional.

3.2.2 Restricciones al despido

En otra senda, se habla en estabilidad en el empleo como una expresión del derecho al trabajo en su vertiente individual, o sea, “el derecho de no ser despedido si

⁵⁵⁶ Texto consolidado, conforme última modificación, del 24 de octubre de 2015.

⁵⁵⁷ Una crítica a la nueva apertura de la legislación a contratos temporales no causales es hecha por MARTÍNEZ ABASCAL, V., “La contratación temporal en la reforma laboral 2012-2015”, en AA.VV. (dir. Pérez Amorós, F. y Rojo Torrecilla, E.; coord. Ysàs Molinera, H.), *Balance de la reforma laboral de 2012*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2016, pp. 225 y ss. El autor puntualiza que: “Si se toma como referencia el año 2011, inmediato a esta última fase reformista, puede comprobarse que en ese año la tasa de temporalidad (sector privado y público) era del 25,3 %. En ambos sectores, en 2012 la tasa experimenta una reducción al 23,6 %, pero en 2015 vuelve a subir al 25,7 %. De aquí puede deducirse razonablemente que el renovado estímulo normativo a la contratación temporal, aunque discreto, ha sido uno de los factores que ha influido en ese incremento” (p. 226, nota 36).

no hay una justa causa”⁵⁵⁸. Esto no significa que el trabajador tenga siempre el derecho a volver al puesto de trabajo, caso el despido no provenga de un motivo previsto en ley. No se trata de una estabilidad absoluta que no pueda siquiera ser compensada con una indemnización. Es, en realidad, un derecho relativo, cuya vulneración llevará a más de una consecuencia, de acuerdo con la prescripción legal. Montoya Melgar aclara que la estabilidad en el empleo sigue siendo un principio configurador del Derecho Laboral, aunque se deba entender que él no se impone a través de la simple abolición de la posibilidad de extinción de los contratos o proscribiendo la celebración de los contratos por tiempo determinado, pero por intermedio de la inclinación en favor de la figura del contrato de duración indefinida y poniendo obstáculos a la libre extinción contractual decidida por el empresario⁵⁵⁹.

Según Palomeque y Álvarez, los contratos temporales tienen su duración limitada al tiempo o a las circunstancias indicados en las normas o pactos, mientras los contratos por tiempo indeterminado “terminan por las causas que la Ley dispone, fijando para cada una de ellas, según una libre apreciación legislativa, unas consecuencias patrimoniales que varían en razón a la conservación del empleo y al grado de incumplimiento existente”⁵⁶⁰. Clasifican las hipótesis de extinción del contrato en tres grupos: a) causas comunes a todos los contratos y, en general, no indemnizables (mutuo consentimiento, dimisión, incapacidad o desaparecimiento de los sujetos); b) causas propias de los contratos de duración determinada, como el término final o la condición resolutoria, algunas indemnizables en pequeñas cantidades, pasible de mejora en negociación colectiva; c) causas aplicables a los contratos por tiempo indeterminado o a los contratos temporales antes de su vencimiento. Estas últimas pueden ser divididas en dos subgrupos: el primero, dice respecto a las causas relacionadas a incumplimientos contractuales del empleado – si la falta es suficiente para dar lugar a la justa causa, no hay indemnización, caso contrario, incide la indemnización legalmente fijada; el segundo, involucra causas que no dicen respecto al comportamiento del empleado (imposibilidad sobrevenida) y son indemnizables en función de la duración del

⁵⁵⁸ STC 22/1981, de 2 de julio.

⁵⁵⁹ MONTOYA MELGAR, A., “Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones”, *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 10 (1982), p. 164.

⁵⁶⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 761.

contrato⁵⁶¹.

El despido, entendido como acto de extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador, puede ser individual o colectivo, este último fundado necesariamente en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando afecte a un número determinado de trabajadores establecidos en ley⁵⁶², debiendo ser precedido de un procedimiento de consulta a la representación de los trabajadores y comunicación a la autoridad administrativa. Existe, finalmente, un despido conocido como plural, por afectar a más de un trabajador, pero sin alcanzar el número suficiente para ser considerado colectivo – portándose, para efectos jurídicos, como una pluralidad de despidos individuales.

El despido individual puede ser fundado en motivo disciplinar, una vez que ocurra una de las faltas disciplinarias previstas en ley⁵⁶³, o en otras causas objetivas, que pueden ser⁵⁶⁴: a) “ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa”; b) “falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables” y sea previamente ofrecido un curso “para facilitar la adaptación a las modificaciones operadas”; c) “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” cuando afecte un número inferior de trabajadores de que lo previsto para los despidos colectivos; d) “por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro

⁵⁶¹ Ibidem, pp. 761-762.

⁵⁶² Em su actual redacción, reza el art. 51 ET que “se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

⁵⁶³ Según el art. 54 ET, se considerarán incumplimientos contractuales: a) las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo; c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos; d) la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; e) la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; f) la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo; g) el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

⁵⁶⁴ Art. 52 ET.

meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”⁵⁶⁵; e) por insuficiencia presupuestaria, cuando el empleador sea entidad sin fines lucrativos volcada a la ejecución de planos o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por la administración pública.

El despido disciplinario deberá ser notificado por escrito al trabajador (y, si sindicalizado, al delegado sindical), señalando los hechos que lo motivaron y la fecha a partir de la cual tendrá efecto, y si él ejerce representación legal de los trabajadores o delegación sindical, deberá instaurarse un procedimiento interno que le asegure lo contradictorio⁵⁶⁶. En cualquier situación, los hechos deben estar descritos de tal forma que el trabajador pueda defenderse de las imputaciones que le son hechas⁵⁶⁷.

Tanto en la hipótesis de despido disciplinario como en la de despido objetivo, puede el trabajador impugnar judicialmente el motivo extintivo alegado por el empleador. En ese caso, cabe al juez del orden social decidir por la procedencia, improcedencia o nulidad del acto de despido⁵⁶⁸.

El despido será considerado procedente cuando, cumplidos los requisitos formales legalmente exigidos, si se considera probada la falta disciplinaria o la causa objetiva atribuida por el empresario en su comunicación escrita⁵⁶⁹. En esta hipótesis, queda convalidada la decisión empresarial extintiva del contrato de trabajo, confirmados sus efectos desde la comunicación del despido. Tratándose de despido disciplinario, el empleado no tendrá derecho a ninguna indemnización⁵⁷⁰, mientras en el despido por causas objetivas tendrá lugar una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio, con la proporcionalidad equivalente a la fracción inferior a un año, hasta el

⁵⁶⁵ Para tales efectos, no se computarán como faltas de asistencia, “las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.” (art. 52, d, párrafos segundo y tercero, ET).

⁵⁶⁶ Arts. 51.1 e 68, a, ET.

⁵⁶⁷ En la STS 6161/1988, de 14 de septiembre, el Tribunal Supremo asentó que “La carta de despido no es un acto rigurosamente formal, sino que es suficiente que en la misma se expresen los hechos objeto de imputación de forma tal que el trabajador pueda defenderse de ellos con plenitud de garantías”.

⁵⁶⁸ Arts. 53.5 y 55.3 ET y 108.1 LRJS.

⁵⁶⁹ Arts. 55.4 ET y 122.1, LRJS.

⁵⁷⁰ Art. 55.7, ET.

límite de doce mensualidades⁵⁷¹.

Será declarado improcedente el despido cuando el órgano judicial considere inexistente, insuficiente o no probada la falta disciplinaria o la causa objetiva alegada, o cuando incumplidos los requisitos formales exigidos en el art. 53.4 ET. En este caso, cabrá al empresario, en regla, optar entre readmitir el trabajador⁵⁷², con pago de los salarios desde la fecha del despido⁵⁷³, o indemnizarlo con una cantidad equivalente a 33 días de salarios por cada año de servicio (proporcionalmente con relación a las fracciones inferiores), hasta el límite de 24 mensualidades⁵⁷⁴. Esa elección entre readmisión e indemnización solamente cabe al propio empleado cuando se trata de representante de los trabajadores o delegado sindical⁵⁷⁵ o de beneficiario de contrato colectivo que expresamente le transfiera la titularidad de la opción⁵⁷⁶. Una vez ejercida la opción por la indemnización, los efectos de la extinción contractual se operan desde la fecha en que cesada la prestación de servicio⁵⁷⁷.

Se ve, por lo tanto, que la consecuencia jurídica para el caso de despido considerado improcedente no es unitaria, pudiendo ocurrir la opción, generalmente al talante del propio empresario, por la restitución del puesto de trabajo o por el pago de una cantidad en pecunia, la cual fue drásticamente reducida por la reforma laboral de 2012. Delante de la complejidad de las situaciones procesales provenientes de ahí, ya había quien viese, desde las reformas iniciadas en el siglo pasado, “una instauración legal, si bien sea bajo la cobertura de una apariencia distinta, del despido sin causa y con un bajo coste económico”⁵⁷⁸.

⁵⁷¹ Art. 53.1, b, ET.

⁵⁷² En el caso de personal laboral fijo al servicio de las administraciones públicas, contratado por medio de selección reglamentaria, la única solución para la improcedencia del despido disciplinario es la readmisión en el empleo (PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 781).

⁵⁷³ Art. 56.2 ET: “En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.”

⁵⁷⁴ Art. 56.1, ET.

⁵⁷⁵ Art. 56.4, ET.

⁵⁷⁶ Cf. PALOMEQUE y ÁLVAREZ, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 781.

⁵⁷⁷ Art. 56.1, ET.

⁵⁷⁸ RENTERO JOVER, J., “Algunos aspectos de la nueva regulación del despido”, *Revista de Derecho Social*, n.º 25 (en./mar. de 2004), p. 19. CAVAS MARTÍNEZ, F., aunque no descarte la existencia del principio de la estabilidad en el empleo, afirma que las reformas iniciadas en la década de 1980 fueran

En puridad, la improcedencia del despido termina provocando, en la práctica, sólo el pago de una indemnización fijada y de costo poco relevante (33 días de salarios por año de servicio, sin salarios tramitación) – ante la absoluta preferencia de los empresarios por esta solución puramente monetaria y sin otras consecuencias –, resultando en una configuración legal que mitiga el derecho al trabajo y el principio de la estabilidad de él derivado. El sistema español, inicialmente asentado sobre la base de aquel principio limitador del poder empresarial, fue a los pocos rindiéndose a una conformación bastante cercana de la brasileña – en que los tribunales admiten, sin medias tintas ni subterfugios que el empresario tiene derecho a despedir sin una causa formalmente enunciada, desde que no incurra en discriminación y pague la indemnización determinada por ley⁵⁷⁹.

En realidad, solamente en el caso del despido declarado nulo es que el trabajador, independientemente de ejercer alguna función representativa o sindical, tiene derecho de ver efectivamente restablecido su empleo, con restitución integral de los perjuicios sufridos y preservación *in natura* de su derecho fundamental al trabajo.

Será considerado nulo el despido, teniendo como consecuencia la readmisión del empleado afectado, cuando ⁵⁸⁰: a) “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”; b) envuelva trabajadores “durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (...) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos”; c) acaecido desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato por maternidad; d) envuelva trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de uno de

minando ese principio “hasta hacerle entrar en una situación crítica” (“El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, 2005, p. 114).

⁵⁷⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D., afirma que “es tanto como decir que el empleador tiene derecho a despedir sin causa y que la indemnización legal fijada constituye una mera transacción” y que, “al menos a efectos prácticos, podríamos decir claramente... que el despido ha dejado de ser causal, pudiéndose hablar de un despido libre” (“Garantías del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario”, *Revista de Derecho Social*, n.º 46, abr./jun. 2009, p. 98).

⁵⁸⁰ Arts. 55.5, ET, 108.2 y 122.2, LRJS.

los permisos para cuidado de hijos (arts. 37.4, 5 y 6 ET) o la excedencia para el mismo fin (art. 46.3 ET); e) envuelva “trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos” en el ET; f) “cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del art. 51 ET”⁵⁸¹; g) aun en los despidos colectivos, “cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista,” o no haya respetado “las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas”⁵⁸².

Otra hipótesis cuyo efecto es la readmisión obligatoria del empleado, aunque haya mención a la cualificación de improcedencia del despido, está prevista en el art. 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), de acuerdo con el cual “procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”. Se trata, por lo visto, de una declaración de improcedencia, restricta al personal laboral fijo en el ámbito público, cuyos efectos son idénticos a los de la declaración de nulidad del despido⁵⁸³.

La readmisión en la hipótesis del despido discriminatorio o con ofensa a derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, de forma como se conoce en España en la actualidad⁵⁸⁴, surgió de una construcción jurisprudencial que cualifica el acto como radicalmente nulo, a reclamar la reposición de las cosas al estado que tenían⁵⁸⁵, mientras

⁵⁸¹ Art. 122.2, b, LRJS.

⁵⁸² Art. 124.13, a), 3ª y 4ª, LRJS.

⁵⁸³ VIVERO SERRANO, J. B., “El despido disciplinario en el sector público”, *Revista Jurídica de Castilla Leon*, n.º 37 (sep. 2015 – número monográfico), p. 18.

⁵⁸⁴ Esa solución ya era prevista en el Decreto de 29 de febrero de 1936 para los trabajadores despedidos a partir de 1 de enero de 1934 por sus ideas o con motivo de huelgas políticas, pero fue abandonada en el período franquista para solamente resurgir en la STC 38/1981 (HERRAIZ MARTÍN, M. C., *El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la Jurisprudencia)*, Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2008, pp. 39-40).

⁵⁸⁵ La STC 38/1981, de 23 de noviembre, el TC asentó que: “La cuestión para nosotros es reconocer el

las reformas legislativas empezaban a restringir las soluciones que prestigiaban el regreso al empleo de un trabajador injustamente despedido por razones no constitucionales. Desde aquellos primeros pronunciamientos del TC, la legislación pasó a incorporar la idea de nulidad como forma de restablecer integralmente el derecho fundamental vulnerado y, hasta a contramano de las primeras reformas que fueron mitigando la estabilidad en el empleo, caminó en el sentido de ampliar las hipótesis que le dan ocasión⁵⁸⁶, aunque de forma tímida⁵⁸⁷.

3.3 (Re)significando el derecho al trabajo frente al derecho a la tutela judicial efectiva: la nulidad del despido como opción preferencial.

3.3.1 La insuficiencia de la monetización del despido para la concretización del derecho al trabajo

Como ya dicho en otros tópicos, el Convenio 158 de la OIT, parámetro internacional para la regulación de la extinción unilateral del contrato de trabajo por decisión del empresario, no presenta una solución única para las hipótesis de inexistencia o de no comprobación de una justa causa para el despido. En efecto, reza su art. 10 que, si los organismos de control “llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Ese texto muestra, en las entrelíneas, una preferencia por la restitución plena del empleo en el caso de inexistencia de un justo motivo para la extinción contractual, dejando, sin embargo, la puerta abierta para la solución indemnizada, lo que es

derecho o libertad pública y adoptar, dentro de lo previsto en el art. 55.1 de la LOTC, las medidas precisas para restablecer a los demandantes en la integridad de su derecho. Pues bien, se cumple dicho objetivo, afirmando que la nulidad es radical, y, por ello, comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos”.

⁵⁸⁶ Cf. BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 119.

⁵⁸⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D. (“Garantías del trabajador frente al despido arbitrario...”, cit., pp. 114 y ss.), defiende una interpretación más amplia de Estatuto del Trabajador, para cualificar como nulo cualquier despido arbitrario, provocado en fraude a la ley, pero la jurisprudencia tiene sido cautelosa en la ampliación de los supuestos legalmente tipificados.

explicable por la diversidad de los contextos locales en que él pretende ser aplicado. La indemnización solamente debe ser adoptada ante la imposibilidad o inadecuación de la readmisión. Esto porque, esta última solución se muestra un poco tímida para dar una protección adecuada al empleo y preservar de una forma más efectiva el derecho al trabajo en su vertiente individual⁵⁸⁸.

Esa concesión normativa abrió camino para la adopción, en muchos países, de un modelo que algunos denominan de estabilidad obligatoria u obligacional, que contempla la indemnización como consecuencia jurídica del despido sin justa causa, en contraposición al clásico modelo de la estabilidad real, que impone la readmisión como respuesta al acto antijurídico del empleador. Después de discursar sobre tales modelos en el panorama del derecho comparado y el gradual abandono de la estabilidad real tras la crisis de la década de 1970, Valdés Dal-Ré refuerza la contradicción que significa mantener la decisión extintiva del contrato, aunque tomada a la margen de la legalidad, en cambio de una indemnización:

La implantación definitiva del sistema de estabilidad obligatoria en el tejido normativo significará, a la postre, la consumación de una de las más formidables contradicciones jurídicas de nuestro tiempo. Pese al reproche de antijuridicidad, el despido improcedente o injustificado desarrolla plena eficacia extintiva. Y es que como ya advirtiera hace bastantes años Mancini, en un estudio que ya ha devenido clásico en la literatura sobre despido, el modelo de estabilidad obligatoria no deja de ser sino subrogado de la libre rescindibilidad del contrato de trabajo. La revisión judicial del despido sirve para ratificar la decisión empresarial ajustada a derecho, pero se muestra perfectamente inútil para revocar la empleada de modo injustificado. La lógica económica, adornada con los atributos de libertad y flexibilidad, prima sobre el principio de juridicidad, forzado a cumplir el modesto papel de compañero de viaje.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ Como resalta ERMIDA URIARTE, O. (“La estabilidad: ¿su protección real o ficticia?”, cit., p. 6): “el cobro de una suma de dinero, aún alta, no siempre compensaba al trabajador los perjuicios que le causaba la pérdida de su empleo, especialmente en el caso de trabajadores de edad madura o avanzada y en períodos de desocupación más o menos generalizada”.

⁵⁸⁹ Prólogo a la obra de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., *El incidente de no readmisión*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1989, p. 4.

La estabilidad meramente obligacional, por contradictoria, no deja de ser, al final de las cuentas, un eufemismo para la pura discreción del empleador en terminar la relación de trabajo sin necesidad de explicación. Sin medias tintas, Ojeda Avilés afirma ser errónea la distinción entre estabilidad real y obligatoria, pues si la última consiste en una protección en contra el despido injusto que el empleador puede transgredir pagando, la sensación es que los poderosos se encuentran por encima del imperio de la ley⁵⁹⁰. Bajo esa misma óptica, Pedrajas Moreno sostiene que el mecanismo de indemnización sustitutivo rompe el principio de causalidad del despido, permitiéndose lo que se conoce por “despido pagado” y, para hacer menos evidente su propia contradicción, el legislador utiliza de la “insinceridad semántica” de denominar “improcedente” lo que es, en realidad, un despido “injustificado”⁵⁹¹.

Esta desvaluación del derecho al trabajo, por medio de la monetización de un acto empresarial que, en el fondo, viene a menospreciar la protección constitucional, es denunciada también por Baylos y Pérez:

...los sistemas de despido articulados en torno a la técnica de la estabilidad obligatoria y a la reparación por equivalente pecuniario están lejos de ofrecer una protección adecuada a los derechos del trabajador que carecen de la consideración de derechos fundamentales y que han quedado en entredicho mediante el despido injustificado, como, por ejemplo, sucede con el propio derecho al trabajo, del que sería preciso reconocer que sufre una expropiación sustancial si queda reducido a una suma dineraria.⁵⁹²

No se puede dejar de reconocer que la indemnización tiene, hasta cierto punto, un carácter inhibitor de la violencia empresarial llevada a cabo en el despido arbitrario – violencia porque corporifica un acto de fuerza contrario al derecho. Es innegable, también, que cuánto más alta es la indemnización, más actuará como factor desestimulante de la extinción contractual. Sin embargo, por más alta que sea, queda siempre la impresión de que los derechos del trabajador pueden ser ignorados por el

⁵⁹⁰ OJEDA AVILÉS, A., “Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley”, *Relaciones Laborales*, n.º 24 (dic./1987), p. 11.

⁵⁹¹ PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales...*, cit., p. 144.

⁵⁹² BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 63.

simple hecho de que el empresario “muestre el talonario de cheques”⁵⁹³.

Además, el valor de la indemnización queda al sabor de mayorías parlamentarias eventuales y, por eso, está expuesto a cambios y reducciones arbitrarias. Es justamente en las épocas de crisis, en que la protección en contra el despido injustificado se muestra más necesaria para romper la tendencia de destrucción de los empleos, que terminan prosperando los intentos del empresariado para, bajo el discurso de dinamizar la economía – algo lejos de ser comprobado con rigor científico⁵⁹⁴ –, hacer aprobar la reducción del costo de la indemnización legal⁵⁹⁵. A los pocos, van erosionando los valores constitucionales y restringiendo la llamada Constitución del Trabajo por la vía legislativa.

Aunque no sea ésta la opción política dominante en el mundo actual, es la estabilidad real, que resulta en la readmisión del empleado cuando reconocida la inexistencia de una causa legítima para el despido, que mejor serviría para concretizar el derecho al trabajo en su faceta individual. Pero, ese camino restaurativo, que debería ser la regla, viene siendo tomado apenas en algunos casos específicos previstos en ley, constituyendo la excepción. Así es en el derecho español con los despidos nulos, así es en el derecho brasileño con las garantías provisorias de empleo y con los despidos discriminatorios, en ambos casos, abarcando sólo una reducida minoría de los despidos materializados cada día.

No se puede negar, frente a todo lo que fue expuesto, que el despido arbitrario viola el derecho humano y fundamental al trabajo, reconocido en los principales tratados internacionales y regionales de derechos humanos y por la norma constitucional española (art. 35.1 CE). También parece evidente que, en la hipótesis de implicar la vulneración de otros derechos fundamentales (como la libertad sindical y el derecho a la

⁵⁹³ OJEDA AVILÉS, A., “Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley”, cit., p. 11.

⁵⁹⁴ Afirma PÉREZ REY, J., con acuidad, que “la legislación laboral, como la energía, ni crea empleo ni lo destruye a lo sumo lo transforma; y a pesar de esta limitada repercusión en el empleo, este último se convierte en el patrón de medida de toda la ordenación jurídica del trabajo y en un mecanismo de chantaje permanente para recortar los derechos laborales”. (Escenas del derecho del trabajo en (la) crisis: el mercado segmentado ante el diálogo social, *Revista de Derecho Social*, n.º 48, oc./dic. 2009, p. 245).

⁵⁹⁵ Fue justamente lo que ocurrió en España con el RDL 3/2012, que redujo el costo del despido improcedente, de 45 a 33 días de salario por año de servicio, lo que fue objeto de elogios de la OCDE, que destacó la importancia de la crisis económica como móvil de la aceleración de las reformas en Europa, especialmente en España, Grecia, Portugal e Italia (véase el informe de europapress.es, de 24.12.2012 bajo el título “La OCDE destaca la rebaja del coste de despido llevada a cabo en España”, disponible en <http://www.europapress.es/economia/noticia-ocde-destaca-rebaja-coste-despido-llevada-cabo-espana-20120224182858.html>, fecha de consulta: 14.03.2018).

no discriminación), el acto empresarial se vuelve aún más grave y repulsivo. Sin embargo, no hay razones suficientemente fuertes para sostener que solamente en esa segunda hipótesis la consecuencia será la restitución del derecho lesionado, mientras que la inobservancia del derecho al trabajo, aisladamente considerado, tendrá como resultado normal su sustitución por dinero.

Antonio Baylos sostiene que, tratándose de despido, el discurso dominante creó una dicotomía entre la protección al derecho al trabajo y las políticas de empleo, de un lado, y la protección a los derechos democráticos del otro. Esta dualidad es desconcertante porque, en lo que se refiere a la protección a los derechos fundamentales, el centro de interés es el propio derecho violado, de manera que la reparación de la lesión se concentra en la readmisión como forma de restituir aquel derecho, pero no “como una fórmula de asegurar la estabilidad real en el puesto de trabajo y por tanto como la manera ‘completa’ de garantizar el derecho al trabajo de quienes se ven injustamente privados de él”⁵⁹⁶.

De hecho, si el despido es injusto, está claro que existe una violación del derecho al trabajo proclamado en el art. 35.1 CE, cuya reparación debería gravitar preferencialmente sobre la readmisión. Al fin y al cabo, “es sobre la garantía del derecho al trabajo como se construye la vigencia de los derechos ciudadanos en la empresa”⁵⁹⁷.

Aquellos que defienden la posición del legislador, de monetizar el despido declarado improcedente, argumentan que ésta no es una solución rara en el derecho comparado y que está justificado por motivos relevantes, como “las limitaciones que pesan sobre la ejecución de las obligaciones de hacer, los problemas de convivencia en la empresa, los inconvenientes de imponer una permanencia forzosa en las relaciones personales de duración indefinida”⁵⁹⁸.

Ocurre que, si es verdad que la dificultad de una convivencia forzada es real en una empresa de pequeño porte, esto no representa ningún problema en grandes conglomerados, en los cuales las relaciones jerárquicas son difusas, mucho menos en el ámbito de la administración pública, cuya actuación debe ser pautada por la legalidad e impersonalidad. Además, mismo en las empresas privadas de reducidas dimensiones, las

⁵⁹⁶ BAYLOS GRAU, A., “Por una (re)politización de la figura del despido”, cit., p. 1.

⁵⁹⁷ Ibidem.

⁵⁹⁸ DESDENTADO BONETE, A., “Sobre el despido y su violencia. Una lectura de ‘El despido o la violencia del poder privado’ de Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey”, *Revista de Derecho Social*, n.º 51 (jul./sep. 2010), p. 20.

apuntadas dificultades también existen en la hipótesis de vulneración a los derechos fundamentales y ni por eso constituyen obstáculos para impedir la readmisión de un trabajador cuyo despido haya sido declarado nulo - ¿por qué sería diferente en otros casos?

Además, despedir el empleado sin que haya un motivo justo representa un agravio al núcleo esencial del derecho al trabajo y, por consiguiente, a la propia norma constitucional. Defender soluciones distintas en función del posicionamiento tópico del derecho en el texto constitucional es, por lo menos, desvalorar la Constitución y sus promesas.

En cualquier caso, a pesar de las pertinentes objeciones que se pueda hacer a esa política legislativa, no se puede dejar de reconocer que la dualidad de tratamiento del despido viene siendo acogida por la jurisprudencia española – no sin suscitar problemas prácticos y disfunciones –, sin que haya una gran resistencia de la doctrina mayoritaria. Esto no implica, obviamente, que todos tengan que concordar con la línea jurisprudencial hasta aquí seguida, abdicando del papel esencial del jurista de presentar una perspectiva crítica y proponer nuevas posibilidades de interpretación del Derecho. La inercia y la pasividad nunca fueron buenas compañeras de la academia.

No debemos olvidar que, al interpretar el alcance de cualquier derecho constitucional, el intérprete deberá hacerlo en el sentido de prestigiar a lo máximo su protección y aplicación al caso concreto, so pena de hacer menguar no sólo el derecho en juego, sino también la propia noción de tutela judicial efectiva – reconocer la existencia de un derecho, pero negar su restitución integral y más efectiva posible es disminuir el campo de incidencia de la protección judicial debida.

3.3.2 La nulidad del despido por elusión al ordenamiento jurídico (fraude de ley): una interpretación posible

Un interesante enfoque de la jurisdicción ordinaria española sobre las consecuencias del despido individual se refiere a la figura del fraude de ley. Se entendía que el acto empresarial de extinguir unilateralmente el contrato de trabajo podría ser no sólo inconstitucional (v.g., cuando discriminatorio u ofensivo a un derecho fundamental) o ilícito (corrompido de algún vicio en su forma, causa o finalidad), pero también podría ser fraudulento, o sea, aunque adecuándose formalmente al texto legal, persiguiera un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico con una dosis adicional de arbitrariedad.

Delante del silencio de la norma laboral sobre esa cuestión, los jueces ordinarios pasaron a colmar la laguna con la aplicación suplementaria del art. 6.4 del Código Civil español (CC), para el cual “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. De ese modo, una vez verificado que el despido disciplinario u objetivo habría sido provocado por el empresario sin ninguna base fáctica mínimamente defendible, pretendiendo solamente descartarse del trabajador por una vía tortuosa, la cuestión sería resuelta mediante la declaración de la conducta fraudulenta y, por consiguiente, no reconocer efectos al acto extintivo del contrato. Además de eso, el fraude como motivador de la nulidad de la extinción contractual no era totalmente extraño al derecho laboral, pues así ya disponía la ley con relación a los despidos colectivos – incluso en el caso de despidos individuales que intentaban mascarar una circunstancia que imponía el procedimiento legal para despidos colectivos (art. 122.2.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social – LRJS).

No obstante, esa promisoría línea jurisprudencial fue abandonada por el Tribunal Supremo después de la edición de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990, a partir de una argumentación sorprendente y poco elaborada. Para aquel Tribunal, al incorporar la figura de la nulidad radical del despido con vulneración a derechos fundamentales – proveniente de las reiteradas decisiones del TC –, pero no hacer lo mismo con relación al despido en fraude de ley, también resultante de una construcción jurisprudencial anterior, el legislador habría hecho una opción por no acoger esa solución interpretativa de naturaleza subconstitucional. Se partía del presupuesto poco defendible de que la LPL no contenía lagunas y el sistema de protección en contra el despido sin justa causa estaba completo, cerrado, razón por la cual las hipótesis de despido no expresamente indicadas como nulas serían todas improcedentes⁵⁹⁹.

Es verdad que, antes mismo de la edición de aquella citada norma, el TS ya venía reservando la declaración de nulidad radical de despidos individuales en fraude de ley a situaciones excepcionales, en que la arbitrariedad empresarial se mostraba particularmente gravosa al sistema normativo, cualificándose como improcedentes los

⁵⁹⁹ En la STS 7340/1993, de 02 de noviembre (fundamento de derecho segundo), se afirma que el art. 108 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral “enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo, sin que en alguno de estos quepa incluir la referida figura, la cual, por tanto, carece actualmente de refrendo o apoyo legal”.

despidos cuyo motivo alegado, aunque existente, no haya sido considerado suficiente para la ruptura del contrato, o cuando no haya sido producida prueba exhaustiva a ese respecto⁶⁰⁰. Es decir, solamente en aquellas hipótesis en que verificada una conducta deliberada del empleador para burlar el sistema legal es que se configuraría un fraude al punto de atraer la invocación del CC para declarar la nulidad del despido.

La promulgación de la LPL, sin embargo, no debería haber servido de justificativa para eliminar el fraude de ley de las cogitaciones sobre despido fraudulento. El hecho de existir una lista de situaciones legales en que la nulidad del despido sería declarada, en ellas no incluida expresamente el fraude, no representa argumento suficiente para extirpar definitivamente esa solución de las posibilidades puestas a la disposición del juez por el ordenamiento jurídico, esto porque las hipótesis de improcedencia del despido también estaban listadas por el ET y por la LPL y ninguna de esas hipótesis se refería a la figura del fraude – o sea, el fraude simplemente no aparecía en la LPL, ni como motivo de nulidad ni de improcedencia. Luego, no se podría sostener que el sistema normativo laboral estaba completo y rechazaba su integración por las normas civilistas.

No se trata, a nuestro juicio, de una mera construcción jurisprudencial superada por la superveniencia de una opción legislativa claramente manifestada. Primero, porque la declaración de nulidad no se originaba de un instituto nuevo, no previsto en ley, creado por la jurisprudencia; más bien, se trataba de la simple aplicación del ordenamiento normativo existente, que ya imponía la nulidad de los actos jurídicos practicados con intención de evitar la aplicación de la ley (art. 6.4 CC) y, en este aspecto, no fue modificado. Segundo, porque nunca estuvo claro que el art. 108 de la LPL (correspondiente al actual art. 108.2 LRJS) expresaba una lista cerrada de supuestos de nulidad, mismo porque hay hipótesis de nulidad previstas en el ET que no están allí

⁶⁰⁰ Así en la STS 6721/1991, de 30 de noviembre: “Pese a la anterior línea jurisprudencial, la doctrina más reciente de la Sala (Sentencias de 11 de abril, 16 de mayo y 5 de junio de 1990 y 18 de junio de 1991) se ha manifestado restrictiva respecto de la admisión de la nulidad radical para despido fraudulento, declarando que constituye figura excepcional y extrema, en tanto que no contemplada por el Estatuto de los Trabajadores, requiriéndose para que proceda dicha calificación que la decisión extintiva se hubiera producido no sólo de manera antijurídica, pues las de nulidad o improcedencia también corresponden a despidos producidos por actuaciones empresariales que son contrarias a Derecho, sino, además, con dosis de arbitrariedad especialmente intensa, atentatoria de los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, buscando inadecuado amparo en normas que autorizan despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cual es obtener una declaración de improcedencia para despido carente de causa, por ser inventada la que dolosamente se adujo” (fundamento de derecho segundo).

contempladas⁶⁰¹.

Además, siendo la readmisión la solución preferible adoptada por el Convenio 158 de la OIT, que admite la indemnización como alternativa cuando sea expresamente adoptada en ley, si hay laguna legal sobre las consecuencias jurídicas de una determinada modalidad de despido sin justa causa, se debe suplir el vacío legislativo con aquella solución preferencial: la restitución del empleo al trabajador. O sea, si la ley es silenciosa, no se puede adoptar la indemnización porque es la readmisión la solución que mejor concretiza el derecho al trabajo y mejor prestigia el art. 35.1 CE en su contenido esencial (el derecho de no ser despedido si no hay una justa causa) – recordando que el Convenio 158 de la OIT ha sido utilizado por el propio TC como parámetro de interpretación de ese derecho constitucional.

No tiene sentido invocar la libertad de empresa para establecer una preferencia por la indemnización como consecuencia de un acto empresarial ilícito, en situaciones en que la ley es silenciosa a ese respecto, una vez que esa libertad solamente puede ser ejercida legítimamente dentro de las balizas legales, de la misma forma que el derecho al trabajo – que se encuentra en el mismo nivel de protección constitucional. Ora, si un trabajador viola la buena fe contractual y practica un fraude, este hecho dará lugar al despido por justa causa, haciendo ceder el derecho al trabajo delante de una transgresión a los límites legales de su ejercicio. Si así es, la misma solución debe ser dada para el caso de si el empresario actúa de forma fraudulenta e infringe la buena fe contractual: su libertad de empresa debe ceder en favor de la restauración del orden jurídico violado – y, en ese caso, restaurar el orden jurídico sería restituir el derecho al trabajo arbitraria e ilícitamente sustraído.

Ese problema de autocontención jurisdiccional en cuanto a la declaración de nulidad del despido individual no ha sido obstáculo cuando se trata de despido colectivo. Se observa que el art. 124.11 LRJS, con la redacción que le dio el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, establece que la declaración de nulidad del despido colectivo será declarada “únicamente” en las hipótesis de falta de periodo de consultas, ausencia de documentación obligatoria, inobservancia del procedimiento, ausencia de autorización judicial en el caso de concurso o desprecio a derechos fundamentales y

⁶⁰¹ Para una crítica más profunda al giro jurisprudencial del TS, ver: SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E. y TODOLÍ SIGNES, A., *Jurisprudencia Social a Debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 63-74.

libertades públicas.

La introducción de la palabra “únicamente” en el texto legal hace intuir que el legislador quiso restringir la nulidad del despido colectivo a las hipótesis allí enumeradas – cosa que no fue hecha con relación al art. 108.2 de la misma ley, que trata de nulidad de los despidos disciplinarios. Sin embargo, esto no impidió que el TS ampliase las hipótesis de nulidad de los despidos colectivos además de aquéllas expresamente previstas en el art. 124.11 LRJS. En ese sentido la serie de decisiones estrenadas con la STS 1279/2014, de 2 de febrero (rec. 142/2013), que reconoció la nulidad de un despido colectivo llevado a efecto para burlar las responsabilidades provenientes de una sucesión empresarial – hipótesis no prevista explícitamente en la LRJS o en el ET – con los siguientes argumentos:

...si bien el vigente art. 124.2 LRJS [redacción dada por la Ley 6/2012, de 6/Julio] indica que la demanda impugnatoria del despido colectivo podrá impugnarse - entre otros motivos cuando «la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso del derecho», lo cierto es que la redacción del apartado 11 del mismo precepto - en que se tratan los posibles pronunciamientos de la sentencia - únicamente predica de forma expresa la declaración de nulidad respecto de los defectos procedimentales o de aportación documental que expresamente señala [...], sin mencionar la cuestionado «fraude».

Pues bien, esta ausencia no resulta decisiva por las siguientes razones:

a) tampoco el fraude está referido como determinante de que la decisión de la empresa resulte «no ajustada a Derecho» [pronunciamiento que se limita a la inexistencia de causa legal] y dado que tal defecto – fraude - es legal causa de impugnación de la decisión empresarial, por fuerza su acreditada existencia ha de determinar - ya en el propio esquema normativo de la LRJS - una sentencia favorable a la impugnación y necesariamente en uno de los dos sentido que el precepto contempla, o bien de decisión «no ajustada a Derecho» o bien de decisión «nula»; b) esta ausencia en el elenco de causas de una y otra declaración no es más que un simple vacío legal, que lógicamente habrá de suplirse con la previsión contenida en el art. 6.4 del Código Civil , a cuyo tenor los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico «se considerarán en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de

la norma que se hubiera tratado de eludir»; c) tal consecuencia incluso tiene apoyo en sus antecedentes históricos - art. 3.1 CC -, pues la redacción del art. 124.9 LRJS que había sido dada por el precedente RD-ley 3/2012 [10/Febrero], sí contemplaba expresamente el fraude como causa de nulidad, lo que refuerza la conclusión de que su falta de contemplación en el precepto entre tales causas tras la Ley 6/2012 [6/Julio], obedece – efectivamente - a simple omisión y no a voluntad deliberada alguna; d) tampoco es obstáculo nuestra usual doctrina en torno a que tras la entrada en vigor del TR LPL/1990, la figura - creación jurisprudencial - de nulidad del despido por fraude de ley es inexistente [SSTS 02/11/93 - rcud 3689/92 -; 15/12/94 - rcud 985/94 -; 30/01/95 - rcud 1592/94 -; 02/06/95 - rcud 3083/94 -; y 23/05/96 - rcud 2369/95 -], habida cuenta de que en el presente caso no estamos en presencia de un fraudulento despido individual, sino que enjuiciamos la validez de una decisión extintiva adoptada en expediente de despido colectivo, con la que se ha pretendido eludir toda la normativa autonómica que prescribía la obligada asunción del personal por parte del SAE, y que esta decisión de proyección colectiva tiene su propia regulación y consecuencias - particularmente las ligadas a un posible fraude - trascienden a un plano superior de intereses generales, revistiendo mucha mayor gravedad que las propias de un cese individual; e) en todo caso no resultaría en manera alguna razonable que ciertas deficiencias de procedimiento determinen la nulidad de la decisión adoptada por la empresa, y que este efecto sin embargo no se produjese cuando la extinción colectiva burla - pretende burlar, más bien - la estabilidad en el empleo que por expresa y variada disposición normativa se atribuye a los trabajadores [como veremos: por Ley, Decreto y Resolución de una Secretaría General...

A pesar de la distinción hecha entre los despidos individuales fraudulentos y los despidos colectivos de la misma categoría, el TS reconoció que ni mismo el hecho de haber una aparente restricción de las hipótesis de nulidad en el art. 124.11 LRJS sería suficiente para impedir el reconocimiento de la existencia de lagunas que pueden ser suplidas a través de la aplicación del art. 6.4 CC.

Es obvio que un despido colectivo es socialmente más gravoso que un despido

individual, pero, convengamos, no hay razón plausible para adoptar una consecuencia jurídica diferente si en ambos casos hay un vacío legislativo y la norma que debe suplirlo es exactamente la misma⁶⁰². Con todo respeto, no veo en esa dicotomía interpretativa una coherencia lógica. Si existe reconocimiento judicial de que hubo fraude, no hay como dar consecuencia válida al acto fraudulento, por expresa determinación legal. Nada obstante, el TS sigue refutando la declaración de nulidad de despidos individuales por fraude de ley⁶⁰³.

El hecho es que hay un espacio poco explotado por la doctrina y por la jurisprudencia para utilizar no sólo el Código Civil en lo que se refiere a la invalidad o nulidad de los actos jurídicos – que, en ese aspecto, expresan reglas generales de derecho privado –, pero especialmente en (re)valorizar el art 35.1 CE a partir de una interpretación que lo haga más efectivo, en consonancia con el Convenio 158 de la OIT.

No se está defendiendo una interpretación *contra legem* y la eliminación completa del despido improcedente previsto en el ET, pero de rellenar un vacío legislativo con normas vigentes y que guardan integral pertinencia con los casos de conducta empresarial fraudulenta, rescatando la función tuitiva del Derecho Laboral y los valores proclamados en la Constitución Española⁶⁰⁴.

3.4 La tutela judicial del despido con vulneración de derechos fundamentales en el Derecho español

Por expresa determinación constitucional, “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad” (art. 53.2 CE). Curiosamente, más de una década fue necesaria para romper la inercia legislativa⁶⁰⁵ hasta que la LPL, de 1990,

⁶⁰² Partiendo de esa doctrina casacional, FALGUERA BARÓ, M. A., defiende la nulidad del despido antijurídico como única conclusión posible (*El control judicial del despido colectivo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2016, p. 84).

⁶⁰³ En ese sentido la STS 2469/2015, de 5 de mayo (rec. 2659/2013).

⁶⁰⁴ Siguiendo línea argumental semejante, más centrada en el derecho al trabajo, ver: BAYLOS, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, cit., pp. 65-66 y 139-143. En sentido contrario, defendiendo la posición del TS, ver DESDENTADO BONETE, A., “Sobre el despido y su violencia...”, cit., pp. 16-18.

⁶⁰⁵ La primera norma legal disponiendo sobre un procedimiento especial de tal naturaleza fue la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales da la Persona (LPJDFP), de 26 de diciembre de

viniese a prever un procedimiento específico y mismo así, limitado a la protección del derecho a la libertad sindical (arts. 174 a 181)⁶⁰⁶.

A pesar de esa omisión legislativa, el TC ya consideraba, desde el inicio, que “el cauce natural” de la protección a los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo en la jurisdicción ordinaria sería el proceso laboral⁶⁰⁷. De hecho, el proceso del trabajo, en su propio origen, incorporó la celeridad como un principio conductor, no siéndole totalmente ajena a la idea de sumariedad expresada en el texto constitucional – entendida como sinónimo de rapidez⁶⁰⁸.

Actualmente, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), dedica un capítulo a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 y ss.), sean ellos genéricos o estrictamente laborales, reclamados por un trabajador o sindicato en contra del empresario o terceros a él vinculados a cualquier título, cuando la vulneración atribuida tenga conexión con la prestación de servicios (art. 177.1 LRJS). El proceso deberá tramitar en régimen de urgencia, con preferencia respecto a todos los que estén en el juzgado o en el tribunal (art. 179). El carácter de urgencia también se revela por la sumariedad del proceso, manifiesta por la no suspensión de su trámite en el mes de agosto (art. 43.4 LRJS), por la exclusión del requisito de conciliación pre-procesal y de la reclamación administrativa previa (arts. 64.1 y 70 LRJS), por un procedimiento con plazos más cortos (181, 1 y 3 LRJS), por una cognición limitada al objeto del proceso, sin posibilidad de acumulación con materias de otra naturaleza o con pretensión idéntica basada en fundamentos diversos de la tutela del derecho o libertad reclamados (art. 178.1 LRJS) y por la ejecución inmediata de la sentencia (art. 303.1 LRJS)⁶⁰⁹. Considerando que el Ministerio Fiscal tiene el deber constitucional de velar por el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 124 CE), deberá ser él citado como parte en el proceso (art. 177.3 LRJS).

Ese procedimiento, por otro lado, no es directamente aplicable a las demandas

1978, pero ha quedado restringida a los procesos enjuiciados en las ordenes penal, contencioso-administrativa y civil. Cf. GARROTE DE MARCOS, M. y VILA RAMOS, B., *Jurisdicción constitucional y el procedimiento de defensa de los derechos*, Madrid: Dykinson, 2015, p. 60.

⁶⁰⁶ Años después, la Ley 13/2009 modificó la denominación del procedimiento para “tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el Orden Social”, coherente con la amplitud que la jurisprudencia prestó al procedimiento inicialmente volcado a proteger exclusivamente la libertad sindical. Idem, p. 65.

⁶⁰⁷ STC 55/1983, de 22 de junio, FJ 6.

⁶⁰⁸ En ese sentido la STC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4.

⁶⁰⁹ Cf. ALEGRE NUENO, M., *Ciudadanía y desarrollo*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2013, pp. 136-137.

sobre extinción de contrato de trabajo, aunque se trate de despido con vulneración de derechos fundamentales. Esto porque el art. 184 LRJS establece que las demandas referentes a extinción del contrato de trabajo, sanción disciplinaria, cambio sustancial de las condiciones de trabajo, entre otras, “se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”.

En ese caso, se aplica el procedimiento especial previsto para la modalidad específica de despido (disciplinario, por causas objetivas, colectivo), de acuerdo con el Título II, Capítulos II a IV LRJS, pero asimilando el mismo carácter preferencial, la dispensa de la conciliación o mediación previas y las mismas garantías generales (la necesaria intervención del Ministerio Fiscal como parte y la posibilidad de intervención del sindicato como coadyuvante, la facilitación de la prueba, la admisión de recurso de suplicación, la ejecución inmediata de la sentencia), habiendo posibilidad de acumulación de las pretensiones de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva – nada impidiendo, por ejemplo, la formulación de pedidos simultáneos de readmisión y de pago de indemnización por daño moral – sin que esto implique ampliar la cognición además del examen del despido en sí, sus reales motivos y consecuencias.

Esta especificación del procedimiento en caso de extinción del contrato de trabajo, huyendo de la modalidad general destinada a la tutela de los derechos fundamentales, encuentra justificación en la economía procesal, en el sentido de evitar procedimientos paralelos en virtud de lo mismo hecho (extinción del contrato) “en los que, tras resolverse el procedimiento sumario, luego el procedimiento de la modalidad específica sea sólo sobre la regularidad y legalidad del acto empresarial en sí”⁶¹⁰.

Es importante destacar que de nada adelantaría establecer procedimientos especiales, sumarios, con posibilidad de una tutela reforzada, si la carga probatoria recayera toda sobre los hombros del trabajador, obligándolo a presentar pruebas irrefutables de los motivos ocultos del despido, consistentes en discriminación u ofensa

⁶¹⁰ POZO MOREIRA, F. J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación...*, cit., pp. 298-299. Otros motivos de carácter práctico son mencionados por el autor, tomando como referencia la STS de 29.06.2001.

a derechos fundamentales. Como generalmente el acto unilateral de extinción del contrato es presentado bajo la forma de un despido disciplinario o resultante de causas objetivas, quedaría muy difícil para el trabajador obtener una prueba de la real intención del empresario, anulándose con esto, toda la protección dispensada por el derecho material.

Para que la tutela judicial del derecho sea realmente efectiva, la carga probatoria debe ser dinámicamente distribuida, considerándose la aptitud de cada parte en obtener y producir medios de prueba idóneos. Siendo así, la jurisprudencia constitucional se firmó en el sentido de que, una vez imputada al despido la peca de discriminatorio u ofensivo a los derechos fundamentales, trayendo el trabajador elementos que generen una sospecha razonable de tal hecho, debe recaer sobre el empresario la carga de probar la existencia de un motivo completamente extraño al alegado por el autor, razonablemente amparado en la necesidad de funcionamiento de la empresa. Como afirma el Tribunal Constitucional, “no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación, pero sí de entender que es el empresario el que debe probar que el despido tachado de discriminatorio obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio” (al derecho fundamental)⁶¹¹. La firme conclusión es que:

El empresario, en consecuencia, ha de probar, sin que le baste el intentarlo, que el despido tuvo como causa real hechos que o bien sean causa de despido procedente, o, como mínimo, «se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional» (STC 38/1981, fundamento jurídico 3.º). La exigencia es probatoria, consiste para el empresario en una verdadera carga probatoria, y no en un mero intento probatorio. Por lo mismo, ha de llevar al ánimo del juzgador no la duda, sino la convicción de que el despido fue absolutamente extraño a todo propósito discriminatorio. Y esto ha de ser así en uno u otro aspecto, porque de otro modo, si bastaran el mero intento probatorio y la simple duda en el juzgador, el encubrimiento empresarial del despido discriminatorio sería tan fácil como inoperantes, por falta de adecuada y suficiente protección, los derechos fundamentales acogidos en los

⁶¹¹ STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4.

Bajo esa perspectiva, delante de la duda sobre la existencia de motivos plausibles para la extinción del contrato por decisión unilateral del empleador, la simple presentación de elementos indiciarios que lleven a la razonable sospecha o apariencia de que el acto impugnado habría sido discriminatorio o tendencioso a impedir el gozo de un derecho fundamental es suficiente para provocar la declaración de nulidad del despido. Para alejar tal conclusión, por lo tanto, el empresario debe probar la procedencia del despido o, por lo menos, que su decisión haya sido fundada en razones completamente ajenas a un propósito atentatorio al derecho fundamental invocado. Esa orientación, absorbida de la jurisprudencia constitucional ya arraigada, fue incorporada al art. 96.1 LRJS, por el cual, en los procesos en que se alegue discriminación o violación a cualquier otro derecho fundamental o libertad pública, “corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Como ya visto, el reconocimiento judicial de que el acto del empleador haya sido discriminatorio o producido un menoscabo a un derecho fundamental, impone la declaración de su nulidad, como forma de cesar la violación constitucional y restituir las cosas al estado que tenían antes de la lesión. En el caso de un despido, la respectiva nulidad presupone la restitución del puesto de trabajo al trabajador (readmisión) y el pago de los salarios que dejó de recibir durante el periodo de alejamiento, debiendo la sentencia ser ejecutada provisoriamente, independientemente de recursos que puedan ser interpuestos por cualquiera de las partes (arts. 113 e 303.1 LRJS).

Ocurre que la sola readmisión del trabajador, muchas veces, no es suficiente para reparar y compensar toda carga de lesión del despido atentatorio al derecho fundamental. Esto porque, junto a la pérdida del empleo, resultante de la arbitrariedad empresarial, suelen emerger otros daños colaterales, de carácter patrimonial o no. No es raro que un despido disciplinario, por ejemplo, afecte negativamente el honor, la imagen o la integridad psíquica del trabajador. Por ese motivo, reza el art.183 LRJS que, al reconocer la vulneración alegada, “el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en

⁶¹² Ibidem.

función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”. Esa indemnización adicional deberá ser fijada prudencialmente por el juez o tribunal “para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño” (art. 183.2 LRJS).

El dispositivo legal referido anteriormente parece romper una tendencia del sistema indemnizatorio español de limitar la respuesta, en caso de acto ilícito en el ámbito laboral, a una indemnización tasada y a la reparación de perjuicios materiales concretamente demostrados. No se puede negar que, en el caso de violación de derechos fundamentales, “ni la rescisión contractual indemnizada por la vía del art. 50 ET, ni la indemnización específica por los daños aparejados a la vulneración del derecho fundamental han podido considerarse como instrumentos de satisfacción adecuada para la víctima”⁶¹³. Al reconocer la doble función de la indemnización, reparadora y preventiva, mismo en los casos en que la prueba de su exacto importe sea difícil o imposible (como en el caso de daños puramente extrapatrimoniales), el legislador ahora admite expresamente que la readmisión del empleado, la indemnización tasada o el mero resarcimiento de los perjuicios materiales pueden ser insuficientes para una tutela adecuada de la lesión a derechos fundamentales, añadiendo un factor disuasorio a la indemnización, sobre el cual el tribunal deberá pronunciarse.

No se trata de incorporar, sin matices, la doctrina angloamericana del *punitive damages*, que añade una función punitiva a la indemnización civil por daños, extrapolando para el campo del derecho privado un papel sancionador propio del dominio público⁶¹⁴, sino de materializar el programa constitucional de una protección real y efectiva de los derechos fundamentales⁶¹⁵. En ese sentido, la fijación de un valor

⁶¹³ Cf. BALLESTER PASTOR, M. A., “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, n.º 69 (en./mar. 2015), pp. 32-33.

⁶¹⁴ ALAMEDA CASTILLO, M. T., “Repensando el modelo de tutela resarcitoria en la vulneración de los derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 66 (abr./jun. 2014), pp. 46-49.

⁶¹⁵ Conforme declara la STC 247/2006, de 24 de julio (FJ 8): “al analizar la relación entre los pronunciamientos indemnizatorios y la efectiva reparación del derecho fundamental vulnerado, si bien es cierto que este Tribunal ha declarado que, en principio, la fijación de una u otra cuantía no es susceptible de convertirse en objeto de vulneración autónoma de los derechos fundamentales, no es menos cierto que también hemos declarado que ‘la Constitución protege los derechos fundamentales ... no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos’ (STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4). Así, los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en “un

indemnizatorio de poca importancia, que no realice una función verdaderamente compensatoria para la víctima y no sirva de desincentivo económico a la repetición de los actos por el sujeto causante, termina por no surtir el efecto de proteger eficazmente el derecho menoscabado. En otras palabras, el art. 184.2 LRJS asimiló la idea de que “la indemnización civil tiene también ese matiz preventivo que disuade el incumplimiento de tal forma que resulte *menos rentable* vulnerar un derecho fundamental que cumplir la ley por las consecuencias económicas que ello puede generar”⁶¹⁶.

La dificultad en establecer un valor monetario como respuesta a un daño subjetivo, de naturaleza extrapatrimonial, no impide que se ejerza un juicio ponderado para fijarse una importancia coherente con la gravedad y extensión de la conducta ilícita y de la repercusión del daño en el ámbito personal, familiar y social de la víctima. Justamente porque los efectos de un acto discriminatorio son variables, caso a caso, no siendo posible nivelar todas las circunstancias y repercusiones posibles, la fijación de una indemnización tasada sería contraria a la idea de la *restitutio in integrum*, subyacente a la materialización de la tutela judicial efectiva⁶¹⁷.

Por otro lado, es necesario destacar que el papel de la indemnización por daño moral es de compensar el sufrimiento, la vergüenza, el abalo psicológico, el deshonor y los sentimientos negativos generados por la violación de un derecho fundamental, que no puede confundirse con la restitución del trabajo sustraído por el despido injusto. De ahí porque son perfectamente acumulables la readmisión (restitución del trabajo sustraído por acto contrario a la Constitución) y a la indemnización por daños morales (compensación de los daños adicionales provenientes del mismo acto). En efecto, al privar el trabajador de su empleo, por razones no compatibles con el ordenamiento constitucional, el empresario está, en realidad, ofendiendo de forma cualificada el

acto meramente ritual o simbólico” (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), lo que igualmente proclaman, en el ámbito propio del amparo constitucional, los arts. 1, 41 y 55 LOTC”.

⁶¹⁶ ALAMEDA CASTILLO, M. T., “Repensando el modelo de tutela resarcitoria...”, cit., pp. 46-47.

⁶¹⁷ Ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *García Mateos c. España*, de 19 de febrero de 2013, en que reconocida la insuficiencia del sistema indemnizatorio español y la relación entre indemnización integral y proceso equitativo (tutela judicial efectiva). Esta misma idea se encuentra plasmada en la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), cuyo art. 18 establece el deber de los Estados miembros de garantizar “la indemnización o la reparación (...) real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”, dejando claro que “dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori”, excepto cuando probado que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación (...) sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”.

derecho al trabajo, razón por la cual la única respuesta jurisdiccional posible es la restitución de aquel derecho *in natura*, y no una indemnización tasada como ocurre en los despidos considerados como puramente improcedentes.

4 La Garantía de Indemnidad en el Derecho Español

4.1 La génesis de la garantía de indemnidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Como ya visto anteriormente, hace tres décadas el TC viene cualificando como nula, con efecto *ex tunc*, toda medida pública o privada represiva o sancionadora del ejercicio de un derecho fundamental – lo que se identifica con la eficacia justificante de los derechos fundamentales o la garantía de indemnidad en sentido amplio. En la pionera STC 38/1981, aquel Tribunal consideró que, habiendo sido el despido discriminatorio, debido a la filiación y de la candidatura del empleado a elecciones sindicales, el acto patronal debería ser considerado radicalmente nulo, por ofensa a la libertad sindical asegurada en el art. 28.1 CE. Esa doctrina fue consolidándose en los años siguientes, comprendiendo éste y otros derechos fundamentales⁶¹⁸.

El embrión de la garantía de indemnidad en sentido estricto como es conocida hoy día, vinculada de forma directa a la tutela judicial efectiva, fue la STC 7/1993, de 18 de enero. En ella, por primera vez, el TC apuntó que despedir el trabajador en represalia al ejercicio de una acción judicial representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva, que habrá de ser sancionada por los tribunales con la nulidad radical de tal medida. En aquel juicio, aunque haya desestimado el amparo intentado por el trabajador – una vez que el Tribunal Supremo había considerado que el empresario produjera prueba eficaz de que los hechos imputados en la comunicación del despido eran reales, lo que excluiría el motivo vil alegado por el recurrente, no cabiendo al Tribunal Constitucional incursionar en la materia probatoria –, fue señalado que, si la

⁶¹⁸ Entre muchas otras, recordamos, con propósito meramente de ejemplificación: STC 55/1983, de 22 de junio (prácticas antisindicales); STC 47/1985, de 27 de marzo (ofensa a la libertad ideológica); STC 166/1988, de 26 de septiembre (discriminación en razón de sexo).

causa del despido hubiese sido una reacción al hecho del empleado haber ejercitado una acción judicial tendiente al reconocimiento de derechos que creía ser titular, la cualificación de esa sanción sería radicalmente nula, con apoyo en la repetida jurisprudencia de aquella Corte desde la STC 38/1981. Haciendo referencia a las decisiones que, anteriormente, habían considerado nulos los despidos vulneradores de derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión y la libertad sindical, aseguró el TC que igual cualificación merecerían los despidos producidos como consecuencia del ejercicio del derecho a la tutela efectiva, en su vertiente de acceso a los jueces y tribunales en defensa de derechos e intereses legítimos. Añadiendo, recordó que el Convenio 158 de la OIT excluyó de las causas válidas de extinción del contrato la participación del empleado en procedimiento judicial o administrativo en contra supuestas violaciones legales cometidas por el empleador.

Pero fue en la STC 14/1993 (18/01) que la expresión “garantía de indemnidad” ha sido utilizada por primera vez y sus contornos jurídicos empezaron a ser moldados más claramente. Veamos el contexto factual en que ella fue proferida.

Una redactora de la Revista Comunidad Escolar, vinculada al Ministerio de Educación y Ciencia, después de haber formulado una reclamación administrativa pretendiendo ver reconocido el carácter laboral de su relación jurídica, y dos días antes de la denegación de su pleito por la Administración, recibió comunicado del Director de la Revista, en el sentido de que no debería más prestar cualquier servicio y abstenerse de permanecer en los locales de la publicación, bajo alegación de que, por haber insistentemente formulado pretensión que no podría ser admitida, ella habría transgredido el principio de la buena fe que habría de regir las relaciones profesionales mantenidas entre las partes.

La magistratura de primera instancia declaró el despido nulo, por entender que el único motivo de la decisión patronal era el ejercicio, por la autora, de una reclamación tendiente al reconocimiento de sus derechos. Pero, el Tribunal Central del Trabajo, aunque admitiendo como verdaderos los hechos declarados en la sentencia apelada, terminó por reformarla, desechando el propósito discriminatorio del acto extintivo del contrato, pues éste habría derivado de una mera divergencia entre las partes “en cuanto a un derecho discutido y discutible, relativo a la existencia o no de relación de tipo laboral”; de ese modo, calificó el despido de improcedente (no nulo), considerando no probado el motivo atribuido en la respectiva comunicación: la transgresión a la buena fe contractual.

La obrera, entonces, manejó recurso de amparo, en el seno del cual el Ministerio Fiscal opinó por la denegación de la pretensión, considerando que la facultad de despedir el empleado está insertada en el poder de dirección del empleador “sin que implique una inmisión en la actividad judicial, así como decidir sobre la calificación de la situación jurídica, sin perjuicio de la mejor interpretación de los Tribunales”; además, nada impedía al trabajador, mismo delante de la extinción de la relación laboral, de pretender que se declare su existencia, tanto que la jurisdicción laboral conoció, en el mismo proceso, la acción declaratoria de laboralidad y la acción en contra el despido. Argumentó, todavía, que no hubo impedimento u obstáculo a la acción judicial de la recurrente, “pues ha tenido posibilidad de accionar, debatir y contradecir y ha obtenido de los Tribunales una respuesta motivada y fundada en derecho sin que sus pretensiones hayan sido desconocidas”. En remate, aseguró que la presentación de peticiones a la Dirección de la Revista no significó el ejercicio de una acción procesal y que la sanción a la tutela efectiva solamente podría ser concebida si la recurrente hubiese sido despedida tras haber propuesto la acción ante la jurisdicción laboral y como represalia por esto. De ese modo, ante los hechos asentados en la decisión recurrida, consideró que el despido fuera improcedente, “sin traspasar el umbral que lleva al radicalmente nulo”.

Al juzgar el caso, el TC aclaró que el derecho a la tutela efectiva “no solo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad”, significando que, “del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”, de modo que “en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos” (FJ 2). En cuanto a las objeciones del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, de que la trabajadora no tuviera frustrado o reducido su derecho de acción, tanto que lo ejerció, y de que no se podría hablar en venganza al ejercicio de una acción, ya que aún no había proceso judicial cuando el despido fue efectuado, el Tribunal las rechazó con los siguientes argumentos centrales: a) el menoscabo a la tutela judicial efectiva no ocurre solamente por irregularidades producidas en el interior de un proceso y que quizás puedan privar el reclamante de las garantías procesales constitucionales, “sino que también puede resultar vulnerado dicho derecho cuando el ejercicio del mismo produzca como consecuencia una sanción que responda a una conducta de represalia por parte del empresario”; b) “las garantías

vinculadas al derecho fundamental de tutela se extienden asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial”; c) según la jurisprudencia del Tribunal, la tutela judicial efectiva es compatible con el establecimiento de condiciones previas para el acceso a la jurisdicción, incluso la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, de manera que los referidos actos previos no podrían ser desconectados del propio derecho fundamental porque, “de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho”; d) si los trámites previos no estuviesen protegidos por el amparo constitucional que deriva del derecho fundamental invocado, al empresario bastaría reaccionar en represalia antes de intentada la acción judicial para dificultar su ejercicio (FJ 3).

Con la concesión del amparo constitucional, a fin de asegurar el regreso de la trabajadora a su puesto de trabajo, el TC hizo surgir la garantía de indemnidad como una vertiente peculiar al derecho a la tutela judicial efectiva, que da cobertura al litigante en contra injerencia represiva pública o privada, incluso represalias del empleador. Ese precedente fue consolidado por la reiteración en diversas sentencias posteriores⁶¹⁹.

La gran novedad traída por esa construcción jurisprudencial no fue el hecho de considerar nula una extinción contractual promovida como represalia al ejercicio de un derecho fundamental – esto ya estaba consolidado desde la mencionada STC 38/1981. Lo que hubo de innovador, en realidad, fue la vinculación de la indemnidad al derecho a la tutela judicial efectiva, trayendo un cierto malestar teórico cuya superación no parecía nada simple.

En efecto, partiendo de una visión tradicional, como ha hecho el Ministerio Fiscal en su manifestación ya mencionada, se ha entendido el derecho a la tutela efectiva como direccionado al ejercicio de una acción judicial, de modo a producir efectos dentro del proceso. O sea, en la expresión acuñada por el propio TC, se trata típicamente de un derecho “al proceso y en el proceso”⁶²⁰. Si no fue creado ningún obstáculo previo que haya dificultado o impedido el trabajador de traer su pretensión ante el Poder Judicial, si no hubo impedimento a la amplia defensa en el curso del proceso, si no fue vulnerada ninguna regla procedimental y si el autor obtuvo una decisión exhaustiva y jurídicamente fundamentada, ¿cómo se podría hablar en violación al derecho a la tutela judicial

⁶¹⁹ Entre muchas otras: STC 140/1999, de 22 de julio; STC 5/2003, de 20 de enero; STC 87/2004, de 10 de mayo; STC 38/2005, de 28 de febrero.

⁶²⁰ STC 54/1994, de 24 de febrero, FJ 2.

efectiva? Al mismo tiempo, siendo el derecho de acción y las garantías procesales ejercitables en contra el Estado, o sea, ante los jueces y tribunales, ¿cómo podría ser él objeto de vulneración por acto del empleador fuera del proceso?

En puridad, la nueva orientación del TC ensanchó significativamente el radio de influencia del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia. La STC 14/1993 señaló, de forma expresa e inequívoca, que el derecho a la tutela efectiva no se limita en la actividad de los tribunales, sino también se perfecciona por la garantía de que el ejercicio de la acción o la práctica de los actos previos exigidos legalmente para el enjuiciamiento no podrán traer ninguna consecuencia lesiva para su protagonista, en su relaciones públicas o privadas. En otras palabras, el derecho a la tutela judicial efectiva no produce efectos apenas dentro del proceso, pero protege también los actos preparatorios de la acción judicial, exigidos como condición a su ejercicio, e inmuniza el autor en contra eventuales represalias mismo después que el proceso ya haya sido juzgado.

La garantía de indemnidad configura, en sí, un efecto que se desprende del derecho a la tutela judicial efectiva más allá del proceso, de modo que puede ser vulnerado mismo cuando el sujeto afectado haya obtenido acceso a un proceso, actuado libremente en el ámbito de él y recibido una sentencia razonable sobre su pretensión. De ahí la conclusión de que dicha garantía se configura como “una especie de tutela preventiva (desde el punto de vista de la evitación de efectos disuasorios del acceso a la justicia) o reparadora (desde el punto de vista de la prohibición de represalias del ejercicio de derechos fundamentales) al margen de las vicisitudes y resultados del proceso del que trae causa la conducta de represalia, ya que lo relevante es esta última en sí misma”⁶²¹.

Es innegable, realmente, que hay una tendencia reparadora con relación al individuo que haya sufrido un perjuicio por haber reclamado un derecho, pero también se busca prevenir comportamientos empresariales que puedan, de alguna forma, crear obstáculos no razonables al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. La cuestión que no deja de intrigar, por lo menos a una primera vista, es que la readmisión del trabajador afectado por un despido en represalia no repone ni indemniza exactamente su derecho a la tutela judicial – una vez que ya accedido el Judiciario anteriormente y

⁶²¹ ÁLVAREZ ALONSO. D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete: Editorial Bomarzo, pp. 59-60.

obtenida una sentencia –, pero restituye, en su esencia, el derecho que fue retirado por el acto subsecuente de represalia – en el caso de un despido, el derecho al trabajo.

Si hacemos un análisis más detenido de la jurisprudencia del TC, nos damos cuenta de que la garantía de indemnidad ya venía siendo madurada en el ámbito de aquella Corte y, aunque no haya dejado de ser una novedad para la época, representó una evolución natural de entendimientos ya señalados anteriormente⁶²². En la STC 32/1986, de 21 de febrero, por ejemplo, apreciando un caso en que una abogada fue suspendida por dos años por decisión de la Dirección de la respectiva corporación (Colegio de Abogados), como consecuencia por haber promovido, en contra los directores de aquella entidad, una acción criminal por injuria, cuya sentencia fuera absolutoria, el Tribunal estableció que:

El derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el acceso a la jurisdicción, puede someterse, como reiteradamente ha venido señalando este Tribunal, a ciertas limitaciones teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y las finalidades que justifican su existencia. Ahora bien, tales condicionamientos o restricciones habrán de venir fijados por ley y habrán de respetar el contenido esencial del derecho fundamental constitucionalizado.

No cabe, pues, una sanción a posteriori por la denominada administración corporativa que vuelva a limitar u obstaculizar el ejercicio de ese derecho sin aducir base legal alguna para ello. Y no es aceptable el argumento de que esa sanción resulta justificada al no prosperar la querella que la originó, pues si se admitiera tal opinión, el derecho a querellarse sin posteriores sanciones administrativas quedaría condicionado al buen resultado de la acción emprendida, condicionamiento incompatible con el libre ejercicio de ese derecho en la forma legalmente establecida. Por ello, resultaría contraria al mandato constitucional la confirmación de la sanción impuesta por la Junta del Colegio de Abogados en cuanto se fundamentare en una limitación no prevista legalmente del acceso a la tutela de Jueces y Tribunales. (FJ 3)

⁶²² Idem, p. 73.

Se puede ver que ya había una tendencia de considerarse contrarios al derecho a la tutela efectiva los actos que, aunque practicados posteriormente al proceso, puedan significar una respuesta sancionadora del acceso a la justicia no prevista en ley, incluso cuando el acto disuasivo no parte directamente de un órgano jurisdiccional y mismo cuando este haya desestimado la demanda.

Esa comprensión de que el proceso no puede resultar en agravamiento de la situación de quien busca la justicia también ya estaba insinuada en la STC 206/1987, de 21 de diciembre, que cuestionaba una sentencia de la Magistratura de Trabajo n. 1 de Cádiz que, al juzgar una reclamación de una trabajadora en contra una suspensión disciplinaria de 10 días aplicada por el empleador, aumentó aquella sanción para 15 días. Para el TC, “la agravación de la sanción impuesta por la Empresa”, sin que se tenga una pretensión opuesta por vía adecuada (reconvención) “es realmente una medida disuasoria o paralizante del acceso a la justicia por los trabajadores sancionados, como lo es, en general, el empeoramiento de la situación del demandante como consecuencia de su propia acción impugnatoria” (FJ 6).

En lo que respecta a la vinculación de particulares, no se puede olvidar que, aunque ejercido prioritariamente ante el Poder Judicial, el derecho de acción proyecta sus efectos sobre las partes (efectos extraprocesales de la tutela efectiva), no pudiéndose rechazar que, en la práctica, pueda venir a ser reprimido o al menos dificultado por poderes privados. De esa manera, la garantía de indemnidad forzó los límites del acceso a la jurisdicción además de lo imaginado inicialmente, obstruyendo no sólo los actos prohibitivos, disuasivos o sancionadores de su ejercicio provenientes de los poderes públicos, pero también las violaciones o lesiones que puedan advenir de personas privadas en contra quien se ejerce ese derecho⁶²³.

Pese a la doctrina española tener dudado inicialmente de la eficacia horizontal del derecho a la tutela efectiva, usando el artificio de imputar su lesión al órgano jurisdiccional que deja de adoptar las medidas necesarias a la retirada de los obstáculos que el particular eventualmente haya impuesto al ejercicio de aquel derecho (eficacia mediata), la jurisprudencia del TC, desde la comentada STC 14/1993, ha apuntado que

⁶²³ En ese sentido: BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/B.O.E., 1997, p. 605. Ver también: SEGALÉS, J., “Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales causadas por el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador; una reseña sobre las STC 140 y 168 de 1999”, *Revista de Derecho Social* n.º 8 (oct./dic. 1999), pp. 127-128.

la vulneración puede resultar del acto del particular en sí – como a atribuir a los individuos un deber directo de respeto al ejercicio de la acción por terceros, concepción que más se acerca a la idea de eficacia inmediata del derecho –, a pesar de no desechar la posibilidad de lesión por un acto judicial⁶²⁴. Realmente, en el caso de la relación laboral, la violación de garantía de indemnidad tiene su génesis en el propio acto empresarial que reprende el ejercicio de la acción por el empleado⁶²⁵, si bien que el órgano judicial puede también incurrir en vulneración de aquel derecho al no reparar adecuadamente el perjuicio sufrido por el trabajador.

Al final de las cuentas, la efectividad de vía judicial se presenta bien más difícil en una relación asimétrica, en que una de las partes es subordinada y dependiente de la otra, de modo que cualquier actuación para reclamar una posición jurídica frente al empleador “podría ser una quimera si no se asegurara la situación de la parte débil de la relación”⁶²⁶. En un contrato de duración indefinida, en que una de las partes está sujeta al poder de dirección de la otra, se vuelve indispensable evitar que ese poder tenga su finalidad desviada para sancionar el ejercicio de la tutela judicial efectiva por la parte más débil. La garantía de indemnidad surge, en ese cuadro, “como prohibición de que el legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva pueda conllevar para el trabajador ningún tipo de perjuicio en su relación de trabajo”⁶²⁷.

No se quiere decir que la garantía de indemnidad tenga un carácter específicamente laboral; diversamente, se trata de una prohibición de naturaleza genérica derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que podría

⁶²⁴ ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad...*, cit., pp. 75-76. En la misma línea: VALLE MUÑOZ, F. A., “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”, *Revista de Derecho Social*, n.º 29 (en./mar. 2005), p. 91.

⁶²⁵ En las palabras del TC: “En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 54/1995, de 24 de febrero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 4; 140/1999, de 22 de julio, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 2; y 196/2000, de 24 de julio, FJ 3), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (SSTC 7/1993, de 18 de enero, FJ 3; y las ya citadas 54/1995, FJ 3; 101/2000, FJ 2; y 196/2000, FJ 3), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4.2 g) del estatuto de los trabajadores.]” (STC 5/2003, de 20 de enero, FJ 7).

⁶²⁶ TASCÓN LÓPEZ, R., “La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un nuevo contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 251 (1), 2004, p. 160.

⁶²⁷ BLASCO PELLICER, A., “Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial”, cit., p. 67.

producir efectos en todos los tipos de relación jurídica, sea ella pública o privada. Lo que se afirma es que, dadas las características propias de la relación laboral, especialmente su propensión a prolongarse indefinidamente y la asimetría de poderes entre las partes, fue aquí donde la garantía de indemnidad encontró campo fértil para uno más intenso desarrollo en la jurisprudencia constitucional⁶²⁸.

Volcada a reparar los daños causados en represalia a una reclamación de derechos que alguien pueda pretender, la garantía de indemnidad puede ser opuesta no sólo en contra del despido, sino en contra cualquier acto de venganza consumado por quienquiera que sea, empleador o no. En el ámbito del contrato de trabajo, además del despido propiamente dicho, esa represalia podría consustanciarse en la no renovación contractual⁶²⁹, cambios de condiciones de trabajo⁶³⁰, cambio de puesto de trabajo⁶³¹, suspensión disciplinaria⁶³², discriminación retributiva⁶³³, transferencia del local de trabajo, readmisión irregular después de licencias o de sentencias de improcedencia de despido⁶³⁴, etc. Y la consecuencia jurídica del reconocimiento judicial de un acto practicado como represalia es, siempre que posible, su nulidad *ex tunc*, con restitución de las cosas al estado que tenían antes y reparo de algún daño colateral que pueda haber advenido.

4.2 Evolución ampliativa de la garantía de indemnidad

En los años que se siguieron al florecimiento de la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional, algunas decisiones fueron expandiendo su contenido para además de aquellas fronteras iniciales sin, no obstante, contrariar las bases ya erigidas en los primeros pronunciamientos.

En la STC 55/2004, de 19 de abril, el TC analizó un caso en que un trabajador

⁶²⁸ ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad...*, cit., pp. 32-33.

⁶²⁹ V.g., STC 16/2006, de 19 de enero.

⁶³⁰ V.g., STS 940/2018, de 23 de febrero (rec. 2907/2015).

⁶³¹ V.g., STC 3/2006, de 16 de enero, *obter dictum* (FJ 2 y 3).

⁶³² V.g., STC 5/2003, de 20 de enero.

⁶³³ STC 120/2006, de 24 de abril.

⁶³⁴ Hipótesis mencionadas por VALLE MUÑOZ, F. A., “La garantía de indemnidad del trabajador...”, cit., p. 82.

envió al empleador, por intermedio de abogado, una carta en que manifestaba su inconformismo con la presunta utilización irregular de una patente industrial a la cual imaginaba tener derecho, al mismo tiempo en que proponía una solución negociada para evitar una futura demanda judicial. La empresa, sintiéndose ultrajada con las afirmaciones contenidas en la carta, impuso al empleado un despido disciplinario.

Diversamente de la hipótesis tratada en la STC 14/1993, no se estaba aquí delante de un acto necesario a la presentación de la acción, una vez que no había ninguna exigencia legal del intento de conciliación extrajudicial previo como un presupuesto del proceso judicial. Sin embargo, el TC declaró que, aunque no se trate de acto preparatorio o previo necesario a el enjuiciamiento de la acción, no se podría dejar de considerar como algo útil y deseable el beneficio que deriva de la evitación del proceso, por medio de un reclamo extrajudicial como el intentado por el abogado. De esa manera, entendió que “el objetivo de evitar un proceso permite extender la garantía de la indemnidad a esa actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, cuando del contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquélla está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” (FJ 3).

A lo que se percibe, el TC extendió los dominios de la garantía de indemnidad para más allá de la exigencia de que haya un proceso judicial actual o previo a la reacción del empleador, blindando el trabajador reclamante “en vía procesal, preprocesal y extraprocesal frente a posibles represalias empresariales dirigidas a reprimir u obstruir la reclamación”⁶³⁵. Sin embargo, se extrae de la fundamentación de la STC 55/2004, al establecerse un vínculo entre la actuación extrajudicial del abogado y un posible proceso que sería evitado con ella, que es necesario que haya un nexo directo entre los actos que motivaron la represalia y la búsqueda de la tutela efectiva, o sea, que la conducta del trabajador se conecte con una actividad tendiente a perseguir la concretización de derechos, de modo a permanecer en el horizonte, aunque ampliado, del art. 24.1, CE.

Siguiendo esa secuencia evolutiva, la STC 16/2006, de 19 de enero, trajo una significativa contribución al contenido de la garantía de indemnidad al extenderla a una hipótesis en que los trabajadores sufrieron una represalia en virtud de una acción

⁶³⁵ MONTOYA MELGAR, A., “Garantía de indemnidad en caso de reclamación extrajudicial presentada por abogado del trabajador (Comentario a la STC 55/2004, de 19 de abril)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 127 (jul./sep. 2005), p. 355.

colectiva, movida por el sindicato respectivo, que pretendía la declaración del carácter laboral de la relación mantenida con la Administración de Galicia. En esa circunstancia, los recurrentes no habían presentado ningún reclamo directamente, pero el TC entendió que, mismo no siendo una demanda propuesta personalmente, sino por un sindicato, la acción tenía la finalidad de defender el interés de aquellos trabajadores, afectándolos directamente, de modo que la decisión que viniese a resolver el conflicto repercutiría en la relación jurídica mantenida entre los recurrentes y la Administración gallega, produciendo efectos de cosa juzgada. Concluyó, de ese modo, que la garantía de indemnidad debería ser extendida a aquel caso, “en tanto en cuanto constituyó una acción del sindicato directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en defensa de los derechos laborales de los recurrentes, y como tal, pudo ser motivo de la represalia que los recurrentes denuncian” (FJ 5). Por lo tanto, lo esencial no es quien promueve la demanda, sino que los actos represivos intenten evitar, obstaculizar o sancionar los efectos pretendidos con ella; si la represalia recayó sobre los trabajadores que serían beneficiados con la demanda colectiva, existe una conexión entre aquel acto y la tutela judicial efectiva, conexión ésta suficiente para hacer surgir la garantía de indemnidad no sólo en favor del autor, sino también con relación a todos los posibles beneficiarios de la sentencia.

En otra dirección evolucionaria, la decisión anteriormente citada insinúa, en sus entrelíneas, la posibilidad de extensión de la garantía de indemnidad para proteger represalias derivadas de una simple denuncia del trabajador a la Inspección del Trabajo, cuando direccionada a la satisfacción de sus derechos (FJ 5).

Ese raciocinio es retomado, ahora de manera rotunda, en la STC 120/2006, de 24 de abril, en que se concedió el amparo a una trabajadora que sufriera la supresión de una gratificación espontánea porque lograra éxito en cambiar el puesto de trabajo en virtud de su estado gestacional, después de haber formulado una denuncia a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social. El carácter meramente administrativo de la denuncia no fue impedimento al reconocimiento de la garantía, siendo cierto que el Convenio 158 de la OIT, citado en la sentencia, también hace referencia a las denuncias a las autoridades administrativas como causa no pasible de justificar el término del contrato de trabajo.

A partir de esa puerta entreabierta, las instancias ordinarias fueron ampliando las posibilidades para aplicar la garantía de indemnidad en casos de meras quejas, comunicaciones de crímenes a la policía (por ejemplo, acoso sexual en el trabajo) y de

reclamos ante diversos organismos no judiciales, aunque no se pueda ver, en esas hipótesis, una conexión visible con el derecho a la tutela judicial efectiva residente en el art. 24.1 CE⁶³⁶. Ese nexo solamente podría ser vislumbrado remota o colateralmente, en el sentido de que la garantía de indemnidad estaría direccionada a bloquear cualquier acto que tenga como objetivo disuadir o causar miedo en el trabajador de moverse en la búsqueda por sus derechos y acudir a los jueces y tribunales.

En aquella mencionada STC 120/2006, el Tribunal Constitucional también avanzó hacia a la afirmación de que ni siquiera el carácter voluntario (espontáneo) de la retribución sería un argumento válido para negar los indicios de que hubiera una represalia prohibida, una vez que:

...cualquier perjuicio que responda estrictamente a una represalia por el ejercicio previo de acciones judiciales, actos preparatorios de éstas o actos extrajudiciales dirigidos a la evitación del proceso, está prohibido por el art. 24.1 CE, incluyendo desde luego las decisiones discrecionales (si efectivamente lo fuera la que se cuestiona, como postula la sociedad Ega System, S.L.). Hemos afirmado en ese sentido que la carga probatoria incumbe al empresario también en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, pues ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador... (FJ 6)

Si en los primeros momentos parecía que la garantía de indemnidad solamente podría surgir en el ámbito de una relación contractual existente, más precisamente en faz de una represalia cometida en el curso de un contrato o en el acto de su extinción, el TC cuidó de sanar cualquier duda en la STC 87/2004, de 10 de mayo, reconociendo la posibilidad de vulneración al derecho a la tutela efectiva mismo antes de formado el contrato de trabajo, por la no contratación.

Se trataba de una hipótesis en que la recurrente había sido rechazada en la admisión tras un proceso selectivo realizado por la Administración Pública, en virtud de,

⁶³⁶ Según HERRAIZ MARTÍN, M. S., *El Despido Nulo: Causas y Efectos...*, cit., pp. 91-92.

anteriormente, haber mantenido con el mismo órgano un contrato de prestación de servicio, al cabo del cual pretendió la declaración de improcedencia del despido. El hecho de haberse opuesto anteriormente en contra la decisión extintiva patronal fue llevado en cuenta por el comité de selección para recomendar la no contratación de la trabajadora.

Al juzgar aquel caso, el TC recordó su doctrina en el sentido de que una conducta que imponga obstáculo definitivo al acceso del trabajador al empleo tiene sus efectos equivalentes a los de aquellas medidas que impiden la continuidad del vínculo laboral. Si es así con decisiones que, *a priori*, pueden tener amparo en la libertad de contratación del empresario, pero no pueden producir resultados dañinos a los derechos fundamentales del trabajador, esto resulta más evidente cuando la discriminación en el acceso al empleo se produce en el ámbito de un procedimiento de selección formal, sometido a criterios de evaluación de mérito objetivamente definidos (FJ 2).

Se extrae de ese conjunto de decisiones que la garantía de indemnidad puede ser invocada para desafiar cualquier acto represivo o sancionador del ejercicio del reclamo de derechos por el trabajador – abarcados los actos previos encadenados para proponer o evitar un proceso –, procedente de los poderes empresariales, sea él perpetrado antes, durante o después de la vigencia del contrato de trabajo⁶³⁷.

4.3 Otros derechos fundamentales y garantía de indemnidad: más allá de la tutela judicial efectiva

Una cuestión estimulante con que se deparó el TC se refiere al derecho del testigo a la garantía de indemnidad, lo que fue enfrentado primeramente en la STC 197/1998, de 13 de octubre. Después de atestiguar en un proceso judicial en contra su empleador a pedido de compañeros, un trabajador fue despedido bajo alegación de que faltara con la verdad en su testificación, perjudicando la empresa. Delante de eso, enjuició una acción judicial, pleiteando la nulidad de su despido, alegando haber sido efectuado en

⁶³⁷ SEGALÉS, J., “Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales...”, cit., p. 127; ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad...*, cit., p. 97; IGARTUA MIRÓ, M. T., *La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social del Tribunal Constitucional*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2008, p. 107.

vulneración a los derechos fundamentales del art. 24.1 CE (tutela efectiva) y 20.1.a CE (libertad de expresión). En la primera instancia, logró obtener la declaración de nulidad pretendida, pero la sentencia fue modificada en la instancia superior para que el despido fuese considerado improcedente, rechazándose la vulneración de los derechos fundamentales invocados, aunque considerándose que el empresario no probó que el trabajador haya mentado como testigo (lo que conduciría a la improcedencia de la causa de extinción contractual alegada por el empleador).

Al decidir el amparo, el TC entendió que prestar informaciones como testigo es un deber previsto genéricamente en el art. 118 CE y que el testigo contribuye para la tutela de valores y principios constitucionales, dada su relación con el derecho de la parte de utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y, de manera más general, con el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de su función constitucional. No obstante, una medida de represalia empresarial motivada por un testigo prestado por el trabajador no lesionaría el derecho de éste a la tutela efectiva, una vez que él no había ejercitado ninguna acción judicial en contra del empleador. De ese modo, aunque la garantía de indemnidad de los testigos sea funcional al derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba por los litigantes, no se podría decir que, además de aquella conexión general con el art. 24 CE, el derecho a la tutela judicial del recurrente estuviese concretamente afectado, porque su despido no había sido consecuencia de una acción por él pretendida, sino de sus declaraciones fornecidas en un procedimiento del cual él no había sido parte.

A pesar de no conectar el derecho de atestiguar con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el testigo no es parte en el proceso, el amparo terminó por ser concedido con base en el art. 20.1.d CE, que cuida del derecho fundamental a la libre comunicación de información veraz, de modo que el acto empresarial de extinción del contrato de trabajo, por haber vulnerado aquel derecho, fue declarado radicalmente nulo.

Pese a las críticas de un sector de la doctrina – que entiende que el derecho de comunicar libremente una información veraz (art. 20.1.d CE), tal cual dispuesto en el texto constitucional, está circunscrito a hechos noticiables, de interés y repercusión generales, divulgados en los medios de comunicación social, como forma de “contribuir a la formación de la opinión ciudadana”, con lo que no podría confundir un testigo sobre hechos que solamente tendrían relevancia en el propio proceso⁶³⁸ –, el TC entendió que

⁶³⁸ MONTOYA MELGAR, A., “La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre

el bien jurídico tutelado por este derecho constitucional no desaparece por el simple hecho de que la comunicación se produzca delante del juez y en el contexto de un proceso o actuación judicial.

Hubo, de hecho, una aparente ampliación de la noción construida inicialmente sobre el derecho de comunicación informativa que, según pronunciamientos anteriores del TC, versa “sobre hechos, específicamente, que pueden encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que de la libertad de información (...) es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho”⁶³⁹. Las informaciones que el testigo puede traer al proceso generalmente son de interés restringido a las partes, pero no se puede negar la existencia de un interés público en desvelar la verdad sobre los hechos controvertidos en el seno de una relación procesual.

Por otro lado, el TC también destacó que el Convenio 158 de la OIT prohíbe la utilización, como motivo válido de extinción del contrato de trabajo, la participación (de modo general) en un proceso judicial, lo que incluiría a los testigos. Por fin, todos concuerdan que, de una manera o de otra, el testigo no puede quedar desabrigado de una protección integral ni sufrir represalias por haber colaborado con la obtención de la verdad en un proceso judicial – que tiene naturaleza pública.

No obstante, para tener ese derecho es necesario que el testigo sea veraz, o sea, que intente ser fidedigno, sin que esto implique un rigor absoluto en la exactitud de las informaciones comunicadas; caso contrario, si hay prueba de que el trabajador/testigo actuó con mala fe o irresponsablemente, mintiendo o presentando invenciones como hechos verdaderos, podrá él sufrir pena disciplinaria por infringir el deber de actuar con buena fe⁶⁴⁰.

comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos”, en Montoya Melgar, A. y Alonso Olea, M., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XVI, Madrid: Civitas, 1998, p. 269.

⁶³⁹ STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5.

⁶⁴⁰ Cf. ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad...*, cit., p. 87. En las palabras del TC: “no es ocioso recordar que este Tribunal ha repetido en muchas ocasiones que el contenido constitucional de aquel precepto constitucional consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz, si bien también se ha precisado que la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva o incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto, y que el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como

Cabe observar, por otro lado, que la cobertura que se dio a los testigos en contra eventuales represalias patronales no corresponde a la garantía de indemnidad en su sentido estricto, proveniente específicamente de la tutela judicial efectiva, aunque sus efectos prácticos sean los mismos (nulidad radical del acto del empleador). Se trata de que algunos autores identifican como “eficacia justificante” propia de todos los derechos fundamentales⁶⁴¹ y que otros tratan como “garantía de indemnidad en sentido lato”⁶⁴²: Nadie puede sufrir un daño como respuesta al ejercicio legítimo de un derecho que le asegura la Constitución.

Como ya señalado anteriormente, independientemente de estar en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, la jurisprudencia del TC, a menudo, tiene apuntado para la nulidad de los actos patronales que impliquen menosprecio a los derechos fundamentales de los trabajadores, cuando protegidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º, del Título I de la Constitución Española. En ese sentido, podemos encontrar decisiones que implicaron anulaciones de actos empresariales practicados en violación al derecho a la no discriminación (art. 14 CE)⁶⁴³, a la imagen del trabajador (art. 18.1 CE)⁶⁴⁴, a la libertad de expresión (art. 20.1 a, CE)⁶⁴⁵, al derecho de comunicar libremente información (art. 20.1.d CE)⁶⁴⁶, a la libertad sindical (art. 28.1 CE)⁶⁴⁷. En esos casos, se puede hablar en garantía de indemnidad en su sentido más amplio, de prohibición de lesión por el ejercicio de un derecho fundamental, pero no en el sentido estricto que viene siendo habitualmente utilizado por el TC, ya que ninguno de ellos abarca discusión sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo curioso es que la vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que tiene mucho más afinidad e innegables proyecciones sobre el fin de la relación de empleo, no ha servido de fundamento principal a la nulidad del despido – cuando mucho, él es citado sólo lateralmente, como refuerzo argumentativo. Sin embargo, es cierto que, al privar el

hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones” (STC 197/1998, de 13 de octubre, FJ 5).

⁶⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 141 y ss.

⁶⁴² ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad...*, pp. 41-42.

⁶⁴³ STC 161/2004, de 4 de octubre; STC 342/2006, de 11 de diciembre.

⁶⁴⁴ STC 99/1994, de 11 de abril.

⁶⁴⁵ STC 106/1996, de 12 de junio; STC 186/1996, de 25 de noviembre.

⁶⁴⁶ STC 4/1996, de 16 de enero.

⁶⁴⁷ STC 168/2006, de 5 de junio.

trabajador de su empleo por una razón ilegítima, o sea, en respuesta al ejercicio de un derecho fundamental, el empleador se choca frontalmente con el derecho al trabajo, que, como ya visto, incluye en su vertiente individual el derecho de no ser despedido sin que haya una justa causa⁶⁴⁸. No es por otro motivo que el Convenio 158 de la OIT es muchas veces invocado como criterio interpretativo en las decisiones del TC sobre nulidad del despido – incluso cuando en juego la garantía de indemnidad.

En último análisis, al determinar la readmisión del trabajador o devolución de las condiciones laborales al *statu quo ante*, lo que los tribunales hacen es restituir *in natura* el derecho al trabajo, a pesar de la motivación judicial estar amparada en otro derecho constitucional. Esto ocurre por una razón más pragmática que propiamente teórica: es que el derecho al trabajo, como ya enfatizado en el primer capítulo, no viabiliza la admisión del recurso de amparo (art. 53.2 CE) y, por lo tanto, para restaurarlo en un caso concreto, el TC necesita buscar argumentos que lo conecten con otros derechos protegidos por tal garantía judicial.

Además, encaminar la nulidad del despido como consecuencia de la violación al derecho al trabajo tendría el efecto de generalizar la readmisión siempre que el empleador no viniese a lograr éxito en probar la causa legal indicada como motivadora de la extinción del contrato. De ese modo, en la práctica, el despido improcedente sería abolido de una vez por todas, lo que representaría un vuelco político-jurídico que el TC nunca quiso asumir.

Asentadas esas premisas, queda fácil percibir porque el derecho al trabajo ha desempeñado un papel secundario en las motivaciones judiciales sobre medidas represoras al ejercicio de derechos fundamentales por los trabajadores. De cualquier forma, aquellos derechos y libertades fundamentales dotados de protección reforzada en la CE, aunque no específicamente laborales, ha servido de muro de contención para evitar el completo vaciamiento del derecho al trabajo en su vertiente individual.

4.4 Garantía de indemnidad y normas supranacionales

La prohibición de sanciones como respuesta al ejercicio de una acción judicial

⁶⁴⁸ STC 22/1981, de 2 de julio.

por el trabajador no es propiamente exclusividad del derecho español. La lógica de que la protección judicial de un derecho no estaría completa si la parte demandada estuviese libre para perjudicar la parte demandante, como una reacción extraprocesal al ejercicio de la acción, ya orientó la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (anterior a la promulgación de la CE), cuyo artículo 7 impone a los Estados miembros la adopción de “las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa, o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato”.

Sobre la interpretación de esa norma comunitaria, merece destaque la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el Asunto C-185/1997 (caso “Coote”) que, refiriéndose a una situación en que un empresario inglés se negaba a dar una carta de referencia a una empleada como represalia a una acción judicial presentada por ésta (basada en la discriminación por cuestión de sexo), entendió que el art. 6 de la Directiva, al prever la posibilidad de la trabajadora discriminada exigir judicialmente la observancia de la igualdad en el empleo (art. 6), trae implícita la prohibición de cualquier tipo de represalia al ejercicio de ese derecho, no limitándose a vedar apenas el despido. De ese modo, el art. 7 debería ser interpretado ampliamente, en el sentido de la imposibilidad de todo y cualquier tipo de acto o conducta empresarial que impongan una represalia al ejercicio de la acción por la empleada afectada por la discriminación en razón de sexo, independientemente del momento en que se produzca. A partir de esa afirmación general, se puede concluir que esta misma solución debe ser aplicada a otras conductas empresariales posteriores al término de la relación contractual, como la difusión de “listas negras” o la negación de alguna ventaja o beneficio que la empresa pueda mantener para sus antiguos empleados⁶⁴⁹.

La misma idea volvió a presidir la edición de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, inclinada a la lucha “contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación” (art. 1), que impone a los Estados miembros que pongan a la disposición de los que se sientan discriminados por uno de aquellos motivos enumerados en el artículo 1, instrumentos judiciales y administrativos dirigidos a exigir

⁶⁴⁹ ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad...*, cit., pp. 120-121.

el cumplimiento del principio de igualdad de trato (art. 9.1). Para evitar que la proclamación de ese derecho no pase de una quimera, el art. 11 establece el deber de los Estados de adoptar medidas “para proteger a los trabajadores en contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.

Las citadas normas comunitarias, por ser específicas en cuanto a la prohibición de discriminación por los motivos en ellas listados (sexo, religión, convicciones, etc.), se restringen a asegurar la indemnidad de quien ejerce el derecho de reclamar en contra actos discriminatorios por ellas prohibidos⁶⁵⁰. Al mismo tiempo, establecen una relación directa entre la prohibición de lesiones por el ejercicio de la acción y el derecho material por esta instrumentalizado, o sea, la inmunidad funciona como garantía de efectividad del principio de la igualdad proclamado en aquellos textos normativos y no propiamente como una consecuencia exclusiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

Esa perspectiva trasparece en los argumentos utilizados por el TJUE en el comentado caso “Coote”, al afirmar que “el temor a tales medidas [represalias], en contra las que no se pudiera ejercitar ninguna acción en vía judicial, podría disuadir a los trabajadores que se considerasen discriminados de hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y, por tanto, podría poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la Directiva” (párrafo 24). De ese modo, sin dejar de desconocer la conexión estrecha entre la indemnidad y el proceso movido por el trabajador, lo que se tuvo como meta no fue blindar la acción judicial o queja administrativa en sí, pero garantizar la efectividad del propio derecho subjetivo proclamado en las normas comunitarias (no discriminación), realzándose el carácter instrumental de aquella garantía y del propio proceso.

Esta misma tendencia aparece en el Convenio 158 de la OIT que, al listar los motivos que no pueden constituir causa justificada para el término de la relación de trabajo incluyó el hecho del trabajador “presentar una queja o participar en un

⁶⁵⁰ Las normas comunitarias fueran incorporadas al art. 17.1 ET, que prohíbe represalias al ejercicio de acciones versando sobre igualdad de trato. Para GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (“Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad”, *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 20, 2004, p. 8), tratase de la “recepción legal” de la jurisprudencia del TC, que ha resultado incompleta, porque se limita a las acciones sobre igualdad de trato, en cuanto la garantía de indemnidad ampara cualquier acción judicial, independientemente de su contenido material. Pero, en ese aspecto, el ordenamiento nacional tuvo en mira las normativas comunitarias, que son restrictivas al objeto de su protección, el principio de no discriminación.

procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes”. Lo que se pretendió, con ese precepto, no fue regular la tutela judicial efectiva en sí, pero garantizar la efectividad de la acción puesta como instrumento del derecho al trabajo (en su vertiente de impedimento de discriminación en el empleo y de prohibición al despido injustificado).

De una manera o de otra, la idea de que nadie puede sufrir una sanción por haber ejercido un derecho legítimo hace parte de la cultura jurídica occidental y no es rechazada en ningún lugar con argumentos mínimamente plausibles. Si es así en cualquier relación jurídica y relativamente a cualquier acto represivo, será todavía más con el despido, que asume un carácter especialmente gravoso cuando puesto en marcha como reacción al ejercicio de un derecho fundamental.

Hasta mismo en los Estados Unidos de América, en que se sobrepone el modelo del despido libre (*employment at-will*), los tribunales han reconocido la ilicitud del despido en represalia al ejercicio de derechos o por realizar una conducta que se apoya en normas o principios públicos, lo que incluye la interposición de una acción judicial⁶⁵¹.

Esta prohibición de que el individuo venga a sufrir un perjuicio en razón de haber ejercido un derecho legítimo, por tanto, permea los derechos fundamentales en general y con mucha más razón, el derecho a la acción judicial – que funciona como garantía instrumental para efectividad de todos los demás derechos. Sin embargo, no se puede dejar de observar que la indemnidad, en su amplio sentido, aparece en las normas supranacionales anteriormente aludidas de una forma íntimamente relacionada al derecho al trabajo y a la no discriminación en las relaciones de trabajo.

4.5 Algunos límites de la garantía de indemnidad

Actuando la garantía de indemnidad como un manto protector al legítimo ejercicio del derecho a la tutela efectiva, ¿será que ella representaría un blindaje definitivo en contra el despido o cualquier alteración contractual, inmovilizando

⁶⁵¹ Vide CANO GALÁN, Y., *El Despido Libre y sus Límites en el Derecho Norteamericano*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, pp. 138 y ss.

totalmente los poderes directivo y disciplinario del empleador? La respuesta de la doctrina y jurisprudencia a esa pregunta ha sido negativa, a partir de la idea de que ningún derecho es absoluto.

En varias ocasiones, el TC fue incisivo al declarar que, aunque la celebración de un contrato de trabajo no implique privar al trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocos que modulan el ejercicio de los derechos fundamentales, de modo que manifestaciones de los mismos que, en otro contexto, podrían ser legítimas, pueden no ser necesariamente en el ámbito de la relación contractual, puesto que todo derecho debe ser ejercitado de acuerdo con las exigencias de la buena fe⁶⁵². Es bien verdad que esa matización no puede vaciar aquellos derechos y solamente puede tener lugar en la medida que sea estrictamente imprescindible para lo correcto y ordenado desarrollo de la actividad productiva⁶⁵³.

Partiendo de ese presupuesto, se concluye que el uso abusivo o mal intencionado de los mecanismos de la tutela judicial por el trabajador queda fuera de la cobertura que el art. 24.1 CE proporciona, pudiendo resultar en sanción por parte del empleador⁶⁵⁴. Es obvio que la simple improcedencia de la pretensión del empleado se muestra irrelevante para efecto de indemnidad – no importa si el pedido del trabajador fue desestimado, siendo suficiente que haya reclamado derechos que entendía poseer –, ya que la acción es un derecho subjetivo público y abstracto. No obstante, si constatada la manifiesta mala fe, la actuación fraudulenta, si son atribuidas denuncias falsas, temerarias o que el *animus nocendi* resulte probado o mismo si encaminadas exclusivamente a que se consiga un blindaje en contra posibles decisiones empresariales que se avecinan, la garantía de indemnidad no favorecería al trabajador⁶⁵⁵. Así también el abuso de derecho materializado por un continuo acceso a los tribunales conduciendo a pretensiones

⁶⁵² Entre muchas: SSTC 4/1996, de 16 de enero, 204/1997, de 30 de diciembre y 241/1999, de 20 de diciembre.

⁶⁵³ STC 99/1994, de 11 de abril.

⁶⁵⁴ SEGALÉS, J., “Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales...”, cit., p. 128; ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad...*, cit., p. 89; IGARTUA MIRÓ, M. T., *La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social...*, cit., p. 101.

⁶⁵⁵ IGARTUA MIRÓ, M. T., *La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social...*, cit., p. 101; POZO MOREIRA, F. J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación...*, cit., pp. 140-141.

injustificadas (acoso procesal)⁶⁵⁶.

Conviene destacar que el TC, hasta el momento, no llegó a depararse con circunstancias como las citadas anteriormente, que ciertamente serían excepcionales, pero esta conclusión se puede intuir de la línea de argumentación que viene siendo utilizada en la jurisprudencia de aquella Corte, que hace referencia al ejercicio de la tutela efectiva de forma legítima.

La doctrina ha destacado que la utilización artificial e interesada de una acción judicial previa, con el objetivo de crear una barrera a un despido que ya se predice, no puede dar oportunidad a la garantía de indemnidad. Bajo ese punto de vista, la jurisprudencia de las instancias ordinarias ha señalado que el derecho a la indemnidad no puede ser utilizado como un escudo de impunidad, en el cual pueda ampararse toda especie de abuso de quien lo invoca⁶⁵⁷.

En otras situaciones, la garantía de indemnidad no ha sido concedida frente a la existencia de una causa real y razonable, ajena al derecho fundamental invocado, aunque insuficiente para reconocerse la procedencia del despido. En la propia STC 7/1993, que dio inicio a la construcción de la garantía de indemnidad como se conoce hoy, el TC terminó no concediendo el amparo al empleado que, no obstante haya intentado una acción judicial en contra del empleador, fuera despedido con base en incumplimientos contractuales efectivamente acaecidos, mismo que la instancia ordinaria no los considerase tan graves a punto de suscitar la punición máxima. Se extrae, de aquella decisión, el siguiente trecho (FJ 4):

No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia, en el bien entendido que no cualquier motivo sirve para

⁶⁵⁶ SEGALÉS, J., “Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales...”, cit., p. 128.

⁶⁵⁷ VALLE MUÑOZ, F. A., “La garantía de indemnidad del trabajador...”, cit., p. 109.

justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales. La decisión empresarial será, así, válida, aun cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental.

Esta lógica norteó la STC 198/2001, de 4 de octubre, que rechazó la nulidad del despido porque el motivo principal no tenía sido la comunicación, hecha por el empleado de un casino, de supuestas irregularidades en la empresa, sino la actitud antiprofesional de aquél en la noche en que los hechos se dieron. Así, mismo que las faltas apuntadas no hayan sido consideradas suficientemente graves para imponer la sanción más radical, se consideró que el empresario no tuvo intención de represaliar y se mantuvo la decisión que declaraba el despido improcedente.

Otro caso ruidoso, que algunos consideran una inflexión de la doctrina jurisprudencial hasta entonces firmada, comprendió trabajadores cuyos contratos habían sido terminados después de la unificación de la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, en el sentido de declarar la ilicitud de la externalización de empleados de locutorios telefónicos por la concesionaria de telefonía. Delante de la tesis judicial, que reconoció el vínculo de empleo directo de algunos trabajadores (aquellos que movieron las acciones), la empresa resolvió cerrar todos sus locutorios en el territorio español (salvo los de Santander), dando por concluida su relación con los contratados y respectivos empleados. El TC resolvió, entonces, que no había una conexión individualizada con el ejercicio de la acción por parte de trabajadores determinados, pero una reacción general de la empresa delante de una línea jurisprudencial que afectaba su política organizativa, recordando que la decisión no se dirigía exclusivamente en contra aquellos que demandaron, pero implicaba el despido generalizado de todos los trabajadores que prestaban servicios en locutorios.⁶⁵⁸

A pesar de las críticas que se siguieron a ese juicio⁶⁵⁹, la señalización del TC fue en el sentido de que el objetivo de la empresa no era adoptar represalias en contra ciertos

⁶⁵⁸ STC 196/2000, de 24 de julio; STC 197/2000, de 24 de julio; STC 199/2000, de 24 de agosto.

⁶⁵⁹ Vide: TASCÓN LÓPEZ, R., “La garantía de indemnidad del trabajador”, cit., pp. 181 y ss.; ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad...*, cit., pp. 113 y ss.

trabajadores o quitarles el derecho a una tutela efectiva, sino cerrar las puertas a un cambio relevante en su estructura organizativa que resultaba de la unificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Siendo así, mismo delante de una causa no reconocida como legalmente justa, la extinción de los contratos no escondía un motivo discriminatorio o represivo del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que la solución pasaba por la improcedencia ya declarada por la jurisdicción ordinaria.

Por todo eso, no basta que el trabajador haya protagonizado algún mecanismo de tutela judicial o extrajudicial para estar inmune a cualquier cambio de rumbo en la política organizativa empresarial, si esta se muestra justificable como una medida económica ajena a la intención discriminatoria, desvinculada de un criterio meramente represivo.

Además, la provocación de la máquina judicial no anula el poder disciplinario del empleador a punto de poner el empleado a salvo de la sanción, si incurre en ilícito contractual.

Otra decisión polémica, apuntada como una inversión de la tendencia expansiva de la doctrina del TC en cuanto a la garantía de indemnidad, dice respecto a la posibilidad de la Administración Pública, tras haber sido condenada judicialmente a pagar complementos salariales a funcionarios que ejecutaban tareas más complejas que las que deberían cumplir (propias de una función que exigía titulación más elevada), promover cambios que eliminasen aquella distorsión. El Tribunal, invocando el principio de la legalidad a que está sometida la Administración Pública, argumentó que:

Pues bien, la decisión administrativa de no prolongar el desempeño por las demandantes de amparo de unas funciones que en resolución judicial firme se habían declarado impropias de su nivel profesional y, consecuentemente, asignarles unos cometidos adecuados a su titulación, no hace sino poner fin a una situación que había sido declarada judicialmente como irregular, de suerte que no puede constituir indicio de discriminación o represalia, sino que, antes al contrario, se revela como un acuerdo encaminado al cumplimiento de la legalidad ordenadora de la función pública y que por ello es plenamente razonable y ajena a toda lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y es que la garantía de indemnidad, como manifestación o vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, no comprende ni cobija el mantenimiento de una situación jurídica

irregular como la descrita, por más a que las demandantes pudiera interesar beneficiarse de sus consecuencias laborales y económicas; consecuencias que constituyen la reparación de tal irregularidad, pero que no pueden dar cobertura a su mantenimiento.⁶⁶⁰

Lo que movió el Tribunal a desestimar el amparo constitucional fue el hecho de que la reacción de la Administración Pública no fue desencadenada con el objetivo de causar un perjuicio a las autoras de la acción, sino de reparar una situación irregular que había sido reconocida judicialmente. Luego, antes de ser una represalia, era una actuación dictada por el interés público y por el principio de la legalidad. Lo que quedó claro es que no se puede pretender, a partir de una visión ampliada de la garantía de indemnidad, el mantenimiento *ad aeternum* de una situación irregular, aunque tal situación beneficie el empleado.

Este mismo tema volvió a ser enfrentado en la STC 3/2006, de 16 de enero, en la cual se afirmó una vez más que, constatada una irregularidad funcional en una acción de cuantía anteriormente juzgada, “parece lógico que la empresa, ante la necesidad de redistribuir el trabajo administrativo entre servicios, decidiese corregirla asignando al recurrente a un puesto de trabajo acorde con su categoría profesional, sin que tal actuación resulte lesiva de la garantía de indemnidad” (FJ 4).

4.6. Garantía de indemnidad y pruebas

Decir que nadie puede sufrir una lesión en consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental es una cosa. Probar que la medida perjudicial tuvo como móvil el ejercicio de aquel derecho es otra bien diferente. Muy difícilmente el empresario va a reconocer que el despido, el cambio de las condiciones de trabajo o cualquier otro acto gravoso es, de hecho, una represalia al ingreso de una acción judicial por el trabajador. Normalmente, el acto empresarial es practicado bajo una justificativa aparentemente conectada a las necesidades organizativas o disciplinaria. Por eso, una distribución dinámica de la carga probatoria es imprescindible para que la garantía de indemnidad no sea apenas una promesa vana, pueda ser ejercitada efectivamente.

⁶⁶⁰ STC 298/2005 de 21 de noviembre, FJ 4.

El art. 181.2 LRJS, reproduciendo lo que ya disponía el art. 179.2 de la revocada LPL, establece que “en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. De esta manera, se ve que la parte que alega la violación de un derecho fundamental ha de traer a los autos, indicios del nexo entre el acto perjudicial y el ejercicio del derecho invocado, cabiendo a la parte contraria una prueba más consistente de que las medidas adoptadas tuvieran una justificativa objetiva y razonable y de que fueron dotadas de proporcionalidad. Disposición semejante está puesta en el art. 96.1 LRJS, respecto a la distribución de la carga de la prueba en los procesos sobre discriminación o cualquier otro supuesto de violación de derechos fundamentales y libertades públicas.

Los citados preceptos corporifican, en el plan legislativo, lo que ya se vino dibujando en la jurisprudencia desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, en la cual el TC se refería a las dificultades probatorias en hipótesis de discriminación encubierta bajo una capa formal de legalidad, dejando evidente que no se podrían utilizar los principios comunes de distribución de la carga de la prueba en tales situaciones. En numerosas decisiones, aquel Alto Tribunal ha destacado la necesidad de modular el encargo probatorio en una distribución más dinámica, que considere las citadas dificultades procesales de la parte autora.

En efecto, no basta al trabajador alegar la vulneración a un derecho fundamental para crear, en su favor, la certeza de los hechos afirmados. Para el TC, es necesario que sean aportados indicios mínimamente suficientes o un principio de prueba que genere, de manera razonable, una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia⁶⁶¹. Se espera del trabajador que demuestre hechos que induzcan una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de su alegación⁶⁶². Por otra parte, una vez presentes tales indicios, incumbe al empleador, probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aunque no justifiquen plenamente su licitud, se presentan razonablemente ajenos a cualquier motivo atentatorio a derechos fundamentales, eliminando las sospechas a ese respecto⁶⁶³.

⁶⁶¹ STC 41/1999, de 22 de marzo.

⁶⁶² STC 114/1999, de 22 de junio.

⁶⁶³ STC 21/1992, de 14 de febrero.

En el campo específico de la garantía de indemnidad, lo que se espera del trabajador es que presente indicios suficientes para que se establezca una conexión, racionalmente plausible, entre el ejercicio de la acción judicial (o de los respectivos actos preparatorios) y la conducta empresarial tachada de represalia. La existencia de esos indicios, por eso, debe ser valorada caso a caso a la luz de sus propias circunstancias, no siendo posible generalizarlas.

Ha sido frecuente entender como suficiente la demostración de la proximidad temporal o de la correlación cronológica de los hechos – si poco tiempo después de haber presentado su pretensión, o de verla juzgada, el empleado sufre una medida que le es perjudicial, hay una fuerte probabilidad de que esta haya sido consecuencia de aquella⁶⁶⁴. Se registra, sin embargo, que la falta de inmediación no significa la inexistencia del intento de represaliar, pero, dependiendo del caso, es preciso que se busquen otros indicios de nexo lógico entre acción y reacción, tal vez no tan fáciles de conseguir⁶⁶⁵.

En la STC 38/2005, de 28 de febrero, por ejemplo, el TC se deparó con un caso en que no había una relación temporal inmediata entre la acción judicial movida por la Secretaría del Consejo Social de una Universidad y el término de la relación de trabajo – apuntado como violador de la garantía de indemnidad –, pues había un lapso de tres años entre un hecho y otro. Sin embargo, considerando la permanencia del conflicto entre la empleada y su jefe, tras el reconocimiento del carácter laboral de la relación, bien como el hecho de que la extinción del vínculo fue operada formalmente por un cese y no por un despido – lo que contrariaba la decisión judicial que reconocía la laboralidad de la relación –, además de haber sido convocada una reunión del Consejo Social únicamente para discutir la anulación del despido de la reclamante, había indicios suficientes para inducir la sospecha de que se trataba de una represalia al enjuiciamiento anterior de la acción.

También ya se consideró indicio suficiente de transgresión a la garantía de indemnidad, el hecho de que otros trabajadores postulantes de pleitos análogos hayan sido igualmente sancionados o despedidos⁶⁶⁶.

En otra situación muy específica, la mera referencia al reclamo anterior

⁶⁶⁴ Por todas, STC 171/2005, de 20 de junio. Así también defienden ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad...*, cit., p. 136 y IGARTUA MIRÓ, M. T., *La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social...*, cit., p. 118.

⁶⁶⁵ IGARTUA MIRÓ, M. T., *La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social...*, cit., p. 119.

⁶⁶⁶ STC 101/2000, de 10 de abril.

propuesto por la candidata a un puesto público, anotada en el acta de la sección de la comisión del concurso, fue recibida como indicio de que el desempate hecho en favor de otra candidata era un acto de represalia⁶⁶⁷.

Evidentemente que, en aquellas hipótesis de vinculación expresa de la decisión empresarial a la reclamación judicial intentada por el trabajador, hecha en el propio documento de comunicación de la medida, no estamos propiamente delante de una prueba indiciaria, pero de hecho indiscutible que dispensa pruebas, capaz de posibilitar sólo una evaluación de su contexto y de sus consecuencias jurídicas⁶⁶⁸.

Respecto a la actividad probatoria del empleador, una vez existentes los indicios de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el TC ni siempre ha sido lineal en sus pronunciamientos – adoptando, a veces, soluciones *à la carte*, ajustadas a las peculiaridades de cada caso –, pero ha exigido, normalmente, una demostración de la concurrencia de una motivación real de la conducta empresarial, capaz de destruir la apariencia o duda que el trabajador haya generado en el juez. Esa posición está bien resumida en la STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, según la cual:

Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímelmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. No se impone, pues, al empresario la prueba diabólica de un hecho negativo – la no discriminación –, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

⁶⁶⁷ STC 87/2004, de 10 de mayo.

⁶⁶⁸ Así ha sucedido, por ejemplo, en los casos apreciados en las SSTC 14/1993, 196/2000, 197/2000 y 199/2000 y 55/2004, todas ya mencionadas anteriormente. En el caso de los empleados de locutorios telefónicos (SSTC 196, 197 e 199/2000), el TC entendió que los hechos eran no controvertidos, pero negó la nulidad del despido considerando el contexto en que la medida fue introducida, o sea, no consideró ausente indicio de vulneración de la garantía de indemnidad, pero admitió que la medida de carácter general adoptada por el empresario, aunque fuese una reacción a la unificación de la jurisprudencia en sentido desfavorable a sus intentos, no tenía el objetivo de reprimir o punir el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Considerando lo dicho, para desarticular los indicios aportados por el autor, el empresario ha de demostrar no sólo los hechos que justifican su conducta, sino también que ella ocurriría, posiblemente, de cualquier forma, independientemente del trabajador haber ejercido su derecho fundamental. En otras palabras, es necesario demostrar que el acto impugnado no guarda ninguna relación con la acción judicial propuesta por el trabajador, estando ajena a cualquier intención de obstaculizar, reprimir o sancionar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

La misma conclusión vale para aquellos despidos en que, al lado de un indicio a apuntar la violación de un derecho fundamental, exista un hecho de orden disciplinario como telón de fondo del término del contrato de trabajo. Si el empresario no logra demostrar que, ajeno a toda intención de represalia, la falta disciplinaria es real y grave lo suficiente para, por sí sola, justificar el acto extremo, la existencia de indicios a apuntar para una represalia a la acción judicial suscita el reconocimiento de la garantía de indemnidad y, por consiguiente, de la nulidad del despido. Caso contrario, la prueba de que realmente existió un incumplimiento contractual grave disolvería la percepción inicial, basada en los indicios, de que hubo una represalia al ejercicio del derecho a la tutela judicial. En realidad, en tales circunstancias, no estaríamos delante de una genuina multiplicidad de causas de despido, como parece apuntar la expresión empleada por el TC (“despido pluricausal”), pero nos depararíamos con la prevalencia de los indicios inicialmente aportados a los autos de que hubo una represalia indebida – lo que conduciría al reconocimiento de la nulidad del despido – o de la preponderancia de la prueba producida por el empresario, en el sentido de que el despido tuvo un fondo disciplinario real, desconectado del anterior reclamo promovido por el empleado – lo que llevaría al reconocimiento de la procedencia del despido⁶⁶⁹.

5 La compleja relación entre garantía de indemnidad y derecho al trabajo: por una comprensión integral de los derechos en juego

Por más que se le predique algún grado de autonomía, la garantía de indemnidad

⁶⁶⁹ Vide IGARTUA MIRÓ, M. T., *La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social...*, cit., pp. 129-131.

se revela más como un efecto anejo al derecho que ella garantiza. Si alguien practica un acto ofensivo a un derecho fundamental, la respuesta lógico-sistemática será, siempre que posible, impedir que el acto surta alguna eficacia jurídica, siendo impositivo reponer las cosas al estado anterior. Si existe un intento de obstaculizar, reprimir o sancionar el ejercicio del derecho de acción, no se puede permitir que ese acto de agresión al ordenamiento constitucional perpetúe sus efectos lesivos. En ese sentido, la garantía de indemnidad no puede ser considerada como un derecho autónomo, sino como una eficacia que se desprende de los derechos fundamentales – en el caso de la garantía de indemnidad en sentido estricto, sería más correcto hablar en efecto o garantía instrumental, que tiene raíz en el propio derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁷⁰.

Es indiscutible que, en la forma como fue pensada por el Tribunal Constitucional español, la garantía de indemnidad en su sentido estricto tiene su raíz en el derecho a la tutela judicial efectiva y se lanza por todos los tipos de relaciones, públicas o privadas, impidiendo que cualquier individuo sufra un daño por el hecho de buscar judicialmente la satisfacción de un derecho que pretende existir. Sin embargo, no podemos olvidarnos que el propio TC viene reconociendo efectos idénticos con relación a todos los derechos fundamentales residentes en el núcleo duro constitucional (Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I CE, más el derecho a la igualdad y no discriminación y la objeción de conciencia). En ese sentido más amplio, esta prohibición de represalias al ejercicio de un derecho fundamental es un efecto (garantía) que se irradia del propio derecho fundamental en juego.

Se ve que, ya en la citada STC 38/1981, que marcó la primera manifestación del TC sobre la nulidad radical del despido con vulneración a derechos fundamentales, se garantizó la indemnidad al trabajador – en el sentido de derecho de no sufrir daños – debido al ejercicio de su libertad sindical (art. 28.1 CE) y no en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva. Otros casos ya fueron citados, de anulación de actos

⁶⁷⁰ Defendiendo la autonomía de la garantía de indemnidad, ver NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El binomio acción-reacción: evolución y últimas tendencias sobre la garantía de indemnidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 132 (oct./dic. 2006), p. 914. IGARTUA MIRÓ, M. T. (*La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social...*, cit., p. 71), también reconoce una cierta autonomía a la garantía de indemnidad, aunque realce su unión indisoluble con el derecho a la tutela judicial efectiva. En sentido contrario, afirmando que la garantía de indemnidad es un corolario de los propios derechos reconocidos, pero no es un derecho autónomo, ver VALLE MUÑOZ, F. A., “La garantía de indemnidad del trabajador...”, cit., p. 81. ÁLVAREZ ALONSO, D., (*La garantía de indemnidad...*, cit., p. 34), defiende que se trata de un derecho adjetivo indisolublemente ligado a un derecho sustantivo, puntualizando que, más que un derecho, cabría hablar en una garantía instrumental a servicio de un derecho propiamente dicho, el derecho al ejercicio de acciones judiciales.

empresariales no relacionados directamente a la tutela efectiva, sino que practicados en violación a los derechos a la no discriminación (art. 14 CE)⁶⁷¹, a la propia imagen (art. 18.1 CE)⁶⁷², a la libertad de expresión (art. 20.1 a, CE)⁶⁷³, a la comunicación informativa (art. 20.1.d CE)⁶⁷⁴, etc. En todos esos casos, el amparo estaría sostenido en el mismo argumento: la prohibición a que el acto del empleador, aunque practicado bajo la apariencia de licitud, produjera resultados inconstitucionales, vulneradores de un derecho fundamental.

Intentar circunscribir el derecho a no sufrir daños (indemnidad) exclusivamente al universo del derecho a la tutela judicial efectiva suena un tanto artificial, especialmente para alguien que no fue forjado dentro de la cultura jurídica española. Esa teoría queda más difícil de sostener cuando el propio TC pone, en el horizonte de la garantía de indemnidad en su sentido estricto (y, por lo tanto, del derecho a la tutela judicial efectiva), la cobertura de denuncias a los órganos administrativos sin que el empleado haya siquiera cogitado de ingresar una acción judicial⁶⁷⁵ – que estarían más afinadas con el derecho de petición.

No obstante, el anclaje de la garantía de indemnidad en el art. 24.1 CE sirve a un propósito práctico de innegable valía para la integridad del sistema constitucional: ya que la tutela judicial efectiva se presenta como un canal para hacer valer todos los demás derechos, se abre una enorme ventana para viabilizar la protección indirecta del TC sobre todo el ordenamiento jurídico, una vez que, mismo los derechos de configuración legal, si no son razonablemente interpretados y aplicados por la jurisdicción ordinaria, estarían sujetos al escrutinio de aquel Alto Tribunal – bajo el criterio de la negativa de la tutela jurisdiccional efectiva en su aspecto de derecho a una sentencia fundada en derecho.

En el campo laboral, por ejemplo, la tutela judicial efectiva ha ocasionado manifestaciones del TC sobre el contenido material del art. 35.1 CE, no siendo tan raras

⁶⁷¹ STC 161/2004, de 4 de octubre; STC 342/2006, de 11 de diciembre.

⁶⁷² STC 99/1994, de 11 de abril.

⁶⁷³ STC 106/1996, de 12 de junio; STC 186/1996, de 25 de noviembre.

⁶⁷⁴ STC 4/1996, de 16 de enero.

⁶⁷⁵ Esa dificultad es denunciada por HERRAIZ MARTÍN, M. S. (*El Despido Nulo: Causas y Efectos...*, cit., p. 94), que sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador, sin duda, puede verse lesionado por una represalia empresarial; “sin embargo una medida de represalia empresarial motivada por quejas ante la empresa, declaraciones testificales del trabajador o denuncias ante determinados organismos contra el empresario, no lesionaría su derecho a la tutela judicial efectiva, pues el trabajador despedido no habría ejercitado en momento alguna ninguna acción judicial contra el empresario”.

las decisiones de casos concretos en recursos de amparo que, so pretexto de protección al derecho consagrado en el art. 24.1 CE, al fin y al cabo, resuelven concretizar el derecho al trabajo mediante la restitución del empleo al trabajador.

Desde la STC 7/1993, que representa el embrión de la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional, el derecho al trabajo aparece en las cogitaciones del TC al lado de la tutela judicial efectiva. Al recordar que, en decisiones anteriores, ya se había reconocido la nulidad radical de despidos efectuados con menoscabo a derechos fundamentales, como la libertad de expresión (STC 88/1985) o la libertad sindical (STC 104/1987), el Tribunal afirmó que (FJ 3):

Igual calificación merecería el producido por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los Jueces y Tribunales en defensa de derechos o intereses legítimos. En este supuesto, además, la prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5 c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985) que expresamente excluye de las causas válidas de extinción del contrato de trabajo, "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes."

Pues bien. La invocación del Convenio n. 158 de la OIT, para rechazar la posibilidad de despido en represalia al ejercicio del derecho a la tutela judicial, pone en el centro del debate el derecho al trabajo, cuyo contenido material ha sido dibujado a la luz de aquel pacto internacional. En efecto, al mencionar la presentación de queja o participación en un procedimiento contra el empleador entre los motivos que no constituirán causa justificada para el término del contrato de trabajo (art. 5.c), la norma en cuestión no pretendió disciplinar específicamente el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de acción, pero ciertamente el derecho al trabajo en una de sus más importantes facetas – el derecho del trabajador de no ser despedido si no existe una justa causa.

El mismo recurso al art. 5.c del Convenio n. 158 de la OIT fue utilizado en conexión con otros derechos fundamentales como, por ejemplo, en la mencionada

197/1998, de 13 de octubre, para reconocerse la imposibilidad de despido en represalia a la participación del trabajador como testigo en proceso judicial – luego, no en el ámbito de la tutela judicial efectiva y sí en sintonía con el derecho de comunicar información veraz.

En puridad, lo que se disciplina en aquella norma internacional son los límites del despido y sus posibles causas justificadas, impidiendo una apertura para la inclusión de causas discriminatorias o represivas como justificativas válidas para el término unilateral del contrato de trabajo. Se trata, por ende, de densificar el derecho al trabajo proclamado en la DUDDHH.

No nos olvidemos que el núcleo esencial del derecho al trabajo plasmado en el art. 35.1 CE, en su faceta individual, envuelve el derecho de no ser despedido sin que haya una justa causa y también la posibilidad de reaccionar contra el despido injustificado (STC 22/1981), de modo que cualquier acto que venga a limitar la capacidad de reacción del trabajador, imponiéndole sanción frente al simple reclamo de derechos que entiende como debidos, sea cual sea la vía utilizada (judicial o extrajudicial), representa ofensa directa a aquel derecho constitucional.

Se percibe, por lo tanto, que el derecho al trabajo y el Convenio 158 de la OIT están en el DNA de la garantía de indemnidad en el ámbito laboral, caminando de manos dadas con la tutela judicial efectiva para, al fin, proteger el trabajador en contra actos empresariales que lo impidan de ejercer sus derechos fundamentales y para garantizar la igualdad en el acceso, en el desarrollo y en el mantenimiento del empleo.

Ese mismo aspecto, de instrumento de protección al derecho de no ser discriminado en la relación de empleo – que también es uno de los aspectos esenciales del derecho al trabajo –, norteó la Directiva 2000/78/CE al vedar cualquier represalia al ejercicio de la acción judicial que objective implementar los derechos en ella consagrados, como realizado por el TJUE en “caso Coote” (véase tópico 4.4 retro).

Es evidente que todos los derechos subjetivos, constitucionales o no, guardan alguna relación con el derecho a la tutela judicial efectiva – que actúa como canal privilegiado de garantía del ordenamiento jurídico. Pero, el entrelazamiento entre el derecho al trabajo y el derecho de acción se hace singularmente notable, dado el poder que una de las partes ejerce sobre la otra, lo que impone la intervención estatal para limitar ese poder privado y buscar un punto de equilibrio en favor del interés de la sociedad como un todo – imposición de adviene no sólo de la cualificación del Estado español como social y democrático de Derecho (art. 1 CE), como también de la

proclamación de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) y de la encomienda a los poderes públicos de la promoción de las condiciones para que la igualdad entre las personas y grupos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE).

Esa relación simbiótica entre derecho al trabajo, posibilidad de reacción en contra el uso ilegítimo del poder empresarial y acceso a la justicia se amalgama en la garantía de indemnidad, barrera infranqueable al menoscabo cualificado del derecho al trabajo y de los derechos en el trabajo, como bien destacó el TC, al ver en esa garantía mucho más que el papel reparador que es inherente a la tutela judicial efectiva, pero también un carácter preventivo, en el sentido de estimular el cumplimiento del derecho objetivo en la esfera laboral. Esto quedó claro desde la STC 14/1993, según la cual el temor de represalias “podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial” (FJ 2).

Se añadió a la garantía de indemnidad, con aquel argumento, una finalidad de protección difusa del ordenamiento jurídico laboral, que trasciende al propio derecho del individuo que sufrió la lesión, o sea, un objetivo de prevenir la inhibición del uso de la vía judicial por otros trabajadores no inmediatamente afectados, pero que podrían ponerse temerosos ante la demostración de fuerza del empresario sobre el compañero que sufrió represalia.

Todos esos elementos conducen a la comprensión de una confluencia entre el derecho al trabajo y la tutela judicial efectiva en la formación de la garantía de indemnidad en sentido estricto, conforme esculpida por la jurisprudencia constitucional. No es demasiado recordar la lección del propio TC, en la STC 20/1994, mencionada anteriormente, al referirse a las relaciones de trabajo con sede en el art. 35 CE:

La reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se

convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva (SSTC 7/1993 y 14/1993). En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 C.E.), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo...⁶⁷⁶.

Observando la natural moderación que debe nortear las manifestaciones judiciales, el TC no llegó a elaborar una teoría amplia sobre el derecho al trabajo en todas sus posibles vertientes, pero nunca dejó de reconocer que el art. 35 CE incluye, en su esencia, la igualdad en el empleo y la necesidad de proporcionar al trabajador instrumentos que permitan el recurso al Poder Judicial, sin que esto pueda implicar alguna causa legítima para el término del contrato de trabajo.

Ubicar la garantía de indemnidad, notablemente en la hipótesis de despido en represalia, exclusivamente en el universo del derecho a la tutela judicial efectiva empobrece el debate y aprisiona el horizonte teórico ofrecido por una visión más integradora de los derechos fundamentales (y de la voluntad constitucional) en su conjunto. Solamente a partir de un abordaje amplio, que lleve en cuenta la interpenetración y la complementariedad de los derechos humanos y fundamentales, podremos superar aquel extrañamiento inicial causado por la idea de que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser violado fuera del proceso – mismo cuando el trabajador tuvo acceso al tribunal y obtuvo una decisión fundada en derecho o cuando sólo presentó una petición administrativa sin cogitar una acción judicial –, y de que esta violación sería sanada no a través de la restitución del acceso a la justicia (que habría sido supuestamente violado), pero con la readmisión del trabajador o la anulación de una

⁶⁷⁶ STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2.

medida discriminatoria en el trabajo.

Si se quiere hacer un abordaje verdaderamente omnicomprensivo del despido vulnerador de derechos fundamentales, no se puede disociar o aislar el derecho eventualmente en juego de los derechos a la tutela judicial efectiva (24.1 CE), a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE). Todos ellos convergen para la solución más adecuada del problema. Todos ellos dialogan entre sí y la garantía de indemnidad surge como un resultado práctico de ese diálogo.

CAPÍTULO TERCERO

LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO EN BRASIL Y LA CONFORMACIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

1 Trabajo y Legislación en Brasil: la Cultura de la Desigualdad

1.1 La formación del mercado laboral en Brasil: ecos de un pasado esclavista

Para una buena comprensión de las dificultades prácticas de efectivizar la protección contra despido arbitrario en el Brasil actual, es necesario que nos detengamos un poco sobre los orígenes del mercado de trabajo brasileño, dibujando los marcos históricos y culturales que condicionan la precariedad laboral en este país.

Diferente de lo ocurrido en Asia o en África, donde predominaron las relaciones mercantiles y extractivas, el modelo colonial portugués en Brasil, desde el siglo XVI, fue basado en la agricultura rudimentaria⁶⁷⁷, a partir de la implantación de un sistema que en algunos aspectos se acercaba al feudalismo gradualmente abandonado en Europa a lo largo de la baja edad media⁶⁷⁸. Vastas extensiones territoriales fueron concedidas por la Corona Portuguesa a señores de tierras que, para producir principalmente la caña-de-azúcar en un sistema agrícola arcaico, necesitaban de muchos brazos de los cuales la metrópoli no disponía, volviéndose imprescindible la utilización de mano de obra esclava⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ FREYRE, G., *Casa-Grande e Senzala*, 32ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1997, p. 4. Más adelante, el autor recuerda que el colonizador portugués de Brasil fue el primero a cambiar la base de la colonización tropical de la pura extracción para la creación local de riqueza, “aunque creada a costa del trabajo esclavo: tocada, por tanto, de aquella perversión de instinto económico que pronto desvió el portugués de la actividad de producir valores para la de explotarlos, transportarlos o adquirirlos” (p. 18)

⁶⁷⁸ Había una aproximación de la forma social instalada en el Brasil colonial y la sociedad guerrera medieval, “por el carácter autárquico del dominio señorial condicionado por la ausencia de instituciones por encima del señor territorial inmediato” (SOUZA, J., *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*, Rio de Janeiro: Leya, p. 48).

⁶⁷⁹ BUARQUE DE HOLANDA, S., *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, pp. 48-49.

A lo largo del período colonial, el trabajo esclavo era utilizado en la gran mayoría de las actividades económicas, consolidando una estructura social caracterizada por un enorme vacío a separar los dos extremos: de un lado, los señores de las tierras, dirigentes de la colonización, del otro, los esclavos, la masa trabajadora⁶⁸⁰. Es verdad que había, en mucho menor número, pequeños agricultores y ganaderos, además de comerciantes de todas las fortunas, pero la actividad comercial más lucrativa era el tráfico de esclavos africanos⁶⁸¹.

El predominio de la esclavitud y la relativa autonomía de las grandes propiedades, las cuales producían internamente gran parte de los productos que consumían, son señalados como factores debilitantes del comercio e inhibidores del surgimiento de profesionales cualificados en las ciudades⁶⁸². El trabajo manual, en ese contexto, era visto como algo negativo, indigno de un hombre libre. Prácticamente no había un mercado laboral en el sentido capitalista. Al lado del *apartheid* racial y social formado a partir de una estructura política inflexible, había un feroz control cultural, que prohibió la entrada de cualquier máquina o material de prensa en todo el territorio brasileño hasta 1808⁶⁸³, el año que marcó la llegada de la Corte portuguesa a Brasil – huyendo de las guerras napoleónicas.

Ya después de volverse independiente de Portugal, Brasil siguió dominado económica y políticamente por los latifundistas y por la élite burocrática a su alrededor, mientras la explotación de la esclavitud era mantenida legalmente hasta fines del siglo XIX.

La abolición de la esclavitud, el 13 de mayo de 1888, coincidió con la aceleración del éxodo rural, llevando a las ciudades muchos de los recién libertados, con baja o ninguna cualificación para los servicios típicamente urbanos y desprovistos de una legislación laboral protectora. “La urbanización representó un empeoramiento en las condiciones de vida de los negros libres y de muchos mestizos pobres en las ciudades”⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ PRADO JÚNIOR, C., *Formação do Brasil Contemporâneo*, 6ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1961, p. 279.

⁶⁸¹ CALDEIRA, J., *História da riqueza no Brasil*, Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, pp. 98-99. Según GOMES, L. (1808, 3ª ed., São Paulo: Globo Livros, 2014, p. 114), casi dos millones de cautivos africanos fueron importados para trabajar en las minas y cultivos de Brasil durante el siglo dieciocho, uno de los mayores traslados forzados de personas de la historia de la humanidad.

⁶⁸² BUARQUE DE HOLANDA, S., *Raízes do Brasil*, cit., pp. 57-59.

⁶⁸³ CALDEIRA, J., *História da riqueza no Brasil*, cit., p. 120.

⁶⁸⁴ SOUZA, J., *A elite do atraso...*, cit., p. 61.

Con eso, se creaba una masa de trabajadores baratos, aprovechados parcialmente en servicios domésticos y otros considerados de baja relevancia social, casi sin derechos. La gran mayoría de los esclavos libertos nunca habían escuchado hablar en derechos laborales o en igualdad jurídica, conceptos impensables para los que anhelaban apenas la integridad física y la libertad de ir y venir⁶⁸⁵.

En aquella misma época, los grandes productores de café del sureste brasileño pasaron a recibir inmigrantes europeos para suplir la falta de mano de obra en el campo. Aunque vivieran en condiciones de pobreza, estos trabajadores ya respiraban el aire de libertad en sus orígenes y tenían aspiraciones más elevadas, de lucha por desarrollo económico y social y de igualdad de derechos.

En el inicio del siglo XX, el acúmulo de capital proveniente del labrantío de café promovió el surgimiento de las primeras industrias en Rio de Janeiro y São Paulo, que absorbieron un número considerable de trabajadores inmigrantes, marcando un tímido comienzo de la formación de un mercado laboral un poco más diversificado y dando inicio a los sindicatos brasileños. De acuerdo con el *Departamento Estadual do Trabalho* en São Paulo, según el informe de 1912, las 31 fábricas textiles de la ciudad empleaban 10.204 operarios, siendo menos del 20% de brasileños (1.843), mientras que los italianos representaban casi un 60% (6.044)⁶⁸⁶.

Aunque hayan tenido transformaciones advenidas de la industrialización y de la consecuente diversificación de la economía vista a lo largo del siglo XX, cuatro siglos de esclavitud dejaron fuertes huellas en formación del pueblo brasileño, dominado

⁶⁸⁵ SEGADAS VIANNA, “Evolução do Direito do Trabalho”, cit., p. 56.

⁶⁸⁶ MARTINS RODRIGUES, L., *Conflito industrial e sindicalismo no Brasil*, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1966, pp. 108-110.

históricamente por una comunidad burocrática, elitista y excluyente⁶⁸⁷, asentada desde su inicio en privilegios inexplicables a la luz de la democracia moderna⁶⁸⁸.

Los grandes propietarios rurales, antiguos señores de esclavos, aún monopolizaron la política nacional en las tres primeras décadas del siglo XX y solamente en la segunda mitad de aquel siglo la población urbana ultrapasó, en cantidad, la población rural. Además, la estructura agraria colonial sobrevivió por más de un siglo en el vasto interior del territorio brasileño y algunos resquicios aún pueden ser encontrados, incluso en los días actuales. No deja de ser sintomático que sólo con la Constitución de 1988 los trabajadores rurales fueron igualados, en sus derechos, a los trabajadores urbanos.

Hasta hoy, las familias de las clases más altas no prescinden de los servicios de empleados domésticos y la arquitectura de las viviendas actuales reproduce el *apartheid* de las antiguas propiedades rurales esclavistas: de un lado, la “*Casa-Grande*”, vivienda del propietario y de su familia – con todo lujo que el dinero proporciona –, del otro, la “*Senzala*”, dormitorio precario e insalubre destinado a los esclavos. Los modernos edificios residenciales cuentan con ascensores de uso exclusivo de propietarios e invitados, mientras que los trabajadores domésticos y prestadores de servicio muchas veces son obligados a transitar por ascensores de carga. Como si no fuera bastante, los pisos más amplios y mansiones abrigan, en la parte de atrás, un área de servicio donde quedan minúsculas habitaciones destinadas a los empleados que, a su vez, duermen en el local de trabajo convenientemente separados de la familia empleadora.

Según el “*Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE*”, se estimaba haber 6 millones y 600 mil trabajadores domésticos en Brasil,

⁶⁸⁷ Además de FREYRE, G. (*Casa-Grande e Senzala*), BUARQUE DE HOLANDA, S. (*Raízes do Brasil*) y PRADO JÚNIOR, C. (*Formação do Brasil Contemporâneo*), ya citados, la génesis de esa sociedad excluyente es disecada por: FAORO, R., *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: Editora Globo, 2001. En líneas generales, todos estos autores dan mucha importancia a la esclavitud para la formación de la sociedad brasileña, pero especialmente los dos últimos concentran sus críticas a las dificultades de hoy a partir del patrimonialismo y de la apropiación del Estado por las élites burocráticas. SOUZA, J. (*A elite do atraso...*, cit., passim), diversamente, propone que la narrativa sociológica de la formación de la sociedad de Brasil debe ser más centrada en la esclavitud y la perpetuación de una sociedad racista y desigual. Pero todos concuerdan que existe una especie de división social atávica y una histórica apropiación del poder por las élites económicas y burocráticas.

⁶⁸⁸ Un ejemplo elocuente de los privilegios coloniales mantenidos hasta hoy es el fuero penal especial para políticos y magistrados (antes para los nobles), apuntado por casi todos los analistas como fuente de impunidad de los poderosos.

en 2011, siendo el 61% de esa suma formados por mujeres negras⁶⁸⁹, no casualmente, descendientes de los antiguos esclavos.

Estamos hablando de una categoría que sólo logró el derecho a la limitación de la jornada de trabajo en abril del 2013, a través de una enmienda constitucional⁶⁹⁰. Hasta esa fecha, la ley permitía que se trabajara cuantas horas fueran exigidas por el empleador, sin derechos a remuneración extra. Ese cambio normativo provocó gran inquietud en la clase media que temía dejar de tener las condiciones necesarias para mantener empleados domésticos y perder privilegios. Es sintomático que una conocida socialite y periodista brasileña, reflejando el sentimiento que parecía dominar las élites de entonces, hizo publicar en su columna del periódico *Folha de São Paulo*, en vísperas de la aprobación de la enmienda, duras críticas a la iniciativa del Congreso Nacional, afirmando que estaría pasando noches en vela, apavorada, ya que sería “totalmente dependiente de una ayuda doméstica”⁶⁹¹.

En una sociedad en que la división entre pobres y ricos es tan arraigada, en que la clase dominante, tradicionalmente, desea estar por encima de las leyes, no es difícil entender porque, aunque haya habido tantos avances desde la redemocratización de la década de 1980, exista gran resistencia de los empresarios en considerar al trabajador como igual, especialmente en aceptar un mínimo de eficacia a la estabilidad en el empleo. “Para gran parte de la sociedad mejor posicionada económica y socialmente, los resultados de la política de valorización salarial y de un marco regulatorio de derechos sociales y laborales serían marcados por el ‘populismo’ de gobiernos irresponsables, defensores de una ‘república de sindicalistas’ o aliados del comunismo”⁶⁹².

Esa tensión es sentida no solamente en las discusiones parlamentarias, sino también en el ámbito de la doctrina académica y en los tribunales. Mismo con los innegables avances obtenidos desde la Constitución de 1988 hasta recientemente, hubo siempre una tendencia a la inercia al interpretar la Constitución y las leyes como si nada

⁶⁸⁹ DIEESE, O emprego doméstico no Brasil, *Estudos e Pesquisas*, n.º 68 (ag. 2013).

⁶⁹⁰ La enmienda Constitucional 72/2013 extendió algunos derechos constitucionales a los domésticos, pero no llegó a equipararlos plenamente a los demás trabajadores. La extensión de otros derechos vino con la Ley Complementaria 150, de 1 de junio de 2015, pero todavía existe una diferenciación de esa categoría de trabajadores.

⁶⁹¹ LEÃO, D., “O assunto do dia”, *Jornal Folha de São Paulo*, 31 de marzo de 2013.

⁶⁹² SANTOS, A. L. y MARACCI GIMENEZ, D., “Desenvolvimento, competitividade e a reforma trabalhista”, en AA.VV. (org. Dari Krein, J., Maracci Gimenez, D. y Santos, A. L.), *Dimensões Críticas da Reforma Trabalhista no Brasil*, Campinas: Editora Curt Nimuendajú, 2018, p. 43.

hubiera cambiado. Por otra parte, si los cambios son en el sentido de retirar derechos, como ocurrió con la reforma laboral de 2017, siempre hay un sector judicial que se apresura a aplicar inmediatamente la nueva ley, aunque las relaciones discutidas sean antiguas.

Es necesario reconocer, sin embargo, que la mayoría de la magistratura del trabajo, hoy en día, se ha mostrado comprometida con los valores constitucionales democráticos y los tratados de derechos humanos de los cuales Brasil es parte – razón por la cual ha sido objeto de fuertes críticas de sectores políticos y empresariales importantes, que están proponiendo, sin ningún pudor, la extinción pura y simple de la Justicia del Trabajo. Las nuevas élites no pierden el viejo rancio autoritario.

1.2 Barreras culturales a la efectividad de los derechos de los trabajadores

La dificultad de concretización práctica de reglas limitadoras del poder empresarial en Brasil no se explica sólo por los resquicios de un pasado esclavista y por la atávica división de la sociedad. Hay otros factores importantes, además de la conocida tendencia mundial a la desconstrucción del derecho laboral en la ola del liberalismo económico: los políticos y empresarios brasileños aún tienen muy arraigada una visión patrimonialista y clientelista del Estado, como si este debiera estar exclusivamente a su servicio. No es por acaso que los escándalos de corrupción, envolviendo relaciones espurias entre el mundo político y el empresarial, acompañan la historia del país hasta los días actuales⁶⁹³.

Ora, si el propio Estado es visto por muchos como una entidad a servicio de los negocios, las empresas son consideradas un territorio libre de interferencia estatal, espacio natural para el ejercicio de un poder privado casi absoluto. Además, existe una cultura de incumplimiento de la ley que se esparce por todas las clases sociales, una

⁶⁹³ Basta citar, aquí, la notoria condenación, en 2012, de varios políticos influyentes, unidos a los partidos que sostenían el gobierno central, en el conocido “*escândalo do mensalão*”, y el más reciente escándalo de la PETROBRAS, en el cual hay comprobación de desvío de billones de dólares de la empresa estatal por diputados, senadores, ministros y grandes empresarios de todos los colores políticos.

antigua tendencia a burlar las reglas para la cual existe el eufemismo “*jeitinho brasileiro*”⁶⁹⁴.

1.2.1 La cultura del incumplimiento de las leyes

No es de hoy que se identifica en Brasil una tendencia de considerable parte de la población a ignorar algunas leyes – que existen, pero no son aplicadas – y a incumplir otras, en beneficio propio⁶⁹⁵. Pocos minutos en una calle bullente son suficientes para depararse con conductores y peatones incumpliendo leyes de tránsito y personas intentando colarse en las filas, como si no pasara nada. También es frecuente oír comentarios de personas que no pagan impuestos y se vanaglorian de ello – buscando justificar su acción criminosa en la supuesta carga tributaria “extorsiva”.

Es cierto que todas las sociedades enfrentan, en mayor o menor grado, el problema del incumplimiento de las leyes por algunos individuos. Lo que causa extrañamiento, especialmente para quien es oriundo de una sociedad más organizada, es que, en el caso brasileño, ese incumplimiento llega a ser, en ciertas condiciones, socialmente aceptable.

Este patrón cultural es apuntado por García Villegas como característico de toda América Latina, uniéndolo a la colonización portuguesa y española⁶⁹⁶. Tras especular sobre las diversas posibles causas de este fenómeno poco estudiado, él concluye que:

En América Latina existe una enorme brecha entre, por un lado, las normas escritas, las que enseñan los profesores en las facultades de derecho, las que promulgan los legisladores y aplican los jueces y, por el otro, los comportamientos de la gente, incluyendo el de esos profesores y esos legisladores. Los latinoamericanos vivimos en una especie de sociedad esquizofrénica, en la que se habla mucho de lo

⁶⁹⁴ La expresión “*jeitinho brasileiro*”, originalmente, se refería a una forma creativa, heterodoxa, no basada en reglas, para solucionar un problema. Últimamente, ha sido utilizada para designar una forma creativa de burlar reglas o convenciones sociales en beneficio propio (una “ilicitud tolerada”).

⁶⁹⁵ DAMATTA, R., *O que faz o brasil, Brasil?*, Rio de Janeiro: Rocco, 1986, pp. 93 y ss.

⁶⁹⁶ GARCÍA VILLEGAS, M., “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina”, en AA.VV. (coord. Rodríguez Garavito, C.), *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 161-184.

que debe ser y se promulga mucho sobre el deber, pero se practica muy poco lo que se promulga.⁶⁹⁷

Buscando promover interés académico sobre esa inclinación para la relativización de las normas jurídicas en Brasil, la Facultad de Derecho de la *Fundação Getúlio Vargas* (São Paulo) desarrolló un índice para medir la percepción del cumplimiento de las leyes por los brasileños (IPCL Brasil), mediante realización de encuestas semestrales. En la encuesta referente al primero semestre de 2015, se constató que el 73% de los encuestados respondieron haber cruzado la calle fuera del paso de cebra en los últimos doce meses, el 59% admitieron haber comprado productos no originales, el 23% aparcaron en lugar prohibido, el 4% afirmaron haber dado dinero a un policía u otro funcionario público para evitar ser multado y el 3% llevaron artículos de pequeño valor de una tienda, sin haberlo pagado. Por otro lado, el 80% concordaron con la afirmación de que es fácil desobedecer la ley en Brasil y, lo que es mucho más terrible, el 56% creen que hay pocas razones para cumplir la ley⁶⁹⁸.

Es muy común en Brasil, intentar explicar ese fenómeno conductual por la impunidad, o sea, por la incapacidad institucional de aplicar el derecho. En tesis, si existe poca perspectiva de punición o, cuando ocurre, la pena es muy blanda, uno cree ser económicamente ventajoso incumplir la ley.

Se trata, en realidad, de una cuestión muy compleja, que no puede ser explicada por un único factor. Además de la impunidad, que es innegablemente un elemento importante, no se puede olvidar la herencia colonial en la concepción de la autoridad y de la ley⁶⁹⁹, ni “la brecha entre los textos escritos y las realidades sociales; la criminalidad individual y organizada; la relación entre derecho, moral y cultura; y la legitimidad del Estado”⁷⁰⁰. Se suma a esto la llamada “inflación legislativa” que acometió Brasil, o sea, una producción exagerada de leyes que dificulta su conocimiento y cumplimiento. Entre los años 2000 e 2010, por ejemplo, 75.517 estatales y federales fueron editadas⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Ibidem, p. 177.

⁶⁹⁸ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, *Relatório IPCL Brasil 1º semestre/2015*. Disponible en <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14133>. Fecha de consulta: 06.04.2018.

⁶⁹⁹ GARCÍA VILLEGAS, M., “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento”, cit., p. 179.

⁷⁰⁰ Ibidem.

⁷⁰¹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, *Relatório IPCL Brasil 1º semestre/2015*, cit., p. 02.

Es evidente que los brasileños no están condenados a convivir eternamente con un diagnóstico de irrespeto crónico a las normas jurídicas. El país ha pasado por cambios importantes que apuntan para una gradual maduración institucional. El encarcelamiento de políticos, altos burócratas y empresarios importantes y las más recientes investigaciones policiales y condenaciones judiciales, han revertido las expectativas y dejado la población menos tolerante con la corrupción – aunque haya muchas críticas a algunos métodos aparentemente abusivos de los investigadores y jueces.

Pero un amplio cambio de mentalidad y de actitudes de toda una sociedad no ocurre de la noche al día. Todavía hay un largo camino a ser recorrido.

1.2.2 Incumplimiento de la legislación laboral

Si hay un comportamiento social de poco respeto a las leyes en general, no es diferente con la legislación laboral brasileña, la cual enfrenta las vicisitudes de contrariar los intereses de los más fuertes, política y económicamente, en un mundo dominado por ellos, además de ser muy detallista y burocratizada – lo que dificulta su cumplimiento, aunque sea por los bien intencionados.

En análisis a la situación existente en Brasil, en el periodo inmediatamente posterior a la edición de la CLT, un catedrático norteamericano, observador del escenario brasileño, afirmaba muy agudamente:

Para un historiador del trabajo acostumbrado a Estados Unidos, una primera lectura de la CLT decididamente produce una reacción curiosa. Se queda inmediatamente atónito ante la extraordinaria liberalidad con la que la CLT establece derechos y garantías para los trabajadores urbanos y sus organizaciones. Si el mundo del trabajo de hecho funcionara de acuerdo con la CLT, Brasil sería el mejor lugar del mundo para trabajar. Y si la mitad de la CLT fuera cumplida, Brasil todavía sería uno de los lugares más decentes y razonablemente humanos para aquellos que trabajan en todo el mundo. Claro que sería el cúmulo de la ingenuidad intentar sacar conclusiones sólo a partir de la lectura de un texto jurídico. De hecho, no es necesario mucho para percibir que el aparente contenido de la ley podría ser fácilmente debilitado por su no cumplimiento y por interpretaciones jurídicas o administrativas equivocadas. Y, cuando se examina el mundo del

trabajo, rápidamente queda claro que, a pesar de su objetivo amplio e inclusivo, en la práctica la CLT era aplicada de forma muy irregular, fuera en la relación campo/ciudad, fuera entre las diferentes regiones del país, o aún entre los diferentes sectores y ocupaciones en las áreas urbanas, que eran su principal foco.⁷⁰²

Para el referido autor estadounidense, “la distancia entre apariencia y realidad era tan grande que parecía insuperable”, una vez que, incluso en la industria paulista, “un gran número de trabajadores era empleado bajo condiciones y con remuneración que convertía en ridículo los maravillosos legalismos humanísticos de la CLT”⁷⁰³.

A pesar de todos los avances institucionales desde el inicio de la vigencia de la CLT y, especialmente, al final del siglo pasado y en el inicio del actual, con una considerable reducción del trabajo infantil y del trabajo degradante, aún persiste un elevado nivel de incumplimiento de la legislación obrera. Datos oficiales apuntan que, entre 1995 y 2010, la fiscalización del trabajo rescató 39.169 trabajadores encontrados en situación análoga a la de esclavo, encuadrada en una o más hipótesis del artículo 149 del Código Penal Brasileño (trabajo forzado, servitud por deuda, jornada exhaustiva o trabajo degradante)⁷⁰⁴. Se trata de una situación extrema de incumplimiento de la legislación laboral y de la Constitución, pero representa solamente la punta del iceberg de una llaga que todavía asuela un país de tamaño continental, dotado de un aparato de fiscalización deficiente⁷⁰⁵.

Esta propensión a la no observación de los derechos laborales mínimos contamina hasta mismo las grandes empresas transnacionales instaladas en Brasil, que en sus países de origen no parecen tener una actitud de desprecio a las leyes. El grupo español INDITEX, por ejemplo, fue acusado de utilizar, en la cadena productiva de las tiendas Zara en el estado de São Paulo, proveedores con histórico de graves violaciones a derechos de trabajadores. En 2011 fue firmado un acuerdo extrajudicial con el

⁷⁰² FRENCH, J. D., *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*, trad. Paulo Fontes, São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001, pp. 14-15 (hicimos una libre traducción desde la versión en portugués).

⁷⁰³ Ibidem, p. 16.

⁷⁰⁴ BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego, *Quadro Geral das Operações de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo*, SIT/SRTE 1995 a 2010.

⁷⁰⁵ En 2014, había solamente 2.782 fiscales en actividad, para un universo de más de 90 millones de personas ocupadas y un territorio de 8.514.876,599 Km².

Ministerio Fiscal, por el cual aquella empresa se comprometió a exigir el cumplimiento de las leyes laborales por sus proveedores y a contratar auditoría externa para garantizar el cumplimiento de lo acordado. Al deponer ante una comisión de investigación de la Asamblea Legislativa del Estado de São Paulo, en 2014, el presidente de la INDITEX en Brasil admitió que había trabajo esclavo en la cadena productiva de la Zara en 2011⁷⁰⁶.

Mismo después de transferir su centro de operaciones para el estado de Santa Catarina, aparentemente, la empresa no cambió su postura, ya que, en 2015, fue flagrada incumpliendo el compromiso asumido en 2011, pues una fiscalización en 67 empresas proveedoras constató diversas irregularidades, como atraso de salarios y de depósitos del FGTS, jornadas de trabajo excesivas e irrespeto a las reglas de seguridad (aumento de la cantidad de accidentes de trabajo). Por este motivo, el Ministerio Fiscal Laboral cobra en la Justicia una multa de 25 millones de reales⁷⁰⁷.

Ciertamente no estamos delante de un caso aislado, de una empresa transnacional que, en su cadena de negocios, hace uso de trabajo degradante. La descentralización productiva, acentuada en todo el mundo en los últimos años, ha contribuido para la precarización del trabajo⁷⁰⁸. Aunque la gran empresa no eluda derechos de forma directa, termina por hacerlo de forma indirecta, al subcontratar pequeñas empresas que son inducidas, por la concurrencia, a rebajar el coste de los servicios por la vía del *dumping* social. Resumiendo, “lo que la grande no puede hacer, la pequeña hace por ella: paga poco, niega derechos, usa máquinas viejas y peligrosas, ignora normas de prevención de accidentes”⁷⁰⁹.

Si, con todas las deficiencias del aparato estatal, ha habido avances en el combate al trabajo infantil y al trabajo degradante en Brasil, y esto es un hecho innegable, no se puede ignorar la tensión generada por el movimiento en sentido contrario, resultante de la subcontratación – que sólo no se esparció en mayor escala gracias a la jurisprudencia

⁷⁰⁶ Véase INFANTE BERTÃO, N., “Zara admite que havia trabalho escravo em sua cadeia produtiva”, *Veja.com*, 21 de mayo de 2014, disponible en <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/zara-admite-que-havia-trabalho-escravo-em-sua-cadeia-produtiva/>, fecha de consulta: 07.04.2018.

⁷⁰⁷ Varios reportajes fueron publicados a ese respecto. Por todos: ROLLI, C., “Ministério do Trabalho aplica multa a Zara por descumprir compromisso”, *Folha de São Paulo*, 11 de mayo de 2015, disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/05/1627237-ministerio-do-trabalho-autua-zara-por-descumprir-compromisso.shtml>, acceso en 17.08.2015.

⁷⁰⁸ Sobre la creciente precariedad laboral promovida por la subcontratación de servicios, ver FERNANDES COUTINHO, G., *Terceirização – máquina de moer gente trabalhadora*, São Paulo: Ltr, 2015.

⁷⁰⁹ VIANNA, M. T., *Para entender a terceirização*, São Paulo: Ltr, 2015, p. 52.

restrictiva del TST⁷¹⁰, pero ahora, tras la reforma laboral de 2017 y las recientes sentencias del STF, puede generalizarse.

1.2.3 Dificultades de implementación de la tutela efectiva

Además de la referida insuficiencia de los medios estatales de fiscalización, el sistema judicial brasileño no ha sido decisivo para eliminar la cultura de incumplimiento de las leyes laborales, sea porque se presenta excesivamente lerdo, sea porque es tímido en la utilización de instrumentos procesales fuertes que puedan garantizar el usufructo del derecho *in natura*, sea porque el recelo de sufrir retaliaciones inhibe al trabajador de acceder a la Justicia en el curso del contrato de trabajo.

En efecto, a pesar de ser la más rápida entre todas las ramas del Poder Judicial, la Justicia del Trabajo también sufre con el problema de la morosidad crónica. Esto se debe, en buena medida, al elevadísimo número de procesos a ser juzgados: solamente en 2014, por ejemplo, fueron recibidos en los juzgados laborales 2.344.351 nuevos procesos, los cuales, sumados al residuo aún pendiente de los años anteriores (1.358.413), alcanzaron el gigantesco resultado de 3.702.764 procesos para sentenciar en aquel año⁷¹¹. Decidir todos esos procesos con la rapidez necesaria sería tarea humanamente imposible para los 3.027 jueces en actividad⁷¹². Aún que se haya alcanzado la impresionante marca de 2.287.879 procesos juzgados en 2014 (el 97% del número de casos nuevos)⁷¹³, el residuo de procesos pendientes ha desafiado la capacidad de producción de los magistrados.

No bastara el volumen de servicio que impide una respuesta rápida del Judiciario a la violación de derechos, el trabajador enfrenta una *via crucis* hasta que la sentencia condenatoria sea ejecutada. Un proceso de ejecución excesivamente burocratizado, que favorece las dilaciones por el deudor, puede llevar años para tener un fin. Según el Informe General de la Justicia Laboral en 2014, el tiempo promedio de duración del

⁷¹⁰ El precedente (*súmula*) n.º 331 del TST, que no permitía la subcontratación de servicios para las actividades centrales (principales) de la empresa contratante, siempre fue objeto de constantes ataques de expresivos sectores del empresariado, que lograron alterar el panorama por la vía legislativa (Ley 13.429/2017) y, luego, por una polémica sentencia del STF.

⁷¹¹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, *Relatório Geral da Justiça do Trabalho*, 2014, p. 68.

⁷¹² Idem, p. 11.

⁷¹³ Idem, p. 79.

proceso, desde el enjuiciamiento de la acción hasta el final de la ejecución, era de 5 años y 11 meses⁷¹⁴.

El bajo coste del proceso laboral para el empresario, con costas no excedentes al 2% del valor de la condenación y tasas de interés del 12% al año, es un factor que estimula la utilización de maniobras procesales para alargar el tiempo de duración del proceso⁷¹⁵. Aunque las tasas de interés del 12% al año puedan parecer altas en muchos países, Brasil ha enfrentado, en las últimas décadas, una de las más altas tasas de interés del mundo. No se consigue ningún préstamo bancario con tasas inferiores al doble de aquella aplicada a las deudas laborales. Luego, dejar de pagar la deuda laboral es una forma de obtener financiación barata.

Por otro lado, considerando que no hay un procedimiento específico y preferente para tutelar los casos de vulneración de derechos fundamentales, los únicos instrumentos rápidos de que el trabajador puede valerse para evitar que la morosidad judicial haga perecer su derecho son las tutelas de urgencia (medidas liminares, cautelares, anticipación de tutela), instrumentos que han sido utilizados con parsimonia por los jueces, reservados a los casos más graves de incumplimiento o de urgencia manifiesta. Caso el trabajador no consiga una tutela de urgencia que haga cesar, inmediatamente, la vulneración de sus derechos, tendrá que aguardar un largo periodo hasta que su proceso sea juzgado y la sentencia sea ejecutada.

Quizás por eso, adunado al recelo de sufrir represalias patronales en contra su reclamación en la vía judicial, el trabajador brasileño, en regla, sólo se siente a gusto para reclamar sus derechos después de la extinción del contrato de trabajo. Las estadísticas muestran que, entre los diez temas más comunes en los procesos laborales iniciados el 2014, siete tienen relación con las cantidades dinerarias derivadas de la extinción del contrato laboral⁷¹⁶, demostrando que la gran mayoría de los casos versan sobre contratos ya extintos y sobre las cuantías que el empleado despedido debería recibir.

⁷¹⁴ Idem, p. 108.

⁷¹⁵ Hasta julio de 2015, la actualización monetaria de las deudas laborales era hecha a través de la tasa referencial (TR), que en la última década se ha acercado de cero. Solamente en agosto de 2015, el TST decidió (ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, DEJT 14/08/2015) que debe ser utilizado el índice del IPCA que, en 2014, fue del 6,4%.

⁷¹⁶ Algunos datos: 714.863 procesos que tenían como objetivo la indemnización del aviso previo, 612.581 buscando el pago de multa por atraso en el pago de las cuotas rescisorias (art. 477, CLT), 522.981 discutiendo la multa del 40% del FGTS. BRASIL, *Relatório Geral da Justiça do Trabalho*, cit., p. 64.

Hay, por lo tanto, una paradoja en esta alta tasa litigiosa en Brasil: mismo con el elevado número de trabajadores que buscan la Justicia Laboral (más de dos millones de procesos por año), la tutela judicial sólo es buscada tardíamente, después de terminado el contrato, resultando en mera monetización de los derechos ofendidos en el curso de la relación de empleo. Es como un perro persiguiendo su propia cola: los derechos son evadidos y, tras la pérdida del empleo, algunos trabajadores buscan la justicia y reciben una reparación, pero eso no evita la disminución de derechos en el siguiente empleo.

Este sistema, obviamente, es insuficiente para desestimular el incumplimiento de la legislación laboral y hacer efectivos los derechos de los trabajadores, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales. Lo que ya no era bueno, empeoró mucho con la aprobación de la reforma laboral, que impuso pesados costos procesales para el trabajador que tiene su acción juzgada improcedente – una barrera económica que amedrenta a los que posee poco y es objeto de acción directa de inconstitucionalidad aún no juzgada por el STF.

1.3 Represalias patronales al ejercicio del derecho de acción: una triste realidad

Pese a la existencia de un texto constitucional detallista sobre los derechos de los trabajadores y de una legislación basada en el espíritu protector del Derecho Laboral, Brasil todavía enfrenta un enorme *déficit* de efectividad de esas normas, lo que se explica, parcialmente, por el conservadurismo de una sociedad elitista, por la cultura de desprecio al cumplimiento de las leyes – notablemente en los círculos más privilegiados de poder político y económico – y por la deficiencia de la fiscalización estatal. Sin embargo, no se debe despreciar, también, el notable abismo educacional en que se encuentra gran parte de la población brasileña⁷¹⁷, de modo que es muy pequeño el nivel de conocimiento de los propios derechos por la clase trabajadora.

Se aduna a todo eso la acomodación de muchos sindicatos, proporcionada por un sistema anacrónico de monopolio de la representación que termina por entorpecer a los líderes clasistas en actividades burocráticas y reducir su disposición para enfrentar la

⁷¹⁷ Los diagnósticos oficiales del plan nacional de educación (Ley 10.172/2001) muestran una mejora progresiva en ese terreno, pero aún presentan una realidad alarmante de un país carente de educación pública y de cualidad.

lucha por la efectividad de derechos básicos de la clase representada.

El menosprecio a la fuerza obligatoria de la legislación social por el patronato desagua en la Justicia Laboral con un asustador volumen de procesos⁷¹⁸ que no se ha logrado dar una salida adecuada. Un análisis superficial de ese número de reclamos podría llevarnos a la falsa conclusión de que el trabajador brasileño no se somete al incumplimiento de las normas laborales y por eso, siempre que siente que algún derecho le fue negado, recurre prontamente a los jueces. Pero no es eso lo que ocurre en la realidad. Ese número sólo demuestra lo lejos que estamos del cumplimiento espontáneo de la legislación por la clase empresarial.

En puridad, la regla es que solamente trabajadores con algún tipo de garantía de empleo, como los dirigentes sindicales, o aquellos vinculados a empresas públicas, en las cuales la impersonalidad es más acentuada y las expectativas de permanencia son mayores, osan buscar la Justicia Laboral aún en la vigencia del contrato. En contraste, la gran mayoría de las causas recibidas anualmente está relacionada con contratos ya terminados, haciendo con que algunos autores afirmen, provocativamente, que la Justicia del Trabajo es la “Justicia de los Desempleados”.

Tomando como ejemplo la decimotercera región (estado de Paraíba), los juzgados laborales recibieron, entre enero de 2011 y junio de 2012, 32.678 nuevos procesos. Excluidos los servicios de la administración pública directa, autárquica y fundacional (en que, de alguna manera, se discutió la naturaleza del propio vínculo), fueron 30.530 procesos, de los cuales 22.067 (el 72,27%) objetivaban el recibimiento de alguna cuantía por la extinción del contrato⁷¹⁹. De resaltar que, entre los procesos restantes, había un considerable número que no discutían relaciones individuales de trabajo (acciones civiles públicas, ejecuciones de multas administrativas, acciones sindicales, etc.) e otras más involucraban trabajadores de empresas estatales, que suelen tener más tolerancia con los trabajadores litigantes. Esa breve muestra nos indica que son raros los casos en que el empleado de empresas privadas, durante el curso del contrato laboral, se anima a reclamar algún derecho, delante de la parálisis provocada por la casi certeza de perder el empleo.

⁷¹⁸ Existe una relación inversa entre efectividad de las normas y búsqueda por el Judiciario. Suecia y Holanda, que tienen un alto nivel de satisfacción de derechos por el Estado, están ubicadas entre las más reducidas tasas litigiosas del mundo occidental. En ese sentido: SOUSA SANTOS, B., *Para uma revolução democrática da Justiça*, 3ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2011, pp. 13-14.

⁷¹⁹ Fuente: TRT13, Coordenadoria de Estatística da Corregedoria, inédito.

Mismo después de extinto el contrato, aquel temor aún invade a muchos trabajadores que tuvieron sus derechos violados, ahora frente a la posibilidad de no reintegrarse en el mercado. Ha sido común la noticia de formación de “listas negras”, en virtud de las cuales los empresarios evitan contratar quienes tuvieron el “atreimiento” de poner en juicio un reclamo laboral, sea quien sea. Se trata de un problema tan conocido que el TST, en el intento de reducirlo, eliminó la búsqueda por nombre de la parte, vía internet, en su base de datos y en las de los tribunales regionales. Esa providencia fue tomada en 2002, tras denuncia del Ministerio Fiscal de que organizaciones empresariales estarían utilizando las listas con los datos de quien formuló reclamos laborales para orientar contrataciones⁷²⁰.

La retirada de la consulta pública por nombre del reclamante hasta puede dificultar un poco, pero no impide que, por otros caminos tecnológicos o clandestinos, se pueda formar nuevas listas. Es un problema que todavía está lejos de ser resuelto, notablemente delante de la creciente informatización del Poder Judicial brasileño. Reconociendo el carácter discriminatorio que aún permea el empresariado en contra el empleado que propone un reclamo laboral, el TST hizo la siguiente divulgación:

Aunque la proposición de acción ante el Poder Judicial se trata de ejercicio de derecho constitucional para la solución de litigios, no se puede desconsiderar el hecho de que el enjuiciamiento de reclamación laboral contra ex empleador todavía produzca, en la sociedad brasileña, prejuicio contra el trabajador a fin de dificultar su colocación en el mercado de trabajo.

Tanto es así que, debido a denuncias sobre la existencia de listas negras de trabajadores con acciones en la Justicia del Trabajo, ese Órgano Judicial hizo imposible a las empresas hacer investigaciones por el nombre del empleado en el sitio mantenido por los Tribunales Laborales, buscando dar la máxima efectividad al derecho constitucional de acceso a la justicia y de protección al trabajador.

Son hechos públicos y notorios tanto la escasez de empleos como la preterición por parte de muchas empresas de empleados que

⁷²⁰ *Revista Consultor Jurídico*, de 30.09.2003, “Francisco Fausto rebate crítica de João Paulo Cunha”, disponible en http://www.conjur.com.br/2003-set-30/francisco_fausto_rebate_critica_presidente_camara, fecha de consulta 06.04.2018.

demandaron contra empleador anterior, como si eso representase amenaza a su reputación y productividad.

Ocurre que no se puede desconsiderar que el hecho generador de la mayoría de las acciones laborales es justamente la inobservancia de la aplicación de las leyes laborales por el empleador, entre las que se incluye la falta de registro formal del empleado.⁷²¹

La discriminación dirigida al trabajador litigante por la clase empresarial ha sido tan grave que la simple mención a un reclamo laboral, lanzada en la libreta de trabajo por el empleador, ha sido vista como una circunstancia que dificulta la obtención de nuevos empleos (factor discriminatorio) y, por lo tanto, como un acto ilícito suficiente para generar daño moral indemnizable⁷²².

Ésta es, sin duda, la realidad a deponer en contra la efectividad de todo el sistema de protección al valor trabajo, erigido a partir de la Constitución, realidad que, de ninguna manera, puede ser abstraída si no queremos que el derecho al trabajo y los derechos en el trabajo, incluso a la protección al empleo, sean apenas licencias poéticas de un ordenamiento jurídico hecho para no valer.

2. Evolución de la Protección al Empleo en Brasil: Un Siglo de Avances y Retrocesos

2.1. Primeras leyes laborales

Enredado con la llaga de la esclavitud hasta 1888, Brasil tardó en editar las primeras leyes laborales. La producción legislativa en el ámbito laboral hasta 1930 fue

⁷²¹ TST, RR 105600-39.2008.5.15.0017, DEJT 08.06.2012.

⁷²² Así viene decidiendo el TST: E-RR 74300-29.2007.5.03.0114, DEJT 28.05.2010; E-RR 73840-41.2009.5.03.0027, DEJT 24.06.2011; RR 230900-87.2005.5.15.0058, DEJT 24.08.2012.

muy tímida y dispersa, beneficiando algunas categorías específicas con una u otra ventaja⁷²³.

El código civil de 1916 dedicaba veintiún artículos a las relaciones laborales, bajo la denominación de “locación de servicios”, fuertemente influido por el liberalismo y por el individualismo, limitándose a prever indemnización sólo en casos de extinción anticipada del contrato sin justa causa. En la práctica, el despido del trabajador ocurría sin ningún costo para el empleador.

La primera norma impeditiva de la libre terminación del contrato laboral fue la llamada Ley Elói Chaves (Ley 4.682/1923), que instituyó las cajas de sueldos de jubilación y pensiones de los trabajadores en ferrocarriles. Entre otros derechos, dio estabilidad a los empleados de ferrocarriles que tuvieran diez o más años de servicio dedicados al mismo empleador.

La Constitución de 1934, promulgada en época de intensa producción legislativa reguladora del trabajo⁷²⁴, convirtió en estables a los funcionarios públicos después de dos años de servicio, caso contratados a través de un proceso impersonal de selección pública por mérito (concurso público), o diez años para los demás. El modelo de estabilidad en el servicio público fue seguido por todas las cartas constitucionales posteriores, hasta los días actuales, y nunca ha sufrido grande resistencia política. Hay un relativo consenso de que el funcionario público solamente debe ser despedido por causa disciplinaria, garantizado el derecho de defensa y la posibilidad de reacción por la vía judicial.

Sin embargo, cualquier norma que dificulte la extinción de los contratos laborales en las empresas privadas viene siendo vista con enorme desconfianza, siempre. Por ello, el único avance logrado por los empleados del sector privado en la Constitución de 1934 fue la generalización del derecho a la indemnización en caso de despido sin justa causa (art. 121, § 1, g), pero aún con exclusión de los trabajadores rurales y de los domésticos.

⁷²³ WERNECK VIANNA, L., ofrece un resumen de parte de esa expandida actividad en *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, pp. 45-46. Vide también: MONTEIRO BARROS, A., *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª ed., São Paulo: LTR, 2007, p. 67; MASCARO NASCIMENTO, A., *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 69-71.

⁷²⁴ Abordando algunas leyes que inspiraron la CLT, ver: SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D. y SEGADAS VIANNA, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, 11ª ed., São Paulo: Ltr, 1991, pp. 57 y ss.

El derecho a la indemnización proporcional al tiempo de servicio, cuando el empleado no tuviera estabilidad conferida por ley, también fue consagrado por la Constitución del Estado Nuevo de 1937 (art. 137, f), bajo el régimen dictatorial de Getúlio Vargas.

Fue durante la dictadura Vargas que, bajo fuerte inspiración del corporativismo italiano, fue editada la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT)⁷²⁵, en 1943, que buscaba regular todos los aspectos de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, reduciendo a lo máximo la autonomía de la voluntad.

Al revés de lo que ocurrió en Italia, que revocó la legislación corporativista tras la caída de Mussolini, la CLT sobrevivió al régimen democrático de 1945-1963, a la dictadura militar de 1964-1985 y a la redemocratización que se siguió. Es obvio que el texto de ese cuerpo normativo y su interpretación sufrieron muchos cambios durante los más de setenta años de su vigencia. Sin embargo, la influencia de Vargas en las relaciones laborales en Brasil se hace sentir hasta los tiempos actuales.

2.2. Estabilidad en la CLT

En el contexto de la expansión regulativa del Gobierno Vargas, la CLT se dirigía esencialmente a los trabajadores urbanos del sector privado⁷²⁶, pues excluía de su alcance a los trabajadores rurales, los domésticos y los funcionarios públicos, incluso de las empresas estatales, estos últimos sujetos a un régimen especial. Se trataba, por lo tanto, de una ley de aplicación restricta, excluyendo la mayor parte de los trabajadores brasileños de su época y manteniendo intocable la estructura agraria y las relaciones de trabajo en el campo – aún marcadas por profundas huellas del esclavismo.

Para los trabajadores urbanos sometidos a la CLT, fue extendida, en los moldes de la Ley Elói Chaves, la estabilidad en el empleo después de diez años de servicios prestados en la misma empresa. Después de transcurrido aquel tiempo mínimo, el

⁷²⁵ Consultar sobre el tema, entre otros: SAYÃO ROMITA, A., “A matriz ideológica da CLT”, *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, año V, n.º 19 (2013), pp. 4-85; LIMA DOS SANTOS, R., “Sindicalismo no Brasil: do corporativismo ao neocorporativismo – a questão das centrais sindicais”, *Justiça do Trabalho*, año 31, n.º 361 (2014), pp. 61-84.

⁷²⁶ De acuerdo con la redacción original del art. 7.

empleado solamente podría ser despedido si cometiera alguna falta disciplinaria grave o por motivo de fuerza mayor, debidamente acreditado (art. 492 CLT).

Sobre el empleador recaía la carga probatoria de la existencia de la causa disciplinaria prevista en ley y la relación laboral solamente sería terminada después de la sentencia judicial; caso el juez considerara no existir pruebas suficientes, el empleado volvería a su puesto de trabajo, sin ningún perjuicio financiero⁷²⁷.

En el caso de extinción del contrato antes del tiempo necesario al empleado adquirir el derecho a la estabilidad, debería el empleador pagar una indemnización correspondiente a un mes de remuneración por cada año de servicio o fracción igual o superior a seis meses (art. 478).

Como forma de inducir la continuidad de las relaciones de empleo, la CLT restringió fuertemente los contratos por tiempo determinado, imponiendo una serie de requisitos que permanecen hasta hoy día: a) necesidad de registro formal⁷²⁸; b) prohibición de más de una renovación⁷²⁹; c) duración máxima total de dos años (noventa días para el periodo de prueba)⁷³⁰; d) limitación de la hipótesis que posibilita su celebración a tres situaciones de hecho (servicios esencialmente transitorios, actividades empresariales transitorias y periodo de prueba)⁷³¹, además de la sustitución ocasional de personal⁷³². Caso no estén presentes los requisitos de validez o haya más de una renovación, el contrato es considerado como de duración indeterminada.

Aunque representara un avance para su época, la estabilidad decenal era, en cierta medida, restricta, ilusoria e inadecuada. Restricta porque la CLT solamente cubría una pequeña parcela de los trabajadores, excluyendo a los campesinos (mayoría en la época)⁷³³ y a los domésticos (art. 7). Ilusoria porque el trabajador solamente alcanzaba

⁷²⁷ Ninguna de las partes podría optar por una indemnización, sólo el juez tenía la competencia de hacerlo, solamente si constatará que el grado de resentimiento entre las partes no tornara aconsejable la reintegración (art. 496 CLT).

⁷²⁸ Aunque no haya una regla expresada sobre eso, los tribunales del trabajo han entendido que el registro formal es condición necesaria para el control de la validez de la determinación del plazo contractual.

⁷²⁹ Art. 451 CLT.

⁷³⁰ Art. 445 CLT.

⁷³¹ Art. 443, § 2, CLT, incluido por el Decreto-ley 229/1967. Las excepciones son muy específicas, como es el caso del atleta profesional de fútbol.

⁷³² Trabajo temporal, disciplinado por la Ley 6.019/1974.

⁷³³ Los trabajadores rurales tuvieron el derecho a la estabilidad reconocido en la Ley 4.214/1963, pero ésta permitía que el empleador optara por no reintegrarlo, pagando indemnización en doble (art. 97), de modo que se trataba de una estabilidad puramente obligacional, no real.

la estabilidad después de diez años de servicio para el mismo empleador, lo que, normalmente, provocaba el despido antes de aquel plazo, como medida defensiva del empresario; pocos eran los que, efectivamente, alcanzaban aquel tiempo mínimo⁷³⁴. Inadecuada, desde el punto de vista de la funcionalidad de la economía, porque estimulaba la rotación de mano de obra como defensa del empleador – frenando la inversión en capacitación – y, caso el trabajador se vuelva estable, inmovilizaba demasiado la empresa, que no podría adaptarse delante de eventuales cambios en el escenario económico – ya que estaba impedida de despedir por causas económicas, organizacionales o técnicas, aunque éstas fueran reales e insoslayables.

2.3. FGTS: desmontando la estabilidad decenal

En lugar de proponer el perfeccionamiento de la CLT para tornar la estabilidad más efectiva y menos disfuncional, el legislador caminó en el sentido opuesto: creó un artificio para forzar la extinción práctica de la estabilidad. De hecho, presionado por la clase empresarial que le sostenía, el gobierno militar instalado en 1964 luego flexibilizó el régimen de la estabilidad decenal, sin revocarlo, a través de la Ley 5.0107/1966, creando el *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço* (FGTS).

Ese nuevo régimen imponía que el empleador depositara, mensualmente, en un fondo administrado por el Ministerio del Trabajo, una cuota correspondiente al 8% de la remuneración mensual de cada empleado. En cambio, el trabajador contratado bajo el régimen del FGTS ya no alcanzaba la estabilidad en el empleo, independientemente de la antigüedad, pudiendo ser despedido a cualquier momento y sin necesidad de enunciación de la causa por el empleador. Una vez despedido, podría sacar la cantidad depositada en el Fondo, resultante de las cuotas puestas a lo largo de la relación de trabajo. Además, recibía una indemnización adicional correspondiente al 10% del valor de aquellos depósitos.

Sumando todo, la cantidad recibida por el empleado, caso fuera despedido sin justa causa, equivalía a alrededor de un mes de salario por cada año de servicio. Pero el

⁷³⁴ Cf. SAAD, E. G., *Constituição e Direito do Trabalho*, São Paulo: Ltr, 1989.

empresario tenía ese costo diluido a lo largo del contrato de trabajo y, por lo tanto, no encontraba dificultad financiera para despedir libremente a cualquier momento.

Mientras tanto, el gobierno pasó a disponer de un inmenso fondo financiero como resultado de la cotización pagada mensualmente por los empleadores para financiar, con bajo costo, obras de vivienda y de infraestructura urbana.

Es importante aclarar que el FGTS fue instituido como un régimen “opcional”, quedando al cargo del trabajador decidir, en el acto de su contratación – o incluso retroactivamente –, si prefería ser vinculado al nuevo modelo jurídico. Pero no necesitaba tener una bola de cristal para prever que los empresarios, desde entonces, adoptarían la práctica de exigir del empleado, como condición de contratación, que firmara una declaración de opción por el FGTS. En poco tiempo, ese modelo sería prácticamente el único adoptado para las nuevas contrataciones.

Además, los trabajadores antiguos también fueron presionados a adherir con efectos retroactivos a esa singular forma jurídica⁷³⁵. En obra publicada poco tiempo después de la vigencia de la ley apuntada, el profesor Cesarino Júnior advertía que no se acababa solamente con la estabilidad, pero igualmente con las indemnizaciones, de modo que los empresarios quedarían enteramente libres para despedir por mero capricho, lo que significaba un retroceso lamentable, restaurando la dictadura en las empresas y prácticamente exterminando el Derecho Social, “que es un derecho de colaboración, sustituido enteramente por la prepotencia empresarial”⁷³⁶.

La exagerada libertad de despedir que terminó adueñándose del sector privado, no logró contaminar el sector público, cuyos funcionarios efectivos – vinculados a regímenes administrativos propios – tenían asegurada una estabilidad real mismo durante el período de dictadura militar⁷³⁷, que sólo no era oponible en contra los actos de fuerza del régimen⁷³⁸.

En las empresas estatales, cuyo personal era sometido a las mismas leyes laborales de la iniciativa privada, aunque no presente una garantía jurídica de estabilidad real, siempre hubo un cierto consenso en el sentido de mantener los empleos; los

⁷³⁵ Sobre esa generalización del régimen del FGTS: GODINHO DELGADO, M., *Curso do Direito do Trabalho*, cit. p. 1476.

⁷³⁶ CESARINO JÚNIOR, A. F., *Estabilidade e Fundo de Garantia*, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 5.

⁷³⁷ La estabilidad fue mantenida en los “actos constitucionales” de 1967 y 1969, editados por la dictadura.

⁷³⁸ El acto Institucional 5, de 1969, suspendió derechos y libertades públicas y sirvió de fundamento a varias expurgaciones en el servicio público.

despidos solían ocurrir exclusivamente en casos de faltas disciplinarias muy graves o de actos de los representantes del régimen dictatorial⁷³⁹.

2.4 El Convenio 158 de la OIT en Brasil: un embrollo todavía no resuelto

La resistencia del mundo empresarial y político brasileño a una protección genérica en contra el despido arbitrario puede ser sentida a partir del fuertísimo rechazo al Convenio 158 de la OIT, de 1982, sobre el término de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

La mencionada norma internacional fue ratificada por Brasil y aprobada por el Congreso Nacional en 1992⁷⁴⁰, pero el gobierno brasileño llevó más de dos años para depositar el instrumento de ratificación en Ginebra, en 5 de enero de 1995 y solamente en abril de 1996 hizo publicar el Decreto con su texto integral⁷⁴¹, dando inicio a su vigencia en el ámbito nacional, cumpliendo el rito constitucional de incorporación del derecho internacional al derecho interno⁷⁴². La inexplicable tardanza de casi cuatro años para hacer vigorar internamente las reglas del Convenio 158 era prenuncio de la oposición silenciosa que ello sufría en el interior del palacio presidencial.

Se siguió un acalorado debate doctrinario sobre las consecuencias prácticas de aquel Convenio y muchos autores defendían que el sistema brasileño, al proponer una indemnización a los trabajadores despedidos sin justa causa (art. 7, I, CF), ya atendía a las exigencias internacionales. Para esa corriente doctrinal, nada había cambiado con la ratificación concretizada⁷⁴³.

⁷³⁹ Ese clima favorable a la manutención de los empleos en las empresas públicas solamente fue quebrado en el gobierno Collor de Mello (1990-1992), en el cual hubo despidos colectivos en varias empresas federales, después revocadas por la amnistía de la Ley 8.878/1994. Hasta hoy, los despidos en las empresas públicas sólo ocurren por motivos disciplinarios o a través de planos de dimisiones consensuadas, negociados con los sindicatos, aunque no exista garantía legal de estabilidad plena.

⁷⁴⁰ Decreto Legislativo n.º 68, publicado en 17 de septiembre de 1992.

⁷⁴¹ Decreto n.º 1.855, de 10 de abril de 1996.

⁷⁴² En el orden constitucional brasileño, los tratados internacionales solamente tienen eficacia jurídica en el plan interno tras aprobación por el Congreso Nacional y publicación de su texto en Decreto del Presidente de la República.

⁷⁴³ Ver: RAMOS, S., “Convenção 158 da OIT”, *Trabalho & doutrina: processo, jurisprudência*, n.º 11 (dic. 1996), pp. 46-49.

Emblemática de la mencionada posición conservadora, que también dominó los tribunales laborales, es la argumentación extraída de sentencia del TST sobre un despido sin justa causa, mismo en el periodo de indiscutible vigencia interna del Convenio 158 de la OIT. En su primera manifestación sobre el asunto, el tribunal de cumbre de la justicia del trabajo ha dicho que el texto constitucional no ha contemplado, como regla general, la estabilidad en las relaciones laborales, una vez que contiene previsión de indemnización compensatoria, encomendando a la ley complementaria la definición de los criterios y presupuestos para tal indemnización, de modo que el Convenio 158 de la OIT no sería auto-aplicable, sino que meramente programático en cuanto no editada la ley complementaria referida. Con base en tales argumentos, concluyó el tribunal que la ausencia de la ley complementaria “sin duda, hace con que el derecho potestativo de despedir no sufra ablandamientos o restricciones frente al Convenio 158 de la OIT”⁷⁴⁴ – una conclusión alejada de la interpretación largamente aceptada por los juristas internacionales, por el Comité de DESC (Recomendación n. 18) y por la propia OIT. ¿Como afirmar la compatibilidad entre el Convenio 158 de la OIT y el reconocimiento del “derecho potestativo de despedir”?

Otros juristas defendían que, como la Constitución imponía una ley complementaria – que tiene rito específico y exige *quorum* especial – para regular la protección en contra el despido arbitrario, lo que no tenía sido observado en la aprobación del Convenio 158 por el Congreso, habría una inconstitucionalidad formal y, por lo tanto, aquel Convenio no tendría vigencia válida en el territorio brasileño⁷⁴⁵.

Dos de las mayores entidades representativas del empresariado, la *Confederação Nacional da Indústria* (CNT) y la *Confederação Nacional do Transporte* (CNI) se apresuraron en pleitear al STF la declaración de la inconstitucionalidad del Decreto 1.855, de 10 de abril de 1996, intentando impedir la eficacia del Convenio en el territorio brasileño⁷⁴⁶. Aquella acción no llegó a tener una sentencia de fondo, pero el Plenario del STF llegó a admitir una medida cautelar, en la cual afirmaba que, por el sistema constitucional de aquella época, un tratado internacional tendría el mismo rango de una

⁷⁴⁴ TST, RR 518016-61.1998.5.09.5555, DJU 23.08.2002.

⁷⁴⁵ En ese sentido: MALLETT, E., “A Convenção 158 em face do direito brasileiro”, *Trabalho & doutrina, processo e jurisprudência*, n.º 1 (dic. 1996), pp. 13-16. Hasta el autor de este trabajo monográfico fuera contaminado por el pensamiento conservador de la época, que repudiaba la eficacia del Convenio en el sistema jurídico brasileño, posición luego abandonada.

⁷⁴⁶ STF, ADI-MC 1480-DF.

ley ordinaria y no podría regular una materia reservada a una ley complementaria. Argumentó más, que el Convenio 158 tenía un contenido meramente programático y las consecuencias de un despido serían aquéllas definidas por la legislación nacional, según el propio tratado impugnado y, por eso, no habría inconstitucionalidad formal o material. Destacamos los siguientes trechos de la decisión, que resume el pensamiento del tribunal en la época del mencionado juicio:

Los tratados o convenios internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúan, en el sistema jurídico brasileño, en los mismos planes de validez, de eficacia y de autoridad en que se posicionan las leyes ordinarias, habiendo, en consecuencia, entre éstas y los actos de derecho internacional público mera relación de paridad normativa. (...). En el sistema jurídico brasileño, los actos internacionales no disponen de primacía jerárquica sobre las normas de derecho interno. (...)

El primado de la Constitución, en el sistema jurídico brasileño, es oponible al principio *pacta sunt servanda*, inexistiendo, por eso mismo, en el derecho positivo nacional, el problema de la competencia entre tratados internacionales y la Ley Fundamental de la República, cuya suprema autoridad normativa siempre prevalecerá sobre los actos de derecho internacional público. Los tratados internacionales celebrados por Brasil – o a los que Brasil se adhiera – no pueden, en consecuencia, versar materia puesta bajo reserva constitucional de ley complementaria. Es que, en tal situación, la propia Carta Política subordina el tratamiento legislativo de determinado tema al exclusivo dominio normativo de la ley complementaria, que no puede ser sustituida por ninguna otra especie normativa infraconstitucional, incluso por los actos internacionales ya incorporados al derecho positivo interno. (...)

El Convenio n.º 158 / OIT, además de depender de la necesaria y posterior intermediación legislativa a efectos de su plena aplicabilidad a nivel doméstico, configurando, bajo tal aspecto, una propuesta de legislación dirigida al legislador interno, no consagró, como única consecuencia derivada de la ruptura abusiva o arbitraria del contrato de trabajo, el deber de los Estados Partes, como Brasil, instituir, en su legislación nacional, sólo la garantía de la reintegración en el empleo.

Por el contrario, el Convenio n.º 158 / OIT expresamente permite a cada Estado Parte (artículo 10), que, en función de su propio ordenamiento positivo interno, opte por la solución normativa que resulte más coherente y compatible con la legislación y la práctica nacionales, adoptando, en consecuencia, siempre con estricta observancia del estatuto fundamental de cada país (la Constitución brasileña, en el caso), la fórmula de la reintegración en el empleo y / o de la indemnización compensatoria.⁷⁴⁷

Alrededor de esa polémica, el entonces presidente de la república, Fernando Henrique Cardoso, decidió denunciar el Convenio 158 de la OIT, editando el Decreto 2.100, de 20.12.1996, en el cual comunicaba que la vigencia de aquel Convenio en el derecho interno cesaría a partir del 20 de diciembre de 1997. Este último acto normativo terminó provocando el archivamiento del proceso que discutía la inconstitucionalidad del Convenio 158 en el STF, impidiendo un pronunciamiento definitivo sobre ese importante tema.

Delante de ese nuevo panorama, la *Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura*, entidad sindical de ámbito nacional, propuso ante el STF acción de inconstitucionalidad de la denuncia unilateral del Convenio 158. Ese proceso se inició en 1997 y hasta ahora, después de más de veinte años, no tuvo su juicio concluido, lo que no esconde la mala voluntad de la Corte en enfrentar una cuestión tan relevante para la adecuación de las relaciones laborales al modelo constitucional democrático⁷⁴⁸.

De cualquier manera, en el ámbito de aquel proceso, ya fueron recogidos tres votos, todos consagrando el entendimiento de que el presidente de la república no podría denunciar un tratado internacional que fuera aprobado por el Congreso, sin someter la denuncia a nuevo pronunciamiento legislativo. Si prevalece esta posición, esto significa que la norma internacional aún vigora en Brasil.

Lamentablemente, mientras no finalizado aquel juicio, el Convenio 158 de la OIT permanece sin producir efectos prácticos en el día a día del trabajador brasileño,

⁷⁴⁷ STF, ADI-MC 1480-DF (libre traducción nuestra).

⁷⁴⁸ STF, ADI 1625. Hasta el presente momento, ya fueran proferidos dos votos por la necesidad de aprobación de la denuncia por el Congreso Nacional para que pueda producir efectos jurídicos internos, dos votos por la inconstitucionalidad de la denuncia y dos votos por la constitucionalidad. Faltan todavía cinco votos para la conclusión del juicio.

que continúa siendo despedido sin siquiera saber el porqué, mediante simple pago de una indemnización tasada.

3. El Derecho al Trabajo y los Derechos Laborales en la Constitución de 1988: Texto y Contexto

La Constitución de 1988, concebida en un momento de embriaguez cívica que siguió a la caída de un régimen totalitario duradero – como también ocurrió en Portugal y España – fue anunciada en la primera hora como la "Constitución Ciudadana", basada en los pilares del Estado democrático de Derecho, del principio de la dignidad humana y de la consagración de los derechos fundamentales. No sería de todo exagerado, sin embargo, calificarla como la "Constitución de la Ciudadanía por el trabajo", una vez que el trabajo fue merecedor de una especial atención y aparece a lo largo del texto constitucional como un fuerte elemento de cohesión social y de afirmación de la ciudadanía. Sorprendentemente, los constitucionalistas brasileños han dedicado poquísimo o ningún espacio al tema, lo que ha contribuido mucho a mitigar la fuerza normativa de la Constitución.

El derecho al trabajo es expresamente reconocido entre los derechos sociales fundamentales (artículo 6). ¡Pero no es sólo esto! Una lectura atenta del texto de 1988 revelará una preocupación del Poder Constituyente en señalar caminos para hacer ese derecho mínimamente concreto.

En su artículo 1, la Constitución anuncia que la República Federativa del Brasil tiene como fundamentos: la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo político. El valor social del trabajo aparece, así, ladeado con la dignidad humana y es de ella indisociable, lo que es realzado aún más por los objetivos fundamentales de la República de construir una sociedad libre, justa y solidaria, de erradicar la pobreza y la marginación y de reducir las desigualdades sociales y regionales (artículo 3, I y III).

No se puede hablar de dignidad sin que el individuo pueda tener condiciones de sustento por su trabajo. No se construye una sociedad libre, justa y solidaria, ni se erradica la pobreza o se combate la desigualdad social sin la valorización del trabajo. De

ahí que el trabajo y los derechos a él relacionados ocupan buena parte del Título II del texto constitucional, destinado a los derechos y garantías fundamentales.

La libertad de ejercer cualquier trabajo, oficio o profesión, atendidas las calificaciones profesionales establecidas en ley, aparece entre los derechos fundamentales individuales, catalogados en el artículo 5 (inciso XIII). En cuanto a este aspecto, entiende el STF que las calificaciones profesionales limitadoras del ejercicio de cualquier profesión "sólo pueden ser exigidas por la ley de aquellas profesiones que, de alguna manera, pueden traer peligro de daño a la colectividad o perjuicios directos a derechos de terceros, sin culpa de las víctimas"⁷⁴⁹.

A su vez, el artículo 7 se dedica a constitucionalizar, con mayor o menor densidad, un extenso rol de derechos de los trabajadores por cuenta ajena, que se refieren a casi todos los aspectos de la vida laboral, desde salario y remuneración (incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, XVI y XXIII), pasando por jornada de trabajo y períodos de descanso (incisos XIII, XIV, XV y XVII), salud, seguridad e higiene (XXVIII), igualdad y no discriminación (incisos XX, XXX, XXXI, XXXII y XXXIV), seguridad social (incisos XVIII, XIX, XXIV y XV), protección contra el desempleo (incisos I, II, III y XVII), hasta participación en los beneficios y en la gestión empresarial (inciso XI).

Aunque sea bastante detallada, esa lista de derechos no es exhaustiva, constituye sólo un estatuto mínimo que puede ser ampliado por ley, negociación colectiva o por los contratos individuales, siempre que en favor de la mejora de la condición social de los trabajadores (art. 7, cabeza). Es un núcleo indisponible de derechos, que se encuentra a salvo de supresión por la vía legislativa o negocial, y que no excluye otros derivados de los principios constitucionales y de los tratados de que Brasil sea parte (artículo 5, § 2).

Es verdad que algunos de esos derechos todavía están pendientes de una reglamentación legal adecuada, como los incisos I (protección contra despido arbitrario o sin justa causa) y XI (participación en la gestión empresarial). Pero esto no significa que no se pueda extraer ninguna fuerza normativa de los citados dispositivos. Considerando que han sido erigidos, por la propia Constitución, a la categoría de derechos fundamentales, a ellos se aplica lo dispuesto en el art. 5, § 1, según el cual "las

⁷⁴⁹ STF, RE 511.961/SP, DJU 17.06.2009. En la misma línea, ver STF, RE 414.426/SC, DJU 10.10.2011. En este último es consignado que: "No todos los oficios o profesiones pueden condicionarse al cumplimiento de las condiciones legales para su ejercicio. La regla es la libertad. Sólo cuando hay potencial lesivo en la actividad es que puede ser exigida inscripción en consejo de fiscalización profesional".

normas definitorias de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata".

Esta pretensión de eficacia directa de los derechos fundamentales, aunque carezcan de desarrollo legislativo, ha de generar algún efecto inmediato en cuanto al núcleo esencial del derecho. A ese propósito, la jurisprudencia del STF ha evolucionado gradualmente para admitir el aprovisionamiento judicial de las omisiones legislativas por la vía del “*Mandado de Injunção*”, previsto en la propia Constitución⁷⁵⁰ para permitir que el tribunal críe reglas particulares para implementar derechos fundamentales en casos concretos⁷⁵¹.

Hay que destacar que el art. 7, I, CF, referente a la protección contra despido arbitrario o sin justa causa, aunque no haya sido adecuadamente regulado en ley, ya trae en sí mismo un contenido mínimo que impone una indemnización en caso de despido no justificado, cuyo valor está fijado en el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias – ADCT (art. 10, I) y, por lo tanto, no puede ser rebajado por ley ordinaria.

Al lado de ese extenso catálogo de derechos laborales individualmente ejercitables (sin descartar una dimensión colectiva en todos ellos), el Constituyente de 1988 se ocupó de proclamar la libertad de filiación sindical y la autonomía de los sindicatos – a pesar de haber mantenido el anacrónico sistema de unicidad de la era Vargas⁷⁵² –, incluso la inmunidad de los dirigentes sindicales contra el despido sin justa causa (art. 8) y, finalmente, con el derecho de huelga (art. 9).

Con el objetivo de dar voz a los trabajadores en las políticas públicas que influyen directamente en el mundo laboral, la Constitución aseguró la participación de los representantes de los trabajadores en todos los órganos colegiados "en que sus intereses profesionales o referentes a la seguridad social sean objeto de discusión y deliberación" (art. 10). Reforzando esa disposición, incluyó la necesaria representación de los trabajadores en los colegiados de gestión de la seguridad social (art. 194, párrafo único, VII) y de los fondos de pensiones de los cuales participen la administración pública,

⁷⁵⁰ El art. 5, LXXI, de la Constitución reza que: se concederá *mandado de injunção* cuando la falta de norma reguladora haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía;

⁷⁵¹ El STF ya ha decidido suplir las lagunas legislativas para tornar viable el ejercicio de derechos sociales en los siguientes casos: MI 721, sobre jubilación especial en el servicio público; MI 708, sobre huelga en actividades públicas; y MI 943, sobre aviso previo proporcional al tiempo de servicio.

⁷⁵² El modelo corporativo mantenido por el Constituyente de 1988 tiene despertado muchas críticas doctrinarias. Por todos, ver: GODINHO DELGADO, M., *Curso do Direito do Trabalho*, cit., p. 149.

incluso sociedades de economía mixta o empresas indirectamente controladas por el Estado (art. 202, § 6).

En otro aspecto, el texto constitucional reafirmó aquellos valores del art. 3 y la asociación del trabajo a la dignidad de la persona, al destacar que el orden económico sería fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, con el fin de asegurar a todos la existencia digna, conforme a los dictados de la justicia social, observándose los principios de la reducción de las desigualdades regionales y sociales y de la búsqueda del pleno empleo (art. 170, cabeza e incisos VII y VIII).

El primado del trabajo aparece también como base del orden social, cuyo objetivo declarado es el bienestar y la justicia social (art. 193). De ahí la afirmación de Afonso da Silva de que el derecho social al trabajo emergería como condición de efectividad de la existencia digna y de la propia dignidad de la persona humana⁷⁵³ con prioridad sobre los demás valores de la economía de mercado⁷⁵⁴.

La Constitución determinó, de la misma forma, la participación de los trabajadores rurales en la planificación y ejecución de la política agrícola (art. 187) y la inserción, en aquella política a ser configurada en ley, de la vivienda de los trabajadores campesinos (art. 187, VIII). En lo que se refiere a la política agrícola, se impuso la observancia de las disposiciones que regulan las relaciones de trabajo como requisito para la atención a la función social de la propiedad (art. 186, III).

Al tratar de las atribuciones del sistema único y público de salud, la Ley Fundamental brasileña estableció la ejecución por el Estado de acciones dirigidas a la salud del trabajador (art. 200, II) y a la protección del medio ambiente laboral (art. 200, VIII). A la seguridad social pública se le atribuyó la protección del trabajador en situación de desempleo involuntario (art. 201, III) y, entre las acciones asistenciales del Estado, se incluyó la promoción de la integración de las personas necesitadas al mercado de trabajo (art. 203, III).

En el aspecto educativo, hay determinación de que el plan nacional definidor de las directrices, metas y estrategias para el sector deberá prever acciones integradas, en las diversas esferas gubernamentales, que conduzcan, entre otros objetivos, a la formación para el trabajo (art. 214, IV), sin descuidar la garantía de acceso del trabajador

⁷⁵³AFONSO DA SILVA, J., *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 288-289.

⁷⁵⁴Idem, p. 764.

adolescente a la escuela (art. 227, III). También hay previsión de apoyo del Estado a la formación de recursos humanos en las áreas de ciencia, investigación y tecnología y de concesión, a las personas que de ellas se ocupan, de medios y condiciones especiales de trabajo (art. 218, § 3).

Para preservar la igualdad de oportunidades en el acceso a las funciones y empleos públicos, además de garantizar criterios impersonales en la selección, se estableció la regla de admisión de funcionarios y personal laboral a través de concurso público – en que los candidatos son evaluados objetivamente a través de exámenes escritos y títulos profesionales – en todos los niveles de la administración, incluso en las empresas públicas y sociedades de economía mixta (art. 37, II).

¡Pero el Constituyente no se detuvo ahí! Con el fin de garantizar la efectividad de los derechos laborales, específicos o no, y la unidad de su aplicación en todo el territorio nacional, impone a la Federación el deber de mantener el servicio de inspección del trabajo (art. 21, XXIV) y el poder de legislar privativamente sobre Derecho del Trabajo (art. 22, I), así como dotó al Poder Judicial de la Federación de una rama especializada en causas laborales (art. 92, IV), delimitando su competencia, composición y funcionamiento (arts. 111 y ss.), ante el cual funciona una rama del Ministerio Fiscal también especializado e independiente (art. 128, I, b).

Además de atribuir al Ministerio Fiscal la titularidad de la investigación civil y la promoción de la acción civil pública (art. 129, III), con el fin de proteger el medio ambiente, incluido el laboral, y los intereses difusos y colectivos, en los que se incluyen de colectividades de trabajadores, el texto constitucional posibilitó que los sindicatos ejerzan el papel de representantes procesales de todos los integrantes de la respectiva clase, en cualquier acción judicial o pleito administrativo (art. 8, III), legitimándolos también para el “*mandado de segurança*” colectivo (art. 5, LXX, b)⁷⁵⁵ y la acción de conflicto colectivo (art. 114, § 2)⁷⁵⁶.

Aun en el campo de los instrumentos procesales de protección del orden jurídico laboral, la Constitución concedió legitimidad a las entidades sindicales de ámbito

⁷⁵⁵ El “*Mandado de Segurança*” es una especie de amparo ordinario, con procedimiento preferente y sumario, con objetivo de sostener inmediatamente un acto ilegal practicado por autoridad.

⁷⁵⁶ Cuando las partes están concordes en cuanto a la judicialización, los tribunales laborales pueden actuar como mediadores e incluso juzgar convenios colectivos con efectos generales y vinculantes, ejerciendo un poder normativo residual.

nacional para proponer al STF la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad (art. 103, IX).

La fiscalización del cumplimiento de los derechos constitucionales laborales, la sanción a los empleadores que no cumplen sus deberes, la asistencia jurídica a los trabajadores necesitados y la defensa judicial del orden jurídico laboral y de los intereses metaindividuales de los trabajadores es, pues, una obligación del Estado, a través de órganos especializados, en concurso con las entidades sindicales, garantizada la existencia de mecanismos procesales propios de una jurisdicción enfocada en ese objetivo.

De todo lo expuesto, se ve que el trabajo ocupa una posición de especialísimo destaque en el texto constitucional brasileño y el derecho al trabajo no puede ser una mera enunciación vacía, carente de efecto jurídico. Hablar en derecho al trabajo es hablar de acceso a un mercado de trabajo regulado, orientado al cumplimiento de los derechos laborales, a la promoción de la mejora de la posición social del trabajador y a la reducción de las desigualdades.

Esbozando un esfuerzo de sistematizar las garantías del trabajo en la Constitución brasileña, Meireles propone dividir las en tres grupos: un primer grupo, formado por la tutela directa del trabajo, por medio de los principios proteccionistas y de los principales derechos laborales individuales y colectivos (v.g., art. 7); en el segundo, figuran las garantías de protección social, en el proceso de integración socioeconómica de los trabajadores (v.g., arts. 187, VIII, 200, II y VIII, 201, III, 203, III, 214, IV y 227, § 3, I, II y III); en el último grupo, estarían otras garantías, de raíces diversas, pero que relacionan el trabajo como instrumento de implantación del Estado Social (v.g., arts. 7, VI, XI y XXVI, 8, 9, 170, VIII, 186, II)⁷⁵⁷.

Godinho Delgado identifica, en la estructura constitucional, tres bloques de principios referentes al trabajo. En el primer bloque estarían las directrices afirmativas de la labor humana en el orden jurídico-cultural brasileño: el principio de la valorización del trabajo; el principio de la justicia social; el principio de la sumisión de la propiedad a su función socioambiental; y el principio de la dignidad de la persona. El segundo grupo se refiere a principios constitucionales de amplio espectro que, aunque no

⁷⁵⁷ MEIRELES, E., “A Constituição do Trabalho”, en AA.VV. (coord. Montesso, C. J., Freitas, M. A. y Coêlho, M. F.), *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*, São Paulo: Ltr, 2008, pp. 59-60.

concebidos específicamente para la realidad del trabajo, actuarían de modo importante en el plano juslaboral: proporcionalidad, no discriminación e inviolabilidad del derecho a la vida (abarcando la inviolabilidad física, moral y de la intimidad). Por último, figuran en un tercer bloque los principios clásicos del Derecho del Trabajo: libertad y autonomía asociativas y sindicales, intervención sindical en la negociación colectiva, norma más favorable, continuidad de la relación de empleo e irreductibilidad salarial⁷⁵⁸.

Independientemente de cualquier clasificación estática, siempre problemática y poco funcional, es cierto que el derecho al trabajo encierra múltiples facetas, que se interpenetran y se manifiestan tanto en la esfera individual como en la colectiva, tanto en el ámbito de las relaciones privadas como en la actividad pública.

En su vertiente individual, el derecho al trabajo se canaliza prioritariamente por el Derecho del Trabajo, inclinado a la búsqueda de equilibrio en una relación intrínsecamente asimétrica, por medio de una protección jurídica al contratante más débil y de una limitación del poder privado. En este contexto se comprende el art. 7 CF, que establece un estatuto mínimo en beneficio de los trabajadores ya insertados en el mercado de trabajo, en el contexto de la limitación de la propiedad por su función social (art. 5, XXIII, CF), función que sólo puede alcanzarse cuando se respetan las normas que regulan el trabajo (art. 186, III, CF).

En la esfera colectiva, el derecho al trabajo presupone medios de organización de la clase obrera y de canalización de sus expectativas por el ejercicio de la autonomía colectiva (sindicación, derechos de asociación y participación, huelga, negociación colectiva, representación procesal, etc.). Pero también expresa un mandato al poder público para orientar, reglamentar y fiscalizar las relaciones de trabajo e implementar una política orientada al pleno empleo, observada una serie de condicionantes preestablecidos constitucionalmente (inversión en la calificación profesional, protección de los menores y adolescentes, inserción de necesitados y discapacitados, prestación por desempleo, seguridad social, etc.).

En pocas palabras, el derecho al trabajo preconizado en el marco constitucional brasileño implica no sólo el acceso al mercado de trabajo regulado, sino en particular el derecho de oportunidad de acceso a un trabajo decente, dotado de un conjunto mínimo de derechos que corresponden: “a la existencia de trabajo; a la libertad de trabajo; a la

⁷⁵⁸ GODINHO DELGADO, M., “Princípios Constitucionais do Trabalho”, *Revista Trabalhista: direito e processo*, vol. 3, n.º 12 (oct./dic. 2004), pp. 113 y ss.

igualdad en el trabajo; al trabajo con condiciones justas, incluida la remuneración, y que preserven la salud y seguridad del obrero; a la prohibición de trabajo infantil; a la libertad sindical; y la protección contra los riesgos sociales"⁷⁵⁹.

A pesar de ese bello poema constitucional, continuamos asistiendo a una pulseada entre el deber ser y el ser, reveladora de un abismo entre la proclamación normativa y la realidad, que termina por embotar el sentimiento constitucional de la población obrera. Este tira y afloja, sin embargo, aún no tiene vencedores definitivos, porque todos los días nos traen novedades acerca de ampliaciones o restricciones a los límites de los derechos constitucionales, siempre dejándose la puerta abierta a nuevas interpretaciones y nuevas fronteras a ser desbravadas.

A pesar de ya transcurridos treinta años de la promulgación de la Carta Constitucional, los horizontes de la regulación del trabajo aún no están claramente fijados, tal vez por el hecho de que poco se estudia con profundidad los impactos de la Constitución en el mundo del trabajo brasileño.

Aunque mucho se diga que el derecho al trabajo es el más básico de los derechos sociales, no se puede negar que el mismo sigue siendo un ilustre desconocido de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional brasileña – mucho más do que tiene sido en el marco de la Constitución española.

3.1 Protección contra despido arbitrario o sin justa causa como promesa constitucional: ambigüedad e ineffectividad

El escenario encontrado por la Asamblea Nacional Constituyente, electa en 1986 con la finalidad de elaborar la Constitución que marcaría la redemocratización del país, era cargado de contradicciones. El reencuentro con la democracia trajo a la población una fuerte esperanza de progreso social y económico, mezclada con la creencia de que, ahora, en las manos del pueblo, el estado iría proveer las necesidades básicas de todos (trabajo, salud, educación, vivienda, seguridad social). Por otro lado, el mundo ya vivía un cambio para el liberalismo económico y Brasil enfrentaba la crisis de la deuda que

⁷⁵⁹ MONTEIRO DE BRITO FILHO, J. C., *Trabalho decente*, São Paulo: Ltr, 2004, p. 129.

dejó su economía sin control. En este panorama, uno de los dispositivos constitucionales que provocaron más discusiones fue precisamente lo que decía sobre la estabilidad.

Como no podría dejar de ser, los constituyentes más acercados al sindicalismo, por un lado, querían una estabilidad lo más amplia posible, mientras que los defensores de los intereses empresariales luchaban para que la Constitución no hiciera cualquier referencia a la protección al empleo, de modo a mantener el *statu quo*⁷⁶⁰. En la disputa entre los grupos más afinados con la izquierda, que pretendían imponer la estabilidad en el empleo como modelo constitucional, y los conservadores, que querían la libertad amplia de despedir, mucha negociación fue necesaria, ya que el ambiente de multipartidismo casi caótico hacía que ninguno de los grupos tuviese la mayoría necesaria para aprobar sus propuestas.

El texto que fue a la votación en Plenario, aprobado por la Comisión de Sistematización, llegó a prever la estabilidad en los moldes de la alemana⁷⁶¹, pero no recibió aprobación como fue puesto. La versión finalmente aprobada, resultado de las negociaciones que desfiguraron la propuesta original, trajo la siguiente redacción:

Art. 7 São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos.⁷⁶²

Ese texto, mal redactado y demasiado ambiguo, hasta hoy presenta dificultades interpretativas que actúan en contra la eficacia mínimamente aceptable de ese derecho constitucional.

Al mismo tiempo, el art. 7, III, CF, extendió el régimen del FGTS para todos los trabajadores, salvo los empleados domésticos, matando de una vez por todas el antiguo

⁷⁶⁰ Para una idea de los embates que se trababan sobre el asunto, ver artículo publicado en la Folha de São Paulo de 29.11.1987, bajo el título “Estabilidade e Rotatividade”, en que José Pastore, conocido por sus posiciones favorables al liberalismo en las relaciones de trabajo, atacaba el argumento de que la estabilidad reduciría la tasa de rotación de la mano de obra.

⁷⁶¹ Cf. SÜSSEKIND, A., “Garantia contra despedida arbitrária”, *Revista Ltr: legislação do trabalho*, vol. 51, n.º 12 (dic. 1987), pp. 1423-1431.

⁷⁶² En libre traducción: “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que visen la mejor cualidad de su condición social: I – empleo protegido en contra el despido arbitrario o sin justa causa, conforme definido en ley complementaria, que preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos”.

régimen de la estabilidad decenal, previsto en la CLT y que hasta entonces se presentaba como “opcional”.

Al afirmar que la protección al empleo se dará en conformidad con una ley complementaria, el art. 7, I, perdió fuerza normativa, dejando para el legislador una amplia posibilidad de configurar aquel derecho constitucional. Lo espantoso es que, pasados treinta años de vigencia de la Constitución, aquella ley complementaria aún no fue aprobada y nunca llegó a ser seriamente discutida en ninguna de las casas parlamentarias brasileñas.

Otro aspecto que considerar es que el texto constitucional señala que la ley complementaria deberá prever, en principio, indemnización compensatoria, sin perjuicio de otros derechos (que no especifica). No trata expresamente de estabilidad ni de nulidad del despido arbitrario, pero de compensación dineraria, aunque no excluya otros derechos adicionales.

La interpretación que pasó a dominar nuestro escenario judicial y doctrinario después de 1988, reveladora de una visión extremadamente apegada al ordenamiento jurídico autoritario de los años de plomo, es de que el empresario tiene el “derecho potestativo” a la denuncia vacía del contrato de trabajo, desde que pague la indemnización prevista en ley – una especie de libre despido indemnizado, sin llevar en cuenta los cambios supuestamente generados por la proclamación constitucional del valor social del trabajo, de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales como hilos conductores de la nueva orden democrática.

Por otro lado, ante la falta de una reglamentación adecuada hasta el momento, no hay diferencia entre la indemnización a ser pagada por un despido puramente injustificado y aquella proveniente de un despido justificado por motivos técnicos, económicos o financieros – en ambos los casos, por no tratarse de una extinción del contrato con culpa del empleado (causa disciplinaria), el valor indemnizatorio será exactamente el mismo, lo que no parece ser la mejor solución desde el punto de vista económico y funcional.

Por causa de la ambigüedad del texto y por falta de un consenso sobre el asunto, la Asamblea Constituyente ya se percataba que una ley complementaria no sería aprobada en un corto periodo o que nunca lo sería. Para minimizar el impacto de la inercia legislativa, fueron aprobadas reglas transitorias de eficacia inmediata: se elevó al 40% la indemnización incidente sobre la cotización del FGTS, en el caso de despido no disciplinario; se prohibió el despido sin justa causa de la empleada embarazada, desde

el inicio de la gestación hasta los cinco meses después del parto, y de los trabajadores elegidos para integrar la Comisión Interna de Prevenciones de Accidentes (CIPA) en la empresa, desde el registro de la candidatura hasta un año después del término del mandato⁷⁶³.

En cuanto a los representantes sindicales, hay una regla específica y permanente, inserta entre los derechos fundamentales, que garantiza su inmunidad en contra el despido, salvo por falta disciplinaria grave, desde el registro de su candidatura hasta un año después del término del respectivo mandato (art. 8, VIII).

Con el aumento de la indemnización incidente sobre las cotizaciones del FGTS, el valor a ser recibido por el empleado despedido sin causa disciplinaria pasó a ser de, aproximadamente, 145,6% del salario mensual medio para cada año de servicio⁷⁶⁴, pero la cantidad a ser desembolsada por el empleador, inmediatamente, no excede los 31,31% de ese total⁷⁶⁵, porque lo demás ya estará previamente cotizado. De ese modo, la mayor parte del costo de un despido sin justa causa es diluida a lo largo del contrato de trabajo, de forma que el impacto financiero de la decisión patronal de despedir termina siendo de poca expresividad (poco más de treinta por cien del salario mensual medio para cada año de servicio).

Por todo eso, la efectividad del derecho a la protección en contra el despido arbitrario o sin justa causa, de que trata el art. 7, I, CF, se muestra como una promesa constitucional aún no cumplida.

3.2 Despido arbitrario y despido sin justa causa: una laguna a ser suplida

El art. 7, I, CF, establece, como ya visto, la protección en contra el despido arbitrario o sin justa causa. Para Saad, las expresiones son redundantes, pues si el despido no tiene causa que lo justifique, es arbitrario; si es arbitrario, significa que no

⁷⁶³ Art. 10 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT).

⁷⁶⁴ Considerando la cotización del 8% de la remuneración todos los meses, incluyendo el aguinaldo, sumada, al término, del 40% del importe cotizado. Esto corresponde, en términos comparativos, a alrededor de 43,68 días de salario por año de servicio, sin límite máximo, mientras que, en España, la indemnización actual por despido improcedente es de 33 días por año de servicio, hasta el límite de 24 mensualidades. Pero nunca es demás recordar que el salario brasileño es mucho más barato que el español.

⁷⁶⁵ Poco más que 13 días de sueldo por cada año de servicio.

hubo causas que lo justificara⁷⁶⁶. Aunque concordando que el despido sin justa causa constituye, en principio, modalidad de despido arbitrario, Sayão Romita refuta la afirmación de que habría una redundancia, invocando la regla hermenéutica de que la Constitución no contiene palabras inútiles. Según el referido jurista, la ley complementaria encomendada deberá definir y reglamentar de forma diferente la protección en contra el despido arbitrario y aquella relacionada al despido sin justa causa⁷⁶⁷.

De hecho, en el modelo brasileño, el despido sin justa causa no puede confundirse con el despido arbitrario, porque la Constitución hace referencia expresa a las dos especies de extinción del contrato por acto del empleador, indicando que se trata de dos situaciones diferentes.

Además, no olvidemos que el art. 165, CLT, mucho antes de la Constitución, ya definía como arbitrario el despido que no se funda en motivo disciplinario, técnico, económico o financiero. Se trata de una regla específica, direccionada a proteger el empleo de los miembros de la CIPA, pero esa definición de despido arbitrario ya hacía parte de la cultura jurídica preexistente y puede ser utilizada, por analogía, para cualquier otra situación.

Por otro lado, con relación a la generalidad de los empleados, el derecho brasileño considera despido por justa causa solamente aquello apoyado en causa disciplinaria (art. 482 de la CLT), de modo que la extinción contractual fundada en motivos técnicos, económicos o financieros tiene los mismos efectos de un despido sin causa justa, pero con él no debe ser confundido.

Simplificando, un trabajador integrante de la CIPA, protegido por la garantía provisoria del empleo, más allá del despido disciplinario, solamente puede ser despedido por motivo técnico, económico o financiero debidamente comprobado, situación en que el despido no es considerado arbitrario, pero, para efecto de pago de la indemnización rescisoria, es un despido sin justa causa (no disciplinario).

En ese contexto, algunos autores entienden que “en el caso de despido arbitrario, no hay cualquier justificativa plausible o razonable que fundamente el acto del

⁷⁶⁶ SAAD, E. G., *Constituição e Direito do Trabalho*, cit., p. 89. En el mismo sentido, aunque diferenciando el despido arbitrario del despido sin justa causa: ÁLVARES DA SILVA, A., *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*, cit., p. 233.

⁷⁶⁷ SAYÃO ROMITA, A., *Despedida arbitrária e discriminatória*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 93-94.

empleador”, mientras que en el despido sin justa causa “se trata de acto razonable, aunque no fundado en falta cometida por el empleado”⁷⁶⁸. En puridad, por la regulación hoy existente en Brasil, todo despido arbitrario es sin justa causa (no fundado en causa objetiva legítima o disciplinaria), pero ni todo despido sin justa causa es arbitrario (puede ser fundado en motivo plausible, de naturaleza organizativa o económica)⁷⁶⁹.

Sin embargo, el Poder Constituyente esbozó un contenido de efectividad mínima y provisoria de la protección plasmada en el art. 7, I, CF, sin hacer ninguna distinción práctica entre los dos tipos de despido (art. 10, ADCT), lo que, evidentemente, no impide el legislador de distinguirlos; al revés, todo recomienda que lo haga.

En efecto, no parece justo tratar igualmente, atribuyéndose las mismas consecuencias jurídicas y los mismos costos a las dos situaciones, claramente distintas: 1) la extinción contractual con base en una causa objetiva real, (despido sin justa causa disciplinaria, pero justificado en otro motivo ponderoso); 2) la extinción del contrato sin ningún motivo razonable (despido arbitrario). En esta última hipótesis, en que se revela un mero capricho del empleador en el ejercicio de su poder privado, las consecuencias jurídicas deberían ser mucho más fuertes que en la primera, en la cual el empleado y, en buena medida, hasta el empleado son ambos atropellados por circunstancias económicas negativas o cambios tecnológicos.

3.3 Despido abusivo y despido discriminatorio como actos ilícitos

Recientemente, la doctrina brasileña viene trabajando una otra modalidad de despido no prevista expresamente en ley, pero intuita de nuestro ordenamiento jurídico, sea a partir de la noción de abuso del derecho, sea a partir de la propia responsabilidad contractual del empleador: el despido abusivo, consistente en acto especialmente

⁷⁶⁸ TEIXEIRA MANUS, P. P., *Despedida arbitrária ou sem justa causa*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50.

⁷⁶⁹ Vide: VIEIRA WANDELLI, L., *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*, São Paulo: Ltr, 2004, pp. 320-321; DANTAS, I., *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, pp. 93 ss.

cualificado, anti funcional, socialmente injustificado, contrario a la función social de la buena administración de la empresa⁷⁷⁰.

Se configura el despido abusivo cuando la iniciativa del empleador “no se limita al término del contrato, pero produce un daño ilícito adicional derivado no del acto extintivo en sí, sino de la carga de antijuridicidad complementaria que lo involucra”⁷⁷¹.

En efecto, mismo que se acepte la idea de que el empleador tenga libertad para despedir sin enunciar el motivo, esto no significa que pueda extinguir el contrato teniendo como motivo, confesado o no, una causa vil, discriminatoria o de alguna forma rechazada por el derecho. En este caso, no se estará delante del ejercicio legítimo del “poder de despedir”, sino de un auténtico abuso de derecho, que lo convierte en un acto ilícito.

El art. 187 del Código Civil Brasileño (CCB), que tiene aplicación subsidiaria en el contrato de trabajo (art. 8 CLT), establece que “también comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, la buena fe o por las buenas costumbres”. De esa manera, no se puede aceptar la licitud de un acto de extinción contractual que, a pesar de no contener una declaración formal del motivo, oculta un acto dirigido a acosar o discriminar al trabajador o impedir que éste pueda ejercer un derecho fundamental. Por traer una carga adicional de antijuridicidad, el despido abusivo requiere una respuesta más incisiva del derecho, no pudiendo quedar restricta al pago de la indemnización rescisoria tasada.

Como ejemplos de despidos abusivos, sin pretensiones de agotar las posibilidades, Sayão Romita enumera las siguientes situaciones: 1) despidos que contrarían la moral y las buenas costumbres; 2) despidos por el ejercicio de actividades sindicales; 3) despidos por represalia o acoso delante de un reclamo movido en contra el empleador o por el hecho de haber atestiguado en contra él; 4) despidos discriminatorios por motivo de sexo, raza, religión, ideas políticas, etc.; 5) despidos por causas ajenas a la relación jurídica de trabajo⁷⁷².

El despido discriminatorio, a su vez, subespecie de despido abusivo cualificado por la ofensa al principio de igualdad, encuentra previsión específica en la legislación

⁷⁷⁰ SAYÃO ROMITA, A., *Despedida arbitrária e discriminatória*, cit. p. 98. También, del mismo autor: *Proscrição da despedida arbitrária: visão comparatista e direito brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2011, p. 66.

⁷⁷¹ SAYÃO ROMITA, A., *Despedida arbitrária e discriminatória*, cit., p. 98.

⁷⁷² Idem, p. 99. Sobre el tema, véase también: VIEIRA WANDELLI, L., *Despedida abusiva...*, cit., passim.

laboral. La Ley 9.029/95 clasifica como práctica discriminatoria el despido por motivo de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar o edad.

La relación de causas discriminatorias, como se verá más adelante, no es cerrada, debiendo ser considerada discriminación cualquier acto empresarial que tenga como razón un prejuicio en cuanto a la condición personal del empleado o su inserción en grupos tradicionalmente marginados, sin relación directa con el trabajo en sí. Si la extinción del contrato de trabajo proviene de un acto discriminatorio del empresario, la ley prevé la readmisión del empleado (art. 4, I), además de los salarios desde el despido y de indemnización por daño moral.

3.4 Despido colectivo y negociación: una cuestión todavía pendiente

Contrariamente a lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos de muchos países occidentales, el despido colectivo no encuentra disciplina legal específica en Brasil. Hasta ahora, la legislación no trató de definir o de establecer un tratamiento diferenciado para los despidos colectivos. Entre los pocos autores que se dedicaron al tema en el periodo dictatorial, Orlando Gomes sostenía que el despido colectivo es la extinción simultánea, por motivo único, de una pluralidad de contratos de trabajo en una empresa, sin sustitución de los empleados dispensados⁷⁷³.

Delante del silencio de la Constitución de 1988 y de la CLT, pocos fueron los trabajos doctrinarios que abordaron la cuestión hasta los años 2000. Hasta entonces, se trataba el despido colectivo como una suma de despidos individuales, como un ejercicio legítimo del poder empresarial de terminar las relaciones laborales sin anunciar el motivo y sin negociar con el sindicato, siendo suficiente que pagara la indemnización debida a cada trabajador.

Solamente en 2009, al decidir sobre un caso de despido simultáneo de centenas de trabajadores por una empresa fabricante de aeronaves, el TST protagonizó un notable cambio interpretativo y asimiló la idea de necesidad de enfrentamiento diferenciado de los despidos colectivos, estableciendo la premisa de que la extinción masificada de

⁷⁷³ GOMES, O., “Dispensa coletiva na reestruturação da empresa – aspectos jurídicos do desemprego tecnológico”, *Revista Ltr: legislação do trabalho*, año 38, n.º 7 (jul./1974), p. 575.

empleos debe ser precedida, necesariamente, de negociación con los sindicatos representativos del personal afectado⁷⁷⁴.

Aunque no haya declarado, en aquella hipótesis específica, la nulidad de los actos extintivos de los contratos laborales, el TST registró que, so pena de configurar abuso del poder económico, no se puede reconocer discrecionalidad absoluta del empleador para los despidos colectivos, sin que haya una amplia negociación con los sindicatos. A través de una interpretación amplia de principios y valores constitucionales, la sentencia afirmó que la Constitución de 1988 ha implantado un Estado democrático de derecho en Brasil, que implica “el imperio de la norma jurídica (y no del poder incontestable privado), de una sociedad civilizada, de una cultura de bien estar social y respeto a la dignidad de los seres humanos, todo repeliendo, imperativamente, despidos masivos, que abalan empresa, ciudad y toda una región”. En consecuencia, se pasó a prestigiar una interpretación del orden jurídico según la cual “la negociación colectiva es imprescindible para la validez de despidos en masa de trabajadores”⁷⁷⁵.

En otra sentencia, de 2011, aquel mismo tribunal reafirmó el entendimiento de que no hay prohibición de despido colectivo, “pero deben ser observados los principios y reglas del Derecho Colectivo del Trabajo, que siguen determinados procedimientos, tales como la negociación colectiva”⁷⁷⁶.

La cuestión fue retomada posteriormente, cuando decidido un caso de cierre de una unidad fabril en Aratu, Bahia, con el despido de más de cuatrocientos trabajadores. El TST reafirmó su jurisprudencia y rechazó el argumento de defensa de que, por tratarse de extinción del establecimiento empresarial, la hipótesis sería diferente de aquellas anteriormente juzgadas. Para el tribunal, la falta de negociación colectiva previa con el sindicato, considerando que no se trataba de mera reducción de personal, pero de despido de la totalidad de los empleados del establecimiento, con consecuencias más graves para los mismos, hacía ineficaces los actos de extinción contractual⁷⁷⁷. La empresa recurrió

⁷⁷⁴ TST, RODC 309/2009-000-15-00.4, DEJT 04.09.2009. A pesar de la premisa fijada para los casos futuros, la mayoría de la Corte entendió que, delante de la posición jurisprudencial hasta aquel momento reinante, contraria al procedimiento de las despedidas colectivas, la empresa no tendría actuado de mala fe. En otras palabras, el cambio de jurisprudencia no podría ser aplicado para casos de despidos ya concretizados, pero solamente a los futuros despidos colectivos.

⁷⁷⁵ TST, RODC 309/2009-000-15-00.4, DEJT 04.09.2009.

⁷⁷⁶ TST, RODC 2004700-91.2009.5.02.0000, DEJT 16.12.2011.

⁷⁷⁷ TST, RODC 0000006-61.2011.5.05.0000, DEJT 22.02.2013.

al STF y el recurso todavía no fue juzgado, sin que haya previsión de inclusión del proceso en la insondable pauta del tribunal.

Aunque el TST haya asimilado el concepto de despido colectivo concebido por Gomes, la falta de una disciplina legal sobre la materia generó muchas dudas prácticas, notablemente en lo que concierne a las pequeñas empresas. El vacío legislativo dejó pendiente lo que sea objetivamente un despido colectivo, provocando inseguridad jurídica – no existe definición de un número mínimo o de una proporción de empleados afectados para que el despido plural sea considerado colectivo.

Por otro lado, el tratamiento diferenciado de los despidos colectivos como apunta la doctrina del TST aún es una cuestión pendiente, pues falta un pronunciamiento definitivo del STF, a quien cabe la última palabra en materia de interpretación constitucional. Además, un nuevo problema para la supervivencia de aquella doctrina fue introducido por la reforma laboral de 2017 (Ley 13.467/2017), que ha adicionado el artículo 477-A a la CLT, estableciendo que los despidos individuales, plurales o colectivos no motivados recibirán el mismo tratamiento, no necesitando de autorización previa o negociación colectiva.

Es cierto que los argumentos del TST, para exigir la negociación previa, son basados en una interpretación constitucional, mismo que construida sobre principios generales y no sobre reglas específicas, de manera que se puede decir que la modificación legislativa es inconstitucional. Siguiendo esa línea argumental, muy recientemente, el Tribunal Regional del Trabajo de la 17ª Región (TRT17), en rumoroso proceso judicial colectivo propuesto por un sindicato obrero, bloqueó un despido masivo llevado a cabo por una gran universidad privada sin previa negociación colectiva, ya después de la vigencia de la reforma laboral. Y el principal argumento para la readmisión de los trabajadores despedidos fue que el nuevo precepto legal procedente de la reforma no puede superponerse al ordenamiento constitucional y a los pactos internacionales ratificados por Brasil (especialmente el Convenio 154 de la OIT, sobre negociación colectiva), siendo imprescindible la negociación como condición de validez del despido colectivo⁷⁷⁸.

Aunque el TST venga a mantener su posición sobre la inviabilidad de despidos colectivos sin negociación previa, independientemente de las últimas alteraciones

⁷⁷⁸ TRT17, AgR-MS 0000667-94.2017.5.17.0000.

legislativas, la última palabra sobre la interpretación constitucional es reservada al STF y, dado el reducido aprecio que algunos de sus actuales miembros dedican a las cuestiones laborales, existen fundadas dudas de que la nueva regulación sea finalmente derrumbada por la vía judicial⁷⁷⁹. Por ello, este es un punto controvertido que tiende a permanecer en abierto por tiempo indefinido.

No debemos olvidar, sin embargo, que la política es esencialmente dinámica, dejando siempre la puerta abierta para giros sorprendentes. En el caso de los despidos colectivos, un eventual cambio de los vientos políticos puede llevarnos al deseable camino de una reglamentación específica y adecuada – que los diferencie de forma precisa de los despidos individuales y establezca límites razonables y seguros en favor de la colectividad. Además, el propio STF puede evolucionar con el paso del tiempo, como ya lo hizo con relación a tantas otras cuestiones constitucionales, y quizás confirmar la jurisprudencia garantista que es hoy dominante en los tribunales ordinarios.

3.5 Restricciones al libre despido: estabilidad y garantías de empleo

Aunque haya prevalecido un visible bloqueo político a la aprobación de la ley complementaria encomendada por la Constitución para traer una respuesta adecuada a la efectiva protección en contra los despidos arbitrarios o sin justa causa, la propia Asamblea Constituyente previó algunas hipótesis de inmunidades o garantías que no dependen de ningún desarrollo legislativo. Abordaremos tales garantías en sus líneas generales, sin ninguna pretensión de descender a las minucias.

3.5.1 Estabilidad de los funcionarios públicos y las garantías del personal laboral de las empresas públicas: una notable evolución

Los funcionarios públicos efectivos (fijos), desde el origen nobiliario de los tiempos de la colonia y del imperio hasta los días actuales – en que la selección obedece

⁷⁷⁹ Hasta abril de 2018, al menos dos jueces del STF (Gilmar Mendes y Roberto Barroso) ya criticaran abierta y públicamente el TST, por lo que consideran una supuesta tendencia demasiado protectora de los trabajadores, contraria a los intereses empresariales y nacionales. El pensamiento predominante en la Suprema Corte ha se tornado conservador en materia económica y poco garantista en respecto a los derechos sociales.

un criterio de mérito –, siempre tuvieran mayor capacidad de articulación política y siempre fueron tratados de forma diferente con relación a los empleados del sector privado. La Constitución de 1934 ya hacía una distinción entre el régimen jurídico de los trabajadores del sector público y los demás trabajadores. A los primeros ya era reconocido el derecho a la estabilidad en el empleo.

Con la Constitución de 1988 no fue diferente. Se convierten estables los funcionarios de la administración pública, ocupantes de puestos fijos, seleccionados mediante concurso público, tras tres años de ejercicio de sus funciones (art. 41, CF). Mismo antes de los tres años mínimos, la expulsión de las funciones públicas solamente puede ocurrir si hay un motivo objetivamente verificado, relacionado con causas disciplinarias, baja productividad o inaptitud para la función. También los que no se sometieron a la selección pública, pero que ya tenían cinco años en el servicio público cuando fue promulgado el texto constitucional de 1988 – salvo los ocupantes de cargos de confianza, de naturaleza política –, adquirieron el derecho a la estabilidad (art. 19, ADCT).

Una vez alcanzada la estabilidad, tales funcionarios solamente pueden ser despedidos por causa disciplinaria o por insuficiencia grave de desempeño, estando garantizada siempre la amplia defensa, con el derecho a ser readmitidos siempre que no comprobada la falta grave (art. 41, § 2, CF).

En cuanto a los empleados de empresas estatales, que ejercen actividad económica en concurrencia con las empresas privadas, lamentablemente, la jurisprudencia no ha reconocido inicialmente ninguna garantía además de aquellas reconocidas a los trabajadores de la iniciativa privada. Aunque tales empresas estén sometidas a los principios constitucionales de impersonalidad, legalidad, moralidad, publicidad y eficiencia (art. 37, CF) y de solamente poder admitir empleados mediante concurso público – lo que, en puridad, las obligaría a adoptar criterios objetivos en cualquier decisión empresarial, incluso en las extinciones contractuales –, la doctrina judicial dominante era de que la extinción de los contratos de trabajo podría ser decidida discrecionalmente y sin motivación, bastando que se pagara la indemnización prevista en ley⁷⁸⁰. Es cierto que esta facultad no suele ser utilizada en la práctica, pues muy

⁷⁸⁰ Orientación Jurisprudencial (OJ) n.º 247, de la SDI del TST, ítem primero: I – El despido de empleados de empresa pública y de sociedad de economía mixta, mismo cuando admitidos por concurso público, independe de acto motivado para su validez.

raramente se han visto despidos de empleados fijos de empresas públicas, pero esto no elimina la vulnerabilidad jurídica de los trabajadores ante esta posición doctrinal liberalizadora del poder empresarial.

Solamente con relación a los empleados de la “*Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*” (ECT), por tratarse de una empresa de régimen especial con prerrogativas equivalentes a las del Estado, el TST admitía que el despido debería ser fundado en un motivo objetivo legítimo, so pena de readmisión⁷⁸¹.

Pero, esa limitación a la ECT ha cambiado últimamente. De hecho, el Supremo Tribunal Federal ha mantenido la comprensión del TST en lo que se refiere a la necesidad de motivación del despido de los empleados de la ECT. No obstante, de la sentencia, se puede deducir que las razones que condujeron a esa conclusión justifican una solución semejante para otras empresas públicas o sociedades de economía mixta prestadoras de servicios públicos, para las cuales no se aplican exactamente las mismas reglas de las empresas privadas⁷⁸².

Después de la mencionada decisión del STF, el TST ha ampliado gradualmente la obligación de motivar la decisión extintiva del contrato de trabajo para otras empresas estatales de los tres niveles federativos⁷⁸³. Por lo tanto, todo indica que la Orientación Jurisprudencial 247, que limitaba la prohibición de despido sin causa a la ECT, todavía no revocada, ya ha sido superada por sentencias más recientes⁷⁸⁴, todas apuntando la ilegalidad del despido no motivado de empleados fijos de empresas estatales (desde que seleccionados en la forma legal), cuya solución jurídica preferente es la readmisión.

⁷⁸¹ Ítem segundo de la OJ 247: II - La validez del despido del empleado de la Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada a la motivación, por gozar la empresa del mismo tratamiento destinado al Estado con relación a la inmunidad tributaria y a la ejecución especial por la vía presupuestaria, además de las prerrogativas de plazos y exención de condena en costas.

⁷⁸² STF, RE-589.998/PI, DJ-e 12.09.2013.

⁷⁸³ Entre otros, ver: TST, Ag-RR - 2753600-54.2009.5.09.0005, DEJT 05.05.2017; TST, RR-563-21.2012.5.09.0673, DEJT 05.05.2017; TST, RR-938-28.2012.5.18.0008, DEJT 20.09.2013; TST, RR-1198-77.2011.5.03.0002, DEJT 19.09.2014; TST, RR-1521-49.2011.5.04.0004, DEJT 26.09.2014; TST, AIRR-1039-53.2011.5.15.0115, DEJT 03.10.2014.

⁷⁸⁴ AGRA BELMONTE, A., “A proteção do emprego na Constituição Federal de 1988”, en AA.VV. (coord. Neves Delgado, G. et al.), *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*, São Paulo: LTr, 2015, p. 113.

3.5.2 Garantías temporarias del empleo

Como forma de resguardar la autonomía sindical, la Constitución vedó el despido del empleado elegido para puesto de dirección o administración de sindicato, desde el registro de su candidatura hasta un año después del término de su mandato (art. 8, VIII). Por el hecho de ser un representante de su clase, más expuesto a eventuales represalias patronales, el líder sindical solamente puede ser despedido si comete alguna falta disciplinaria grave, previamente acreditada en proceso judicial. Caso declarada inexistente o no probada la justa causa, es debido el regreso al puesto de trabajo con restitución de todo y cualquier perjuicio financiero (readmisión).

Tampoco el representante de los empleados en la CIPA puede ser despedido arbitrariamente, desde el registro de su candidatura hasta un año después del respectivo mandato (art. 10, II, a, ADCT). En este caso, sin embargo, el despido no queda limitado a la hipótesis de falta disciplinaria grave, pero también puede ocurrir por motivo técnico, económico o financiero (art. 165, CLT), cabiendo al empleador probar el motivo alegado, caso el empleado lo impugne judicialmente, so pena de ser condenado a readmitirlo (art. 165, párrafo único, CLT).

De todas las formas de protección en contra el despido arbitrario, esta última es la más conforme con el espíritu del Convenio 158 de la OIT, porque representa una estabilidad real, al determinar la restitución del empleo al trabajador injustamente despedido, pero no crea dificultades para una adaptación de las empresas a una realidad cambiante, al permitir el despido por motivos objetivos y razonables, desde que seguramente comprobados. La extensión de lo que dispone el art. 165 de la CLT para todos los trabajadores contratados por tiempo indeterminado quizás sea la forma más completa e inteligente de reglamentar, de una vez por todas, la protección al empleo preconizada en el art. 7, I, CF.

Aún en el programa de las garantías provisorias de empleo establecidas cuando se promulgó el texto constitucional, fue vedado el despido sin justa causa de empleada embarazada, desde la confirmación del estado gestacional⁷⁸⁵ hasta cinco meses después del parto (art. 10, II, b, ADCT). Se trata de medida volcada a proteger el empleo de la

⁷⁸⁵ La jurisprudencia ha sido maleable en la interpretación de lo que sea confirmación del embarazo, dispensando, por ejemplo, el conocimiento del empleador acerca de tal hecho. Ver Precedente (*súmula*) 244 del TST, ítem I.

mujer en un momento especial de vulnerabilidad. El despido, en este caso, solamente puede ocurrir por causa disciplinaria, cabiendo al empleador readmitir la trabajadora al empleo si no comprueba su alegación, desde que el período de garantía aún esté en curso. Muchas veces, no obstante, la decisión favorable a la empleada sólo es proferida después del término de la garantía, de tal manera que la solución termina por ser meramente indemnizatoria (pago de salarios desde el despido hasta en fin del periodo garantido)⁷⁸⁶.

En el plan legislativo, fueron creadas otras garantías provisorias que impiden el despido, salvo por infracción disciplinar grave debidamente comprobada en los siguientes supuestos de hecho: a) empleados víctimas de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, alejados del servicio por más de quince días por recomendación médica, hasta doce meses después de su regreso a las actividades (art. 118, Ley 8.213/1991); b) representantes elegidos por los empleados, incluso suplentes, para las Comisiones de Conciliaciones Previas (art. 625-B, § 1, CLT), para el Consejo del FGTS (art. 3, § 9, Ley 8.036/1990) y para el Consejo Nacional de Seguridad Social (art. 3, § 7, Ley 8.213/1991), hasta un año después del término de los respectivos mandatos; c) empleados elegidos directores de cooperativas creadas por los propios trabajadores de una empresa, en los mismos moldes de un dirigente sindical (art. 55, Ley 5.764/1971).

Últimamente, la Ley 13.467/2017 (reforma laboral) ha introducido la figura de las Comisiones de representantes en las empresas con más de 200 empleados, cuyos miembros solamente pueden ser despedidos por motivos disciplinarios, técnicos, económicos o financieros, desde el registro de la candidatura hasta un año después del término del mandato (art. 510-C, § 3, CLT), algo semejante a la garantía de los miembros elegidos de la CIPA.

No se puede descartar, por fin, la posibilidad de crear algún impedimento de despido sin justa causa por negociación colectiva o mismo por contrato individual de trabajo. Claro que esta última posibilidad es meramente circunstancial y muy rara.

De la misma forma, el reglamento de la empresa puede traer alguna forma de autocontención del poder de despedir libremente. Aunque se pueda pensar que ningún empleador va a querer imponer alguna restricción a sí mismo, no ha sido tan inhabitual ver entidades o empresas públicas que lo hacen, al prever la necesidad de una

⁷⁸⁶ Ítem II del Precedente 244 del TST.

investigación previa a la extinción contractual o mismo estableciendo las causas posibles de justificación del despido⁷⁸⁷.

3.6 Otras medidas de protección: readmisión obligatoria sin estabilidad real

La ley n. 9.029/1995 clasifica como práctica discriminatoria el despido por causa de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar o edad. Este rol de motivaciones discriminatorias no puede ser considerado exhaustivo, sino como mero ejemplo, siendo posible que otras hipótesis de discriminación induzcan la aplicación de esta ley, como veremos más adelante.

El art. 4 de la referida ley establece que la terminación de la relación laboral por acto discriminatorio, además del derecho a la reparación por daño moral, faculta al empleado optar entre el regreso al trabajo, con resarcimiento integral de la remuneración del periodo desde el despido, o a una indemnización correspondiente al doble de la remuneración de aquel mismo periodo. La elección es siempre del trabajador: solamente él puede optar entre la readmisión o la indemnización. Es decir, aunque no sea destinatario de ninguna estabilidad reforzada, el trabajador que haya sido víctima de un despido discriminatorio, sea cual sea el estigma lanzado sobre su persona, tendrá el derecho de ser readmitido, si lo desea, sin perjuicio de recibir indemnización por daños morales arbitrada judicialmente.

Sería, en esta perspectiva, una hipótesis de restricción al poder empresarial de extinguir la relación de empleo, con nulidad *ex tunc* del despido, por ofensa al principio de no discriminación. Eso significa que el empresario privado hasta puede despedir sin enunciar el motivo de su decisión (conforme ha reconocido la jurisprudencia), pero si detrás de la decisión extintiva hay una causa encubierta, oculta, de naturaleza discriminatoria, no se podrá prestar ninguna licitud al acto de terminación del contrato laboral.

Hay, finalmente, otro precepto legal que, a pesar de no presentar una garantía individual de mantenimiento del empleo, inhibe la discrecionalidad empresarial en el

⁷⁸⁷ Ver, entre otras, las siguientes sentencias del TST sobre el asunto: RR 32100-48.2006.5.02.0056, DEJT 18.05.2012; E-ED-RR 32400-27.2003.5.09.0668, DEJT 16.03.2012; RR 157-55.2010.5.04.0011, DEJT 24.02.2012.

acto de la extinción del contrato. Se trata del art. 93, § 1, de la Ley 8.213/1991, según el cual “el despido del trabajador rehabilitado o de deficiente habilitado al final del contrato por plazo determinado de más de 90 (noventa) días, y la inmotivada, en el contrato por plazo indeterminado, sólo podrá ocurrir tras la contratación del sustituto de condición semejante”. Tenemos, en tal situación, un precepto consagradorio de una distinción positiva (acción afirmativa), que impone a las empresas la contratación de una cuota mínima de trabajadores discapacitados. La regla que limita el poder de despedir tiene como objetivo mantener el porcentual de plazas para discapacitados, siendo, en este contexto, una garantía social y no propiamente un derecho individual⁷⁸⁸. De ese modo, una vez no contratado otro empleado minusválido o con algún grado de discapacidad formalmente reconocido, es debida la readmisión del que fue despedido, aunque no presente una garantía individual de estabilidad⁷⁸⁹.

Se ve, por lo tanto, que no es extraña al derecho brasileño la nulidad del despido llevado a cabo con ofensa calificada al ordenamiento jurídico, aunque no se reconozca al trabajador una garantía individual de permanencia en el empleo.

4 La Protección en Contra el Despido Arbitrario en el Contexto Normativo Brasileño: Posibilidades Evolutivas

Delante del escenario complejo, a veces desalentador, presentado en los tópicos anteriores, ¿sería posible hablar seriamente en protección en contra el despido arbitrario en Brasil? Hasta qué punto el comando normativo insertado en el art. 7, I, CF, ¿puede socorrer un empleado injustamente despedido?

Parece incuestionable que el derecho, como resultado de una actividad meramente humana, sufre influjos del contexto cultural e histórico, bien como de la realidad social y económica. Sigue en pie la clásica frase de Ripert, de que cuando el derecho ignora la realidad, la realidad se venga, ignorando el derecho. La dura realidad del trabajador y de los empresarios en un país marcado por contradicciones, el contexto cultural de las relaciones laborales y las vicisitudes económicas de una democracia aún

⁷⁸⁸ TST, ARR 195700-68.2007.5.12.0046, DEJT 06.07.2012.

⁷⁸⁹ Por todos: TST, RR 237-36.2011.5.14.0001, DEJT 15.06.2012.

adolescente deben ser considerados en la interpretación y aplicación del derecho positivo brasileño.

No obstante, nunca se debe perder de vista la esencia del derecho como un deber ser y, como tal, con la vocación de moldear el comportamiento individual y social. Un derecho no deja de existir por el hecho de no ser observado. Es necesario, en este caso, dar un paso más, rumbo a su efectividad, reforzando los marcos teóricos que lo sostienen y los mecanismos de control y de sanción (garantías institucionales y legales).

Por otro lado, mismo sin despreciar el derecho como instrumento de regulación de conquistas y de posiciones factuales previamente establecidas, por ende, tendente a consolidar el *statu quo*, no se puede negar que él también es un proceso dialéctico⁷⁹⁰, sufre una tensión que lo impulsa a direccionar la conducta humana rumbo a la civilización y al progreso general, asumiendo, por veces, una función transformadora de su entorno social y político⁷⁹¹.

Si una considerable parte del empresariado brasileño ha ignorado las leyes laborales, y si incluso los juristas de mayor prestigio han dado poca atención a la regla de protección en contra el despido sin justa causa (art. 7, I, CF), esto no significa que debamos rendirnos a un realismo fatalista y abandonarnos la promesa constitucional. Por lo contrario, se impone dejarnos la inercia a un lado y movernos en la lucha por la efectividad plena de la Constitución.

Las posibilidades semánticas y normativas del texto constitucional de 1988 aún están lejos de agotarse. Con el pasar del tiempo, hemos visto nuevos horizontes abriéndose a través de una jurisprudencia en constante evolución – aunque produciendo, como efecto colateral, una indeseable inseguridad jurídica.

Un ejemplo claro de eso es el repentino cambio de posición del TST en lo que concierne a la protección del empleo de los trabajadores de empresas públicas y sociedades de economía mixta (ítem 4.5.1, supra). Fueron necesarios veinticinco años

⁷⁹⁰ La negación del derecho como un fenómeno en estado puro, estático, es casi un consenso entre los juristas modernos. El carácter dialéctico del derecho, resultante del espacio social y, al mismo tiempo, a él influyendo, es bien resumido por RAMALHO MARQUES NETO, A., *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁷⁹¹ Aún en la primera mitad del siglo pasado, POUND, R. (*Social Control Through Law*, New Haven: Yale University Press, 1942), desarrolló la idea de derecho como elemento de control social, dotado de un carácter transformador. Entre tantos defensores de la posibilidad de transformación por el derecho, ver también: FARIA, J. E., *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*, São Paulo, 1988: EDUSP; FARIA, J. E., *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

para que aquel tribunal finalmente se percatara de la superación de paradigmas implementada por la Constitución, que rechaza el despido no motivado de los trabajadores de empresas estatales, aunque el régimen jurídico de tales trabajadores sea laboral, disciplinado por la CLT.

Otro notable giro hermenéutico del TST se refiere a la exigencia de negociación en el caso de despidos colectivos, ya relatado, sin que hubiera una ley específica estableciendo esa obligación. Aunque el STF todavía no se haya pronunciado en definitivo sobre el tema, el simple hecho de haber sido ampliamente debatido en las instancias inferiores ya demuestra que las posibilidades de interpretación directa del texto constitucional aún no están agotadas ni sedimentadas.

Se señala que la falta de reglamentación de una protección general en contra el despido arbitrario – para además de una indemnización prefijada en ley – no ha impedido una gradual evolución doctrinaria y jurisprudencial. Los tribunales, cada vez más, han utilizado las teorías del abuso de derecho y de la no discriminación para ampliar las situaciones específicas que hacen el despido nulo y, consecuentemente, determinan la readmisión del trabajador injustamente despedido.

Para seguir en esta evolución, no basta solamente luchar por la aprobación de la Ley Complementaria – que nunca avanzó en el Parlamento –, para tornar funcional la protección al empleo como un derecho de todo trabajador. Sin desconocer la importancia de la configuración legislativa para efectividad de los derechos constitucionales, es necesario que jueces y tribunales continúen avanzando en la afirmación de la fuerza normativa de la Constitución y, por la vía interpretativa, den un sentido mínimo al derecho fundamental al trabajo en ella enunciado.

En esa dirección, algunas líneas argumentativas de orden general, en seguida tratadas apenas superficialmente, pueden traer algún refuerzo para la concreción de ese derecho social básico. Pero también se puede evolucionar trayendo soluciones puntuales para situaciones en que la agresión al orden jurídico aparece de forma más acentuada, como, por ejemplo, en la figura del despido discriminatorio o resultante de una represalia.

4.1 El necesario diálogo de los derechos fundamentales en las relaciones laborales como límites multidireccionales al poder empresarial

La existencia de derechos laborales específicos en el texto constitucional, por obvio, no impide la incidencia, en el marco de la relación contractual laboral, de los derechos fundamentales de que el trabajador sea titular como individuo y ciudadano. Y ese conjunto de derechos debe ser percibido de manera integrada, interconectada. Es a partir del diálogo dinámico entre todos aquellos derechos que se pueden llegar a una aplicación verdaderamente efectiva de la voluntad constitucional.

Como ya afirmado anteriormente, la Constitución brasileña no estableció gradaciones diferentes entre los derechos fundamentales en ella proclamados. Todos merecen igual protección, todos están en el mismo nivel. No desconocemos, por supuesto, que algunos derechos son más genéricos y dependen de un desarrollo legislativo que fije sus contornos específicos, mientras que otros ya están casi completamente definidos por la propia Constitución, no habiendo ningún problema en su aplicación inmediata. Pero esto no significa que algunos derechos tengan jerarquía superior o que exista derechos que no pueden ser invocados hasta la última instancia judicial.

Todos los derechos fundamentales tienen un contenido esencial que, independientemente de la voluntad del legislador, reclama una aplicación inmediata y puede ser objeto de implementación judicial, merced de la regla proclamada en el art. 5, § 1, CF (“las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”). Y, para el caso de la falta de reglamentación hacer inviable el ejercicio del derecho fundamental, la propia norma constitucional prevé que el ciudadano podrá intentar una acción específica (*mandado de injunção*) que autoriza al STF, de forma excepcional, establecer reglas que definirán como el derecho podrá ser ejercido en el caso concreto (art. 5, LXXI, CF). Luego, el texto constitucional no concibe derecho fundamental sin consecuencia práctica.

En esta perspectiva, el trabajador no puede ser considerado un ciudadano de segunda clase: a él corresponden los derechos fundamentales en su conjunto, sin que se pueda establecer, *a priori*, una exclusión de ningún derecho o libertad que integre el catálogo constitucional y sin que se prefigure una jerarquía menor a sus derechos en la relación laboral.

Es verdad que el espacio reservado al poder directivo del empleador – derivado de la libre iniciativa (libertad de empresa) constitucionalmente protegida – puede justificar una matización o adaptación al contrato de trabajo, pero esto no puede implicar en modo alguno la aniquilación de aquellos derechos, dada su irrenunciabilidad. Lo que ocurre es que, en la medida en que se ejercen en relación con el contrato de trabajo, tales derechos sufren una acomodación laboral.

Una vez que son inalienables, continúan de pie, en la relación laboral, todos los derechos y garantías fundamentales otorgados en la Constitución, con destaque especial para: a) igualdad y no discriminación (art. 5, cabeza e inciso I); b) integridad física y psicológica (art. 5, cabeza e inciso III); c) libertad de conciencia y de creencia (art. 5, VI); d) libertad de expresión intelectual, artística, científica o de comunicación (art. 5, IX); e) inviolabilidad de la intimidad, de la vida privada, del honor y de la imagen (art. 5, X); f) inviolabilidad de correspondencia y de comunicaciones (art. 5, XII); g) acceso a la información (art. 5, XIV y XXXIII); h) libertad de reunión (art. 5, XVI); i) libertad de asociación y de creación de cooperativas (art. 5, XVI, XVII, XVIII y XX); j) derechos de autor y de inventos (art. 5, XXVII y XXIX); k) derecho de petición (art. 5, XXXIV); l) acceso a la justicia (art. 5, XXXV); m) presunción de inocencia (art. 5, LVII). Todos estos derechos pueden, en algún momento de la ejecución contractual, entrar en ruta de colisión con los poderes empresariales y asumir, por ello, una impregnación laboral.

Es evidente que algunos de esos derechos pueden ser eventualmente matizados en función de una finalidad contractual legítima, socialmente justificable y determinada por los límites del ejercicio del derecho y por el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas. No se ha de negar, por ejemplo, que la libertad de expresión puede ceder espacio a la imposición de no divulgación de secretos industriales y de detalles relacionados al funcionamiento legítimo del negocio⁷⁹². También se muestra posible que los efectos patrimoniales del derecho de autor o del invento sean apropiados por el empleador, si el empleado ha sido contratado específicamente para ese fin (art. 88, Ley 9.279/96). En otra situación hipotética, el derecho a la propia imagen puede estar vinculado al cumplimiento del contrato de trabajo, en el caso de modelos profesionales, actores, deportistas y otros relacionados.

⁷⁹² FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I. y GONET BRANCO, P. G., *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278.

En cualquier caso, la eventual limitación de los derechos fundamentales, o su adaptación al contrato, debe seguir un criterio de proporcionalidad y preservar el núcleo esencial de esos derechos. Así, se impone verificar, en cada caso, la absoluta necesidad de aquella matización para la atención de finalidades contractuales legítimas, preservada, siempre e inexorablemente, la dignidad del trabajador. Bajo esta óptica, se presentan ofensivas a la dignidad y lesivas a los derechos de la personalidad del trabajador todas las exigencias contractuales o precontractuales que extrapolen la exacta finalidad y los límites de la operación económica y afecten negativamente a la esencia de la persona⁷⁹³.

Siguiendo este razonamiento, se presenta flagrantemente inconstitucional, consecuentemente ineficaz, cualquier cláusula o exigencia contractual que limite el acceso a la tutela judicial por el empleado o que impida su derecho de asociación, por ejemplo. En este caso, no hay justificación fundada en la necesidad estricta de la dinámica laboral o en el logro de los objetivos contractuales.

En suma, el principio de la dignidad humana y el valor constitucional del trabajo (art. 1, III y IV, CF), operando en sintonía fina con los derechos fundamentales del trabajador, ya sean de carácter específicamente laboral o no, representan una barrera de contención de los poderes empresariales, no pudiendo el derecho reconocer efectos válidos a ningún acto cuyo resultado sea contrario a la Constitución, aunque practicado bajo aparente conformidad con la ley. La limitación de los poderes empresariales asume, así, un carácter multinivel, proviniendo no sólo del marco legislativo ordinario y de las negociaciones colectivas o individuales, sino principalmente del orden normativo constitucional.

4.2 La sujeción de la libertad de empresa y de los contratos a su función social

Sea el poder del empleador fundado en el contrato, conforme la teoría contractualista hoy dominante⁷⁹⁴, ya sea amparado en la institución, como lo hacían los

⁷⁹³ PERES GEDIEL, J. A., “A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador”, en AA.VV. (org. Sarlet, I. W.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 162.

⁷⁹⁴ Por todos: GODINHO DELGADO, M., *Curso do Direito do Trabalho*, cit., p. 800; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 554.

antiguos adeptos de la teoría institucionalista⁷⁹⁵, o mismo en la propiedad privada⁷⁹⁶, el hecho es que no puede sobrepasar los límites representados por las normas constitucionales y legales, por los convenios colectivos, ni por el propio contrato de trabajo. Además, el poder de dirección encuentra contención en su propia finalidad, ya que es conferido al empleador para alcanzar una buena organización del trabajo en la empresa – su ejercicio no se justificaría si fuera utilizado por mero capricho o para perseguir a los trabajadores, lo que constituiría una desviación de finalidad⁷⁹⁷ o de poder. Tratase, pues, de un auténtico derecho-función (poder-deber), condicionado por su afectación al objetivo de organizar el trabajo y la producción en favor de la colectividad y no exclusivamente en favor de la ganancia individual.

El reconocimiento de la libre iniciativa, o sea, de la libertad de empresa, como uno de los fundamentos de la República (art. 1, IV, CF) y de la propiedad como derecho fundamental (art. 5, XXII, CF), lo que representa la opción consciente de los constituyentes por la economía de mercado, está lejos de importar la abdicación a los demás principios constitucionales y derechos fundamentales. Al lado de la libertad de empresa, y como claros contrapuntos a ella, están asentados la dignidad humana (art. 1, III, CF) y el valor social del trabajo (art. 1, IV, CF). Además, el derecho a la propiedad está expresamente condicionado al cumplimiento de su función social (art. 5, XXIII, CF).

La libertad de empresa, la autonomía privada y la propiedad no son derechos absolutos, como, por lo demás, no es ningún derecho. Ya ha decidido el STF, por ejemplo, que para conciliar el fundamento de la libre iniciativa y del principio de la libre competencia con los de la defensa del consumidor y de la reducción de las desigualdades sociales, de conformidad con los dictámenes de la justicia social, puede el Estado, por vía legislativa, regular política de precios de bienes y servicios, “abusivo que es el poder económico que busca el aumento arbitrario de los beneficios”. Mucho más que una mera destinación productiva, “la función social orienta el uso de la propiedad y de la empresa a objetivos de Justicia Social”⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ Por todos: MESQUITA, L. J., *Direito Disciplinar do Trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1950, p. 64.

⁷⁹⁶ Por todos: GOYATÁ, C., “Alguns Temas de Direito do Trabalho”, *Revista LTr*, n.º 38 (feb. 1974), pp. 113-114.

⁷⁹⁷ Cf. GOMES, O. y GOTTSCHALK, E., *Curso de Direito do Trabalho*, 19ª ed. (actualizada por José Augusto Rodrigues Pinto y Otávio Augusto Reis de Sousa), Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2012, p. 73.

⁷⁹⁸ BANDEIRA DE MELO, C. A., “Novos aspectos da função social da propriedade”, *Revista de Direito*

El derecho a la propiedad no es de carácter absoluto, pues sobre él pesa grave hipoteca social, a significar que, incumplida la función social que le es inherente (CF, art. 5, XXIII), se legitimará la intervención estatal en la esfera del dominio privado, observados, sin embargo, a tal efecto, los límites, las formas y los procedimientos fijados en la propia Constitución de la República.⁷⁹⁹

Discurriendo sobre la configuración del derecho de propiedad en el marco normativo brasileño, defiende Eros Grau que el principio de la función social impone al propietario, o al empresario – como titular del poder de control de una propiedad productiva⁸⁰⁰ –, el deber de ejercer su derecho en beneficio de otro, no sólo de no ejercerlo en perjuicio otros, es decir, comportamientos positivos y negativos⁸⁰¹. Se puede decir que la propiedad reconocida por la Constitución como derecho no corresponde a la noción liberal de un poder individual y absoluto sobre la cosa, sino que está relacionada primordialmente a la concepción de propiedad funcionalizada.

Además, si la Constitución elige la función social como condicionante para el ejercicio legítimo del derecho a la propiedad, no se refiere solamente al usufructo de bienes patrimoniales en su condición estática, sino también y especialmente en su función dinámica (empresa). Es en el plano de la empresa, en su calidad de bien de producción, que debe la función social realizarse en su plenitud, más allá de la mera maximización de los lucros. Esto significa que la explotación de la empresa no sólo interesa a su titular, y tampoco se destina exclusivamente a la búsqueda de la ganancia a cualquier precio, pero su función social determina que el desarrollo de la actividad empresarial debe proyectarse en la vida en sociedad, alcanzando trabajadores, proveedores, medio ambiente, etc.

Analizando la cuestión desde la óptica de la posibilidad de expropiación de inmuebles rurales, el STF apuntó que sólo se considera atendida la función social que

Público, vol. 84 (1987), p. 44.

⁷⁹⁹ STF, ADI 2.213-MC/DF, DJU 23.04.2004.

⁸⁰⁰ La inclusión del control empresarial en el concepto constitucional de propiedad es punto pacífico en la doctrina brasileña. En ese sentido, ver: KONDER COMPARATO, F., “Estado, Empresa e Função Social”, *Revista dos Tribunais*, vol. 732 (oct. 1996), pp. 43-44; AFONSO DA SILVA, J., *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992, pp. 691-692.

⁸⁰¹ GRAU, E. R., *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 259.

condiciona el ejercicio del derecho de propiedad, cuando el titular del dominio cumpla la obligación “(1) de promover el bienestar de quien trabaja en la tierra; (2) de mantener niveles satisfactorios de productividad; (3) de garantizar la conservación de los recursos naturales; y (4) de observar las disposiciones legales que regulan las justas relaciones de trabajo entre los que poseen el dominio y aquellos que cultivan la propiedad”⁸⁰².

El principio de la función social es un instrumento que, al lado de las demás limitaciones legales, posibilita la consecución de un orden económico y social que pueda realizar el desarrollo con justicia social⁸⁰³. Ese objetivo puede sonar un tanto ambicioso o contradictorio, pero es una imposición emanada del art. 170 de la Constitución de 1988, según el cual “el orden económico fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por finalidad asegurar a todos una existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social”, basado en los principios de la soberanía nacional, de la propiedad privada, cumplida su función social, de la libre competencia, de la defensa del consumidor y del medio ambiente, de la reducción de las desigualdades regionales y sociales y de la búsqueda del pleno empleo (incisos I hasta VIII). La propiedad productiva y la libertad de empresa, por ende, sólo ganan sentido pleno mientras estén en consonancia con las exigencias equitativas de un orden económico que se pretende socialmente justo y orientado a promover una existencia digna a todos. Y la observancia de la legislación laboral es, por imperativo constitucional, uno de los condicionantes relacionados a la función social de la empresa.

Siguiendo este marco trazado por la Constitución, el Código Civil brasileño impone también a los contratos privados que cumplan una función social (art. 421 CCB)⁸⁰⁴ y este es un principio general del derecho privado incidente sobre todos los contratos, incluso los laborales. El fenómeno del interés social en la libertad contractual no se deriva únicamente del intervencionismo del Estado en los intereses privados, con el llamado dirigismo contractual, sino también de la propia modificación de conceptos históricos en torno a la propiedad⁸⁰⁵.

⁸⁰² STF, ADI 2.213-MC/DF, DJU 23.04.2004.

⁸⁰³ SUNDFELD, C. A., “Função social da propriedade”, en AA.VV. (coord. Abreu Dallari, A. y Valle Figueiredo, L.), *Temas de Direito Urbanístico I*, São Paulo: Editora RT, 1987, p. 9.

⁸⁰⁴ Art. 421. La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato.

⁸⁰⁵ SALVO VENOSA, S., *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

Lo que el mandamiento de la función social del contrato establece es que éste no puede ser transformado en un instrumento para actividades abusivas, causando daños a la parte contraria o a terceros⁸⁰⁶. El nuevo código operó una modificación sustancial del eje interpretativo del contrato: “en vez de considerarse la intención de las partes y la satisfacción de sus intereses, el contrato debe ser visto como un instrumento de convivencia social y de preservación de los intereses de la colectividad, donde encuentra su razón de ser y de donde extrae su fuerza - porque el contrato presupone el orden estatal para darle eficacia”⁸⁰⁷.

Es evidente que la fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*) aún está vigente en el Derecho brasileño, pero no hay duda de que la libertad contractual debe ser ejercida dentro de ciertos límites, impuestos por el principio de la dignidad humana, por los derechos fundamentales de los contratistas y de terceros eventualmente afectados, por los postulados de la justicia social y por las exigencias de la moral pública.

La función social del contrato se manifiesta interna y externamente. Internamente, ejerce la finalidad de evitar que el ser humano sea víctima de su propia fragilidad al realizar relaciones contractuales que culminan por instrumentalizarlo, asegurando un mínimo equilibrio contractual y mayor dignidad de los contratistas. Externamente, implica que la sociedad no puede ser afectada negativamente por la relación contractual, que debe observar el principio de solidaridad⁸⁰⁸.

En una decisión emblemática, analizando la ruptura inmotivada de un contrato comercial entre un fabricante y una empresa distribuidora de sus productos, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) enfatizó que “la rescisión inmotivada del contrato, en especial cuando se efectúa por medio de conducta desleal y abusiva – violadora de los principios de buena fe objetiva, de la función social del contrato y de la responsabilidad post-contractual – confiere a la parte perjudicada el derecho a la indemnización por daños materiales y morales”⁸⁰⁹. Si es así con un contrato comercial puro, en el que las partes se ponen, al menos teóricamente, en pie de igualdad, mucha más razón habrá en el

⁸⁰⁶ REALE, M., “Função social do contrato”, Academia Brasileira de Letras, 2003, disponible en www.academia.org.br/artigos/funcao-social-do-contrato, fecha de consulta: 15.05.2018.

⁸⁰⁷ ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, R., “Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos”, *Revista dos Tribunais*, vol. 775 (mayo 2000), p. 19.

⁸⁰⁸ ROSENVALD, N., “Art. 421”, en AA.VV. (coord. Peluso, C.), *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*, 11ª ed., Barueri SP: Manole, 2017, p. 436.

⁸⁰⁹ STJ, REsp 1.255.315/SP, 3.ª T., DJ-e 27.09.2011.

reproche legal a la finalización abusiva del contrato por la parte más fuerte, en el caso en el que la asimetría de poder es una realidad asumida por el propio ordenamiento jurídico.

En ese contexto, la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, como acto debilitante del derecho al trabajo, debe ser examinado siempre con una mirada crítica, a partir de una lectura articulada de los derechos fundamentales del trabajador, en confronto con los derechos del empleador, siempre observados los límites impuestos por la buena fe y por la función social del contrato. No se puede afirmar que el empresario tiene el “derecho potestativo a despedir”, como se fuera un acto constitucionalmente garantido y socialmente irrelevante.

Por el contrario, al enumerar el derecho al trabajo entre los derechos fundamentales sociales (art. 6) y establecer que el trabajador tiene derecho a la protección contra el despido arbitrario o sin justa causa (art. 7, I), la Constitución reconoció que la extinción unilateral del contrato de trabajo asume relevancia política, económica y social. Luego, sostener que el empresario sea titular de un derecho ilimitado de despedir sin justa causa es, ante todo, rasgar la Carta Constitucional.

El despido, especialmente cuando agrega el objetivo de reprimir el ejercicio de derechos y libertades del trabajador, lleva en sí un carácter antisocial, no pudiendo ser aceptado como un acto normal de ejercicio de la libertad de empresa. Por atentar contra la función social de la empresa y del contrato, debe tener una respuesta jurídica fuerte, consistente en la nulidad del acto contrario al Derecho.

4.3 La prohibición de retroceso de los derechos laborales constitucionales

Inseridos deliberadamente en el núcleo duro de la Constitución, referente a los principios y derechos fundamentales, el derecho al trabajo y los derechos laborales constitucionales fueron protegidos no sólo contra su libre disposición por la legislación ordinaria, sino también contra eventual reforma constitucional. Esto porque el art. 60, § 4, CF, dispone que no será objeto de deliberación ninguna propuesta de enmienda constitucional tendente a suprimir los derechos y garantías individuales.

La doctrina y la jurisprudencia brasileña son pacíficas en el sentido de que la limitación del poder de reforma de la Constitución no es una mera declaración vacía, estando sujeta a la protección judicial por medio del control de constitucionalidad

abstracto o difuso⁸¹⁰. Bajo la égida de la Constitución de 1988, y como consecuencia de los límites materialmente impuestos por la propia Carta, el STF ya invalidó diversas enmiendas constitucionales en todo o en parte⁸¹¹, incluso mediante control preventivo⁸¹².

A pesar de las críticas de naturaleza política a la propia existencia de las “cláusulas pétreas” (inmutables) y de la corriente doctrinal que propone una interpretación restrictiva a la prohibición de enmiendas – apegándose a la literalidad de la expresión “derechos y garantías individuales”⁸¹³ –, parte expresiva de los constitucionalistas brasileños adopta el entendimiento de que el art. 60, § 4, CF, es aplicable a todos los derechos fundamentales, incluidos los sociales⁸¹⁴.

La dificultad interpretativa se debe a una impropiedad técnica en la redacción de dicho precepto, ya que en ningún otro pasaje la Constitución utiliza el término “derechos y garantías individuales”. El Título II se refiere a “derechos y garantías fundamentales”, mientras que el Capítulo I de ese mismo título se dedica a los “derechos y deberes individuales y colectivos”. No hay, pues, un sentido unívoco para la expresión utilizada en dicho dispositivo constitucional, lo que impone una interpretación sistemática.

Como señala Ingo Sarlet, al demostrar la absurdidad de la tesis restrictiva, decir que la prohibición de enmiendas protege sólo los derechos individuales enumerados en

⁸¹⁰ En el primero precedente posconstitucional, referente a la Enmienda n.º 2, de 25.08.1992, fue afirmado sin rodeos que el STF es competente para, por medio del control difuso o concentrado, examinar la constitucionalidad, o no, de enmienda constitucional (ADI 830-7, DJU 16.09.1993).

⁸¹¹ La primera de ellas fue la EC 3/1993, que intentó suprimir la garantía de anualidad previa de la ley tributaria con relación a un tributo instituido por la propia enmienda. En ese juicio, se recordó que: “Es necesario no perder de perspectiva que las enmiendas constitucionales pueden resultar incompatibles, también ellas, con el texto de la Constitución a que se adhieren. De ahí su plena justiciabilidad, especialmente ante el núcleo temático, protegido en el artículo 60, § 4, de la Carta Federal. (...) Las cláusulas pétreas representan, en realidad, categorías normativas subordinantes que, hallándose pre-excluidas, por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente se evidencian como temas insoslayables de modificación por la vía del poder constituyente derivado” (ADI 937-7, DJU 18.03.1994 – libre traducción nuestra).

⁸¹² V.g., STF, MS 24.645/DF, DJU 15.09.2003.

⁸¹³ Así defiende, v.g., FERREIRA MENDES, G., “Os Limites da Revisão Constitucional”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 21 (1997), pp. 69-88.

⁸¹⁴ En ese sentido: BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 651-662; SÜSSEKIND, A., “Os direitos constitucionais trabalhistas”, en AA.VV. (coord. Montesso, C. J., Freitas, M. A. y Coêlho, M. F.), *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*, São Paulo: LTr, 2008, p. 45; GONET BRANCO, P. G., en FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I. y GONET BRANCO, P.G., *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 258-259; MORAIS, A., *Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, pp. 590-591; MOURA AGRA, W., *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 440-441; PEREIRA DE SOUZA NETO, C. y SARMENTO, D., “Os direitos fundamentais e o poder de reforma constitucional”, en AA.VV. (coord. Merlin Clève, C. y Freire, A.), *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 286-289.

el art. 5 es excluir de esa protección, además de los derechos sociales, la libertad sindical, el derecho de huelga, los derechos de nacionalidad y los derechos políticos, así como los derechos colectivos dispuestos en el propio artículo 5, llegando al extremo de reconocer que el derecho al *mandado de segurança* individual integraría las cláusulas pétreas, pero el *mandado de segurança* colectivo no⁸¹⁵.

Después de demostrar la vinculación estrecha entre los derechos civiles y los sociales, concluye Paulo Bonavides que una línea de eticidad vincula los derechos sociales al principio constitucional de la dignidad humana, el cual les sirve de regla hermenéutica, siendo imperioso interpretar tales derechos de un modo que se les reconozca el mismo marco de protección y garantía abierto por el constituyente en favor del contenido material del artículo 4 del art. 60, al que pertenecen por la universalidad misma de la expresión derechos y garantías individuales⁸¹⁶.

Conviene recordar que los derechos laborales disciplinados en el artículo 7, CF, a pesar de traer incrustada una marcada dimensión social, también hacen subyacer una connotación individual, en el sentido de que expresan posiciones subjetivas de trabajadores individualmente considerados. En consecuencia, no tiene ningún sentido lógico negarles la protección contra enmiendas constitucionales tendentes a suprimirlos – ya que, aun interpretándose restrictivamente, y en un sentido meramente literal, la expresión "derechos y garantías individuales", allí estarían encuadrados los derechos individuales de los trabajadores reconocidos constitucionalmente, incluso la protección en contra despidos arbitrarios.

Analizando la cuestión por diversos ángulos, parece acertada la afirmación de que los derechos laborales y la conformación constitucional del derecho al trabajo están protegidos contra el Poder Constituyente Reformador, siendo insoslayables de supresión o abolición por medio de una enmienda constitucional.

Se resalta, sin embargo, que el STF nunca fue instado a asumir una posición muy clara sobre la materia. El más cercano que llegó de esto fue en el juicio de la acción directa de inconstitucionalidad intentada contra el art. 14 de la EC n. 20/1998⁸¹⁷. En ese juicio, se reiteró la jurisprudencia en el sentido de que es admisible una acción de inconstitucionalidad contra enmienda constitucional, cuando se invoca una *cláusula*

⁸¹⁵ SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 422

⁸¹⁶ BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 658.

⁸¹⁷ STF, ADI 1946 MC / DF, DJU 14.09.2001.

pétrea – reafirmandose que hay dispositivos constitucionales que no pueden, en modo alguno, ser objeto de supresión. En cuanto al fondo del derecho, se entendió que la interpretación dada al dispositivo objeto del control concentrado no podía implicar revocación tácita del art. 7, XVIII, CF, que trata de la baja por maternidad. De una forma oblicua, sin enfrentar expresamente los límites de la prohibición del retroceso, el STF terminó por vedar la restricción indebida de un importante derecho social, ubicado en el mismo art. 7 que trata de los derechos laborales⁸¹⁸.

En otro proceso, al apreciar individualmente una petición liminar contra la tramitación de una propuesta de enmienda constitucional que transfiere al Congreso Nacional la decisión sobre la demarcación de las tierras indígenas, el magistrado Luis Roberto Barroso, integrante del STF, afirmó que el art. 60, § 4, IV, CF, no protege sólo las libertades individuales clásicas, sino también los demás derechos materialmente fundamentales, como los derechos políticos, sociales y colectivos, incluidos los derechos de las minorías. Para él, la circunstancia de que un grupo sea minoritario no debilita, sino que refuerza la pretensión de fundamentalidad de los derechos, pues la protección de grupos vulnerables es fundamento de legitimación del Estado democrático de derecho.

Partiendo del supuesto de que ni siquiera una reforma constitucional podrá abolir el derecho al trabajo y los derechos laborales reconocidos constitucionalmente, ninguna ley ordinaria podrá vaciar el contenido de esos derechos, so pena de inconstitucionalidad. Evidentemente que esto no significa la imposibilidad de cualquier modificación o adecuación legislativa a la realidad económica y social cambiante, ya que la prohibición constitucional se vuelve tan sólo a proteger los derechos fundamentales contra supresión o abolición. Pero es preciso, siempre e ineludiblemente, preservar el núcleo esencial de tales derechos contra una erosión legislativa indebida.

Además, deriva implícitamente de los principios rectores de la Constitución brasileña la imposibilidad de retroceso en la legislación que hace efectivos los derechos fundamentales, es decir, una vez regulado por ley un determinado derecho fundamental, el mismo se incorpora al patrimonio jurídico de la ciudadanía y no puede ser absolutamente suprimido⁸¹⁹.

⁸¹⁸ La prohibición del retroceso social fue también planteada en la medida cautelar en la ADI 1664 MC/UF (STF, DJU 19.12.1997), pero el magistrado ponente, Octávio Gallotti, prefirió pasar a lo largo del tema, por considerar la tesis muy delicada para ser enfrentada en carácter provisional.

⁸¹⁹ BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

Según Ingo Sarlet, la no regresividad social está vinculada, entre otros: al principio del estado democrático social de derecho, que impone un nivel mínimo de seguridad jurídica y de confianza de los individuos en la continuidad del orden jurídico; al principio de la dignidad humana, que inviabiliza medidas que dismantelan las prestaciones dirigidas a una existencia digna para todos; al principio de la máxima eficacia y efectividad de las normas definitorias de los derechos fundamentales (art. 5, § 1, CF), que abarca la maximización de la protección a tales derechos⁸²⁰.

Existe, de esta forma, un cierto consenso doctrinal de que la Constitución brasileña contiene un principio de no retorno, que impide retrocesos legislativos que puedan afectar negativamente al núcleo esencial de derechos fundamentales, sean ellos prestacionales o no⁸²¹. Esto no importa, como se ha dicho, la total inmovilización de la actividad política o la inviabilidad de una nueva configuración legislativa de determinadas prestaciones sociales, ante cambios en la coyuntura económica o social, siempre que preservado el núcleo esencial del derecho⁸²² y que se observe un criterio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

La no regresividad de los derechos sociales deriva también del PIDESC – del cual Brasil es signatario –, que consagra la obligación de las partes de hacer todos los esfuerzos posibles para efectivizar progresivamente los derechos en él previstos. Según el CDESCR, existe una obligación negativa de no regresividad, de modo que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se disponga”⁸²³. Este es también el entendimiento

⁸²⁰ SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 446. Vide, también, del mismo autor: “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 57, 2006, pp. 5-34.

⁸²¹ Además de BARROSO, L. R. (*O direito constitucional e a efetividade...*) y SARLET, I. W. (*A eficácia dos direitos fundamentais...*), ambos ya citados, ver también: PINHO PEDREIRA DA SILVA, L., “A irreversibilidade dos direitos sociais”, en AA.VV. (coord. Montesso, C. J., Freitas, M. A. y Coêlho, M. F.), *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*, São Paulo: Ltr, 2008, p. 45; MOURA AGRA, W., *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 268-279.

⁸²² Sobre la preservación del núcleo esencial de los derechos sociales como límite de regresividad, ver: SARLET, I. W., “La prohibición de retroceso en los derechos sociales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis”, en AA.VV. (compilación de Courtis, C.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 329-359.

⁸²³ CDESCR (1990), *Observación General 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (pár. 1 del art. 2 del Pacto), párrafo 9.

defendido en el derecho comparado, a la luz de diversas constituciones democráticas, que ni siquiera contemplan reglas tan explícitas como las contenidas en los arts. 5, § 1 y 60, § 4, CF⁸²⁴.

Si el razonamiento arriba vale para todos los derechos sociales, en el caso de los derechos constitucionales laborales hay un argumento adicional. Es que la no regresividad puede ser intuida directamente de la cabeza del art. 7, CF, según el cual "son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que apunten a la mejora de su condición social", presentando, tras esta solemne declaración, una extensa lista de derechos. El texto constitucional, de esta forma, anuncia que el catálogo de derechos laborales del art. 7 representa un nivel mínimo de protección, impidiendo que el legislador pueda empeorar la condición social del trabajador. Cualquier alteración legislativa, o incluso negociación colectiva, debe tener en mira el progreso social de la clase obrera, lo que se intuye a partir de la declaración constitucional de que los demás derechos, además de aquellos enunciados, deben mejorar la condición social de los trabajadores. Esto consubstancia, por sí solo, una traba a eventuales iniciativas del legislador tendientes a erosionar substancialmente los derechos laborales constitucionales que están contenidos, en última instancia, en el núcleo esencial del derecho fundamental al trabajo.

4.4 Rescate de la normatividad interna del Convenio 158 de la OIT en Brasil

Teniendo en cuenta lo que ya expuesto en el punto 5 supra, la discusión sobre la vigencia del Convenio 158 de la OIT en el ordenamiento jurídico brasileño todavía está abierta, a la espera de una posición definitiva del STF sobre el asunto. Aunque no traiga una solución mágica para la inercia legislativa en la reglamentación del art. 7, I, CF, el rescate del valor jurídico interno de aquel instrumento normativo internacional, sin duda alguna, puede iluminar y hacer avanzar la configuración del derecho al trabajo y de la protección al empleo en el Derecho brasileño.

⁸²⁴ Para un panorama de la no regresividad en América Latina y en algunos países europeos, ver la compilación de varios autores, hecha por COURTIS, C.: *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Del Puerto, 2006. Ver también: SARLET, I. W., "Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano", *Revista do TST*, vol. 75, n.º 3 (sep. 2009), pp. 116-149.

De hecho, el Convenio en referencia no es una respuesta pronta que pueda cubrir por sí sola la falta de la ley complementaria reguladora de la protección en contra el despido arbitrario o sin justa causa, referida en la Constitución. Parece claro que se trata de un convenio preponderantemente de principios⁸²⁵, cuyas disposiciones tienen un carácter mayoritariamente genérico, abarcando una serie de mandamientos abstractos que deben ser densificados por la legislación o las prácticas nacionales (art. 1). Por ejemplo, corresponde a la legislación nacional definir, entre otras cuestiones: a) ¿qué situaciones relacionadas con la capacidad o comportamiento del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa se considerarán motivos justos para el término del contrato laboral? (art. 4); ¿en qué hipótesis de despido injustificado habrá la readmisión y en qué circunstancias se dará la indemnización y cuál es su cantidad? (art. 10); c) ¿cuánto es la indemnización debida para el caso de despido justificado? (art. 12.a); d) ¿cuál es el procedimiento de eventual reacción del trabajador a un despido que considere injustificado? (art. 8.1); ¿cuál es el plazo razonable para la reacción del empleado contra el despido? (art. 8.3).

Pero también es cierto que la norma en cuestión impone una serie de límites infranqueables para el legislador nacional, proscribiendo cualquier regla legal que incluya, entre los motivos justificados para el término del contrato de trabajo: la actividad sindical (art. 5.a); la actuación o la candidatura a representante de los trabajadores (art. 5.b); presentación de una queja o participación en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de normas (art. 5.c); la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social (art. 5.d); la ausencia temporal del trabajo por motivo de licencia de maternidad (art. 5.1) o enfermedad (art. 6). En esta vertiente de prohibición de motivos irrazonables para la terminación del contrato laboral, considerados ilegítimos en principio, existe una pretensión de auto-aplicabilidad del Convenio, ya que, si la legislación nacional entra en choque con esa

⁸²⁵ Las normas del Convenio 158, relativas a la terminación de la relación de trabajo responden a un doble objetivo: 1) proteger al trabajador en su vida profesional contra la terminación injustificada del contrato de trabajo, y 2) preservar el derecho de los empresarios de dar por terminada la relación de trabajo por causas reconocidas como justificadas, relacionadas no sólo con la capacidad o conducta del trabajador, sino también con las necesidades de funcionamiento de las empresas, establecimiento o servicios. (MESQUITA BARROS, C., “Os descaminhos da Convenção n.º 158 no Brasil”, *Revista Ltr: legislação do trabalho*, vol. 80, n.º 3, mar./2016, p. 268).

orientación, no hay como prevalecer la regulación estatal o el Estado incumplirá su compromiso internacional.

En cualquier caso, el Convenio 158 traza líneas generales que deberán ser implementadas en la legislación del Estado parte, siguiendo el proceso legislativo establecido en la respectiva Constitución, además de indicar criterios interpretativos dirigidos a implementar una protección mínimamente eficaz contra el despido injustificado. Nunca se pretendió sustituir la legislación nacional ni imponer una reglamentación exhaustiva de la protección en contra el despido arbitrario o sin justa causa. De ahí el rotundo equívoco en la afirmación de que el Decreto que internalizó el Convenio 158 en Brasil padecería de inconstitucionalidad formal y material.

En efecto, aunque se preste al mencionado Convenio el mismo valor de una ley ordinaria – lo que fue superado por los últimos pronunciamientos del STF, como veremos más adelante –, no se puede afirmar que se ha invadido el espacio reservado a la ley complementaria encomendada en el art. 7, I, CF, pues la norma internacional sólo consagra principios generales que están lejos de reglamentar íntegramente la protección al empleo y de dispensar la edición de una norma local que disponga sobre la materia, la cual deberá, como determina la Constitución, ser una ley complementaria.

No olvidemos que el propio ordenamiento nacional contiene normas que, a pesar de aprobadas como leyes ordinarias, imponen restricciones al poder de despedir libremente, como la Ley 9.029/1995 (prohibición de despido discriminatorio), sin que nadie haya sostenido su inconstitucionalidad. Por el contrario, el STF ya se pronunció sobre la posibilidad de una ley ordinaria disciplinar regímenes específicos de protección al empleo, como el art. 118 de la Ley 8.213/1991, que creó garantía de empleo para el empleado que sufre accidente de trabajo, en los doce meses siguientes al retorno a la actividad. En ese juicio, se concluyó que "el rol de garantías del artículo 7 de la Constitución no agota la protección a los derechos sociales"⁸²⁶.

Además, no existe ninguna incompatibilidad material entre la Constitución y los preceptos insertados en el pacto internacional ora comentado. El comando principal del art. 7, I, CF, determina que la relación laboral debe ser protegida contra el despido arbitrario o sin justa causa – y es precisamente éste, con otras palabras, el mismo objetivo

⁸²⁶ STF, ADI 639/DF, DJU 21.10.2005. De los votos de los magistrados Carlos Britto y Cezar Peluso, que integraran la mayoría, se recoge la afirmación, *obiter dicta*, de que la ley complementaria sólo sería exigible para conferir al trabajador un régimen de estabilidad continua, permanente, y no sólo *pro tempore*.

declarado por el Convenio 158. La previsión de que la ley debe establecer una “indemnización, entre otros derechos” – lo que no excluye eventual readmisión, insertada entre tales derechos, máxime en casos de ofensa grave al ordenamiento jurídico –, tampoco se choca con los preceptos del convenio en cuestión, que también permite la sustitución de la nulidad del despido por una indemnización adecuada, aunque no sea esta la solución preferente.

Tenemos de concordar que, como la Constitución impone la función social de la propiedad (abarcando también la empresa y los contratos) y proclama los valores sociales del trabajo como condicionantes a la libertad de empresa, así como la protección del trabajador contra los despidos arbitrarios, y teniendo en cuenta que el Convenio 158 de la OIT, “sin vedar la posibilidad de despedir, sólo impone límites al ejercicio de ese poder por el empresario, se concluye que ésta no es solamente compatible con las normas constitucionales, sino que permite que ellas puedan tener su contenido concretizado”⁸²⁷.

De esta manera, las reglas y principios establecidos en el convenio 158 son complementarios a lo que ya dispone la Constitución de 1988, siendo con ella convergentes, pero no sustituyen la ley complementaria de que trata el texto constitucional, cuyas disposiciones deben explicitar el alcance de la protección contra el despido arbitrario dentro de las líneas maestras trazadas por aquellas normas jurídicas, densificando aún más el derecho a la protección contra el despido arbitrario o sin justa causa.

Es un hecho irrecusable que, por una peculiaridad del sistema jurídico brasileño, los tratados y convenciones internacionales deben conformarse al dominio normativo de la Constitución, so pena de invalidez y de ineficacia de las respectivas cláusulas⁸²⁸. Sin embargo, no es menos cierto que los derechos y garantías expresados en la Constitución “no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte” (art. 5, § 2, CF), lo que se ajusta plenamente al principio de la prevalencia de los derechos humanos en las relaciones internacionales del Estado brasileño, proclamado en el art. 4, II, CF. Sin abdicar de su supremacía sobre el orden jurídico de Brasil, la Constitución ha concedido un estatus especial a los tratados internacionales de derechos humanos,

⁸²⁷ AGRA BELMONTE, A., “Reflexões sobre a Convenção n.º 158 da OIT como norma regulamentadora da vedação às despedidas arbitrárias ou sem justa causa”, *Revista do TRT/EMATRA 1ª Região*, vol. 20, n.º 46 (en./dic. 2009), p. 59.

⁸²⁸ Por todos, así afirma el magistrado ponente, Celso de Mello, en la ADI-MC 1480-DF.

aún más después de la EC n. 45/2004, que pasó a atribuir a tales pactos, cuando aprobados con el quórum especial de las enmiendas, el valor de norma constitucional (art. 5, § 3, CF).

A partir de los supuestos arriba delineados, una nueva lectura de la Carta Constitucional hecha en el juicio del recurso extraordinario 466.343-1/SP, con repercusión general⁸²⁹, marcó un notable cambio en la jurisprudencia del STF con relación a la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema normativo brasileño. A partir de aquel juicio histórico, el tribunal pasó a entender que los tratados de derechos humanos, aunque no aprobados conforme al rito de las enmiendas constitucionales, asumen un valor superior al de las leyes. El consenso formado entre todos los integrantes del tribunal fue que el carácter especial de esos instrumentos internacionales sobre derechos humanos les reserva un lugar específico en el ordenamiento jurídico, situándolos por debajo de la Constitución, pero por encima de la legislación interna.

En esa perspectiva, la primacía conferida a la protección a la dignidad humana hace que, “en la hipótesis de un eventual conflicto entre reglas domésticas y normas emergentes de tratados internacionales, la prevalencia, sin sombra de dudas, ha de ser otorgada a la norma más favorable al individuo”⁸³⁰, o sea, preponderará la norma más favorable a la efectividad del derecho humano en evidencia⁸³¹.

Incluso antes del cambio de su comprensión acerca de la jerarquía supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos – entre los que se incluyen los convenios de la OIT –, el STF ya había decidido, al menos en carácter liminar, por la compatibilidad del Convenio 158 con la Constitución brasileña, aunque atribuyendo a éste la equivalencia a una mera ley ordinaria. Ahora, con el nuevo entendimiento de que los tratados asumen un valor supralegal – y, por ende, asumen una jerarquía superior a las leyes complementarias –, ninguna objeción plausible podría ser formulada contra la posibilidad formal de incorporación de aquella norma internacional al plano interno.

La cuestión que todavía permanece abierta se refiere a la aptitud de la denuncia formalizada por el presidente de la república al director general de la Oficina

⁸²⁹ El instrumento de la repercusión general hace con que los recursos extraordinarios, juzgados en control difuso de constitucionalidad, produzcan efectos obligatorios sobre casos idénticos para todo el Poder Judicial.

⁸³⁰ Voto del magistrado Joaquim Barbosa en el RE 466.341-1/SP, DJ-e 05.06.2009.

⁸³¹ GUERRA, S., *Curso de Direito Internacional Público*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 695-698.

Internacional del Trabajo para efecto de revocar la norma que internalizó el referido convenio en el derecho nacional.

En la acción de inconstitucionalidad entablada por una confederación sindical, se discute si el presidente de la república tiene poderes para, aisladamente, denunciar un tratado internacional del que Brasil sea parte. Esto porque, según el régimen constitucional brasileño, la adhesión a los tratados es un acto complejo, que depende de la manifestación de la voluntad tanto del presidente de la república cuanto del congreso nacional. Por consiguiente, sostiene el autor de la acción de inconstitucionalidad, también la denuncia del tratado debe ser sometida a la aprobación legislativa, so pena de ineficacia. Si es así, desde la publicación del decreto que internalizó el Convenio 158 en el derecho nacional, la referida norma nunca dejó de estar vigente en el territorio brasileño.

De hecho, la doctrina mayoritaria apunta que, siendo la ratificación de un tratado un acto complejo, a depender de la doble aprobación para surtir efecto en el territorio nacional, no tendría sentido que la denuncia al tratado pudiera producir efectos sin que el parlamento aprobara tal medida⁸³².

Como si no bastara, en el caso de tratados que buscan densificar derechos humanos consagrados en los pactos internacionales – como es el caso del derecho al trabajo – la respectiva denuncia padecería de inconstitucionalidad material, por ofender al principio de la no regresividad. De hecho, si la Constitución brasileña hace integrar al catálogo de derechos fundamentales en ella previstos otros derechos consagrados en tratados de derechos humanos de los cuales Brasil es parte (art. 5, § 2), es obvio que, una vez formalizada la adhesión a un tratado que disponga sobre el ejercicio de un derecho humano (como es el derecho al trabajo), dicha disposición pasa a integrar el rol de derechos materialmente fundamentales que no pueden suprimirse sin que haya una motivación reforzada y sin que haya cambio de la coyuntura social.

Tratando genéricamente sobre los tratados de derechos humanos aprobados según el rito de las enmiendas constitucionales, Francisco Rezek afirma que no hay la

⁸³² En ese sentido: OLIVEIRA MAZZUOLI, V., *Curso de Direito Internacional Público*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp.255-257; SILVA ZANGRANDO, C. H., *Curso de Direito do Trabalho: tomo I*, São Paulo: Editora LTr, 2008, p. 271; GUNTHER, L. E., “A Convenção n.º 158 da OIT no Brasil: uma polêmica ainda não resolvida”, en AA.VV. (coord. Zanutelli de Alvarenga, R. y Mello Rezende Colnago, L.), *Direito Internacional do Trabalho e Convenções Internacionais da OIT comentadas*, São Paulo: Editora LTr, 2014, p. 113; MOREIRA LACERDA SABINO, J. F., “Convenção n.º 158 da OIT: aspectos polêmicos e atuais”, *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n.º 50 (sep. 2015), p. 166; AGRA BELMONTE, A., “Reflexões sobre a Convenção n.º 158 da OIT...”, cit., p. 68.

posibilidad de denuncia de tales tratados por la sola voluntad del presidente de la república, ni la de que el poder legislativo “fuerce la denuncia mediante ley ordinaria, y probablemente ni siquiera la de que se vuelva atrás por medio de una repetición, al revés, del rito de la enmienda a la Carta, ya que ella misma se declara inmutable en lo que concierne a derechos de esa naturaleza”⁸³³. En cuanto a los tratados aprobados por el rito ordinario, anteriores a la EC 45/2004, entiende el referido jurista que, por no haber ninguna salvedad a ese respecto, habrían sido elevados a la categoría de los tratados de nivel constitucional⁸³⁴.

Es cierto que la denuncia en cuestión no implica total supresión o aniquilación del derecho al trabajo, que sigue proclamado autónomamente en la Carta Constitucional (art. 6, CF), al lado del derecho a la protección en contra despido arbitrario o sin justa causa (art. 7, I, CF), como cláusula pétrea. Pero, sin duda, apartar el Convenio 158 del ordenamiento jurídico brasileño es empobrecer el conjunto de garantías que rodean ese derecho fundamental y, por lo tanto, representa un paso atrás en la efectividad de la Constitución.

La denuncia no promovió una nueva configuración legal frente a cambios económicos y sociales que la justificarían mínimamente, sino que intentó revocar un compromiso internacional que, pese a la necesidad de complementos para ganar operatividad plena, caminaba un poco más en el sentido de efectivizar un derecho fundamental irrevocable. Por eso, la denuncia ha implicado regresión sin ninguna justificación plausible, siendo, de ese modo, materialmente inconstitucional.

En efecto, si el artículo 10 del Convenio 158 carece de reglamentación legal para que se definan las consecuencias prácticas del reconocimiento de que el despido ha sido injustificado – si readmisión o indemnización –, algunos otros avances en el tratamiento del despido son de aplicación inmediata y tienen efectos prácticos innegables, como la obligación de consulta previa a los representantes de los trabajadores en los despidos colectivos (art. 13.1), el veto a despidos que tengan como móvil un de los motivos enumerados en los arts. 5 y 6, así como la garantía de posibilidad de defensa previa en los despidos disciplinarios (art. 7) – derechos que no están positivados de forma expresa en la legislación brasileña. Tales avances no podrían sufrir supresión sin que el acto

⁸³³ REZEK, J. F., *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.

⁸³⁴ Ibidem.

revocatorio incurriera en burla al sistema de protección constitucional de los derechos fundamentales.

Por último, la denuncia del Convenio 158 peca por no haber sido previamente sometida al diálogo social, como determina el Convenio 144 de la OIT, ratificado por Brasil desde 1998. La referida norma determina que las propuestas de denuncia de convenios en materia laboral sean objeto de consulta a las organizaciones sindicales (art. 5.1.e), lo que definitivamente no fue hecho por el gobierno brasileño. Tratase de un compromiso derivado de la propia calificación del Estado brasileño como democrático de derecho (art. 1, CF). ¿Qué tipo de democracia puede ser esta que no somete un cambio normativo tan importante al debate parlamentario y suprime el derecho de consulta de los colectivos afectados?

Es necesario, por lo tanto, rescatar la normatividad interna del Convenio 158 de la OIT, lo que está en las manos del STF y, caso sea concretizado, pone el ordenamiento jurídico brasileño dentro de los estándares internacionales y representa un paso más en la configuración adecuada del derecho humano y fundamental al trabajo.

De cualquier manera, es preciso recordar que el Protocolo Adicional de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), con vigencia en Brasil desde 1999, reconoce el derecho al trabajo y determina a los Estados garantizar, en sus legislaciones nacionales, “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos”, asegurando que, “en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional” (art. 7.d). De ese modo, las disposiciones del Convenio 158 son complementarias a otras normas de derechos humanos, indiscutiblemente vigentes en el sistema jurídico brasileño, funcionando como refuerzo legal y norte interpretativo en la concretización del derecho al trabajo.

5. Fundamentos Teóricos y Normativos de la Garantía de Indemnidad: Refuerzo a la Protección Laboral en el Derecho Brasileño

En la realidad brasileña, en que el temor de la pérdida del empleo inhibe la búsqueda, por el trabajador, de una tutela judicial adecuada en el curso del contrato laboral, la introducción de un mecanismo de protección en contra la represalia patronal

al ejercicio de los derechos de acción y de petición puede representar un inestimable refuerzo a todo el sistema de protección laboral. Al adquirir la seguridad de que no podrá ser despedido por el hecho de reclamar un derecho, el obrero tendrá tranquilidad para reaccionar inmediatamente al incumplimiento de las leyes laborales por el empresario.

En esta perspectiva, el estudio de la garantía de indemnidad, ingeniosa creación del Tribunal Constitucional español, se presenta como más un instrumento teórico de gran valía para la protección de los derechos en el trabajo y su aplicación por los tribunales brasileños representa un paso más en la concretización de derechos constitucionales hasta hoy ignorados. La diseminación de la idea de una protección fuerte en contra represalias al trabajador que busca la observancia de sus derechos se muestra imprescindible para la superación de la realidad cruel de irrespeto a las leyes laborales, así como para el avance del sistema de protección al empleo prometido constitucionalmente.

Aunque ya existan algunas decisiones judiciales tratando del tema en casos específicos, la garantía de indemnidad todavía es desconocida de la mayoría de los abogados laborales, además de recibir poca atención de la doctrina constitucionalista y laboralista. Los rarísimos escritos sobre la garantía de indemnidad en Brasil, entre los cuales se destaca un único libro dedicado exclusivamente al tema⁹⁶, buscan importar los fundamentos desarrollados por el Tribunal Constitucional español, ante la falta de una construcción doctrinaria sólida por los tribunales brasileños. Hay un amplio espacio a ser rellenado en lo que concierne a la consolidación de una doctrina nacional propia, fundada primariamente en el ordenamiento jurídico de Brasil.

No olvidemos que la estructura constitucional no es exactamente igual en los dos países y el estudio de derecho comparado es sólo un punto de partida para una fundamentación teórica propia, atenta a las peculiaridades de cada contexto jurídico, cultural, social y económico.

Es cierto que el análisis de los argumentos de la doctrina española aún es muy relevante como un modelo inspirador. Pero también es fundamental que las peculiaridades del sistema jurídico brasileño sean llevadas en consideración si queremos dar aplicación práctica y funcional a la garantía de indemnidad en este país.

Uno de los aspectos que no pueden ser dejados de lado es la conexión entre la garantía de indemnidad y el derecho al trabajo, enunciado en el art. 6, CF, como derecho fundamental. A pesar de tratarse de un derecho de conceptualización problemática, sobre el cual muy poco se comenta, no hay como dejar de reconocer la conexión íntima del

derecho al trabajo con la protección al empleo y, consecuentemente, con la garantía de indemnidad.

Hay que destacar que, diferentemente de lo que ocurre en España, la norma constitucional brasileña no establece niveles de protección diferenciados entre los derechos fundamentales, sean individuales o políticos, sean económicos, sociales o culturales. Todos, por lo menos en teoría, tienen igual estatura constitucional y merecen la misma protección. Por eso, no hay dificultad insuperable, en el campo procesal, en invocar un derecho social como fundamento para una providencia jurisdiccional concreta, desde la jurisdicción ordinaria hasta el Supremo Tribunal Federal.

Que la garantía de indemnidad encuentra fundamentos en el derecho a la tutela judicial efectiva no hay dudas. Que tales fundamentos también estén presentes en el derecho brasileño, es muy probable. Pero creemos ser posible encontrar otros fundamentos, en refuerzo de aquellos explotados directamente por el TC, para conferir un blindaje jurídico a la garantía de indemnidad en Brasil: el derecho fundamental al trabajo, el principio de la no discriminación y la teoría del abuso de derecho son algunos de ellos.

5.1 La indemnidad como garante del derecho al trabajo

Como no podía dejar de ser, también en el derecho brasileño la protección al empleo desempeña un importante papel en la concreción del derecho fundamental al trabajo. Existe, sin lugar a duda, una estrecha conexión entre el derecho social al trabajo, consagrado en el art. 6 CF y la protección en contra el despido arbitrario de que trata el art. 7, I, de la misma Carta. En realidad, la protección en referencia no asume el papel de un derecho autónomo, sino que representa una de las garantías constitucionales dirigidas a implementar el derecho fundamental al trabajo proclamado de forma genérica en el art. 6 – un complemento necesario para no dejar olvidar que, conforme a los estándares internacionalmente aceptados, el derecho al trabajo traduce, entre otros aspectos, el derecho de no ser despedido si no existe una justa causa.

De todos los derechos sociales enumerados en el art. 6 (educación, salud, alimentación, trabajo, vivienda, transporte, ocio, seguridad, seguridad social, protección a la maternidad y a la infancia, asistencia a los desamparados), el derecho al trabajo fue el único que mereció un desarrollo específico y detallado en el propio capítulo dedicado

a los derechos y garantías fundamentales, lo que demuestra por sí mismo el destaque especial que la Constitución reservó a ese derecho.

De este modo, los derechos laborales que tienen asiento en el art. 7 CF son, en gran medida, canales de concreción de una agenda de trabajo decente, inclusivo y protegido contra el arbitrio empresarial – facetas del derecho al trabajo reconocido como expresión de la dignidad humana. Y como primer de los mencionados derechos laborales, figurando como cláusula de apertura de todo el sistema protector, aparece el mandamiento de que las relaciones de empleo sean protegidas contra los despidos arbitrarios o sin justa causa – núcleo esencial del derecho, correspondiendo al legislador dictar la forma en que se producirá dicha protección, mediante ley complementaria.

Por eso, se muestra completamente equivocada la tesis, repetida por muchos, de que el empleador tiene el derecho de despedir garantizado constitucionalmente. Por el contrario, la Constitución pone en entredicho la posibilidad de despedir sin justa causa. La referencia a una indemnización, hecha en la segunda parte del dispositivo constitucional, está planteada como una de las posibilidades de sanción que el legislador deberá prever (y las sanciones son siempre resultados de actos ilícitos), sin descartar la previsión de otros derechos.

Lo que no se puede decir, definitivamente, es que la Constitución brasileña haya consagrado un sistema de despido libre, admitiendo la extinción no causal del contrato de trabajo como un derecho inalienable del empleador. En primer lugar, porque el art. 7 es explícito al referirse a derechos de los trabajadores (y no de los empresarios). Segundo, porque el núcleo esencial de ese derecho es justamente la proscripción del despido arbitrario o sin justa causa como algo sin consecuencia jurídica.

Es muy cierto que el citado sistema protector se encuentra, hasta hoy, incompleto, merced de la inercia legislativa en la aprobación de la ley complementaria exigida por el texto constitucional. De cualquier manera, sin embargo, hay que extraer alguna eficacia de lo que se contiene en el precepto que consagra la protección en contra despidos arbitrarios o sin justa causa. Con base en tal precepto, por ejemplo, el STF ya ha decidido por la inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 453 CLT, que imponía la extinción del contrato de trabajo por la jubilación espontánea y, al así hacerlo,

admitió una operatividad inmediata, mínima que sea, al mencionado dispositivo constitucional⁸³⁵.

El propio constituyente ha fijado, aunque provisoriamente, una indemnización tasada mínima para los despidos sin justa causa y adelantado otras formas de protección, como la prohibición de despido de trabajadoras embarazadas, hasta cinco meses después del parto, de los representantes sindicales y de los integrantes de las comisiones de prevención de accidentes, estos dos últimos hasta un año tras el término del mandato. Pero, como dicho antes, no ha excluido otros derechos que puedan ser intuitos del sistema constitucional o desarrollados por el legislador.

Por eso, también es equivocado afirmar, como lo hacen algunos interpretes obtusos, que la única forma posible de protección en contra el despido injustificado es la indemnización. No es lo que se percibe de la lectura atenta del art. 7, I, CF, aún más cuando interpretado en conjunto con otros dictámenes constitucionales. Veamos.

Si, por un lado, el instituto de estabilidad definitiva y rígida, tal cual conocíamos en el régimen original de la CLT, desapareció del ordenamiento jurídico brasileño – salvo el derecho adquirido de quien ya era estable cuando el nuevo orden constitucional se instaló –, del otro, la Constitución no excluyó la posibilidad de crear garantías temporarias de empleo a trabajadores más vulnerables, en convivencia con el régimen del FGTS. Por lo demás, lo hizo expresamente con relación al dirigente sindical, a la gestante y al representante de los trabajadores en la CIPA. Pero también dejó la puerta abierta para que otras soluciones, que no la puramente indemnizatoria, se adopten en situaciones específicas, como ya se ha hecho con relación a las víctimas de discriminación (Ley 9.029/1995) y de accidentes de trabajo (Ley 8.213/1991) y a los miembros de comisiones de empresas y conciliadores (arts. 510-D, §3 y 625-B, §1, CLT), por citar algunos ejemplos.

No se debe olvidar que el elenco de derechos consagrado en el art. 7 CF, todo él, representa un estatuto laboral mínimo, un núcleo indisponible por la vía legislativa, ya que establece el derecho de los trabajadores, "además de otros derechos que apunten a la mejora de su condición social". Se trata, pues, de un dispositivo constitucional orientado a establecer derechos de los trabajadores, jamás de los empleadores, tanto que

⁸³⁵ STF, ADI 1.721-3/DF, DJU 29.06.2007.

incentiva la agregación de otros derechos siempre en beneficio de la mejora de la condición social de aquellos primeros.

Esta misma técnica se repite en el inciso I, según el cual el empleo debe ser protegido "contra despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de ley complementaria, que preverá indemnización compensatoria, **entre otros derechos**". En ningún momento se pretendió establecer la indemnización como única respuesta posible al despido arbitrario, y mucho menos fijar un "derecho potestativo de despedir". Por el contrario, lo que está puesto es que la ley complementaria deberá contener, **como mínimo**, previsión de indemnización compensatoria, sin excluir otras soluciones que mejoren la condición social del trabajador.

Es de observar, además, que la previsión de ley complementaria y la propia opción indemnizatoria están puestas como piso para los casos de despido arbitrario (no escudado en motivos operativos relevantes) o sin justa causa (no amparado en falta disciplinaria), es decir, desprovisto de un motivo razonable objetivamente constatable. Pero lo mismo no se puede decir con relación al despido abusivo o discriminatorio, imantado por una fuerte carga de antijuridicidad, aún más cuando resulta en transgresión a derechos fundamentales.

El STF ya tenía esa percepción mismo bajo la égida del acto constitucional otorgado por el régimen dictatorial. Al decidir un caso de extinción del contrato de trabajo cuyo móvil hubiera sido la convicción partidaria del trabajador, ese tribunal mantuvo la decisión del TST que anuló el acto empresarial y determinó la readmisión. En la sentencia se subrayó que "una cosa es el despido inmotivado del empleado, que la ley no veda", "cosa diversa es el despido por razones de convicción político-partidista, que contradice un principio constitucional", dejando claro que, a pesar de tratarse de actos jurídicos de la misma naturaleza, el segundo se resiente de ilicitud en su objeto "y, por lo tanto, no puede producir los efectos perseguidos"⁸³⁶. Transcribiendo lo que ya estaba consignado en la sentencia impugnada, el magistrado ponente subrayó que:

El derecho potestativo de despedir no puede ser potenciado a punto de colocarse, en plano secundario, el propio texto constitucional, como si el orden jurídico agasajase, en el campo patrimonial, derecho absoluto. Si, por un lado, se reconoce el derecho del empleador de hacer cesar

⁸³⁶ STF, RE 130206/PR, DJU 17.09.1991.

el contrato en cualquier momento, sin que esté obligado a justificar la conducta, de otro no se puede olvidar que el ejercicio respectivo tiene que ocurrir bajo la égida legal y ésta no contempla como vía oblicua para castigar a aquellos que, poseedores de sentimiento democrático y ciertos de la convivencia en sociedad, se atrevieron a posicionarse políticamente, sólo que lo hacen de forma contraria a los intereses del copartícipe de la fuerza de producción. No, a este punto no se puede guindar el derecho de despedir. El ejercicio respectivo debe observar, incluso, la ética primaria, lo que se dirá en cuanto a las garantías del ciudadano relativas a las convicciones políticas, a la libertad de conciencia, a la manifestación de convicción política (§§ 1, 5 y 8 del art. 153 de la Constitución Federal de 1967). Es sabido que contra la Constitución no existe derecho, aunque ligado a la potestad.⁸³⁷

Si era así en el orden jurídico autoritario, con mucha más razón deberá ser ahora, en que todos deben rendir homenaje al conjunto de valores, principios y derechos fundamentales que están en la base del Estado democrático de derecho y que colocan el trabajo en el centro de las atenciones constitucionales. Según se dijo en el propio STF, la valorización del trabajo y el reconocimiento del valor social del trabajo son cláusulas de principios que portan en sí evidentes potenciales transformadores, de suerte que "en su interacción con los demás principios contemplados en el texto constitucional, expresan prevalencia de los valores del trabajo en la conformación del orden económico, prevalencia que José Afonso da Silva reporta como prioridad sobre los demás valores de la economía de mercado"⁸³⁸.

Al despedir al trabajador fuera del modelo trazado en la Constitución, o sea, en flagrante falta de respeto a los valores en ella exaltados, el empleador incurre en vulneración al derecho fundamental al trabajo – que incorpora, en una de sus facetas, el principio de la continuidad de la relación de empleo. Al final de cuentas, nadie puede privar al empleado de su puesto de trabajo movido por objetivos claramente inconstitucionales. En otras palabras, al violar la Constitución, el acto patronal no puede ser consonante con ella.

⁸³⁷ Idem (libre traducción del texto original en portugués).

⁸³⁸ STF, ADI 1.721-3/DF, voto del magistrado Eros Grau (en libre traducción nuestra), DJU 29.06.2007.

El despido efectuado como represalia al ejercicio legítimo del derecho de accionar los mecanismos de tutela judicial afecta el derecho subjetivo al trabajo del empleado despedido – así considerado el derecho de no ser despedido por motivo torpe, antijurídico – pero también hace periclitir todo el sistema de protección laboral que integra otra vertiente del derecho al trabajo – el derecho a una ocupación decente y jurídicamente regulada.

Al entorpecer directamente la capacidad del empleado postular en juicio los derechos a que entiende titularizar, el empleador camina en la dirección de reducir la eficacia de la legislación protectora y, consecuentemente, vulnera el derecho fundamental al trabajo en dos dimensiones distintas: la individual y la colectiva. En la dimensión individual, porque priva al individuo de un puesto de trabajo por una razón claramente inconstitucional, bloqueando el derecho a la protección en contra despido arbitrario – aún más cuando se trata de despido abusivo y discriminatorio. En el plano colectivo, porque debilita todo el sistema protector laboral e impone a la clase obrera el temor de buscar la materialización de los derechos básicos que componen la noción de trabajo decente.

En esa perspectiva, la nulidad del despido efectuado como sanción al ejercicio legítimo de un derecho fundamental actúa como garante del derecho al trabajo en su núcleo esencial e indisponible. La garantía de indemnidad, en este aspecto, ha de recibir un amplio anclaje constitucional en el sistema normativo brasileño, por extravasar el ámbito restringido de la tutela judicial efectiva y funcionar también como piedra angular de la protección contra arbitrariedades en la relación de trabajo, reforzando la capacidad de reacción del trabajador frente a eventuales abusos del poder empresarial.

Como ya destacado muchas veces a lo largo de este trabajo, no hay razón práctica o teórica para aislar la cuestión al universo exclusivo del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el derecho al trabajo y todos los demás derechos fundamentales gozan de igual protección constitucional, incluso el acceso irrestricto al STF. Por eso mismo, es posible, y hasta deseable, que se refuercen los pilares de la garantía de indemnidad en múltiples bases, dándole más solidez y haciendo más difícil la tarea de deconstruirla en el futuro.

La nulidad del despido, en este caso, es consecuencia de la múltiple violación al orden constitucional vigente, ofendiendo al mismo tiempo los derechos fundamentales al trabajo (arts. 6 y 7, I, CF), al acceso a la justicia (art. 5, XXXV, CF) y a la no discriminación (arts. 3, IV y 5, CF), así como a los límites impuestos al poder

empresarial por la función social de la propiedad (art. 5, XXIII, CF) y por la dignidad humana (art. 1, III, CF).

Si el STF ya decidió que la consecuencia del despido efectuado en confrontación con el orden constitucional es la nulidad, aun en la vigencia del orden jurídico dictatorial y sin existir una ley específica que así lo dijese, no podrá ser diferente ahora, en que los fundamentos constitucionales y legales parecen mucho más evidentes.

5.2 La garantía de indemnidad y el derecho de acceso a la justicia en Brasil

Sin abdicar de un enfoque omnicomprensivo de los derechos fundamentales – coherente con la interpenetración de los derechos humanos defendida en el capítulo primero –, que propone mezclar el derecho al trabajo con la posibilidad de reacción judicial al despido y el principio de igualdad, un estudio de derecho comparado sobre la garantía de indemnidad jamás estaría completo si no abordara el despido en represalia desde la perspectiva de los derechos procesales fundamentales, donde se sitúa el derecho a la tutela judicial efectiva.

De hecho, si toda la construcción del TCE sobre la garantía de indemnidad fue erigida sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, se muestra imprescindible comprender las diferencias y semejanzas en el abordaje de ese derecho fundamental en los dos sistemas constitucionales objeto de la comparación para, sólo así, saber hasta qué punto las premisas utilizadas en un ordenamiento jurídico también pueden ser aprovechadas o adaptadas en el otro.

La Constitución brasileña no habla directamente en derecho a la tutela judicial efectiva, prefiriendo indicar una serie de derechos procesales fundamentales más específicos, además del genérico “debido proceso legal”. Esta diferencia, sin embargo, se muestra mucho más semántica que real. En la práctica, existe una notable aproximación entre las garantías procesales de España y Brasil, como veremos más adelante.

5.2.1 Los derechos procesales en la Constitución de 1988

Siguiendo la ola global de constitucionalización del proceso, la Constitución Brasileña de 1988 consagró diversos derechos procesales básicos en su art. 5, dedicado

a los derechos fundamentales y, dentro de ellos, a los derechos y deberes individuales y colectivos. Al lado de algunos derechos fundamentales genéricos, como el de la igualdad sustancial, y de derechos procesales específicos del proceso penal, podemos encontrar las siguientes garantías, aplicables a cualquier proceso, penal o no penal: a) la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho (inciso XXXV); b) la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada (inciso XXXVI); c) no habrá juicio o tribunal de excepción (inciso XXXVII); d) nadie será procesado ni sentenciado sino por la autoridad competente (inciso LIII); e) nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal (inciso LIV); f) a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes (inciso LV); g) son inadmisibles las pruebas obtenidas por medios ilícitos (inciso LVI); h) la ley sólo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exigen (inciso LX); i) se concederá mandado de seguridad (*mandado de segurança*) para proteger el derecho evidente, no amparado por "habeas-corpus" o "habeas-data", cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder sea autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público (inciso LXIX); j) el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que demuestren insuficiencia económica (inciso LXXIV); K) a todos, en el ámbito judicial y administrativo, se garantiza la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación (inciso LXXVIII, incluido en la EC 45, de 2004).

Además de aquellos enumerados en el art. 5, hay varios otros preceptos de orden procesal esparcidos en el cuerpo de la Constitución, valiendo destacar entre ellos: a) la obligatoriedad de motivación y de publicidad de las decisiones judiciales (art. 93, IX); b) la institución de juzgados especiales, con ritos sumarios, para las causas de menor complejidad (art. 98, I); c) la posibilidad de colectivización de acciones que versen sobre intereses transindividuales (arts. 8, III y 129, III); d) el mantenimiento de una rama especializada del Poder Judicial para juzgar causas laborales (arts. 111 y ss.); e) la indispensabilidad del abogado a la administración de la justicia (art. 133); f) la institución de la Defensoría Pública para garantizar, a los necesitados, asistencia judicial gratuita (art. 134).

En un intento de resumir los derechos procesales básicos, Nelson Nery Junior afirma que, de un modo general, la base es el “due process”, de lo cual derivan los otros

subprincipios: la igualdad; el juez y el promotor natural; el contradictorio y la amplia defensa; la prohibición de la prueba ilícita; la publicidad de los actos procesales; el doble grado de jurisdicción (más destacado en el proceso penal); la presunción de inocencia; y la celeridad y duración razonable del proceso⁸³⁹.

De la misma forma que ocurre con la Constitución Española, tenemos allí una serie de derechos fundamentales (más que simples principios) que, a pesar de tener un contenido específico, son complementarios e interdependientes, articulándose entre sí para guiar toda la actividad judicial. Los más importantes, de los cuales todos los demás son tributarios, son el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso legal⁸⁴⁰.

En efecto, si miramos más de cerca el debido proceso legal, veremos que el contradictorio, la prohibición de prueba ilícita, la razonable duración del proceso y el doble grado de jurisdicción (cuando sea aplicable) son meros derivados de aquel. En su acepción procesal, la locución "debido proceso legal", implica las siguientes garantías: a) derecho a la citación y al conocimiento del contenido de la acusación; b) derecho a un rápido y público juicio; c) derecho a indicar testigos y a la notificación de los mismos para comparecer ante los tribunales; d) derecho al procedimiento contradictorio; e) derecho de no ser procesado, juzgado o condenado por supuesta infracción *ex post facto*; f) derecho a la igualdad substancial entre acusación y defensa; g) derecho contra medidas ilegales de búsqueda y aprehensión; h) el derecho de no ser acusado ni condenado con fundamento en pruebas ilegalmente obtenidas; i) derecho a la asistencia letrada, incluso gratuita; j) privilegio contra la autoincriminación⁸⁴¹.

⁸³⁹ NERY JUNIOR, N., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 12ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, *passim*.

⁸⁴⁰ SANTOS LUCON, P. H., da una amplitud tal al debido proceso que lo considera en superposición con todos los demás principios, garantías y reglas constantes en el ordenamiento jurídico (Devido Processo Legal Substancial, en AA.VV. [organización de Didier Jr., F.], *Leituras Complementares de Processo Civil*, 3ª edición. Salvador: JusPodivm, 2005, p. 8). A su vez, ARAÚJO CINTRA, J. C., PELLEGRINI GRINOVER, A. y RANGEL DINAMARCO, C., consideran que es para el acceso a la justicia que convergen todos los principios y garantías procesales (*Teoria Geral do Processo*, 15ª edición, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 33).

⁸⁴¹ NERY JUNIOR, N., *Princípios do Processo Civil*, cit., pp. 113-114. Según ÁVILA, H. ("O que é devido processo legal?" *Revista de Processo*, n.º 163, sep./2008, p. 57), como el ideal de protección de un derecho fundamental es muy amplio, "pudiendo haber problemas de coordinación, conocimiento y control sobre cuáles son los elementos que pueden deducirse de él, el constituyente no sólo incluyó en la Constitución un dispositivo respecto del 'debido proceso legal', como, además, hizo constar varios de aquellos elementos que de él debían deducirse: juez natural (art. 5, XXXVII) e imparcial (art. 95), amplia defensa y contradictorio (art. 5, LV), motivación (art. 93, IX), publicidad (art. 5, LX, art. 93, IX), prohibición de prueba ilícita (art. 5, LVI)".

Por otra parte, la intangibilidad del control jurisdiccional es sólo una de las facetas de lo que hoy se entiende por acceso a la justicia o, como algunos prefieren, protección judicial efectiva⁸⁴² o acceso a un orden jurídico justo⁸⁴³, que implica una serie de otros subprincipios y constituye uno de los principales pilares del derecho procesal moderno.

5.2.2 El acceso a la justicia como derecho a la protección judicial efectiva

Escapa a los límites de esta monografía investigar todos los derechos procesales consagrados por la Constitución de 1988. Sólo importa a nuestros objetivos detenerse un poco más en el derecho fundamental de acceso a la justicia, cuya concepción brasileña, como veremos, mucho se aproxima a lo que se entiende por tutela judicial efectiva en la doctrina española.

Se advierte, de pronto, que el diseño de los límites constitucionales del acceso a la justicia no es una tarea entregada exclusivamente al STF, una vez que, en el sistema complejo de control de constitucionalidad brasileño, todo juez acaba siendo, también, juez constitucional. Además, siendo la Constitución Brasileña muy detallista, los necesarios filtros impuestos al conocimiento de los “recursos extraordinarios” terminan limitando la participación del STF en el debate de cuestiones procesales.

El punto de partida, pero no el único a ser considerado para el estudio del acceso a la justicia, es el art. 5, XXXV, CF, que sencillamente instituye una cláusula general según la cual “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derechos”.

Cabe señalar, en primer lugar, que la referencia a la “ley” podría llevarnos al equívoco de entender que la prohibición constitucional se dirige exclusivamente al legislador. Se trata, sin embargo, según la mejor interpretación, de un comando dirigido a todos indistintamente: nadie, sea quien sea, poder público o privado, puede impedir que el justiciable va a juicio deducir su pretensión⁸⁴⁴. De ahí que se haya considerado

⁸⁴² FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I. y GONET BRANCO, P. G., *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 539 y ss.

⁸⁴³ WATANABE, K., “Acesso à justiça e sociedade moderna”, en AA.VV. (coord. Pellegrini Grinover, A., Rangel Dinamarco, C. y Watanabe, K.), *Participação e processo*, São Paulo: RT, 1988, p. 135.

⁸⁴⁴ Excepción hecha a la posibilidad de un compromiso arbitral en materia de derechos patrimoniales disponibles (STF, SE-AgR 5.206, DJU 20.04.2004), sin embargo, con algunas limitaciones. El Código de Defensa del Consumidor asume como abusiva la cláusula que determina la utilización obligatoria del

nula cualquier cláusula contractual que, previamente, obste el acceso al Poder Judicial⁸⁴⁵.

Una primera implicación práctica de la intangibilidad del control judicial se refiere a la no exigencia de agotamiento de las vías administrativas como condición de acción de cualquier naturaleza, exceptuando apenas la hipótesis prevista en la propia Constitución – materia afecta a la disciplina y a las competiciones deportivas, aun así, fijándose un plazo máximo de 60 días para la decisión final (artículo 217, §§ 1 y 2).

Para que ese acceso sea universal, la norma constitucional determina la remoción de obstáculos de naturaleza económica, no sólo mediante la concesión de gratuidad del servicio judicial a los necesitados, sino también por el impedimento de cobro de tasas extorsivas⁸⁴⁶, poco razonables, ilimitadas o desproporcionales al servicio prestado⁸⁴⁷, o de depósito previo como condición de la acción⁸⁴⁸. Además, la apertura del Poder Judicial para las acciones de masa propuestas por el Ministerio Fiscal, las Defensorías Públicas y los sindicatos es un camino para posibilitar el acceso de colectivos más vulnerables al Poder Judicial.

Es obvio que, como suele acaecer en los sistemas constitucionales que consagran la acción como un derecho subjetivo público, el ejercicio de ese derecho ha de llevarse

arbitraje (artículo 51, VII), precepto que viene siendo aplicado especialmente en los contratos de adhesión; con relación a los derechos laborales, las Comisiones de Conciliación Previa no constituyen juicio arbitral, pues no tienen poder decisorio, y no impiden el acceso inmediato al Poder Judicial, según lo definido por el STF. Por lo tanto, el compromiso arbitral no es oponible al amplio acceso a la justicia en las relaciones asimétricas.

⁸⁴⁵ Así ha decidido el STF en la ADI 2.139-MC, DJ-e 23.10.2009. En el mismo sentido: STF, RE 549.238-AgR, DJ-e 05.06.2009; STF, RE 549.055-AgR, DJ-e 10.12.2010; STF, AI 742.874-AgR, DJ-e 26.03.2010.

⁸⁴⁶ A pesar del mandamiento constitucional, es preciso reconocer que Brasil todavía convive con costas judiciales poco razonables, especialmente por la disparidad de los valores cobrados en los diversos Estados, apuntada como obstáculo, entre otros, por SOUSA SANTOS, B., *Para uma revolução democrática da Justiça*, cit., pp. 36-37.

⁸⁴⁷ STF, Precedente (súmula) n.º 667: “Viola la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción la tasa judicial calculada sin límite sobre el valor de la causa”. En la ADI 1.772-MC, Carlos Velloso, DJU 08.09.2000, se asentó la “necesidad de la existencia de límite que establezca la equivalencia entre el valor de la tasa y el costo real de los servicios, o del provecho del contribuyente”, de modo que valores excesivos traen la “posibilidad de inviabilizar el acceso de muchos a la Justicia, con ofensa al principio de la intangibilidad del control judicial de lesión o amenaza a los derechos”. En el mismo sentido: ADI 3.826, DJ-e 20.08.2010; ADI 1.926-MC, DJU 10.09.1999.

⁸⁴⁸ STF, Precedente (súmula) Vinculante n.º 28: “Es inconstitucional la exigencia de depósito previo como requisito de admisibilidad de acción judicial en la que se pretenda discutir la exigibilidad de crédito tributario. Se admite, sin embargo, la constitucionalidad del depósito previo en la acción rescisoria, pero, en ese caso, el objetivo es destituir la cosa juzgada ya formada en un proceso anterior”.

a cabo en la forma prevista en la ley procesal⁸⁴⁹, siendo lícito el establecimiento de condiciones y requisitos sin los cuales no habrá una resolución de fondo. Sin embargo, la ley no puede crear requisitos poco razonables o desproporcionados a punto de reducir la universalidad de la jurisdicción⁸⁵⁰, ni el juez puede crear obstáculos a partir de una interpretación muy formalista, desconociendo la instrumentalidad del proceso. Conforme asentado por el STJ, "rigor excesivo no se ajusta a los principios de la efectividad del proceso y de la instrumentalidad de las formas, además de revelar verdadera violación a los principios constitucionales del debido proceso legal y del acceso a la justicia"⁸⁵¹.

También es cierto que el derecho de acceso a la justicia no significa derecho a una sentencia favorable⁸⁵², sino que, una vez satisfechos los supuestos procesales y las condiciones de la acción legítimamente exigibles, pueda el demandante obtener una decisión definitiva, favorable o no, sobre su pretensión.

En otra vertiente, el acceso a la justicia no puede ser visto como una garantía meramente formal de posibilidad de llevar la pretensión a jueces y tribunales. Como ya apuntó el STF, "el orden jurídico-constitucional asegura a los ciudadanos el acceso al Poder Judicial en concepción mayor, engloba la entrega de la prestación jurisdiccional de la forma más completa y convincente posible". La doctrina actual tiende a considerar, en esta concepción más amplia, que más que acceso a la justicia, la Constitución se refiere al acceso a un orden jurídico justo, que es traducido por la más amplia admisión de personas y causas al proceso (universalidad de la jurisdicción), con garantía a todas ellas de la observancia de las reglas que consubstancian el debido proceso legal, para que puedan participar intensamente de la formación de la convicción del juez (contradictorio) y exigir de él la efectividad de una participación en diálogo, objetivando preparar una solución que sea justa⁸⁵³.

⁸⁴⁹ STF, Pet. 4.556-AgR, DJ-e 21.08.2009.

⁸⁵⁰ STF, ADI 2.160-MC (vide voto del magistrado Sepúlveda Pertence), DJ-e 23.10.2009.

⁸⁵¹ STJ, REsp 671.986/RJ, DJU 10.10.2005. En el mismo sentido: STJ, AgRg no Ag 278796/BA, DJU 05.03.2001; STJ, AgRg no Ag 969598/RS, DJ-e 16.03.2009.

⁸⁵² STF, AI 135.850-AgR, DJU 24.05.1991: "No hay que confundir negativa de prestación jurisdiccional con decisión jurisdiccional contraria a la pretensión de la parte". En el mismo sentido: STF, RE 113.958, DJU 07.02.1997; STF, AI 811.144-AgR, DJ-e 15.03.2012; STF, AI 791.441-AgR, DJ-e 20.08.2010.

⁸⁵³ ARAÚJO CINTRA, J. C., PELLEGRINI GRINOVER, A. y RANGEL DINAMARCO, C., *Teoria Geral do Processo*, cit., pp. 33-34.

En este contexto, hablar de acceso a la justicia también es hablar de derecho a una defensa técnica⁸⁵⁴, sea por abogado contratado, sea por defensor público, y del derecho a influir en la decisión, mediante una participación efectiva en la producción de las pruebas y en la formación del convencimiento del juez⁸⁵⁵. Otro corolario del acceso a la justicia es el deber del juez de motivar jurídica y coherentemente sus decisiones. No basta con acceder al Poder Judicial, es necesario obtener una respuesta completa y motivada en Derecho, de forma coherente e inteligible. Más que esto, la tutela judicial debe ser prestada en un plazo razonable (art. 5, LXXVIII, CF). Ya decía Rui Barbosa, en el lejano 1921, que "justicia atrasada no es justicia, sino injusticia calificada y manifiesta"⁸⁵⁶. Incluso antes de la EC 45, que añadió en el art. 5 la referencia expresa a la razonable duración del proceso, el derecho a un procedimiento sin dilación indebida ya era reconocido como integrante del derecho fundamental de acceso a la justicia, aunque más comúnmente vinculado al debido proceso legal⁸⁵⁷. La enmienda constitucional sólo vino a reforzar ese derecho, que ya venía siendo reconocido en la doctrina y en la jurisprudencia brasileñas.

Esto nos conduce también a la constatación de que las medidas de urgencia (cautelares, liminares, anticipaciones de tutela) integran el arsenal de garantías relacionadas al acceso a la justicia, como forma de asegurar la utilidad de las decisiones definitivas y la efectividad del proceso⁸⁵⁸. No se afirma la protección judicial efectiva sólo frente a lesiones ya concretizadas, pero también frente a cualquier lesión potencial o amenaza al derecho⁸⁵⁹. Como ya se acordó en el STJ "la institucionalización de los

⁸⁵⁴ En la ADI 3.168, DJU 03.08.2007, el STF decidió que la obligatoriedad del abogado se aplica indistintamente al proceso penal, incluso en los Juzgados Especiales, exceptuando el Habeas Corpus, pero no es absoluta en el juicio civil, admitiéndose la facultatividad de la defensa técnica en los Juzgados Especiales Cíviles y en la Justicia del Trabajo.

⁸⁵⁵ Sobre la importancia de la cooperación en la formación del convencimiento de juez, vide: GRASSI DE GOUVEIA, L., "A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro", *Revista de Processo* n.º 172 (jun./2009), pp. 32-53. En la misma línea: COELHO NUNES, D. J., "O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa", en AA.VV. (coord. Souza Didier Jr., F. y Ferreira Jordão, E), *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 151-173.

⁸⁵⁶ BARBOSA, R., *Oração aos Moços (edição popular anotada por Ariano de Gama Kury)*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40.

⁸⁵⁷ STF, HC 80379/SP, DJU 25.05.2001.

⁸⁵⁸ En ese sentido viene apuntando el STF: ADPF 172-MC-REF/MG, DJ-e 21.08.2009; ADI 975-MC/DF, DJU 20.06.1997.

⁸⁵⁹ FERREIRA MENDES, G., in: FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I. e GONET BRANCO, P. G., *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 540.

suministros urgentes es consecuencia del principio de la intangibilidad de la jurisdicción o del acceso a la justicia, que debe actuar de pronto ante amenaza o lesión a derecho individual o colectivo"⁸⁶⁰.

En realidad, no sólo las medidas de urgencia son una consecuencia lógica del acceso a la justicia, sino todas las técnicas procesales capaces de realizar la tutela específica prometida por el derecho material en disputa (tutela adecuada). El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva obliga al juez a garantizar todas sus consecuencias, como los actos ejecutivos capaces de permitir la concreción del derecho, además de obligar al legislador a diseñar los procedimientos y las técnicas procesales adecuadas a las diferentes situaciones de derecho sustancial⁸⁶¹. Según el STJ, "la efectividad de la prestación jurisdiccional implica resultados prácticos tangibles y no meras divagaciones académicas, porque, desde hace mucho ya afirmaba Chiovenda, que el poder judicial debe dar al justiciable aquello y justamente aquello a que tiene derecho, ya que no puede el proceso generar daños al autor que tiene razón"⁸⁶².

En esta perspectiva, lo que la Constitución brasileña garantiza es que "se disponga una tutela efectiva, capaz de proporcionar a todos el disfrute real (concreto) tanto de los derechos subjetivos individuales como, principalmente, que se efective esa tutela de modo a hacer respetar y cumplir todo lo que en la Constitución había sido establecido en torno a las garantías fundamentales"⁸⁶³.

Nunca es demasiado recordar que el Poder Judicial, como uno de los poderes estatales, está sometido al principio de la eficiencia (art. 37 CF)⁸⁶⁴ y, por lo tanto, está obligado a buscar prestar un servicio rápido y de calidad, con el menor costo posible, pero, en particular, en consonancia con los valores y principios normativos

⁸⁶⁰ STJ, REsp 834678/PR, DJU 23.08.2007.

⁸⁶¹ MARINONI, L. G., CRUZ ARENHART, S. y MITIDIERO, D., *O Novo Processo Civil*, 3ª edición, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 77-82.

⁸⁶² STJ, Resp 677585/RS, DJU 06.12.2005.

⁸⁶³ THEODORO JUNIOR, H., "Direito Processual Constitucional", *Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito)*, vol. 01, n.º 04 (oct./nov. 2009), p. 30 (traducción nuestra a partir del original en portugués).

⁸⁶⁴ Haciendo referencia al principio de la eficiencia en la administración de la justicia, aunque en situaciones muy puntuales y *obiter dicta*, ver las siguientes sentencias del STJ: AgRg nos EREsp 967.836/RN, DJ-e 20.11.2008; AgRg no REsp 660.805/ES, DJ-e 25.02.2011; Resp 960.280/RS, DJ-e 14.06.2011. Vinculando de forma más directa la efectividad del proceso al principio de la eficiencia, tenemos el siguiente juzgado del TST: RR-133500-32.2009.5.09.0242, DEJT 23.03.2012.

configuradores del proceso justo⁸⁶⁵. No se puede hablar en eficiencia del Poder Judicial sin la efectividad de la tutela jurisdiccional y sin la adecuada concreción de los derechos fundamentales.

Se ve, por lo tanto, que la Constitución brasileña, a pesar de no hacer una referencia explícita al derecho a la tutela judicial efectiva, como hace la Constitución española, también contempla ese derecho en la propia noción de acceso a la justicia, considerada en su sentido más amplio. Así viene señalando, aunque indirectamente, la jurisprudencia de nuestros tribunales⁸⁶⁶; así viene sosteniendo la doctrina más abalanzada⁸⁶⁷. En este aspecto, los dos ordenamientos constitucionales son mucho más cercanos a lo que puedan parecer a primera vista, a pesar de las innegables diferencias históricas, sociales, culturales y políticas.

5.2.3 El despido en represalia como violación al derecho de acceso a la justicia

Hemos visto que el derecho de acceso a la justicia, previsto en la Constitución brasileña, ha sido interpretado, a partir de una evolución doctrinal y jurisprudencial, como dotado de una configuración mucho más amplia que la simple garantía de que el individuo pueda llevar su pretensión a los jueces y tribunales, razón por la cual algunos juristas han preferido hablar en principio (o derecho) de la protección judicial efectiva o de acceso a un orden jurídico justo.

Tomando prestado un concepto del Derecho portugués, Leonardo Greco propone vincular la idea del acceso a la justicia con el acceso a los derechos, que implica una serie de supuestos extrajurídicos: a) educación básica y difusión del conocimiento de la población sobre sus derechos; b) ofrecimiento a todos los ciudadanos de condiciones mínimas de existencia digna, a través del acceso al trabajo productivo, libremente escogido, y de la percepción de una remuneración que permita al trabajador proveer su sustento y de su familia; c) fortalecimiento de los grupos intermediarios de asociativismo (sindicatos y asociaciones); d) posibilidad de que el ciudadano influya en las decisiones

⁸⁶⁵ ÁLVARO DE OLIVEIRA, C. A., alerta sobre el peligro de entender la efectividad como celeridad y cumplimiento rápido del juzgado, recordando que la rapidez no puede sacrificar la justicia de las decisiones y el respeto a los valores constitucionales (*Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003).

⁸⁶⁶ En el RR 140740-18.2008.5.24.0007, DEJT 03.04.2012, el TST fue bien explícito en ese sentido.

⁸⁶⁷ Por todos, vide: MARINONI, L. G., *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 216-221.

de los poderes públicos a través de instrumentos de participación democrática; e) supresión de obstáculos a la ejecución de las condenas pecuniarias contra el Estado; f) ofrecimiento, por el Estado, de efectiva asistencia jurídica, no sólo judicial, abarcando también el asesoramiento que ayude a las personas a tomar decisiones; g) acceso a un tribunal imparcial, previamente establecido por la ley y competente para la solución de cualquier litigio respecto de intereses que se afirmen jurídicamente protegidos⁸⁶⁸. Destaca, con ello, la insuficiencia del acceso meramente formal al Poder Judicial como garante de una fruición plena, por todos los ciudadanos, de todos los derechos y promesas constitucionales. Destaca, como integrante del contenido del acceso a la justicia, la efectividad cualitativa de la tutela judicial, que implica la visión chiovendiana de dar a quien tiene derecho todo aquello que a él corresponde de acuerdo con el ordenamiento jurídico⁸⁶⁹.

Hablar en tutela efectiva en Brasil, por lo tanto, es considerar que el proceso sólo tiene sentido si su resultado es socialmente útil, proporcionando al titular de un derecho, en cada caso concreto, el acceso al orden jurídico justo⁸⁷⁰. Por eso, el pensamiento de la doctrina viene convergiendo hacia un proceso civil de resultados que, según Rangel Dinamarco, consiste en la "conciencia de que el valor de todo sistema procesal reside en la capacidad, que tenga, de propiciar al sujeto que tenga razón una situación mejor que en la que se encontraba antes del proceso"⁸⁷¹. Para el citado jurista, el proceso vale por los resultados que produce en la vida de las personas o grupos, "de ahí la moderna preferencia por las consideraciones en torno a la tutela jurisdiccional, que es representativa de las proyecciones metaprocesales de las actividades que en el proceso se realizan y, por lo tanto, indica en qué medida el proceso será útil a quien tenga razón"⁸⁷².

⁸⁶⁸ GRECO, L., *Instituições de Processo Civil*, vol. I, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 10-14.

⁸⁶⁹ Idem, p. 20.

⁸⁷⁰ SANTOS BEDAQUE, J. R., *Direito e Processo*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pp. 80-81.

⁸⁷¹ RANGEL DINAMARCO, C., *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 111.

⁸⁷² Ibidem. En otro estudio, el mismo autor retoma el tema y afirma que la efectividad del proceso no se obtiene con la simple emisión de una sentencia, pero con la cabal influencia en la vida de las personas, de modo que la tutela judicial se dirige a las personas y no solamente al derecho ("Tutela jurisdiccional", en AA.VV., *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 907 y ss.)

No se puede concebir que el proceso venga a ser causa de empeoramiento de la vida de quien de él se utiliza, especialmente – pero no exclusivamente – cuando el autor tiene razón. Permitir que la acción pueda desencadenar un movimiento extraprocesal de venganza privada, volcado a subyugar al autor y dejarlo en una situación peor de lo que estaba antes de buscar los derechos que entendía poseer, es reducir a nada la efectividad de la tutela judicial. El acceso al proceso se transformaría, de ese modo, en instrumento de legitimación de la injusticia, negando su propia razón de ser.

No basta al Estado mantener un aparato judicial, ni asegurar que todos los que se sientan lesionados en sus derechos puedan llevar su pretensión a los tribunales, si no hay garantía de que el ejercicio de ese derecho no sea causa de agravamiento de la situación concreta vivida por los ciudadanos demandantes. ¿Qué tipo de derecho sería éste, cuyo ejercicio traería más perjuicios que beneficios a su titular? Para que el acceso a la justicia sea realmente garantizado a todos, es necesario que haya mecanismos para evitar que el litigante quede desamparado ante presiones indebidas y represalias dañosas de la parte contraria. Si no es así, el orden constitucional habrá dado con una mano y retirado con la otra.

Hay que recordar que, al tomar para sí la función jurisdiccional, el Estado moderno vetó a los particulares hacer justicia con sus propias manos. En nombre de la paz social y de la preservación de los valores democráticos, las pretensiones resistidas deben ser juzgadas por un órgano imparcial y con competencia previamente fijada en ley. Si al titular de un derecho ofendido no está permitido coaccionar directamente al ofensor y promover la autotutela, tampoco se puede admitir que este último tenga en sus manos el poder de realizar una venganza privada contra el primero. De lo contrario, sería como atar a la víctima para que el verdugo la agrediera aún más.

Esta constatación se muestra aún más fuerte cuando uno de los litigantes ejerce un poder jurídico sobre el otro, como ocurre en la relación de trabajo. Entender que el poder de dirección puede ser utilizado para reprimir o castigar el derecho de acción del empleado es, en última instancia, anular este derecho. El eventual beneficio que el trabajador venga a tener con la acción judicial será mucho menor que los maleficios que caerán sobre él, especialmente si comprenden la pérdida del empleo. Dicho de otro modo, sería un rematado absurdo que, por tratar de hacer valer un derecho en el trabajo, el empleado pudiera ser privado de su derecho al trabajo.

En esta perspectiva, aunque represente un hecho extraprocesal, el despido en represalia al enjuiciamiento de una acción es una flagrante violencia al derecho a la

protección judicial efectiva, sea porque retira del trabajador/autor la perspectiva de mejorar su situación con el proceso, lo que negaría la razón de ser de éste, sea porque inhibe la persecución, por otros trabajadores, de derechos que entienden lesionados, erigiendo así una barrera cultural y económica al acceso a la justicia.

Como señala Kazuo Watanabe, los datos elementales del acceso al ordenamiento jurídico justo consisten, en resumen: a) en el acceso a la información y conocimiento del derecho sustancial; b) en el acceso a la justicia adecuadamente organizada, formada por jueces insertados en la realidad social y comprometidos con la realización del orden jurídico justo; c) en la preordenación de los instrumentos procesales capaces de alcanzar la efectiva tutela de derechos; d) en la remoción de todos los obstáculos que se anteponen al acceso efectivo a la Justicia con tales características⁸⁷³.

Privar al trabajador de su puesto de trabajo, degradando su dignidad, en respuesta al ejercicio de un derecho básico constitucionalmente asegurado, es sustraer de él la posibilidad de obtener una tutela jurisdiccional adecuada, así entendida la que se muestra "legítima en cuanto a su comando (adecuación al orden jurídico), oportuna en cuanto al momento de su prestación, universal en cuanto al alcance social por ella proporcionado (accesible a todas las clases y estamentos) y efectiva por los resultados materiales alcanzados"⁸⁷⁴. El despido, en esas condiciones, alcanza, al mismo tiempo, el derecho de acceso a la justicia (como derecho la protección judicial efectiva) y los derechos que, por medio de él, se pretendía efectivizar, consubstanciando una gravísima agresión al orden constitucional.

Cabe destacar, además, que el derecho de acción actúa en dos dimensiones distintas. Visto desde una perspectiva puramente individual, se presta a restaurar o confirmar el derecho objeto de la pretensión resistida. En una perspectiva más amplia, asume también una dimensión social, al visar la adecuación de la conducta del demandado al orden jurídico establecido, con efecto pedagógico y preventivo con relación a futuras transgresiones (finalidad social de la jurisdicción). Al hacer actuar el derecho objetivo, el tribunal señala para toda la sociedad que está atento al cumplimiento de las leyes, desestimulando sus vulneraciones⁸⁷⁵. De este modo, cada trabajador que

⁸⁷³ WATANABE, K., "Acesso à justiça e sociedade moderna", cit., p. 134-135.

⁸⁷⁴ MEDEIROS MELO, G., "A tutela adequada na reforma constitucional de 2004", *Revista de Processo*, n.º 124 (jun./2005), p. 94 (libre traducción nuestra del original en portugués).

⁸⁷⁵ Conforme RANGEL DINAMARCO, C. (*A instrumentalidade do Processo*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994): "otra misión que el ejercicio continuado y eficiente de la jurisdicción debe

reacciona legítimamente al vilipendio de sus derechos, cada sindicato que busca una protección colectiva por la vía judicial presta un obsequio a la observancia de las leyes laborales no sólo por el empleador alcanzado por la sentencia, sino por todos que tengan conocimiento de ella. En el siglo XIX, Ihering ya constataba que quien defiende su derecho, defiende también en la esfera estrecha de este derecho, todo el derecho, considerando que el interés y las consecuencias de su acto se propagan mucho más allá de su persona⁸⁷⁶.

De otro ángulo, al sancionar al trabajador que postuló algún derecho que crea poseer, el empresario impide que el proceso tenga el resultado útil esperado, pero, al mismo tiempo, lanza una amenaza sobre los demás trabajadores, que aún no reclamaron, en el sentido de que continúen inertes. Desde ese este prisma, el derecho de acceso a la justicia también queda doblemente ofendido.

La lesión al derecho de acción persistirá incluso en aquellos casos en que el empleado/autor no obtenga un juicio favorable a su pretensión. El acceso a la justicia no existe exclusivamente cuando el autor tiene razón, pues no se trata de un derecho a una decisión favorable, sino de derecho al examen adecuado de la pretensión puesta en juicio. El simple hecho de haber sido desestimada la pretensión del autor no puede servir de motivo legítimo para imponerle un acto de venganza privada que traduzca una represión a litigios futuros.

5.3 Indemnidad como consecuencia de la prohibición de discriminación

La Constitución brasileña, así como la española, consagra la igualdad no sólo en su sentido meramente formal, sino también en su aspecto sustancial. La igualdad ante la ley está expresamente proclamada en el art. 5 CF⁸⁷⁷ y la igualdad en la ley resulta de los objetivos fundamentales de la República de "erradicar la pobreza y la marginación y

llevar al Estado a cumplir ante la sociedad es la de concientizar a los miembros de ésta para derechos y obligaciones. En la medida en que la población confía en su Poder Judicial, cada uno de sus miembros tiende a ser siempre más celoso de los propios derechos y se siente más responsable por la observancia de los ajenos" (traducción nuestra del original en portugués).

⁸⁷⁶ IHERING, R., *A luta pelo Direito*, Trad. João Vasconcelos, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 41.

⁸⁷⁷ "Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños ya los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad ya la propiedad, en los términos siguientes." (traducción nuestra).

reducir las desigualdades sociales y regionales" y de "promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, etnicidad, color, edad y cualquier otra forma de discriminación" (art. 3, III y IV, CF), pero también puede ser intuido de una serie de otros preceptos constitucionales que reafirman ese compromiso⁸⁷⁸. De hecho, la reducción de desigualdades y la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria no pueden alcanzarse sin la promoción de medios de inclusión social de grupos marginados o vulnerables, lo que justifica la actuación positiva de los poderes públicos en favor de tales colectivos.

No es sin razón que el STF declaró consonantes con la Constitución diversas acciones afirmativas implementadas por leyes específicas, en favor de negros⁸⁷⁹, discapacitados⁸⁸⁰ y personas con bajos ingresos⁸⁸¹. Para el tribunal, el modelo constitucional brasileño incorporó diversos mecanismos institucionales para corregir las distorsiones resultantes de una aplicación puramente formal del principio de igualdad, de modo que:

No contradice – al contrario, prestigia – el principio de la igualdad material, previsto en el art. 5 CF, la posibilidad del Estado echar mano tanto de políticas de carácter universalista, que abarquen un número indeterminado de individuos, mediante acciones de naturaleza estructural, cuanto de acciones afirmativas, que alcancen a grupos sociales determinados, de manera puntual, atribuyendo a éstos ciertas ventajas, por un tiempo limitado, para permitirles la superación de desigualdades derivadas de situaciones históricas particulares.⁸⁸²

⁸⁷⁸ Entre otros: preámbulo (igualdad y justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios); art. 5, I (igualdad entre hombres y mujeres); art. 7, XXX, XXXI y XXXII (prohibición de discriminación en cuanto a criterios de admisión y al valor del salario por motivos de sexo, edad, etnicidad o estado civil o minusvalía, prohibición de distinción entre trabajos manuales, técnicos o intelectuales); art. 37, VIII (reserva de plazas en el servicio público para personas con discapacidad); art. 150, II (prohibición de tratamiento desigual entre contribuyentes en situaciones equivalentes); art. 165, §7 (elaboración de planes presupuestarios con funciones de reducir las desigualdades interregionales); art. 170, VII (reducción de desigualdades regionales y sociales como principios del orden económico); art. 196 (política de salud orientada para el acceso universal e igualitario); art. 206, I (igualdad de condiciones de acceso a la enseñanza); art. 226 (igualdad entre hombre y mujer en la sociedad conyugal).

⁸⁷⁹ ADC 41/DF, DJ-e 17.08.2017.

⁸⁸⁰ RMS 32732/DF, DJ-e 01.08.2014.

⁸⁸¹ ADI 3330/DF, DJ-e 22.03.2013.

⁸⁸² ADPF 186/DF, DJ-e 20.10.2014 (traducción nuestra).

En cuanto a la no discriminación, la norma constitucional es muy clara al referirse a la igualdad de todos, “sin distinción de ninguna naturaleza” (art. 5), reforzando el carácter abierto de la regla al prohibir prejuicios no sólo relacionados con el origen, la etnicidad, el sexo, el color, la edad, sino también rechazando “cualquier otra forma de discriminación” (art. 3, IV). Lo que resulta del texto constitucional es el veto a cualquier discriminación odiosa que implique desventaja a determinados grupos o individuos en razón de sus características innatas o adquiridas, de sus ideas o del ejercicio de derechos fundamentales. De este modo, aunque el texto en evidencia no se refiera expresamente a convicciones religiosas o políticas, discapacidad física, orientación sexual, nadie discrepa que tales factores no pueden ser utilizados genéricamente como elementos para crear barreras desventajosas contra las personas, salvo situaciones muy específicas guiadas por un criterio de proporcionalidad justificable⁸⁸³.

Es pacífico, por lo tanto, que la prohibición de discriminación en el modelo constitucional brasileño no se atiene a los factores de discrimen expresamente enunciados en el art. 5, pero configura una cláusula abierta para impedir cualquier tipo de discriminación odiosa, incluso cuando relacionada al ejercicio de derechos constitucionales.

Como afirmó el STF en un juicio emblemático sobre la unión de personas del mismo sexo, no sería pensable que la Constitución asegurase la libertad y, contradictoriamente, en el mismo texto se dificultase esa misma libertad, impidiéndose el ejercicio de la libre elección del modo de vivir, poniéndose aquel que decidiera ejercer su derecho a elecciones personales libres como objeto de prejuicios sociales y de discriminaciones, al margen del Derecho⁸⁸⁴. El mismo raciocinio puede aplicarse al caso en que la persona es objeto de exclusión o de represalia por haber decidido ejercer un derecho fundamental como el de acción – una opción asegurada por el ordenamiento jurídico no puede ser motivo de una desventaja en el mercado de trabajo o de actos de venganza que traducen una discriminación odiosa.

Reflejando el carácter abierto de los factores de discrimen no permitidos apriorísticamente por la Constitución, la Ley 9.029/1995 prohíbe “la adopción de

⁸⁸³ Sobre la posibilidad de utilización de factores de diferenciación en hipótesis muy estrictas, vide: BANDEIRA DE MELLO, C. A., *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

⁸⁸⁴ ADPF 132/RJ, DJ-e 14.10.2011.

cualquier práctica discriminatoria y limitativa para el acceso a la relación de trabajo, o de su mantenimiento, por motivos de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar, discapacidad, rehabilitación profesional, edad, entre otros, salvo las hipótesis de protección al niño y al adolescente” (art. 1), garantizando al trabajador despedido por motivo de discriminación elegir entre la readmisión o una indemnización. El uso de la expresión "entre otros" no deja margen de duda sobre la inexistencia de una lista cerrada de motivos discriminatorios prohibidos.

Por eso, el TST viene aplicando esta ley en casos de negativa de acceso al empleo o de despidos movidos por enfermedades graves estigmatizadoras⁸⁸⁵, obesidad⁸⁸⁶, situación de endeudamiento⁸⁸⁷ o de represalia a reivindicaciones del empleado por la vía judicial⁸⁸⁸ o extrajudicial⁸⁸⁹, sin que estas situaciones aparezcan de forma específica en el precepto legal. Como indicó el tribunal, el rol constante de la Ley 9.029/95 no es exhaustivo, sino puramente enunciativo, pudiendo ser aplicado a cualquier caso en que esté presente la conducta discriminatoria, “porque el legislador quiso ampliar la posibilidad de aplicación, al resguardar el derecho del trabajador en el empleo, asegurando la dignidad de la persona humana, el valor social del trabajo y bienes tutelados por la Constitución Federal”.

Aunque parezca, a primera vista, no existir una identificación inmediata entre discriminación y represalia a una conducta del trabajador, como el ejercicio de un derecho fundamental, es necesario tener una comprensión más amplia del problema. El veto antidiscriminatorio no actúa sólo en función del empleado que pertenece a grupos víctimas de prejuicios históricos, sino también para proteger a todos los que puedan sufrir una diferenciación negativa por atreverse a ejercer un derecho constitucional o luchar por sus derechos laborales. El derecho a la igualdad en el trabajo se rompe cada vez que alguien es tratado de forma despectiva por el hecho de ser, actuar o pensar diferente de su empleador o de la mayoría de sus colegas, sin que esto guarde relación con su capacidad o productividad.

⁸⁸⁵ Precedente (*súmula*) 443 del TST: “Se presume discriminatorio el despido de empleado portador del virus VIH o de otra enfermedad grave que suscite estigma o prejuicio. Inválido el acto, el empleado tiene derecho a la readmisión”.

⁸⁸⁶ TST-ARR 1000162-39.2015.5.02.0432, DEJT 27.04.2018.

⁸⁸⁷ TST-RR 209-39.2011.5.05.0027, DEJT 02.12.2016.

⁸⁸⁸ TST-ARR 2223-30.2014.5.17.0003, DEJT 11.11.2016.

⁸⁸⁹ TST-AIRR 520-24.2016.5.08.0107, DEJT 23.03.2018.

El Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado por Brasil e incorporado al derecho interno desde 1968, al lado de los motivos universalmente percibidos como discriminatorios (raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social), establece que el término “discriminación” puede comprender cualquier “distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores”. En otras palabras, el rol en él presentado no es exhaustivo y no deja de reconocer que cualquier otro motivo que implique un bloqueo a la igualdad de oportunidades en el empleo puede considerarse discriminatorio.

De este modo, si un empresario decide despedir a un empleado como represalia al reclamo de un derecho, manteniendo los empleos de aquellos que no se quejaron, se tratará de manera desigual a personas iguales, debido a una característica extraña a la calificación o a la productividad del trabajador, anulando la igualdad de trato en el empleo. Por lo tanto, estaremos ante un acto intrínsecamente discriminatorio. Y la solución para esto es la invalidación del acto con la readmisión, permitida la elección, a cargo del propio empleado, de una indemnización legal, acumulable con una indemnización por daños morales (art. 4, Ley 9.029/1995).

Incluso si no hubiera una solución legal, la nulidad del acto discriminatorio podría ser resultado de la aplicación directa de la Constitución, pues no se puede prestar efectos a actos claramente contrarios al orden constitucional. Así, la eventual revocación de la Ley 9.029/1995 – en la ola de desconstrucción del Derecho del Trabajo –, además de representar un irrazonable retroceso al ejercicio de derechos fundamentales, no tendría fuerza para alterar ese panorama.

5.4 El despido en represalia como abuso de derecho

Incluso para quien defiende la existencia, en el ordenamiento jurídico brasileño, de un derecho potestativo⁸⁹⁰ de despedir, consubstanciado en el poder atribuido al

⁸⁹⁰ Derechos potestativos comprendidos como “poderes jurídicos de titularidad individual que, mediante su simple ejercicio, o integrado por una decisión judicial, producen efectos jurídicos, independientemente

empresario para despedir a los trabajadores sin enunciación de una causa legalmente prevista – teniendo como única consecuencia el pago de una indemnización tasada –, no hay como dejar de reconocer que el despido dirigido a impedir o sancionar el ejercicio de un derecho constitucional por el empleado representa un abuso de derecho.

En efecto, aunque la Constitución atribuya a los trabajadores el derecho de ser protegidos contra el despido arbitrario o sin justa causa (art. 7, I, CF) – lo que, en principio, parece implicar la ilicitud de la extinción unilateral del contrato sin que exista un motivo justo –, el hecho es que, mientras que no se ha editado la ley complementaria que debe regular tal protección, la consecuencia jurídica del despido sin enunciación de un motivo, y siempre que el trabajador no goce de una inmunidad legal, es el pago de una indemnización fijada en las disposiciones constitucionales transitorias (art. 10, I, ADCT). Sin embargo, esto no significa que el despido pueda ocultar razones que contradigan el orden jurídico y producir resultados claramente inconstitucionales. Como dijo el STF (aún bajo la égida el orden constitucional autoritario), “el derecho potestativo de despedir no puede ser potenciado a punto de colocarse, en plano secundario, el propio texto constitucional, como si el orden jurídico agasajase, en el campo patrimonial, derecho absoluto”⁸⁹¹.

Dispone el CCB que “también comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres”⁸⁹². Con esta redacción, el nuevo Código Civil amplió el concepto de abuso de derecho en el ordenamiento nacional, inspirado en el Derecho portugués, que arroja al campo de la ilicitud el ejercicio disfuncional de un derecho, sin que sea necesaria la presencia de culpa o incluso de daño. El daño puede aparecer como consecuencia del acto abusivo o como elemento puramente accidental, pero no constituye su esencia. Además, el acto abusivo pasó a ser entendido como una

de la colaboración de la otra parte de la relación jurídica”. Cf. MOTA PINTO, C. A., *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 175.

⁸⁹¹ STF, RE 130206/PR, DJU 17.09.1991.

⁸⁹² Al comentar ese precepto cuando el CCB todavía era un proyecto que tramitaba en el legislativo, ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, R. (Projeto do Código Civil..., cit., p. 23), observó que: “esa tal vez sea, desde el punto de vista del Derecho Obligacional, la cláusula más rica del Proyecto. Reúne, en un único dispositivo, los cuatro principios éticos que presiden el sistema: el abuso de derecho, el fin social, la buena fe y las buenas costumbres. Bastaría añadir el orden público para tenerlos todos a la vista”.

violación de la finalidad del derecho, de su espíritu, violación esa constatable objetivamente, independientemente de culpa o dolo⁸⁹³.

El acto abusivo nace de un derecho o de una posición jurídica que, aunque reconocido previamente por el ordenamiento jurídico, es ejercido de forma irregular, defectuosa, sea porque excedidos sus límites, sea porque contrariadas sus finalidades o la moral pública y, por eso mismo, se vuelve antijurídico. La ilicitud no deriva, obviamente, del derecho en sí – que es siempre lícito en su perspectiva estática, *a priori* –, sino de su ejercicio irregular o ilegítimo, considerado en su perspectiva dinámica⁸⁹⁴. En otras palabras, “el abuso de derecho consiste en un acto jurídico de objeto lícito, pero cuyo ejercicio, llevado a cabo sin la debida regularidad, acarrea un resultado que se considera ilícito”⁸⁹⁵.

Y la respuesta del propio sistema normativo es dada por el art. 166, IV, CCB, según el cual es nulo el negocio jurídico que tenga por objetivo fraudar ley imperativa. De ahí que la doctrina converge en el sentido de que, una vez declarado que el acto fue cometido con abuso de derecho, ese acto pasa a ser considerado como ilícito, contrario al derecho, que incluye no sólo la obligación de reparar eventuales daños causados, incluso de orden moral, pero también la nulidad del acto abusivo⁸⁹⁶.

Este nuevo enfoque del abuso de derecho, introducido como cláusula general del ordenamiento jurídico por el CCB, no llega a ser propiamente inédito en el derecho privado brasileño, ante la existencia de previsiones análogas ya ensayadas anteriormente, aunque de manera puntual, en el Derecho Societario y en el Derecho del Consumidor.

⁸⁹³ En ese punto, parece haber una divergencia de la concepción arraigada en la jurisprudencia española, que incorpora el daño y el elemento subjetivo en la calificación del abuso de derecho. Sobre tal concepción, vide: ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*, (trad. Janaina Roland Matida), São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 37-38.

⁸⁹⁴ “En la medida en que se trata de categoría cuyo examen se establece en dos momentos, un previo, estático, conforme al derecho y, además, legitimado en el ordenamiento jurídico (la titularidad de un derecho subjetivo previsto en el ordenamiento), y un segundo, dinámico, de ejercicio del derecho contra límites o preceptos establecidos por el mismo ordenamiento, el abuso del derecho no puede ser vislumbrado simplemente en posición de contradicción a la definición de ilicitud formal, sino de complementariedad” (MIRAGEM, B., *Abuso de Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, 2ª edición, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 83).

⁸⁹⁵ LIMONGI FRANÇA, R., *Instituições de Direito Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 889.

⁸⁹⁶ NERY JÚNIOR, N. y ANDRADE NERY, R. M., *Código Civil Comentado*, 12ª edición, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 658-659; MIRAGEM, B., *Abuso de Direito...*, cit., pp. 184-185.

De hecho, la Ley de las Sociedades Anónimas (Ley 6.404, de 15 de diciembre de 1976) ya preveía modalidades de ejercicio abusivo de poder objetivamente tipificadas, que prescindían del elemento intencional o de culpa *lato sensu* – no obstante, exigiera la presencia de daño –, a fin de evitar que el accionista controlador desviara las finalidades de la empresa o usara su poder para perjudicar los accionistas minoritarios⁸⁹⁷. Se observa, en este caso, una posición jurídica subjetiva del accionista controlador (poder), que, sin embargo, no puede ejercer sus prerrogativas y derechos en detrimento de los accionistas minoritarios, desviándose de los objetivos de la empresa y de sus fines económicos y sociales.

A su vez, el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078, de 11 de septiembre de 1990) dio un paso más en la objetivación del abuso de derecho en las relaciones privadas, desvinculándolo de culpa o dolo, al vetar la publicidad abusiva (art. 37, § 2), las prácticas abusivas (art. 39) y las cláusulas abusivas (art. 51), además de referirse al abuso de derecho como uno de los hechos justificantes de la desconsideración de la personalidad jurídica (art. 28). Aquí, también, existe el claro objetivo del legislador en evitar el uso de la posición jurídica dominante del proveedor de bienes y servicios en detrimento del consumidor, parte marcadamente más débil de la relación contractual.

Como se ve, el campo fértil para el desarrollo de la teoría del abuso de derecho como acto ilícito objetivo, más tarde adoptada como uno de los pilares del derecho privado brasileño, fueron justamente las relaciones contractuales asimétricas, donde el poder efectivo de una de las partes, aunque legitimado previamente por la ley, no puede servir de justificativa para actos que, en su materialización, sean desviados de sus finalidades económicas, sociales y de los límites de la buena fe y de la moral pública (en el sentido de ética social⁸⁹⁸), produciendo resultados concretamente contrarios al

⁸⁹⁷ El artículo 117 de la referida ley establece que son modalidades de ejercicio abusivo de poder, entre otras: “a) orientar a la compañía para fin ajeno al objeto social o lesivo al interés nacional, o llevarla a favorecer otra sociedad, brasileña o extranjera, en perjuicio de la participación de los accionistas minoritarios en los beneficios o en el acervo de la compañía, o de la economía nacional; b) promover la liquidación de la compañía próspera, o la transformación, incorporación, fusión o escisión de la compañía, con el fin de obtener, para sí o para otro, una ventaja indebida, en perjuicio de los demás accionistas, de los que trabajan en la empresa o los inversores en valores mobiliarios emitidos por la compañía; c) promover alteración estatutaria, emisión de valores o adopción de políticas o decisiones que no tengan por finalidad el interés de la compañía y tengan por objeto causar perjuicio a accionistas minoritarios, a los que trabajan en la empresa o a los inversores en valores mobiliarios emitidos por la compañía; d) elegir a un administrador o un fiscal que sabe inapto, moral o técnicamente; (...)”.

⁸⁹⁸ Las buenas costumbres impuestas como límites al ejercicio regular del derecho en el art. 187 CCB, “se refieren a aquellas reglas no escritas de comportamiento, cuya observancia corresponde a la conciencia ética difundida en la generalidad de los ciudadanos y cuya violación es, por lo tanto, considerada

ordenamiento jurídico y al interés general. Y es justamente en razón de la posición jurídica dominante ocupada por el titular del derecho que su conducta se califica como abusiva – tal vez no fuera así si la relación se diera entre iguales⁸⁹⁹.

De este modo, por más que el ordenamiento laboral tenga mecanismos propios de contención del poder empresarial, no se puede descartar la aplicación de la cláusula general de ilicitud del abuso de derecho, especialmente para frenar conductas atípicas que impliquen exceso a las balizas constitucionales y legales señaladoras del ejercicio legítimo de la libertad de empresa.

Aunque la jurisprudencia mayoritaria sostenga la existencia de un “derecho potestativo de despedir”, al menos transitoriamente – ante el persistente vacío legislativo resultante de la falta de aprobación de la ley complementaria que debe disponer sobre la protección en contra el despido sin justa causa –, ese supuesto derecho no puede ejercerse con desviación de propósito, dirigido exclusivamente a impedir, frustrar o sancionar la aplicación de la ley laboral y de otros derechos atribuidos al trabajador despedido, produciendo resultados contrarios al ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, si el despido se efectúa como sanción al ejercicio de una acción judicial o a una queja relacionada a los derechos en el trabajo, se trata de un acto que, detrás de una aparente legalidad, esconde el objetivo ilícito de fraudar todo el sistema de protección laboral y de frustrar el acceso a la justicia, tendente a generar resultados inconstitucionales. Como ejercicio manifiestamente desviado, disfuncional, del poder de despedir, el despido en represalia se revela como acto abusivo, volcado a impedir la aplicación de leyes imperativas, teniendo como consecuencia natural su nulidad radical (art. 166, VI, CCB), sin necesidad de investigación del elemento intencional o de la presencia de daño concreto⁹⁰⁰.

Además de contrarrestar la finalidad primordial de la libertad de empresa (que presupone la generación de empleos y la disminución de las desigualdades sociales y, por ende, el respeto a las leyes laborales), el despido llevado a cabo como represalia al reclamo de derechos por el empleado se muestra en descompaso con la buena fe objetiva

moralmente reprochable” – MARTINS BOULOS, D., *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo: Editora Método, 2006, pp. 186-188.

⁸⁹⁹ Cf. MIRAGEM, B., *Abuso de Direito...*, cit., p. 106.

⁹⁰⁰ La identificación del despido en represalia al entablamiento de una acción judicial como abuso del derecho de despedir también ha sido hecha por el TST en sentencias recientes. Ver, por ejemplo: AIRR 10613-31.2015.5.03.0136, DEJT 30.06.2017; ARR 1073-07.2010.5.04.0006, DEJT 19.12.2017.

que debe orientar los negocios privados, cayendo, también de ese modo, en el terreno del abuso y de la ilicitud⁹⁰¹.

5.5 La readmisión como solución preferencial para el despido en represalia al ejercicio de un derecho fundamental

Como hemos visto hasta aquí, el despido en represalia al ejercicio del derecho de acción consubstancia una injustificable agresión a derechos fundamentales, notablemente los derechos al trabajo, a la no discriminación y a la protección judicial efectiva, así como a la propia legalidad ordinaria brasileña (despido discriminatorio y ejercicio abusivo del derecho como actos ilícitos). El supuesto derecho de despedir está lejos de asumir un carácter absoluto y no puede ser ejercido con el objetivo de frustrar la realización de otros derechos, de igual o mayor envergadura constitucional.

Ante el enorme potencial lesivo de un acto como tal, tendente a anular la fuerza coercitiva de la Constitución, no se puede equiparar a un despido normal, aunque no motivado, extrayendo de él las mismas consecuencias jurídicas. La respuesta ha de ser mucho más enérgica que una simple indemnización fijada – debida en caso de despido lícito, sin culpa del empresario – o incluso de una indemnización adicional por daño moral. Se impone que se restauren plenamente los derechos violados, lo que sólo se obtendrá con la invalidación del despido y la restitución del puesto de trabajo indebidamente sustraído del trabajador.

Hablando sobre la aplicación directa de los derechos fundamentales, Barroso destaca ser insatisfactoria la simple indemnización, salida aceptable sólo cuando inviabilizadas todas las alternativas para el cumplimiento de la obligación *in natura*, afirmando que "en toda hipótesis de derecho subjetivo vulnerado, se debe pensar, antes que nada, de la viabilidad de su tutela específica"⁹⁰². De hecho, por una cuestión puramente lógica, la mejor forma de protección al derecho es la que impide su violación,

⁹⁰¹ En ese sentido, vide: MILLÉO BARACAT, E., *A boa-fé no direito individual do trabalho*, São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 204; VIEIRA WANDELLI, L., *Despedida abusiva...*, cit., p. 423.

⁹⁰² BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade...*, cit., p. 144.

luego, tener derecho a una posición jurídica protegida es, ante todo, tener derecho a una forma de tutela que sea capaz de impedir o inhibir la violación del derecho⁹⁰³.

Cabe señalar que, con relación a los derechos fundamentales en juego en el despido represivo a una acción judicial, la obligación *prima facie* del empleador es esencialmente de no hacer, es decir, no despedir al empleado por motivo discriminatorio o vil (derecho fundamental al trabajo) y no coartar o reprimir el derecho de acción (derecho fundamental a la protección judicial efectiva). La infracción de tales obligaciones negativas reclama una respuesta jurisdiccional que recomponga el derecho como si nunca hubiera sido violado⁹⁰⁴.

La compensación pecuniaria, en esa hipótesis, tiene el defecto de perpetuar la lesión, haciendo definitivas las consecuencias del acto tenido como ilícito (extinción del contrato de trabajo). La imposición de una sentencia condenatoria en pecunia es un factor que, si no estimula la ilicitud, ratifica la lógica perversa de mercantilización del trabajo y, en última instancia, de monetización de la propia figura humana. Apunta para una peligrosa relativización de los valores constitucionales, como si pudieran ser libremente pisoteados por quien tiene dinero. Como señala Marinoni:

Suponer que la tutela resarcitoria por el equivalente es la única respuesta al deber de reparar el daño, además de admitir que todo bien o derecho puede ser expresado en dinero, conduce a la idea de que el infractor puede liberarse de su responsabilidad mediante el pago de dinero – cuando entonces tener patrimonio sería lo mismo que tener la responsabilidad atenuada. Sin embargo, el perjudicado no tiene un mero derecho de crédito sobre el patrimonio del infractor, sino el poder de obligarlo a la reparación. La existencia de un poder de obligar a la reparación implica la posibilidad de usar la acción para coaccionar al infractor a hacer o entregar bienes equivalentes a los destruidos.⁹⁰⁵

⁹⁰³ MARINONI, L. G., CRUZ ARENHART, S. y MITIDIERO, D., *O Novo Processo Civil*, cit., p. 81.

⁹⁰⁴ No es de ahora que BARBOSA MOREIRA, J., viene sosteniendo la prioridad de la tutela específica para el caso de obligación negativa, considerando como tal (tutela específica) "el conjunto de remedios y providencias tendientes a proporcionar" ... [al acreedor] ... " el preciso resultado práctico alcanzable por medio del cumplimiento, es decir, la no violación del derecho o del interés tutelado" ("A tutela específica do credor nas obrigações negativas", *Temas de Direito Processual*, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 31).

⁹⁰⁵ MARINONI, L. G., "Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos", publicado por la Academia Brasileira de Direito Processual Civil, disponible en

La insuficiencia de la solución indemnizatoria para el incumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer fue percibida por el legislador ordinario que, en la reforma de 1994, dio nueva redacción al art. 461 del antiguo *Código de Proceso Civil* (CPC) de 1973, disponiendo que "en la acción que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o, si procede el pedido, determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento". Precepto idéntico se encuentra positivado en el art. 497 del CPC de 2015, que refuerza esa determinación al disponer que la obligación sólo será convertida en indemnización si el autor lo requiere o si es imposible la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente (art. 499). Hay que subrayar ser entendimiento corriente, en la doctrina y en la jurisprudencia, que ese dispositivo es aplicable subsidiariamente al proceso laboral, en virtud de lo dispuesto en el art. 769 de la CLT⁹⁰⁶.

En el espacio específico del abuso de derecho, la doctrina civilista preconiza una sanción que puede variar caso por caso, pero que no se refiere necesariamente a una indemnización pecuniaria, dando preferencia a la restitución *in natura* del bien lesionado⁹⁰⁷, aún más después de la vigencia del nuevo Código Civil, merced de la regla contenida en el art. 166, VI. Por lo tanto, dado que el despido represivo de derechos fundamentales es indudablemente abusivo, la nulidad del acto empresarial y la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo se presenta como una respuesta jurídica perfectamente adecuada en el sistema normativo brasileño.

No necesitaríamos ni siquiera buscar preceptos foráneos si tuviéramos los ojos atentos a un dispositivo de la CLT, cuya potencialidad ha sido olvidada por los juslaboristas. Nos referimos al art. 9, según el cual "serán nulos de pleno derecho los actos practicados con el objetivo de desvirtuar, impedir o fraudar la aplicación de los

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%287%29%20formatado.pdf>, fecha de acceso: 18.05.2018, p. 30.

⁹⁰⁶ "Art. 769. En los casos omisos, el derecho procesal común será fuente subsidiaria del derecho procesal del trabajo, excepto en aquello en que sea incompatible con las normas de este Título" (en libre traducción nuestra).

⁹⁰⁷ Vide: GOMES, O., *Introdução ao Direito Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 134-135; VEIRA WANDELLI, L., *Despedida abusiva...*, cit., pp. 350 y ss.; NERY JÚNIOR, N. y ANDRADE NERY, R. M., *Código Civil Comentado*, cit., pp. 658-659; MIRAGEM, B., *Abuso de Direito...*, cit., p. 190.

preceptos contenidos en la presente Consolidación". El despido en ofensa a derechos fundamentales del trabajador, perpetrado bajo un falso ropaje de legalidad y con el fin de bloquear la fruición de derechos laborales, entra en choque con el art. 9 CLT y, como tal, debe ser declarado radicalmente nulo.

Es preciso revalorizar el mencionado preceptivo, vivificándolo a la luz de la realidad y de los valores actuales. Es absurdo, hoy en día, invocar aquella norma sólo para anular los actos practicados en el curso del contrato, sin extenderse a la extinción del contrato en sí. En realidad, esta limitación nunca estuvo en las cogitaciones originales en torno a este precepto⁹⁰⁸ y, especialmente ahora, no sería compatible con el orden constitucional vigente. Si un acto tendente a desvirtuar reglas laborales previstas en ley ordinaria ya puede ser considerado nulo, ¿qué decir de un despido que pretenda bloquear el ejercicio de derechos constitucionales por el trabajador?

Por último y no menos, el art. 4 de la Ley 9.029/1995 establece que la ruptura de la relación de trabajo por acto discriminatorio faculta al empleado optar entre la readmisión, con el pago de todos los salarios desde el despido, o una indemnización. El trabajador, y sólo éste, decide si pretende ser readmitido o indemnizado, lo que se muestra en perfecta congruencia con el derecho material en disputa (derecho a la no discriminación), no susceptible de medición en pecunia. Se trata de un precepto legal dirigido específicamente a las relaciones de empleo, aplicable a todo despido que tenga como móvil una discriminación de cualquier naturaleza, situación en que se encuadran también los despidos en represalia a la conducta reivindicativa del trabajador (vide tópico 5.3 retro).

De todo lo expuesto, se percibe con claridad que, en la hipótesis de ser el trabajador despedido como consecuencia de haber hecho una reivindicación frente al empresario, por la vía judicial o administrativa, la readmisión no es el resultado de un malabarismo exegético o de la importación acrítica de una doctrina extranjera, desarrollada en realidad diversa. Por el contrario, es la respuesta natural del

⁹⁰⁸ Es antigua la afirmación de RUSSOMANO, M. V., de que "aquel que desvirtúa leyes laborales, de alto sentido y extenso alcance social, sufre la represión que su acto comporta, mancha de nulidad el acto practicado y llama sobre sí la fuerza imperativa del Derecho y la cólera del Estado. Sobre la base de esta norma, por otra parte, la jurisprudencia anterior a la Constitución de 1988 declaraba nula la despedida obstáculo e imponía la reintegración del empleado (*Comentários à CLT*, vol. 1, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 49). Sobre la base de esta norma, la jurisprudencia anterior a la Constitución de 1988 declaraba nulo el despido llevado a cabo para impedir la estabilidad decenal e imponía la reintegración del empleado.

ordenamiento jurídico brasileño, si se interpreta correctamente. Es sorprendente que buena parte de los juristas de Brasil no haya despertado para eso.

6 Aspectos Prácticos de la Garantía de Indemnidad en el Derecho Brasileño

A pesar de la enorme resistencia de la doctrina a la ampliación de las situaciones de nulidad del despido, la jurisprudencia de los tribunales del trabajo viene, lentamente, incorporando nuevas hipótesis de protección efectiva contra los despidos arbitrarios y, muy gradualmente, insertando la idea de la garantía de indemnidad en el derecho brasileño, aunque sin una sistematización consistente. Esto ocurre, también, por el hecho de que los trabajadores y hasta los abogados laborales tienen poco conocimiento de las posibilidades de reacción a los despidos arbitrarios, de suerte que todavía son pocas las demandas que envuelven el tema del despido represivo de derechos fundamentales, especialmente del derecho de acción. Pero es posible encontrar, aquí y allá, los fragmentos de una doctrina que va consolidándose poco a poco, como veremos a continuación.

6.1 Asimilación de la idea de la garantía de indemnidad por la justicia laboral de Brasil

Promulgada la Constitución de 1988, los tribunales del trabajo, en especial el TST, cayeron en la trampa de ver el nuevo texto constitucional bajo el prisma de la CLT y no al revés. Este fenómeno de interpretación a la inversa, denunciado tímidamente por la doctrina⁹⁰⁹ terminó empobreciendo, cuando no vaciando, varios dispositivos constitucionales, además de haber generado disfunciones en el sistema de garantías legales⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ Vide, entre otros: TEIXEIRA F. B. CUNHA, A., “Os direitos sociais na Constituição. Vinte anos depois. As promessas cumpridas ou não”, en AA.VV. (coord. Montesso, C. J., Freitas, M. A. y Coêlho, M. F.), *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*, São Paulo: LTr, 2008, pp. 23-24; MOREIRA DELGADO, U., “As garantias dos direitos sociais e as dimensões de sua efetividade”, *Revista da ESMAT* 13, n.º 2 (2009), p. 46.

⁹¹⁰ Un ejemplo muy palpable de ello fue la “*Súmula*” n.º 310 del TST, que limitaba la sustitución procesal de la clase por los sindicatos, prevista en el art. 8, III, CF, sobre la base de que la Constitución sólo repitió

Últimamente, sin embargo, la jurisprudencia laboral, tocada por los vientos del neoconstitucionalismo tardíamente llegados a Brasil, viene finalmente despertando hacia la fuerza normativa de la Constitución y hacia las posibilidades interpretativas regeneradoras del derecho al trabajo. Esta renovación se ha hecho sentir notoriamente en el campo de los despidos abusivos y discriminatorios, que empiezan a ser conducidos al rumbo de la nulidad radical. Trabajadores perseguidos por diversas razones, muchas de ellas no previstas expresamente en la Ley 9.029/1995, ahora pueden ser readmitidos ante la anulación de los actos patronales, a pesar de la inexistencia de un mecanismo de estabilidad real.

Es verdad que la escasez de la jurisprudencia sobre el asunto se debía en gran parte a la timidez de los abogados laborales en demandar la nulidad del despido, tal vez debido a la poca repercusión de los trabajos doctrinarios tratando de los límites al poder de despedir. En la gran mayoría de los casos de vilipendio a derechos fundamentales, las demandas se resumen al pago de indemnización por daños morales, quedando los jueces, por imposición legal, vinculados a los límites objetivos de la acción.

Hasta la segunda década del siglo XXI, no había ningún libro publicado en Brasil específicamente sobre el despido en represalia al ejercicio del derecho de acción o sobre la garantía de indemnidad, aunque ya se encontraban algunas referencias someras al tema en obras más genéricas dedicadas al despido discriminatorio⁹¹¹ y al despido abusivo⁹¹², además de pocos artículos en portales jurídicos de limitada repercusión⁹¹³. Un artículo en particular, fruto del estudio del magistrado Augusto César Leite de Carvalho en la Universidad Castilla-La Mancha, comenzó a despertar algún interés

lo que ya disponía el art. 513, a, CLT – como si la Constitución debiera someterse a la legislación ordinaria y no lo contrario. La “*Súmula*” sólo fue cancelada después de decisiones reiteradas del STF en sentido contrario.

⁹¹¹ V.g. SAYÃO ROMITA, *Despedida arbitrária e discriminatória*, cit., p. 99.

⁹¹² V.g., VIEIRA WANDELLI, *Despedida abusiva...*, cit., pp. 419-423.

⁹¹³ Entre esos rarísimos trabajos doctrinales, vide: ALMEIDA, E. S., “Garantia de indenidade do reclamante empregado, frente a represálias patronais, em face do Direito brasileiro”, *Portal Jus*, 2007, disponible en <http://jus.com.br/revista/texto/10095/garantia-deindenidade-do-reclamante-empregado-frente-a-represalias-patronais-emface-do-direito-brasileiro>, fecha de consulta 01.06.2018; MEIRELLES, E., “Garantia de emprego como instrumento para efetivo acesso à justiça (proibição de despedir no curso do processo judicial)”, *Âmbito Jurídico* n.º 40 (abr. 2007), disponible en http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1747, fecha de consulta 01.06.2018; TORRES TEIXEIRA, S., “Acesso à justiça e vedação à dispensa discriminatória”, *Âmbito Jurídico* n.º 88 (mayo de 2011), disponible en http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9208, fecha de consulta 01.06.2018.

sobre la cuestión y llegó a servir de referencia para las primeras sentencias abordando el despido en represalia⁹¹⁴. Sólo en 2013 el mismo magistrado ha publicado el único libro brasileño que se tiene hasta el momento sobre la garantía de indemnidad⁹¹⁵, que no llegó a tener una segunda edición impresa, pero tuvo un significativo impacto en la jurisprudencia del TST, proponiendo la misma solución pensada por el TC para los casos de despidos en represalia al ejercicio del derecho de acción en Brasil. Desde entonces, las decisiones judiciales invocando esta garantía comenzaron a aparecer con más frecuencia, pero no existe ningún pronunciamiento específico del STF, de manera que el debate continúa actual.

En abril de 2012, el TST decidió por primera vez que el sistema constitucional brasileño repudiaba el despido en represalia al ejercicio de derechos fundamentales, en particular el derecho constitucional de acceso a la justicia⁹¹⁶. El caso se refería a un obrero que, a ejemplo de otros, ingresó con una acción laboral y los dirigentes de la empresa pública amenazaron con despedir a aquellos que no desistieran de la demanda; los que desistieron se mantuvieron en el empleo, mientras el reclamante, junto con otro colega, que no desistieron de la acción, acabaron despedidos, bajo el ropaje de ser un despido no causal lícito.

Aunque se consideró los hechos como probados, la sentencia de una de las salas fraccionarias del TST⁹¹⁷ mantuvo la decisión del tribunal regional, sosteniendo que, a pesar de la previsión constitucional de que los trabajadores tienen derecho a una protección en contra el despido arbitrario, la norma sería de eficacia limitada y carecía de concretización posterior por norma legal. Afirmó, en continuidad, que, ante la inexistencia de legislación que confiera protección efectiva al trabajador, el despido es acto potestativo del empleador – es decir, aunque se demuestre el despido por discriminación, “no hay fundamento legal que garantice al demandante la estabilidad y la debida reintegración en el empleo”.

⁹¹⁴ LEITE DE CARVALHO, A. C., “Direito Fundamental de Ação Trabalhista”, *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, año 1, vol. 1, n.º 1 (en./mar. 2002).

⁹¹⁵ LEITE DE CARVALHO, A. C., *Garantia de indenidade no Brasil: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represália patronal*. São Paulo, LTr, 2013.

⁹¹⁶ TST, E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, DEJT 13.04.2012.

⁹¹⁷ El TST se subdivide en ocho grupos o cámaras, con tres magistrados en cada uno. Son esas cámaras, en principio, que juzgan los recursos contra las decisiones de los tribunales regionales.

Contra esa sentencia, el demandante recurrió a la Sección de Demandas Individuales del TST (SDI)⁹¹⁸, alegando que la sala había contrariado la Constitución al negarle el derecho a la readmisión y que aquella sentencia divergía de la línea jurisprudencial adoptada por otras salas.

Estimando el recurso del obrero, la SDI hizo una serie de consideraciones de orden constitucional, invocando el compromiso con la dignidad humana (art. 1, III, CF) y el objetivo fundamental de la república brasileña de combatir todas las formas de discriminación (art. 3, IV, CF), así como la garantía de acceso al Poder Judicial (art. 5, XXXV, CF), para afirmar que permitir que el empleador controle el acceso del empleado a la Justicia, utilizando el derecho de extinguir la relación laboral como forma de coaccionar al obrero a desistir de demanda laboral, “significaría negar al trabajador el propio derecho, además de señalar efectiva violación de la garantía del acceso a la justicia, asegurada constitucionalmente y consagrada ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los arts. 8, 10 y 17”. El razonamiento fue reforzado con la invocación de la Ley 9.029/1995, que prohíbe la adopción de práctica discriminatoria para la admisión en el empleo o para su mantenimiento, además de los convenios 111 y 117 y de la declaración de principios de la OIT, que proscriben la discriminación en materia de empleo y ocupación. Sobre la identificación del despido como discriminatorio, el tribunal ha asentado que:

Es urgente observar, además, que a los patrones tradicionales de discriminación, como los basados en el sexo, en la raza o en la religión, prácticas aún diseminadas a pesar de conocidas y combatidas, vinieron a sumarse nuevas formas de discriminación, fruto de las profundas transformaciones de las relaciones sociales ocurridas en los últimos años: discriminación contra activistas sociales, portadores del VIH, personas con predisposición genética para desarrollar determinadas molestias, homosexuales, individuos que adoptan estilos de vida considerados poco saludables, empleados que ejercen su derecho de acceso al Poder Judicial – llegando a la elaboración de listas sucias. Estas formas de trato diferenciado comienzan a ser identificadas a

⁹¹⁸ La Sección de Demandas Individuales (SDI) es un colegiado más amplio, integrado por catorce magistrados, con función de uniformizar la jurisprudencia de las salas fraccionarias del TST, mediante recurso específico.

medida que se extienden, representando desafíos emergentes a demandar esfuerzos para su contención.

En este contexto, el ejercicio del derecho potestativo de denuncia vacía del contrato de trabajo sufre límites no sólo en función del principio de la función social de la propiedad, insculpido en el art. 170, III, CF, así como de la dignidad de la persona humana y de los valores sociales del trabajo, erigidos como pilares de la República Federativa del Brasil, según los incisos III y IV del art. 1 de la CF, y con ellos de todo incompatible la despedida discriminatoria o abusiva.⁹¹⁹

En otro caso coetáneo, juzgando una acción civil pública propuesta por el Ministerio Público del Trabajo, destinada a impedir el despido de trabajadores amenazados por no haber aceptado un acuerdo propuesto por la empresa en el seno de una acción judicial, la cuarta sala del TST desestimó la pretensión argumentando que el Ministerio Fiscal no tenía competencia para promover la acción, porque estaban en juego sólo intereses individuales disponibles, de naturaleza exclusivamente patrimonial. En esta sentencia, quedó consignado que no se puede comprender como pretensión tutelable por medio de acción civil pública o acción civil colectiva la de impedir la reclamada de proceder el despido de los empleados que eventualmente no se adhieran a acuerdos judiciales, ya que prepondera el poder potestativo de rescisión contractual. En ese contexto, en el caso de despido motivado por el hecho de que ese o aquel empleado no se adhirió al acuerdo judicial, aunque efectuara el pago de los fondos rescisorios, de esa actitud se podría extraer, como máximo, la ocurrencia de daño moral, habilitando los afectados a pleitear el pago de indemnización, reduciéndose el derecho a mero derecho patrimonial, insertado en el marco de la disponibilidad de su titular⁹²⁰.

Estimando el recurso unificador, la SDI del TST resolvió que el Ministerio Fiscal del Trabajo tiene competencia para promover la acción en favor de los trabajadores afectados porque “la pretensión ostenta interés social relevante, no sólo para la clase de trabajadores de la empresa, sino para asegurar a todos los obreros el ejercicio, sin miedo, de los derechos fundamentales inscritos en la Carta Magna de 1988”⁹²¹. La sentencia dejó claro que “no hay derecho potestativo de despedir que autorice el despido

⁹¹⁹ Libre traducción nuestra.

⁹²⁰ TST, RR 197400-58.2003.5.19.0003, DJ 04/05/2007.

⁹²¹ TST, E-ED-RR 197400-58.2003.5.19.0003, DEJT 29.06.2012.

discriminatorio; la discriminación implica la nulidad del acto patronal y el restablecimiento de la relación laboral, aun cuando no existe estabilidad en el empleo”. Finalizó afirmando que, más allá de una pretensión exclusivamente patrimonial, la acción tenía el objetivo de hacer efectivo el derecho fundamental de acceso al Poder Judicial sin discriminación y represalias.

Se ve, a partir de esos dos casos citados, que la cuestión de la intangibilidad del derecho de acción frente a represalias empresariales aún enfrentaba, hace poco tiempo, alguna resistencia dentro del TST, aunque la mayoría de los magistrados se inclinaba hacia la aceptación de esa tesis.

Es necesario no olvidar, sin embargo, que en los dos casos mencionados existía un punto común de refuerzo de argumentación, que contribuyó a la estimación de los recursos por la SDI: el hecho de que las empresas eran estatales y, por ello, estaban vinculadas a los principios constitucionales orientadores de la actividad pública (art. 37 CF), habiendo divergencias interpretativas, en la época de estos juicios, sobre la posibilidad de tales empresas despedir sin enunciación de motivos (ver tópico 3.5.1 retro).

Poco tiempo después de esos pronunciamientos pioneros, la cuarta sala del TST reconoció el derecho a la readmisión de un empleado que había sido despedido en represalia a la presentación de una acción judicial contra una empresa privada. En este caso, aunque mencionada la doctrina española sobre la garantía de indemnidad como refuerzo de argumentación, el fundamento principal para la readmisión fue el hecho de que la empresa tenía un programa de evaluación de sus empleados, que vinculaba el despido al bajo desempeño del obrero. Como las evaluaciones del reclamante eran positivas, la Corte entendió que, debido al propio contrato de trabajo, no estaban presentes los requisitos objetivos para el despido asumidos espontáneamente por el empresario y, por tanto, el despido era discriminatorio⁹²².

En los años siguientes, sobrevinieron algunas pocas decisiones que mantenían las sentencias de los tribunales regionales – anulatorias de actos empresariales considerados como represalias a reclamaciones judiciales –, pero no enfrentaban directamente la cuestión de fondo, por deficiencias procesales en los recursos, aunque

⁹²² TST, AIRR 77700-47.2009.5.04.0019, DEJT 28.09.2012.

ratificaban indirectamente la existencia de una especie de garantía de indemnidad en el ordenamiento jurídico brasileño⁹²³.

Más tarde, el tema volvió a la pauta del TST, y la séptima sala estimó un recurso contra una decisión del TRT17, que reconocía el despido como fruto de una represalia empresarial por el ejercicio del derecho de acción, condenaba a la empresa a pagar una indemnización por daño moral, pero negaba el derecho del trabajador a la indemnización prevista en la Ley 9.029/1995 (como opción del empleado al derecho a la readmisión). La sala reiteró que el derecho potestativo del empleador para dispensar inmotivadamente a sus empleados no es absoluto y no puede ser ejercido de forma abusiva y discriminatoria. Por eso, “al desestimar la indemnización pretendida, aun estando incontrovertido el despido de los trabajadores en razón de la promoción de acciones judiciales, la Corte Regional afrontó el art. 4, II, de la Ley 9.029/95, vulnerando la garantía de indemnidad que viene siendo proclamada por la más moderna doctrina”. De este modo, consideró que la indemnización por daño moral no excluye el derecho a la readmisión, que puede ser convertido por opción del empleado en indemnización por daño material, correspondiente al doble de la remuneración hasta la fecha de la primera sentencia que determinó esa conversión⁹²⁴.

En esta última sentencia, ningún otro argumento fue añadido al hecho de que nadie puede sufrir represalia en el trabajo como respuesta al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, el acto empresarial practicado en estos términos se presenta nulo, aún que pueda convertirse en indemnización, a criterio del propio trabajador afectado. El despido en estas condiciones es abusivo y discriminatorio, atrayendo la aplicación de la Ley 9.029/1995 y, más que esto, de la garantía de indemnidad que se deriva de las normas constitucionales. Y no se hace ninguna distinción por ser la empresa privada o estatal.

La misma *ratio decidendi* fue utilizada un mes después por la sexta sala del TST, que reafirmó que el despido efectuado en represalia al ejercicio del derecho de acción contraría la Constitución, el Código Civil (como acto abusivo ilícito) y la legislación laboral específica (Ley 9.029/1995), estimando el recurso para determinar la readmisión

⁹²³ Vide, por ejemplo: TST, AIRR - 320900-73.2010.5.03.0000, DEJT 04.09.2015; TST, AIRR 904-55.2013.5.03.0034, DEJT 06.03.2015.

⁹²⁴ TST, ARR 19700-59.2011.5.17.0007, DEJT 13.05.2016.

del trabajador – que incluye el pago de los salarios hasta el efectivo retorno al puesto de trabajo –, acumulada con una indemnización por daños morales⁹²⁵.

Sin embargo, después de que la materia pareciera sedimentada en el marco del TST, una decisión de la cuarta sala volvió a negar la readmisión de un trabajador argumentando que los actos discriminatorios previstos en la Ley 9.029/1995 no incluían el despido en represalia a la acción reivindicativa del trabajador y, por lo tanto, aun reconociendo que el acto del empresario era abusivo, no había base legal para declarar su nulidad⁹²⁶.

Una vez más, la SDI fue llamada a resolver un recurso unificador de la jurisprudencia y reiteró que el rol de factores de discriminación previsto en la Ley 9.029/1995 es meramente ejemplificativo, siendo vedada cualquier tipo de discriminación, incluso aquella derivada del hecho de tener al empleado ejercitado su derecho constitucional de acceder a la justicia. Al final, el recurso fue estimado, aunque con dos votos discrepantes, para garantizar la readmisión al obrero y el pago de todos los salarios desde el despido hasta el retorno al puesto de trabajo⁹²⁷.

A pesar de ello, las decisiones judiciales determinando la nulidad del despido efectuado como represalia a actos reivindicativos del trabajador todavía son estadísticamente irrelevantes, tanto en el TST cuanto en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Una búsqueda en los sitios de jurisprudencia de los tribunales en internet, hecha en junio de 2018 con el término “*indenidade*”, no devolvió ningún resultado en doce de los veinticuatro tribunales regionales del trabajo⁹²⁸. Asimismo, la mayoría de las decisiones encontradas sólo versan sobre el pago de indemnización por daños morales, ante la falta de pretensión de nulidad del despido o incluso de sustitución del derecho a la readmisión por la indemnización por daños materiales prevista en la Ley 9.029/1995.

Otro problema para la efectividad del derecho es que las indemnizaciones por daños morales, dejadas a la discreción de cada tribunal, a menudo se fijan en valores

⁹²⁵ TST, RR 10425-06.2014.5.03.0061, DEJT 24.06.2016.

⁹²⁶ TST, RR 807-35.2013.5.09.0892, DEJT 01.04.2016.

⁹²⁷ TST, E-RR 807-35.2013.5.09.0892, DEJT 16/03/2018.

⁹²⁸ Ninguna referencia fue encontrada en los tribunales de las regiones 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 16, 20, 22 y 23. El TRT 15 publicó su primera decisión sobre el asunto, garantizando la indemnidad del trabajador, en abril de 2018. Búsqueda hecha entre los días 20 y 29 de junio de 2018. Esto no significa, sin embargo, que no existan decisiones reconociendo la nulidad del acto empresarial con apoyo en motivos diversos, sin mención expresa a la garantía de indemnidad.

modestos, insuficientes para dar algún ánimo al trabajador víctima de un despido abusivo o para desalentar al empresario a repetir el acto ilícito⁹²⁹. También por eso, la readmisión es la forma más adecuada de sancionar el despido efectuado en desacuerdo con el sistema constitucional vigente y no debe ser sustituido por la monetización del derecho vulnerado. Es evidente que, como se ha visto, nada impide la acumulación de la readmisión con una condena pecuniaria por los daños morales sufridos por el trabajador.

6.2 Ámbito de protección de la garantía de indemnidad en los tribunales laborales

Es necesario resaltar que el ámbito de protección de la garantía de indemnidad no se reduce a los casos de despido, sino que abarca todo acto empresarial de represalia a una reclamación intentada por el empleado o por grupos de trabajadores, directamente o por intermedio del sindicato.

En este sentido, el TRT3, aunque sin una referencia expresa a la garantía de indemnidad, estimó la pretensión indemnizatoria de un trabajador que sufrió el cambio del horario de trabajo al sistema móvil tras el enjuiciamiento de una acción laboral, reconociendo que el acto de la empresa fue discriminatorio y abusivo, repudiando su licitud⁹³⁰. Se recorrió al TST, que inadmitió el recurso porque no se demostró ninguna violación legal por el tribunal⁹³¹. En ese caso, una vez más, la condena se resumió al pago de indemnización por daños morales, una vez que la relación de empleo ya había terminado por iniciativa del propio trabajador – y la pretensión era exclusivamente indemnizatoria –, pero nada impedía que, en el curso del contrato de trabajo, se

⁹²⁹ Ver, por ejemplo: TRT24, ROPS 0024366-37.2016.5.24.0071, DEJT de 03.03.2017, en lo cual fue fijada una indemnización de R\$ 2.212,00, correspondiente a 2,5 veces el salario del reclamante al tiempo del despido (salario mínimo); TRT21, ROPS 0000126-35.2017.5.21.0005, estableciendo indemnización en R\$ 3.000,00, poco más de 3 salarios mínimos; en el RO 0000179-03.2012.5.02.0431, DJ 10.12.2012, el TRT2 mantuvo una indemnización de R\$ 4.000,00, no más que 3 veces el salario del reclamante. En el RO 0011546-69.2013.5.18.0002, DEJT 26.02.2015, el TRT18 fijó la indemnización en R\$ 10.000,00, poco más de 7 veces el salario del obrero despedido. Un poco más rigurosos, fijando las indemnizaciones hasta R\$ 30.000,00, más de veinte veces los salarios de los reclamantes: TRT13, RO 0001023-65.2016.5.13.0023, DEJT 06.07.2017; TRT19, RO 0001516-13.2011.5.19.0003, DJ 10.07.2012.

⁹³⁰ TRT3, RO-0010613-31.2015.5.03.0136, DEJT 18.04.2016.

⁹³¹ TST, AIRR 10613-31.2015.5.03.0136, DEJT 30.06.2017.

concediera una tutela anulando el cambio de horario e inhibiendo nuevos actos discriminatorios.

Otro caso juzgado por el TRT3 se refería a una empresa estatal que estableció reglas que limitaban la promoción salarial de quien tenía demanda judicial contra la misma y coaccionaba los empleados a desistir de las demandas ya intentadas. La acción fue propuesta por el Ministerio Fiscal Laboral en favor de la colectividad de trabajadores de la empresa. Aún sin mencionar expresamente la garantía de indemnidad, el Tribunal consideró que la conducta de la empresa implicaba menoscabo al derecho constitucional de acceso a la justicia, anuló las cláusulas discriminatorias, impuso una tutela inhibitoria – para que la empresa se abstuviera de discriminar a los trabajadores demandantes – y aún impuso una indemnización por daños morales (fijada em R\$ 30.000,00 en favor de cada trabajador que sufriera la discriminación)⁹³².

El TRT10, a su vez, juzgó el caso de una trabajadora que fue destituida de una función gerencial (con pérdida salarial) porque promovió una acción judicial contra su empleador, un banco estatal. Se concedió una tutela cautelar, determinando el retorno de la obrera a la función gerencial, considerando que el acto empresarial, aunque al principio tenía un carácter discrecional, revelaba el ejercicio abusivo del poder de dirección. Para ese tribunal, “la garantía de indemnidad del trabajador ante las represalias patronales por el ejercicio del derecho de acción no encuentra obstáculos en el ordenamiento jurídico brasileño” y está amparada en principios consagrados constitucionalmente, como, por ejemplo, la no discriminación, la igualdad, la dignidad humana y la ciudadanía⁹³³.

Otro ejemplo de la extensión de la garantía de indemnidad a todos los actos dañinos cometidos por el empleador como represalia al ejercicio del derecho de acción por el trabajador viene del TRT18. Una gran empresa productora de ketchup envió un e-mail a los transportistas que le prestaban servicios, conteniendo una lista de personas que habían trabajado para ella y, posteriormente al contrato, propusieron reclamaciones laborales, comunicando que tales personas estaban impedidas de trabajar en el transporte de la cosecha de tomates de 2015. Algunos trabajadores, preteridos en la admisión al empleo por los transportistas, propusieron reclamación contra el antiguo empleador (autor del e-mail), postulando el pago de indemnización por daños morales. El tribunal

⁹³² TRT3, RO 0090600-86.2009.5.03.0020, DJ 13.05.2010.

⁹³³ TRT10, MC 0000175-68.2015.5.10.0000, DEJT 05.02.2016.

consideró que la conducta empresarial violó la buena fe contractual e incurrió en inducir al ilícito y discriminación, por lo que entendió debida la indemnización por daños morales y la retractación de la empresa ante los transportistas⁹³⁴.

Es cierto que, en este último caso, las indemnizaciones fueron muy insignificantes – en torno a dos veces el valor del último salario de los demandantes. Pero, por más que se critique la parsimonia del tribunal con relación a los valores, el mayor problema fue la poca comprensión de los abogados para el tipo más adecuado de tutela a ser postulada, limitando la discusión a una cuestión meramente monetaria. En cualquier caso, la sentencia no ha dejado de reconocer que la inmunidad del derecho de acción no cesa con el fin del contrato de trabajo.

Es interesante el caso de un funcionario de un ayuntamiento paulista que tuvo alterada su función y puesto para trabajar en una actividad mucho más penosa (recolección de basura), incompatible con su condición física, tras su esposa, también funcionaría del mismo ayuntamiento, entablar una acción judicial contra el empleador. En esa circunstancia, la víctima de la represalia fue el esposo de la autora del proceso, o sea, la relación entre trabajador sancionado y acción judicial se formó sólo indirectamente. Asimismo, el tribunal consideró que la medida tomada por el reclamado debe ser analizada bajo el enfoque de la violación al derecho fundamental de acción (art. 5, XXXV, CF), ya que “la punición a los empleados con relación de proximidad o parentesco con los funcionarios que intentaran las acciones laborales, aunque de forma escamoteada, se presume tener como principal objetivo desestimar todo el conjunto de trabajadores a tomar semejante iniciativa”. Comprendiendo que hubo desviación de poder en el acto que promovió la alteración de las atribuciones del funcionario, la sentencia lo consideró nulo y aún impuso una indemnización por daño moral⁹³⁵.

Lo que parece claro, a partir de ese recogido, es que existe una tendencia a consagrar la inmunidad del trabajador contra cualquier acto empresarial que tenga por objetivo impedir, frustrar o sancionar el ejercicio legítimo del derecho constitucional de acción, aunque bajo una falsa apariencia de legalidad, sin importar si dicho acto se ha practicado antes, durante o después de la vigencia del contrato de trabajo.

⁹³⁴ TRT18, RO-0011116-96.2015.5.18.0051, DEJT 02.09.2016; TRT18, RO-0011125-52.2015.5.18.0053, DEJT 16.11.2016.

⁹³⁵ TRT15, RO 0010552-42.2016.5.15.0027, DEJT 04.04.2018.

Además, se percibe que, a pesar de las resistencias aún manifestadas dentro de los tribunales, hay una propensión a ampliar el ámbito de la protección judicial más allá del derecho fundamental de acceso a la justicia. La idea de una inmunidad contra represalias al ejercicio de cualquier derecho fundamental – una garantía de indemnidad en sentido amplio – no parece ser tan extraña a los tribunales laborales y viene dibujándose lentamente desde algún tiempo, no exactamente de forma lineal, tal vez por la falta de un tratamiento doctrinal sistemático y específico.

Esta percepción, en el sentido de que el ordenamiento jurídico no avala la imposición de un perjuicio como reacción patronal al ejercicio de cualquier derecho fundamental por el trabajador, ya había sido insinuada por el STF desde la emblemática decisión que mantuvo la nulidad de los despidos de empleados de una empresa pública por razones políticas, aunque bajo el ropaje de despido no causal (vide tópico 5.1 retro). Al afirmar que “contra la Constitución no existe derecho, aunque ligado a la potestad”, el STF indicó que el ejercicio de derechos fundamentales declarados constitucionalmente no puede ser causa de un perjuicio al trabajador que los ha ejercido⁹³⁶. La nulidad del despido es una consecuencia lógica de la vulneración al orden constitucional. En otras palabras, no se pueden reconocer efectos a actos cuyos resultados se presentan claramente inconstitucionales.

Se observa, por lo tanto, que la primera decisión del STF sobre la nulidad radical de un despido efectuado en vulneración a un derecho constitucional no fue respaldada en el acceso a la justicia en su sesgo de protección judicial efectiva, sino en la libertad de convicción y en la libre manifestación del pensamiento.

La inmunidad del trabajador frente a represalias patronales también fue reconocida en algunas decisiones como consecuencia del ejercicio legítimo del derecho a la huelga o a la libre sindicación. El TST ya dejó asentado que el despido de un trabajador por haber participado en una paralización colectiva vulnera el derecho fundamental a la huelga y es discriminatorio y abusivo, por lo que se presenta nulo⁹³⁷.

La garantía de indemnidad también he servido de motivación central para anular el despido de trabajadores que lideraron la recolección de firmas para una petición, postulando la intervención del Ministerio Fiscal del Trabajo, contra la celebración de un convenio colectivo entre el sindicato y la empresa empleadora, que entendían ser lesivo

⁹³⁶ STF, RE 130206/PR, DJU 17.09.1991.

⁹³⁷ TST, ARR 154500-96.2012.5.17.0004, DEJT 02/06/2017.

a los intereses de los empleados⁹³⁸. Se observa aquí, una relación sólo indirecta con el derecho de acción, ya que no hubo la proposición de un proceso judicial, aunque el Ministerio Fiscal pudiera, a su criterio, promover alguna medida para bloquear el convenio. A pesar de que el tribunal no ha hecho referencia expresa al respecto, no es difícil percibir que, en este caso, está involucrado especialmente el derecho fundamental de petición a los poderes públicos (artículo 5, XXXIV, a, CF), que también está naturalmente inmune a represalias contra quien lo ha ejercido.

También se encuentran manifestaciones de la jurisdicción ordinaria que garantizan la protección del trabajador en contra represalias derivadas del hecho de haber prestado testimonio en proceso judicial contra el empleador⁹³⁹. En este caso, sin embargo, se ha decidido normalmente con apoyo en la legalidad ordinaria, enmarcando el acto del empresario como abusivo, pero sin invocación de ningún derecho constitucional específico⁹⁴⁰. Sin embargo, sería posible extraer, sin gran esfuerzo exegético, una base constitucional, vinculada al derecho fundamental a la libre manifestación del pensamiento (artículo 5, IV, CF).

Son más frecuentes, por otra parte, las sentencias que imponen la nulidad del despido o de otros actos patronales nocivos (cambio de función o de lugar de trabajo, descenso funcional, bloqueo de promoción, supresión de bonos salariales, etc.), apoyadas en el derecho a la igualdad y no discriminación, incluso cuando están presentes otros derechos constitucionales – quizás como una forma de atraer la incidencia de la legislación antidiscriminatoria. Como se ha visto, la Ley 9.029/1995 proscribía cualquier

⁹³⁸ TRT1, RO 0000684-25.2012.5.01.0074, DJ 29.01.2015.

⁹³⁹ V.g.: TST, AIRR 1503-28.2010.5.10.0802, DEJT 13/09/2013; TRT13, RO 0000657-89.2017.5.13.0023, DEJT 10.04.2018.

⁹⁴⁰ Sin embargo, hay una sentencia del TRT13 que relaciona el despido en represalia a un testigo a los derechos constitucionales al trabajo y a la no discriminación. Afirma el tribunal que: “La misma Constitución que permite el despido mediante simple indemnización también consagra el derecho al trabajo, el derecho de acción y el principio de la no discriminación. Permitir que el empleado sea represaliado por el ejercicio de su deber ciudadano de dar testimonio acerca de los hechos de que tiene conocimiento es, en última instancia, confirmar la posibilidad de discriminación en el trabajo, lo que es expresamente vedado por la Ley 9.029/95 y por el propio art. 5 de la Constitución Federal. En ese caso, la libertad de empresa y el derecho de despedir sin justa causa no pasarían de una justificación inapropiada para el menoscabo a valores constitucionales tan o más importantes, al mismo tiempo que servirían de señal, para los demás trabajadores, que es inútil reaccionar contra los poderes patronales, aunque sea para exigir el cumplimiento de la ley. Esparcir el miedo entre los empleados de modo a evitar que éstos funcionen como testigos en la Justicia del Trabajo configura acto doblemente abusivo: ofende la libertad de los testigos y el cumplimiento de sus deberes como ciudadanos, así como no respeta el derecho de acción de los empleados, que no podrán contar con el testimonio de sus compañeros de trabajo, aunque éstos sean las personas que más conozcan los hechos ocurridos en el curso de la relación laboral”. TRT13, RO 0017300-55.2012.5.13.0005, DJ-e 29.08.2012.

tipo de discriminación, allí incluidas las diferenciaciones odiosas tendentes a desalentar una postura activa del trabajador en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

En este contexto, de la misma forma que el derecho a la tutela judicial efectiva aparece como un gran paraguas para la protección de otros derechos constitucionales en España, el principio de igualdad y no discriminación funciona en Brasil como un muro de contención de varias especies de arbitrariedades en el seno de la relación laboral. Pero las decisiones se han tomado normalmente a la carta, sin una argumentación muy apurada y sin una elaboración doctrinal razonablemente sistematizada.

Aunque sin una línea doctrinal bien definida, el hilo conductor del razonamiento judicial ha sido la prohibición de que el empleado sea víctima de persecución por el simple hecho de haber actuado o pensado de forma diferente de otros colegas o haber ejercido un derecho asegurado por el ordenamiento jurídico. Cualquier represalia patronal dirigida a bloquear o sancionar el ejercicio legítimo de un derecho fundamental puede ser clasificada como discriminatoria.

6.3 Límites a la garantía de indemnidad

Diversamente de lo que pueda parecer a los más desatentos, la garantía de indemnidad no representa una estabilidad real y definitiva y, por tanto, ni de lejos está en conflicto con el art. 7, I, CF. Por el contrario, de todo lo que aquí se ha visto, la garantía en cuestión se muestra como una forma de protección específica contra el despido abusivo, reforzando el derecho al trabajo reconocido en la Constitución, sin invadir el espacio reservado a la ley complementaria para una protección general dirigida a todos los trabajadores⁹⁴¹.

En efecto, el empleado carente de garantías reforzadas de empleo podría – en la visión predominante de la doctrina brasileña – ser despedido sin enunciación de motivos, cabiéndole sólo recibir la indemnización prevista en ley. No obstante, si bien se admite la extinción del contrato por motivos no objetivamente demostrados, se presenta ilícito

⁹⁴¹ En la ADI 639-8/DF, DJU 21.10.2005, el STF dejó entrever que la materia reservada a la ley complementaria se refiere a la protección general de empleos, por la vía de estabilidad permanente o mediante indemnización, pero nada impedía que la ley ordinaria pudiera regir situaciones específicas de garantías temporarias o de inmunidades, en homenaje al principio de que el art. 7º contiene solamente un elenco mínimo de derechos.

el despido por motivo antisocial o cuyo objetivo sea la frustración de derechos constitucionales. En ningún momento se reconoce una estabilidad permanente y ni siquiera una garantía temporal de empleo. Lo que se afirma es que el acto del empleador padece de nulidad, de suerte que el restablecimiento del contrato de trabajo es una mera consecuencia de la privación de efectos a un acto radicalmente nulo. En otras palabras, aunque se reconozca el poder de despedir sin enunciación de motivo (inexistente en casos de estabilidad real), se niega la validez del despido ante un vicio sustancial insanable.

Como ya se subrayó en tópico anterior (3.6), el derecho brasileño contempla situaciones de readmisión sin estabilidad real, precisamente por vislumbrar la nulidad de la decisión empresarial extintiva, cuando impregnada por un sesgo de abuso o discriminación. Por otro lado, el trabajador readmitido en estas condiciones no goza de una "estabilidad blanca" que pueda garantizarle la permanencia eterna en el empleo. Una vez readmitido, podrá ser despedido por otras razones, alejadas de la represalia motivadora del acto anulado.

Hay que reconocer, para no ser ingenuos, que, en la práctica, existirá mucha más seguridad en el mantenimiento del vínculo de lo que había antes, porque incumbirá al empleador, si desea despedir en un corto período, demostrar la presencia de motivos razonables, ajenos a la represalia que lo habría movido inicialmente. Es obvio que un nuevo despido, inmediatamente después del retorno y sin ningún hecho nuevo, implicaría incumplimiento de la sentencia que determinó la readmisión. Pero esto tampoco representa ninguna novedad, pues ocurre de la misma manera en cualquiera de las circunstancias previstas en la Ley 9.029/1995, sin que jamás se levantara ningún obstáculo a la readmisión de víctimas de discriminación por cualquier motivo.

Una vez existiendo un motivo organizacional ponderoso (disciplinario, técnico, financiero o económico), incluso una caída acentuada de productividad u otra razón objetiva imputable al empleado, que haga la decisión extintiva plausible, el despido podrá tener curso. Lo que importa es la acreditación de un hecho nuevo relevante, suficiente para ahuyentar la sospecha de abuso presente en el primero despido.

De la misma forma, la garantía de indemnidad no representa un blindaje contra cualquier forma de adaptación del modo de ejecución del trabajo (*jus varandi*), de manera a inmovilizar los poderes directivo y disciplinario del empresario. Incluso después de readmitido, el empleado continúa bajo la dirección del empleador y sometido a las directrices generales de la empresa, imprescindibles al correcto y ordenado

desarrollo de la actividad productiva. Los cambios naturales en el desarrollo de una relación laboral continúan afectando al trabajador. Lo que no se admite es que esos cambios sean dirigidos a perseguirlo o acosarlo moralmente, a continuación de las represalias anteriormente acaecidas.

Es necesario reconocer que la línea tenue que separa el ejercicio legítimo del uso abusivo del poder empresarial puede representar una fuente de conflictos, especialmente en pequeñas empresas, donde la cercanía entre trabajador y empresario es mucho mayor. Sin embargo, esto no es obstáculo para el reconocimiento de la garantía de indemnidad a los empleados de pequeñas empresas.

El propio ordenamiento jurídico brasileño presenta solución para las hipótesis en que el juez verifique que el alto grado de animosidad entre trabajador y empresario hace desaconsejable la readmisión: la conversión en indemnización doble (art. 496 CLT; art. 4, II, Ley 9.029/1995). Es evidente que esta solución es excepcional, sólo justificable en casos extremos, en los que se demuestra concretamente que el mantenimiento forzoso de la relación de empleo puede poner en riesgo real la vida, la integridad física de las partes o la continuidad de la empresa, y no debe utilizarse para simplemente mitigar los efectos de la garantía de indemnidad – la regla general, dispuesta en el art. 4 de la Ley 9.029/1995 es que el empleado pueda optar libremente entre la readmisión y la indemnización.

Por otro lado, el uso abusivo o de mala fe de los mecanismos de tutela judicial por el empleado queda fuera de la cobertura de la garantía de indemnidad. Una acción judicial o una denuncia administrativa engendrada sobre la base de hechos manifiestamente distorsionados o inventados por el empleado denunciante, revelando el ejercicio temerario y abusivo del derecho de petición o de acción, no puede generar un blindaje contra el despido u otros actos patronales legítimos, ante la ruptura de la buena fe objetiva que también debe orientar el comportamiento del trabajador. Así también el abuso de derecho materializado por un continuo acceso a los tribunales vehiculando pretensiones injustificadas (acoso procesal). Aunque no se encuentre en la jurisprudencia o en la literatura jurídica brasileña una situación extrema como ésta, no se puede descartar la posibilidad de que venga a ocurrir y no parece que la solución deba ser diferente de la imaginada por la doctrina y la jurisprudencia españolas (ver tópico 4.5 del segundo capítulo retro).

Sin embargo, es importante advertir que el hecho de que el autor no tenga su pretensión estimada por el juez o su denuncia comprobada en la vía administrativa no

hace desaparecer la inmunidad inherente al ejercicio de los derechos fundamentales. Siendo los derechos de acción y petición abstractos, no dependientes del resultado de la demanda, no se puede esperar que sólo los empleados que tengan razón sean encubiertos por la garantía de no sufrir perjuicio por accionar la máquina estatal.

6.4 Garantía de indemnidad y distribución dinámica de la carga de la prueba

La distribución de la carga probatoria en el proceso del trabajo brasileño se rige, en general, por el art. 818 de la CLT, según el cual incumbe al reclamante probar al hecho constitutivo de su derecho y al reclamado probar los hechos impositivos, modificativos o extintivos del derecho del reclamante.

Interpretado literal y aisladamente, el aludido preceptivo podría llevarnos a la errónea conclusión de que, en el caso de un acto patronal abusivo, al empleado cabría probar que el empresario ha actuado por venganza, haciendo prácticamente imposible la prueba en ausencia de una confesión expresa. Por supuesto, en hipótesis que tales, difícilmente el ofensor asume, en público, haber sido movido por un deseo de venganza o por sentimientos sórdidos, estando lejos del alcance del empleado lesionado probar las reales intenciones escondidas bajo el manto de una aparente legalidad.

Ocurre que el análisis de las pruebas ha de ser fruto de la racionalidad inherente a la actuación judicial y la imposición irracional de un deber de hacer prueba imposible atenta contra el principio del acceso a la justicia. Una interpretación así pecaría contra todo el sistema que se encamina hacia una protección judicial efectiva. Como sostiene Michelle Taruffo, la función de la prueba es una función racional, al situarse en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y estar orientada a la formulación de juicios de verdad fundados en una justificación necesariamente racional⁹⁴². Teniendo en cuenta que la tutela debe ser adecuada al derecho material en disputa, sería incongruente dividir la carga probatoria siempre con base en un criterio estático y apriorístico.

⁹⁴² TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en: TARUFFO, M., IBÁÑEZ, P. A. Y CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 33.

En efecto, si la prueba está dirigida a la formación del convencimiento del juez y si éste, para decidir, ha de pasar por un contexto racional de descubrimiento, "es necesario que él sepa no sólo el objeto que debe descubrir, sino también si ese objeto puede ser totalmente descubierto y cuál de las partes está en condiciones reales de esclarecerlo"⁹⁴³.

Ante las nuevas posibilidades abiertas por la visión instrumentalista, el proceso civil moderno ya venía apuntando hacia una distribución dinámica de la carga probatoria, con base en el derecho material discutido y en el principio de la aptitud para la prueba y, eventualmente, con la técnica de inversión de la carga de la prueba en favor de la parte más débil⁹⁴⁴.

El proceso del trabajo ha evolucionado en la misma línea, no siendo raro encontrar en la jurisprudencia muestras de flexibilización en la aparente rigidez de la norma vigente hasta poco tiempo. Nunca es demasiado recordar que el principio protector que anima el Derecho del Trabajo debe orientar también el proceso que lo instrumentaliza (principio de igualdad sustancial), so pena de anular el intento constitucional de equilibrar una relación esencialmente asimétrica. Por lo tanto, poner sobre los hombros del trabajador todo el peso de tener siempre que probar sus alegaciones, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, sería aniquilar su perspectiva de victoria y, con ello, crear una barrera infranqueable al acceso a la justicia.

La distribución dinámica de la carga probatoria, que venía siendo construida gradualmente por la jurisprudencia, fue asumida por la legislación a partir de la última reforma laboral (Ley 13.467, vigente a partir del 11.11.2017), que incluyó el párrafo 1 al art. 818 CLT, según el cual, "ante las peculiaridades de la causa relacionadas con la imposibilidad o la excesiva dificultad de cumplir la carga en los términos de este artículo o a la mayor facilidad de obtención de la prueba del hecho contrario, podrá el juicio atribuir la carga de la prueba de modo diverso, siempre que lo haga por decisión motivada".

⁹⁴³ MARINONI, L. G., "Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto", *Revista dos Tribunais*, n.º 862 (ago./2007), p. 13.

⁹⁴⁴ El Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/1990) ya preveía la inversión de la carga de la prueba como técnica de facilitación del acceso a la justicia (art. 6, VIII).

Según ha señalado el TST, se deriva de la teoría dinámica el principio de la aptitud para la prueba, cuyo contenido indica que la carga probatoria recae sobre quien, a la luz de las circunstancias del caso, puede mejor soportarla⁹⁴⁵.

Los tribunales laborales vienen percibiendo que, en los casos de discriminación, no se puede exigir del empleado que acredite la intención subyacente al acto patronal, sino sólo que aporte a los autos indicios que conduzcan a una razonable sospecha de un comportamiento discriminatorio. Una vez existentes tales indicios, corresponde al empleador demostrar que actuó sobre la base de un motivo concreto y ajeno a cualquier móvil discriminatorio⁹⁴⁶. En fin, nadie puede ser obligado a probar las intenciones propias o ajenas, sino los hechos exteriores que puedan inducir una conclusión de que el intento discriminatorio existió o no.

En caso de despido u otro acto lesivo practicado por el empresario, han sido suficientes para generar una sospecha razonable de que se trata de una represalia abusiva: 1) la existencia de una acción, queja o reivindicación anteriormente entablada por el empleado o la actuación como testigo en procedimiento judicial o administrativo promovido en contra el empleador; 2) la proximidad temporal entre la actuación reivindicatoria y el acto empresarial lesivo.

De hecho, si la extinción contractual o la sanción ocurre poco tiempo después de la proposición de una demanda por el empleado, la mera proximidad de las fechas es suficiente para inculcar, en cualquier ser humano de inteligencia mediana, la sospecha de que el acto empresarial fue movido por venganza⁹⁴⁷.

Este juicio provisional, sin embargo, podrá ser excluido si el empleador demuestra que hay otra razón relevante que justifique su decisión. Y no se trata, en esa circunstancia, de una prueba imposible o diabólica. Se muestra perfectamente posible

⁹⁴⁵ TST, AIRR 904-55.2013.5.03.0034, DEJT 06.03.2015.

⁹⁴⁶ Conforme el TRT3, “la prueba de la ocurrencia de conductas discriminatorias, tanto en la admisión como en el despido del empleado, es materia de las más tormentosas, pues raramente tales conductas se implementan de forma ostensiva. Reconociendo la dificultad de producción de pruebas por parte de quien alega la discriminación, se hace necesario dar especial valor probatorio a los indicios o demás elementos que soporten la presunción de la discriminación. Al empleador, a su vez, cabe comprobar sus alegaciones de que los criterios o parámetros utilizados para la adopción de la conducta sospechosa son válidos y necesarios, objetivamente considerados”. TRT3, RO 0010002-25.2016.5.03.0110, DEJT 08.02.2018. En el mismo sentido apunta el TRT13: RO 1023-65.2016.5.13.0023, DEJT 06.07.2017; RO 0001007-80.2016.5.13.0001, DEJT 20.02.2018.

⁹⁴⁷ En ese sentido: TST, AIRR 000520-24.2016.5.08.0107, 23.03.2018.

la acreditación de que el acto patronal tiene una motivación seria, relacionada a una falta disciplinaria o a una real necesidad productiva, de modo que tendría lugar incluso si el empleado no hubiera propuesto ninguna acción judicial o reivindicación administrativa. Por ejemplo: 1) que el trabajador cometió una falta grave o viene presentando una productividad muy por debajo de la media; 2) que el despido o cambio del lugar de trabajo resultó de la necesidad de extinción o reducción de un sector de la empresa, ante la introducción de nuevas tecnologías o de una caída importante y persistente en las ventas; 3) que el despido se produjo en un contexto de reestructuración organizativa y el corte de puestos de trabajo alcanzó no sólo al demandante, sino también a una serie de trabajadores que no habían encaminado ninguna reivindicación. Lo importante es que se pruebe un hecho objetivo, ajeno a cualquier propósito discriminatorio, que deconstruya la impresión inicial de que se trataba de una mera represalia al acto reivindicativo entablado por el trabajador afectado.

CONCLUSIONES

A pesar de todos los avances civilizatorios conquistados por una parte de la humanidad a partir del final de la segunda gran guerra, todavía asistimos, en todo el planeta, al irrespeto sistemático de los derechos humanos y fundamentales, especialmente en el mundo del trabajo. En las últimas décadas, con el predominio del pensamiento liberal, las investidas a favor del descenso de los niveles de protección laboral han sido mucho más frecuentes y, desgraciadamente, exitosas. Bajo el dominio del capitalismo financiero, no es de extrañar que el derecho fundamental al trabajo venga enfrentando un creciente desprestigio en los círculos de poder.

La protección contra el despido sin un motivo razonable, que representa un importante aspecto individual del derecho al trabajo, viene sufriendo una erosión acentuada en Europa, especialmente después de la última crisis económica. En España, por ejemplo, la declaración judicial de la improcedencia del despido no tiene fuerza de restaurar el contrato de trabajo y los importes indemnizatorios sufrieron sustancial reducción en las sucesivas reformas del Estatuto del Trabajador – bajo la misma justificación, nunca probada empíricamente, de enfrentamiento de la crisis económica y de generación de nuevos empleos.

Parece obvio que la generación y el mantenimiento de empleos, en cuyas entrañas son ejercidos los derechos laborales, dependen de condiciones económicas favorables a la inversión productiva. Un crecimiento económico equilibrado es la única fuerza capaz de, en un sistema de libertad de mercado, realmente crear empleos y mejorar las condiciones salariales de la clase trabajadora. Pero, no hay que olvidar que el Derecho Laboral, representado por el conjunto de normas que reglan la prestación de servicios por cuenta ajena en una relación bilateral asimétrica y que tienen el reto de evitar el dominio absoluto de la parte más fuerte sobre la más débil, nunca fue responsable de las crisis cíclicas del capitalismo, ni tiene el poder de superarlas; no crea empleos ni los destruye. Tales normas, conquistadas con mucha sangre, sudor y lágrimas, no pueden ser consideradas un simple estorbo al funcionamiento de una presunta orden económica natural, sino como una construcción política que traduce el respeto por la igualdad y por la dignidad humanas, valores basilares de las democracias modernas.

Si quiere o no, los valores sociales del trabajo continúan permeando los textos normativos internacionales y constitucionales y el derecho al trabajo forma parte del catálogo de derechos humanos, siendo, por lo tanto, incorporado directa o indirectamente a los derechos fundamentales por la mayoría de las constituciones europeas y latinoamericanas. Sería descabellado sostener, al menos con base en una hermenéutica de mínima coherencia, que el Estado pueda omitirse de regular la extinción del contrato de trabajo, abandonándola a las implacables leyes del mercado.

Es justamente por constatar una realidad desalentadora de promesas incumplidas que debemos dirigir nuestra mirada hacia el futuro, con el objetivo de transformar esa misma realidad. El derecho, a diferencia de lo que piensan los jusnaturalistas, no es una ciencia descriptiva, sino un producto cultural, prescriptivo de la conducta humana idealizada. Por lo tanto, está en constante mutación.

No hay lugar para un determinismo economicista, del tipo que apunta al inevitable fin del empleo y para el colapso del Estado social sin que sea posible hacer nada a ese respecto. La cuestión sobre para dónde estamos caminando es mucho más política que económica, abarca mucho más las opciones colectivas y las relaciones de poder que la inexorabilidad de presuntas leyes naturales de la economía.

En esa perspectiva, se hace menester apegarnos a la expectativa de que los avances hasta aquí alcanzados no se pierdan y, además, utilizarnos toda nuestra fuerza creativa para hacer efectivos los derechos duramente conquistados. De ahí que osamos discrepar en parte de Bobbio, cuando afirmaba que el importante de nuestro tiempo, con relación a los derechos del hombre, ya no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos⁹⁴⁸. La historia humana está hecha de avances y retrocesos y, para garantizar los derechos, no podemos descuidar de buscar nuevos fundamentos para ellos, sin relajar en la creación de más salvaguardias jurídicas y prácticas para su implementación.

Es cierto que el jusfilósofo italiano tenía razón al pugnar por más garantías institucionales y legales que conduzcan a una mayor concretización de los derechos humanos, pero las contramarchas enfrentadas en los últimos años nos muestran que nunca es demasiado el trabajo de formar nuevos diques teóricos que impidan la destrucción de los marcos hasta aquí clavados.

Cuando hablamos de derechos sociales – entre ellos el derecho al trabajo –, la necesidad de profundizar su base teórica es mucho mayor, frente a la enorme resistencia

⁹⁴⁸ BOBBIO, N., *A era dos direitos*, cit., p. 25.

que sufren de grupos políticos y económicos, aliados a corrientes doctrinales que aún niegan la fundamentalidad de tales derechos. Es necesario, así, reforzar los marcos teóricos que puedan extraer de todos los derechos sociales un contenido mínimo realizable.

La presencia del derecho al trabajo en los textos normativos internacionales no ha sido suficiente para convencer a todos los juristas que estamos frente a un verdadero derecho humano. No obstante, los argumentos relacionados con la dificultad práctica de implementación de ese derecho no lo sacan de la agenda de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional y del programa constitucional de la mayoría de las democracias occidentales. Es necesario reconocer que, al positivizar una carta de derechos humanos, la comunidad internacional hizo una opción política por la protección de valores entendidos como fundamentales para la convivencia pacífica entre las personas y pueblos. Por eso, hacer efectivos los derechos humanos en general y el derecho al trabajo en especial es una cuestión política y trasciende al debate exclusivamente económico – como pretenden hacer creer los reformistas neoliberales.

Gran parte de la resistencia teórica del derecho al trabajo como un auténtico derecho humano proviene de una confusión entre los derechos y sus garantías. La deficiencia de los medios de concretización de algunos derechos humanos y fundamentales no significa que no existan, sino que es necesario reforzar sus garantías, que no pueden ser reducidas exclusivamente a la posibilidad de acudir a la vía judicial, pero pasan también por el camino político-institucional, por la actuación administrativa y por las luchas de los colectivos organizados. Sólo un sistema de protección de múltiples niveles podrá producir una eficacia mínimamente razonable a todos los derechos humanos y fundamentales, que deben ser vistos como interdependientes – no hay igualdad sin libertad, pero no hay democracia, ni libertad plena, sin los derechos sociales.

Aún con todas las transformaciones que se ha enfrentado, el trabajo no desapareció, así como el Derecho Laboral no tiende a extinguirse, pero está a buscar nuevos horizontes para que siga respondiendo al irrecusable compromiso de equilibrar los intereses de los trabajadores con los poderes de dirección y gestión de los empresarios.

Al centrar el foco en los derechos humanos y fundamentales, de pretensión más universalista – con énfasis en los derechos al trabajo y en las condiciones mínimas para un trabajo decente –, el nuevo Derecho Laboral podrá inaugurar una tendencia expansiva,

en el sentido de reaccionar a las nuevas formas de organización del trabajo y tecnologías emergentes, volviendo su protección jurídica a todo individuo que trabaja integrado a un servicio organizado por terceros, de forma subordinada o no, acercando tanto a los empleados como los trabajadores autónomos de una ciudadanía más plena.

Hablar de hacer efectivo el derecho al trabajo en el escenario actual puede parecer irreal. Sin embargo, cabe a nosotros, juristas y académicos, no dejarnos llevar por el efecto manada y alertarnos sobre los peligros del abandono de una racionalidad político-social que posibilita la paz duradera necesaria para que avancemos también en el plan económico. La resignificación del derecho humano y fundamental al trabajo es un camino posible y necesario, no en el sentido de establecerse una visión romántica de un genérico derecho a un puesto de trabajo, pero para evolucionar en el fortalecimiento de las consecuencias jurídicas de la pérdida del empleo sin un motivo justo – talón de Aquiles de todo el sistema normativo laboral.

El derecho al trabajo tiene un aspecto colectivo y otro individual, abarcando, al mismo tiempo, el derecho del individuo aceptar, elegir o incluso recusar libremente un trabajo, el derecho a un sistema de protección que dé a cada trabajador igual oportunidad de acceso a un trabajo digno – así considerado el que respeta los derechos fundamentales y proporciona condiciones adecuadas de seguridad y remuneración, así como la integridad física y mental del trabajador –, además del derecho de no ser privado injustamente del empleo. En esta última vertiente, se reconoce la imposición de que de que el empresario ofrezca motivos válidos para el despido, así como el derecho del empleado a recursos jurídicos que sometan los motivos alegados al control de un órgano neutral, conforme proclamado en el Convenio 158 de la OIT y apuntado por el Comité de DESC en la Observación General 18, de 2005.

La Constitución Española de 1978 consagró el derecho al trabajo de forma explícita (art. 35.1) y, aunque no lo ha enumerado entre los derechos con el mayor nivel de garantías – lo que ha provocado disensiones doctrinales sobre la fundamentalidad de ese derecho –, le reservó un alto grado de protección, estando fuera del alcance del legislador la aniquilación de su núcleo esencial. Lo que nadie puede dudar, y el Tribunal Constitucional lo ha dicho, es que se trata de un derecho constitucional que impone obligaciones al Estado y, de forma directa o indirecta, a los empresarios, incluso imponiendo límites a la libertad de empresa.

Si no parece viable y coherente con la libertad de mercado defender la visión radical de que el derecho al trabajo significa dar un empleo a todo aquel que lo desee,

no hay duda, para quedar en algunos ejemplos, que son contrarios a la Constitución los actos discriminatorios en materia de admisión de personal, las negativas patronales de dar al trabajador una ocupación efectiva y los despidos sin justa causa (especialmente cuando atenten contra los derechos fundamentales del trabajador).

Como ha advertido el TC, no se puede deducir de la libertad de empresa “ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la obligada concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio del Estado social y democrático de Derecho”⁹⁴⁹.

Así, sólo ante un motivo relevante y razonable, previa y objetivamente establecido en ley – relacionado con la capacidad o conducta del trabajador o con las necesidades reales de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio –, se puede afirmar que el despido se operó de forma lícita. Y tal motivo debe estar sujeto al control de un juez independiente, de modo que la posibilidad de una reacción adecuada al despido forma parte del núcleo esencial del derecho al trabajo – en el que se entrecruza y se articula con el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Este derecho de reaccionar se conecta con la posibilidad de cuestionar las razones del despido alegadas por el empresario – a quien corresponde la carga de la prueba – y, en caso de entenderse que el acto fue injustificado, obtener la declaración de su nulidad y la consecuente readmisión o, como mínimo, una reparación pecuniaria adecuada, conforme reconocido en el Convenio 158 de la OIT, ratificado por España (sirviendo de norte interpretativo para la jurisprudencia española).

Aunque la vía preferencial para restaurar el derecho al trabajo lesionado sea la readmisión del trabajador, no hay como negar que el Convenio 158 abre la alternativa de una indemnización, incurriendo en la indeseable monetización de un derecho humano solapado por un acto de violencia (como resultante del uso ilícito de un poder privado). Valiéndose de esa brecha normativa, el legislador español adoptó la solución indemnizada como regla general para los casos de despidos improcedentes, de modo que la reacción del empleado español en contra el término indebido de la relación laboral, en la mayoría de los casos, termina resultando apenas en la cualificación del despido como improcedente y en el pago de una indemnización.

En puridad, la mera declaración de improcedencia del despido termina, en la práctica, resultando en una configuración legal que mitiga el derecho al trabajo y el

⁹⁴⁹ STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4.

principio de la estabilidad de él derivado. El sistema español, inicialmente asentado sobre la base de aquel principio limitador del poder empresarial, fue a los pocos rindiéndose a una configuración bastante cercana de la brasileña – en que los tribunales admiten, sin medias tintas ni subterfugios que el empresario tiene derecho a despedir sin enunciar el motivo, desde que no incurra en discriminación y pague la indemnización determinada por ley.

Esta opción legislativa no impidió que la jurisprudencia del TC evolucionara en el sentido de reconocer que el trabajador no pierde su condición humana, tampoco la titularidad de sus derechos fundamentales, por el hecho de ponerse bajo la dirección (poder) del empresario. De ese modo, en los casos en que el despido produce un resultado contrario al orden constitucional, implicando menoscabo a derechos fundamentales dotados de protección reforzada (artículos 14 a 29 CE, además de la objeción de conciencia), la gravedad de la ilicitud es tal que sólo puede recibir como respuesta jurídica la nulidad radical de aquel acto. En esa circunstancia, según el alto tribunal, deriva directamente de la Constitución – lo que después fue incorporado por la legislación ordinaria – el derecho del trabajador a ser readmitido, de modo a garantizar la restauración plena del orden jurídico vulnerado.

Considerando que nadie puede sufrir un daño por el simple hecho de haber ejercido un derecho que la Constitución le atribuye (efecto justificante de los derechos fundamentales), el TC gradualmente construyó la figura de la garantía de indemnidad, asentada primordialmente en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, cuya complejidad lo conecta con todos los demás derechos constitucionales y lo transforma en una especie de comodín del amparo constitucional).

Para el TC, el derecho a la tutela efectiva “no solo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad”, significando que, “del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”, de modo que tal garantía, en el seno de las relaciones laborales, “se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos”⁹⁵⁰.

⁹⁵⁰ STC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2.

La garantía de indemnidad configura, en sí, un efecto que se desprende del derecho a la tutela judicial efectiva más allá del proceso, de modo que puede ser vulnerado mismo cuando el sujeto afectado haya obtenido acceso a un juez, actuado libremente en el proceso y recibido una sentencia razonable sobre su pretensión. En ese contexto, hay una tendencia reparadora con relación al individuo que haya sufrido un perjuicio por haber reclamado un derecho, pero también se busca prevenir comportamientos empresariales que puedan, de alguna forma, crear obstáculos no razonables al ejercicio del derecho de acción.

En lo que se refiere a la vinculación de particulares, no se puede olvidar que, aunque ejercido prioritariamente ante el Poder Judicial, el derecho de acción proyecta sus efectos sobre las partes (efectos extraprocesales de la tutela efectiva), no pudiéndose rechazar que, en la práctica, pueda venir a ser reprimido o al menos dificultado por poderes privados. De esa manera, la garantía de indemnidad forzó los límites del acceso a la jurisdicción además de lo imaginado inicialmente, obstruyendo no sólo los actos prohibitivos, disuasivos o sancionadores provenientes de los poderes públicos, pero también las violaciones o lesiones que puedan advenir de personas privadas en contra quien se ejerce ese derecho (eficacia horizontal).

La cuestión que no deja de intrigar, por lo menos a una primera vista, es que la readmisión del trabajador afectado por un despido en represalia no repone ni indemniza exactamente su derecho a la tutela judicial – una vez que ya accedido el juez y obtenida una sentencia fundada en Derecho –, pero restituye, en su esencia, el derecho que fue retirado por el acto subsecuente de represalia – en el caso de un despido o de una negativa de promoción, el derecho al trabajo.

Además, al extender la garantía de indemnidad a las medidas preprocesales y, después, a las denuncias formuladas ante la inspección del trabajo, el TC abrió la puerta para que las instancias ordinarias fueran ampliando las posibilidades para aplicar la garantía de indemnidad en casos de meras quejas, comunicaciones de crímenes a la policía (por ejemplo, acoso sexual en el trabajo) y de reclamos ante diversos organismos no judiciales, aunque no se pueda extraer, en esas hipótesis, una conexión visible con el derecho a la tutela judicial efectiva residente en el art. 24.1 CE. Ese nexo solamente podría ser vislumbrado remota o colateralmente, en el sentido de que la garantía de indemnidad estaría direccionada a bloquear cualquier acto que tenga como objetivo disuadir o causar miedo en el trabajador de moverse en la búsqueda por sus derechos.

Se extrae, del conjunto de decisiones del TCE, que la garantía de indemnidad puede ser invocada para desafiar cualquier acto represivo o sancionador del ejercicio del reclamo de derechos por el trabajador – abarcados los actos previos encadenados para juzgar o evitar un proceso –, procedente de los poderes empresariales, sea él perpetrado antes, durante o después de la vigencia del contrato de trabajo.

Esta noción de que nadie puede ser perseguido o sufrir una lesión por el hecho de haber ejercido un derecho constitucional también estuvo presente en los casos en que el TC dio cobertura a un trabajador que funcionó como testigo en un proceso judicial entablado contra su empleador, invocando el derecho fundamental de comunicar libremente una información veraz (art. 20.1.d CE).

Se ve que, independientemente de estar en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, la jurisprudencia del TC, a menudo, tiene apuntado para la nulidad de los actos patronales que impliquen menoscabo a los derechos fundamentales de los trabajadores, cuando están protegidos en el espectro de los arts. 14 a 29 CE. En ese sentido, podemos encontrar decisiones que implicaron anulaciones de actos empresariales practicados en violación al derecho a la no discriminación (art. 14 CE)⁹⁵¹, a la imagen del trabajador (art. 18.1 CE)⁹⁵², a la libertad de expresión (art. 20.1 a, CE)⁹⁵³, al derecho de comunicar libremente información (art. 20.1.d CE)⁹⁵⁴, a la libertad sindical (art. 28.1 CE)⁹⁵⁵. En esos casos, se puede hablar en garantía de indemnidad en su sentido más amplio, de prohibición de lesión por el ejercicio de un derecho fundamental, pero no en el sentido estricto que viene siendo habitualmente utilizado por el TC, ya que ninguno de ellos abarca discusión sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo curioso es que la vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que tiene mucho más afinidad e innegables proyecciones sobre el fin de la relación de empleo, no ha servido de fundamento principal a la nulidad del despido – cuando mucho, él es citado sólo lateralmente, como refuerzo argumentativo. Sin embargo, es cierto que, al privar el trabajador de su empleo por una razón ilegítima, o sea, en respuesta al ejercicio de un derecho fundamental, el empleador se choca frontalmente con el derecho al trabajo, que

⁹⁵¹ STC 161/2004, de 4 de octubre; STC 342/2006, de 11 de diciembre.

⁹⁵² STC 99/1994, de 11 de abril.

⁹⁵³ STC 106/1996, de 12 de junio; STC 186/1996, de 25 de noviembre.

⁹⁵⁴ STC 4/1996, de 16 de enero.

⁹⁵⁵ STC 168/2006, de 5 de junio.

incluye en su vertiente individual el derecho de no ser despedido sin que haya una justa causa⁹⁵⁶. No es por otro motivo que el Convenio 158 de la OIT es muchas veces invocado como criterio interpretativo en las decisiones del TC sobre nulidad del despido – incluso cuando en juego la garantía de indemnidad.

En último análisis, al determinar la readmisión del trabajador o devolución de la relación laboral al *statu quo ante*, lo que los tribunales hacen es restituir *in natura* el derecho al trabajo, a pesar de la motivación judicial estar amparada en otro derecho constitucional. Esto ocurre por una razón más pragmática que propiamente teórica: es que el derecho al trabajo, situado fuera del núcleo más protegido de la Constitución española, no viabiliza la admisión del recurso de amparo (art. 53.2 CE) y, por lo tanto, para restaurarlo en un caso concreto, el TC necesita buscar argumentos que lo conecten con otros derechos que hagan viable tal garantía procesal.

Desde las primeras sentencias sobre la garantía de indemnidad, el derecho al trabajo aparece en las cogitaciones del TC, al recordar que “la prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5 c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo”. La invocación de ese convenio para rechazar la posibilidad de despido en represalia al ejercicio del derecho a la tutela judicial pone en el centro del debate el derecho al trabajo. En efecto, al mencionar la presentación de queja o participación en un procedimiento contra el empleador entre los motivos que no constituirán causa justificada para el término del contrato de trabajo (art. 5.c), la norma en cuestión no pretendió disciplinar específicamente el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de acción, pero ciertamente el derecho al trabajo en una de sus más importantes facetas – el derecho del trabajador de no ser despedido si no existe una justa causa.

No nos olvidemos que el núcleo esencial del derecho al trabajo, plasmado en el art. 35.1 CE, abarca el derecho de no ser despedido sin justa causa y también la posibilidad de reaccionar contra el despido injustificado (STC 22/1981), de modo que cualquier acto que venga a limitar la capacidad de reacción del trabajador, imponiéndole sanción frente al simple reclamo de derechos que entiende como debidos, sea cual sea la vía utilizada (judicial o extrajudicial), representa ofensa directa a aquel derecho constitucional.

⁹⁵⁶ STC 22/1981, de 2 de julio.

Por lo tanto, el derecho al trabajo y el Convenio 158 de la OIT están en el DNA de la garantía de indemnidad en el ámbito laboral, caminando de manos dadas con la tutela judicial efectiva y el derecho a la no discriminación para, al final de las cuentas, proteger el trabajador en contra actos empresariales que lo impidan de ejercer sus derechos fundamentales y para garantizar la igualdad en el acceso, en el desarrollo y en el mantenimiento del empleo.

El entrelazamiento entre el derecho al trabajo y el derecho a la tutela judicial efectiva se hace singularmente notable, dado el poder que una de las partes ejerce sobre la otra, lo que impone la intervención estatal para buscar un punto de equilibrio en favor del interés de la sociedad como un todo – imposición que adviene no sólo de la cualificación del Estado español como social y democrático del Derecho (art. 1 CE), como también de la proclamación de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) y de la encomienda a los poderes públicos de la promoción de las condiciones para que la igualdad entre las personas y grupos sean reales y efectivas (ar. 9.2 CE).

La simbiosis entre derecho al trabajo, posibilidad de reacción contra el uso ilegítimo del poder empresarial y acceso a la justicia se amalgama en la garantía de indemnidad, barrera infranqueable al menoscabo cualificado del derecho al trabajo y de los derechos en el trabajo, como bien destacó el TC, al ver en esa garantía mucho más que el papel reparador que es inherente a la tutela judicial efectiva, pero también un carácter preventivo, en el sentido de estimular el cumplimiento del derecho objetivo en la esfera laboral (STC 14/1993).

Ubicar la garantía de indemnidad, especialmente en la hipótesis de despido en represalia, exclusivamente en el universo del derecho a la tutela judicial efectiva empobrece el debate y aprisiona el horizonte teórico ofrecido por una visión más integradora de los derechos fundamentales. Solamente a partir de un abordaje amplio, que lleve en cuenta la interpenetración y la complementariedad de los derechos humanos y fundamentales, podremos superar aquel extrañamiento inicial causado por la idea de que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser violado fuera del proceso – mismo cuando el trabajador tuvo acceso al tribunal y obtuvo una decisión fundada en derecho o cuando sólo presentó una petición administrativa sin cogitar una acción judicial –, y de que esta violación sería sanada no exactamente a través de la restitución del acceso a la justicia (que habría sido supuestamente violado), pero con la readmisión del trabajador o la anulación de una medida discriminatoria en el trabajo.

Si se quiere hacer un abordaje verdaderamente omnicomprendivo del despido vulnerador de derechos fundamentales, no se puede disociar o aislar el derecho eventualmente en juego de los derechos a la tutela judicial efectiva (24.1 CE), a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE). Todos ellos dialogan entre sí y la garantía de indemnidad surge como un resultado práctico de ese diálogo.

Este enfoque multidireccional se hace especialmente importante si queremos extraer del derecho español lecciones universales que puedan enriquecer otro modelo jurídico, como el brasileño, cuyas peculiaridades no pueden ser simplemente dejadas a un lado. Se hace necesario observar que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo español, la Constitución brasileña no establece ninguna jerarquía o diferencia en los niveles de protección de los derechos por ella consagrados, aunque algunos de ellos encuentran mayor resistencia en su implementación práctica.

La CF de 1988 proclama el trabajo como un derecho fundamental y anuncia su valorización como uno de los fundamentos de la república y una de las principales bases del orden económico. A pesar de ello, los constitucionalistas brasileños casi ignoran ese derecho, generando una atrofia doctrinal que pone en cheque la efectividad constitucional y acentúa la desigualdad que la Constitución pretendía combatir.

El Brasil de hoy todavía refleja siglos de un sistema esclavista y de apropiación del Estado por las élites económicas, que acentuaron una cultura de diferencias, de exclusión social y de incumplimiento de las leyes. Por más que se haya avanzado en la construcción de un modelo más democrático y participativo, ecos del pasado esclavista todavía se hacen sentir en las relaciones laborales y la resistencia al reconocimiento de una protección jurídica fuerte contra el despido sin justa causa es grande.

Pasados treinta años de la promulgación de la Constitución democrática de 1988, el Congreso Nacional permanece omiso en la edición de una ley complementaria dictando las formas de protección contra el despido arbitrario o sin justa causa, encomendada por la norma constitucional para dar mayor concreción al derecho al trabajo, expresamente reconocido entre los derechos fundamentales. Y, a la falta de esa ley complementaria, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias siguen proclamando la existencia de un derecho potestativo de despedir, sin enunciación del motivo, mediante el pago de una indemnización. Sin embargo, la inercia legislativa no impide que se pueda extraer directamente de la Constitución consecuencias jurídicas para determinadas situaciones de menoscabo a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Es importante observar, primeramente, que el derecho al trabajo (art. 6 CF), en el universo constitucional brasileño, se presenta multifacético, involucrando el derecho de organización sindical y medios reivindicatorios colectivos, políticas públicas dirigidas al pleno empleo y, en el plano individual, la oportunidad de acceso, sin discriminaciones, a un trabajo jurídicamente protegido, insertado prioritariamente en el seno de una legislación que tenga en cuenta la asimetría de la relación laboral (Derecho del Trabajo). La protección en contra el despido arbitrario o sin justa causa (art. 7, I, CF) desempeña un papel esencial en la preservación del derecho en cuestión y merece una interpretación que prestigie al máximo la continuidad de las relaciones de empleo y el respeto a los demás derechos fundamentales del trabajador. La indemnización por la pérdida del empleo es una de las soluciones posibles, pero no la única señalada por el texto constitucional, que prevé la posibilidad de establecer otros derechos que apunten a la mejora de la condición social del trabajador.

Decir que toda la protección reservada a la extinción unilateral del contrato de trabajo por el empleador se resume a una sanción pecuniaria es empobrecer el debate por medio de una simplificación descabellada. A pesar de prevalecer el entendimiento de que es posible el fin del contrato sin enunciación de motivos, mediante simple indemnización, el orden constitucional en ningún momento permite que el acto extintivo traiga consigo una carga adicional de ilicitud, consubstanciada en su ejercicio abusivo, principalmente cuando atentatorio a otros derechos fundamentales del trabajador.

Al promover un despido abusivo, desviándose de la finalidad primordial del poder de dirección, el empresario vulnera el derecho fundamental al trabajo del empleado despedido, atenta contra los valores constitucionales más básicos y debilita la efectividad de los derechos en el trabajo, también dotados de fundamentalidad constitucional plena (art. 7 CF). Sería totalmente ilógico admitir que la Constitución, al mismo tiempo que consagra la aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales (art. 5, § 1, CF), ha concedido una carta blanca para que esos derechos sean pisoteados por el empleador en cualquier momento de la relación laboral. Es decir: un acto vulnerador de derechos constitucionales jamás podrá ser de acuerdo con la Constitución.

Por otro lado, el acceso a un órgano estatal independiente, con poderes para revisar el acto del empresario, integra el conjunto de derechos fundamentales del trabajador. La Constitución dotó a la Justicia del Trabajo de autonomía y le dio competencia para juzgar, entre otras causas, los litigios derivados de las relaciones de

trabajo (art. 114, I), siendo cierto que ninguna lesión o amenaza al derecho puede ser excluida de la apreciación del Poder Judicial (art. 5, XXXV). Por ende, entendiendo que tuvo algún derecho lesionado antes, durante o después del contrato de trabajo, pero en consecuencia de él, el empleado podrá someter su pleito a la Justicia del Trabajo y tiene derecho a una tutela judicial efectiva – lo que no implica necesariamente, la procedencia de sus pretensiones.

En esta perspectiva, el acceso a la justicia – aquí considerado en su concepción más amplia, de protección judicial efectiva o de acceso al orden jurídico justo – anda hermanado con el derecho fundamental al trabajo y con los derechos fundamentales en el trabajo, siendo identificado como el más básico de los derechos: el derecho de acceso a los derechos. Es inaceptable, por lo tanto, que el ejercicio de la acción pueda motivar, aunque no declaradamente, cualquier tipo de represalia del empleador, sobre todo cuando implica la sustracción de un bien cada día más escaso: el empleo.

El despido en represalia consubstancia una de las más graves agresiones a los derechos fundamentales al trabajo ya la protección judicial efectiva, alcanzando negativamente la dignidad del trabajador afectado y el derecho a la no discriminación, además de tener un efecto desestimulante del ejercicio de derechos por otros trabajadores y, como tal, contribuir a la ineffectividad del ordenamiento jurídico.

La garantía de indemnidad representa, en ese escenario, la respuesta más adecuada para los despidos en represalia, por negarles efectos y restaurar íntegramente los derechos vulnerados, sin rendir homenaje a la mercantilización del trabajo humano. La nulidad radical del acto contrario a la Constitución traduce la realización, *in natura*, de los derechos fundamentales de la víctima y la reposición del comportamiento del ofensor a los rieles de la normalidad constitucional.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia brasileñas han tardado en percibir, las consecuencias jurídicas de un despido en represalia al ejercicio de un derecho fundamental no pueden ser idénticas a las de un despido resultante del uso normal de los poderes empresariales. Es obvio que, en el primero, existe una agresión al orden jurídico travestida de una mera apariencia de legalidad.

Negar la existencia de una especie propia de garantía de indemnidad en el Derecho brasileño sería lo mismo que admitir que la Constitución permite que alguien pueda ser perseguido y privado de su medio de subsistencia por el simple hecho de haber ejercido un derecho constitucional. Ahora bien, si el acto patronal fue dirigido a coartar o reprimir un derecho fundamental del trabajador, el orden constitucional no podría

aceptar la validez de ese acto, lo que nos remite a su nulidad radical. Ante el enorme potencial lesivo de un acto como tal, tendente a anular la fuerza coercitiva de la Constitución, no se puede equipararlo a una decisión empresarial normal, extrayendo de él las mismas consecuencias jurídicas.

La respuesta al despido abusivo ha de ser mucho más enérgica que una simple indemnización fijada – debida en caso de despido lícito, sin culpa del empresario – o incluso de una indemnización adicional por daño moral. Se impone que se restauren plenamente los derechos violados, lo que sólo se obtendrá con la invalidación del despido y la restitución del puesto de trabajo indebidamente sustraído del trabajador. La solución meramente indemnizatoria, en tales casos, cohonestaría el menoscabo al orden constitucional y señalaría para todos que la Constitución no vale para quien tiene dinero.

A partir de esas consideraciones, se percibe que la anulación del despido en represalia deriva directamente de la Constitución, por intermedio de una hermenéutica valorizadora de su máxima efectividad.

Incluso para los que insisten en minimizar la fuerza de las normas constitucionales, nadie puede negar que el ejercicio de un derecho sin observancia de los límites impuestos por sus fines económicos y sociales atraviesa los umbrales de la ilicitud, redundando en abuso de derecho (art. 187 CCB), y la respuesta del propio sistema normativo es dada por el art. 166, IV, CCB, según el cual es nulo el negocio jurídico que tenga por objetivo fraudar ley imperativa.

Considerando que las normas de derecho común se aplican subsidiariamente al Derecho del Trabajo (art. 8 CLT), y que los actos tendentes a frustrar la aplicación de los derechos laborales deben considerarse nulos (art. 9 CLT), el despido en represalia será más adecuadamente solucionado a través de la readmisión.

Esta conclusión se ve reforzada por el Código de Proceso Civil de 2015 (aplicable subsidiariamente al proceso laboral), para el cual las obligaciones de hacer o de no hacer no merecen una solución puramente indemnizatoria, al disponer que la prestación *in natura* sólo será convertida en indemnización si el autor lo requiere o si es imposible la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente (art. 499).

En el marco de la legislación laboral, existe norma específica que deja a cargo del trabajador la opción entre la readmisión y una indemnización adicional, en los casos de despidos efectuados en razón de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar, rehabilitación profesional, edad, entre otros (Ley 9.029/1995). A pesar de no

hacer alusión expresa al enjuiciamiento de reclamación o reivindicación de derechos laborales, la citada norma ha sido utilizada ampliamente para cualquier hipótesis de discriminación en el trabajo, siendo abundante la jurisprudencia que la invoca para readmitir a empleados despedidos en razón de convicciones políticas, filiación sindical, participación en huelga, enfermedad grave u orientación sexual, por ejemplo. Si hay un trato injustificadamente desigual por una circunstancia ajena al servicio prestado, el despido en represalia también puede ser cualificado como discriminatorio y, como tal, atrae la aplicación de la mencionada ley.

A pesar de la enorme resistencia de la doctrina a la ampliación de las situaciones de readmisión del empleado despedido, los tribunales del trabajo vienen, lentamente, incorporando nuevas hipótesis de protección efectiva contra los despidos arbitrarios y, muy gradualmente, insertando la idea de la garantía de indemnidad en el derecho brasileño, aunque sin una sistematización doctrinal consistente.

La primera decisión del TST, en el sentido de que el sistema constitucional brasileño repudia el despido en represalia al ejercicio de derechos fundamentales – en particular el derecho constitucional de acceso a la justicia – sólo fue proferida en abril de 2012. Desde entonces, el tribunal viene reafirmando que despedir o sancionar a un trabajador en razón de haber propuesto una reclamación, presentado una reivindicación o servido de testigo en procedimiento administrativo o judicial, representa acto abusivo y discriminatorio, contrario al ordenamiento jurídico brasileño. No obstante, todavía son pocas las decisiones de las instancias ordinarias sobre el asunto y, hasta el momento, el Supremo Tribunal Federal nunca abordó directamente esa cuestión.

La realidad nos muestra que aún son comunes las prácticas de intimidación, con el objetivo de impedir el acceso del trabajador a la justicia y la efectividad de los derechos en el trabajo, no sólo en el curso del contrato laboral, sino también después de su extinción, a través de las odiosas listas negras que dificultan el acceso a nuevos puestos de trabajo.

Parece contradictorio, en los días actuales, que el derecho de acceso a la justicia esté íntimamente vinculado al derecho fundamental al trabajo, como un presupuesto jurídico de su efectividad, y al mismo tiempo, sea causa de su constante vulneración.

Es necesario recordar, sin embargo, que el derecho transita en el mundo del deber ser y el hecho de ser transgredido no significa que no exista, sino que debemos estar vigilantes en la búsqueda de mecanismos para que sea respetado. La efectividad de los

derechos es una lucha incesante, en la que debemos emprender una estrategia de largo alcance.

Las recientes decisiones del TST, asimilando la garantía de indemnidad en el derecho brasileño, pueden dar un sentido más concreto al derecho al trabajo y abren una oportunidad de revalorizar las promesas constitucionales de relaciones laborales más compatibles con el régimen democrático, abriendo las puertas para que los trabajadores se sientan menos vulnerables al reclamar sus derechos en el curso del contrato y, con ello, hacer más efectivos los derechos laborales en un país con un largo histórico de desigualdades.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAM, K. G. y HOUSEMAN, S. N., “Does Employment Protection Inhibit Labor Market Flexibility? Lessons from Germany, France, and Belgium”, en: AA.VV. (ed. Blank, R. M.), *Social Protection Versus Economic Flexibility? Is There a Trade-off?*, Chicago: The University of Chicago Press, 1994, pp. 59-93.
- ABRANTES, J. J., *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ADASCALITEI, D. y PIGNATTI MORANO, C., “Drivers and effects of labour Market reforms: Evidence from a novel policy compendium”, *IZA Journal of Labour Policy*, 5:15 (2016). DOI 10.1186/s40173-016-0071-z, disponible en <https://izajolp.springeropen.com/articles/10.1186/s40173-016-0071-z>. Fecha de consulta 29.06.2017.
- AFONSO DA SILVA, J., *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992.
- AGRA BELMONTE, A., “A proteção do emprego na Constituição Federal de 1988”, en: AA.VV. (coord. Neves Delgado, G. et al.), *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*, São Paulo: LTr, 2015, pp. 97-117.
- AGUSTÍN, *O livre-arbítrio*, trad. Nair de Assis Oliveira, 2ª ed., São Paulo: Paulus, 1995.
- ALAMEDA CASTILLO, M. T., “Repensando el modelo de tutela resarcitoria en la vulneración de los derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 66 (abr./jun. 2014), pp. 35-58.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, *Revista de Política Social*, n.º 121, 1979, pp. 5-39.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., “Los deberes en la Constitución española. Esencialidad y problemática”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 23, 2009, pp. 271-291.
- ALEGRE NUENO, M., *Ciudadania y desarrollo*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2013.
- ALEXY, R., *Teoria dos direitos fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALFARO AGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fasc. 1, 1993, pp. 57-122.

- ALMEIDA, E. S., “Garantia de indenidade do reclamante empregado, frente a represálias patronais, em face do Direito brasileiro”, *Portal Jus*, disponible en <http://jus.com.br/revista/texto/10095/garantia-deindenidade-do-reclamante-empregado-frente-a-represalias-patronais-emface-do-direito-brasileiro>, fecha de acceso 01.06.2018.
- ALONSO GARCÍA, R., “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 38 (sep./dic. 2009), pp. 11-30.
- ALONSO OLEA, M., “El trabajo como bien escaso”, en AA.VV. (coord. Durán López, F.), *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba: Caja de Ahorros de Córdoba, 1983, pp. 9-24.
- ÁLVARES DA SILVA, A., *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*, 2ª ed., São Paulo: Ltr, 1992.
- ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2005.
- ÁLVARO DE OLIVEIRA, C. A., *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- ÁLVARO DE OLIVEIRA, C. A., “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”, *Revista de Processo*, vol. 113 (en./feb. 2004), pp. 9-21.
- ANDOLINA, I. A., “O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional”, trad. Oreste Nestor de Souza Laspro, *Revista de Processo*, n.º 87 (jul./set. 1997), pp. 63-69.
- APARICIO TOVAR, J., “Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, *Revista de Derecho Social*, n.º 79 (jul.-sep. 2017), pp. 231-253.
- ARAÚJO CINTRA, J. C., PELLEGRINI GRINOVER, A. y RANGEL DINAMARCO, C., *Teoria Geral do Processo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, Madrid: Dykinson, 2014.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, trad. Leonel Vallandro y Gerd Bornheim, Colección Os Pensadores, vol. IV, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*, trad. Janaina Roland Matida, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

- AUTOR, D. H., KERR, W. R. y KUGLER, A. D., “Does employment protection reduce productivity? Evidence from US states”, *The Economic Journal*, 117 (2007), pp. 189-217.
- ÁVILA, H., “O que é devido processo legal?”, *Revista de Processo*, n.º 163 (sep./2008), pp. 50-59.
- BAKER, D. y BERNSTEIN, J., *Getting Back to Full Employment: A Better Bargain for Working People*, Washington DC: Center of Economic and Policy Research, 2013.
- BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, Madrid: Tecnos, 2001.
- BALLESTER PASTOR, M. A., “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, n.º 69 (en./mar. 2015), pp. 31-55.
- BANDEIRA DE MELO, C. A., “Novos aspectos da função social da propriedade”, *Revista de Direito Público*, vol. 84 (1987), pp. 39-45.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BARBOSA, R., *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (ordenados por Homero Pires), Tomo II, São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1933.
- BARBOSA, R., *Oração aos Moços* (anotada por Ariano de Gama Kury), 5ª ed., Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BARBOSA MOREIRA, J. C., “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, en *Temas de Direito Processual*, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1988.
- BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARTELSMAN, E. J., GAUTIER, P. A. y WIND, J., “Employment Protection, Technology Choice, and Worker Allocation”, *DNB Working Paper*, n.º 295 (2011).
- BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El marco constitucional del trabajo penitenciario*, Valencia: Nomos, 2002.
- BASTIDA, F. J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en AA.VV., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 103-149.
- BAUMAN, Z., *Modernidade líquida*, trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

- BAYLOS GRAU, A., “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 4 (sep./dic. 1994), pp. 107-129.
- BAYLOS GRAU, A., “Por una (re)politización de la figura del despido”, *Revista de Derecho Social*, n.º 12 (oc./dic. 2000), pp. 9-29.
- BAYLOS GRAU, A., “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en AA.VV. (dir. Moliner Tamborero, G. y Salinas Molina), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Colección Cuadernos de Derecho Judicial – XXI, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 13-54.
- BAYLOS GRAU, A., “Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito ao trabalho como direito constitucional”, *Revista Trabalhista: direito e processo*, vol. X, abr./jun. 2004, Separata.
- BAYLOS GRAU, A., “Sobre la Constitución del Trabajo Española”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 31, n.º 119 (jul./set. 2005), pp. 257-284.
- BAYLOS GRAU, A., “Creación de Empleo, Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo: el Caso Español”, *Derecho & Sociedad*, n.º 30 (2008), pp. 28-36.
- BAYLOS GRAU, A., “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 46 (2009), pp. 11-29.
- BAYLOS GRAU, A., *Inmigración y Derechos Sindicales*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2009.
- BAYLOS GRAU, A., “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, *Revista de Derecho Social*, n.º 61 (2013), pp. 19-41.
- BAYLOS GRAU, A., “Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales”, *Revista de Derecho Social*, n.º 70 (2015), pp. 13-28.
- BAYLOS GRAU, A., “Poderes privados y derechos fundamentales de los trabajadores”, *Jueces para la democracia*, n.º 88 (2017), pp. 25-28
- BAYLOS GRAU, A., “Derecho al Trabajo vs. Derecho de Huelga. Una contraposición errónea”, abril 2017, publicado en <http://baylos.blogspot.com.es/2017/04/se-opone-el-derecho-al-trabajo-al.html>, fecha de consulta: 07.06.2018.
- BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- BEAUDONNET, X. (ed.), *Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito*, Turín: OIT, Centro Internacional de Formación, 2011.

- BECK, U., GIDDENS, A. y LARSCH, S., *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Stanford: Stanford University Press, 1994.
- BELLOT, M., BOONE, J. y VAN OURS, J. C., “Welfare effects of employment protection”, *Economica*, vol. 74, n.º 295 (2007), pp. 381-572.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del periodo de prueba”, *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 158 (2013), pp. 199-218.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “El principio de causalidad en la contratación temporal y la protección de la estabilidad en la actividad”, *Revista de Derecho Social*, n.º 74 (2016), pp. 209-228.
- BENTOLILA, S., “Los despidos económicos en España tras la reforma de 2010: una perspectiva económica”, en AA.VV. (dir. Desdentado Bonete, A., coord. De La Puebla Pinilla, A.), *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 59-76.
- BENTOLILA, S. y BERTOLA, G., “Firing Costs and Labour Demand: How bad is Eurosclerosis?”, *The Review of Economics Studies*, vol. 57 (1990), n.º 3, pp. 381-402.
- BERIZONCE, R., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, *Revista de Processo*, año 33, n.º 165 (nov./2008), pp. 131-143.
- BERNSTEIN, J. y BAKER, D., *The Benefits of Full Employment: When Markets Work for People*, Washington D.C.: Economic Policy Institute, 2003.
- BETENCOURT DE FARIA, M. C., *A liberdade esquecida: fundamentos ontológicos da liberdade no pensamento aristotélico*, São Paulo: Loyola, 1995.
- BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977.
- BÍBLIA, A. T., “Éxodo”, en *Bíblia Sagrada. Nova Versão Internacional, Edição Trilíngue*, 3ª ed., São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2011.
- BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/B.O.E., 1997.
- BILBAO UBILLOS, J. M., “¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, en AA.VV. (org. Sarlet, I. W.), *Constituição, Direitos*

Fundamentais e Direito Privado, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, pp. 301-340.

BILBAO UBILLOS, J. M., “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 18 (2006), pp. 147-198.

BLACK, J., “Managing de financial crisis: the constitucional dimension”, *LSE Law, Society and Economics Work Papers*, n.º 12 (2010), disponible en http://eprints.lse.ac.uk/32895/1/WPS2010-12_Black.pdf, fecha de consulta 21.06.2017.

BLASCO PELLICER, A., “Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial”, *Revista de Derecho Social*, n.º 12 (oct/dic. 2000), pp. 35-69.

BOBBIO, N., *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOERI, T. y GARIBALDI, P., “Two Tier Reforms of Employment Protection: A Honeymoon Effect?”, *The Economic Journal*, vol. 117, n.º 521 (2007), pp. 357-385.

BOERI, T. y JIMENO, J. F., “The effects of employment protection: Learning from variable enforcement”, *European Economic Review*, n.º 49 (2005), pp. 2057-2077.

BOGG, A., “Only Fools and Horses: Some Sceptical Reflections on the Right to Work”, en AA.VV. (ed. Mantouvalou, V.), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015, pp. 49-76.

BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego, *Quadro Geral das Operações de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo. SIT/SRTE 1995 a 2010*.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, *Relatório Geral da Justiça do Trabalho*, 2014.

BUARQUE DE HOLANDA, S., *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras.

BUENO ARÚS, F., “Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 2 (1977/1978), pp. 256-273.

CACCIATORE, M., DUVAL, R. y FIORI, G., “Short-Term Gain or Pain? A DSGE Model-Based Analysis of the Short-Term Effects of Structural Reforms in Labour and Product Markets”, *OECD Economics Department Working Papers*, n.º 948 (2012), disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5k9csvkkr3xn-en>, fecha de consulta 10.07.2017.

- CALAMANDREI, P., *Proceso y Democracia*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- CALDEIRA, J., *História da riqueza no Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.
- CANARIS, C., *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto (reimpresión de la edición de julio/2003), Coimbra: Almedina, 2006.
- CANO GALÁN, Y., *El Despido Libre y sus Límites en el Derecho Norteamericano*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.
- CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R., “La Constitución tácita”, en AA.VV. (coord. Capella Hernández, J. R.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 17-42.
- CAPELLETTI, M. y GARTH, B., *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNOY, M., *Sustaining the New Economy: Work, Family, and Community in the Information Age*. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- CASAS BAAMONDE M. E., “Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord. Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1507-1526.
- CASAS BAAMONDE, M. E., “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: Reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 47 (2016), pp. 165-213.
- CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F., “La nueva reforma laboral”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 5 (2012), pp. 1-39.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58 (2005), pp. 113-133.
- CESARINO JÚNIOR, A. F., *Estabilidade e Fundo de Garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CESCR, *Concluding observations on the 3rd periodic report of Japan*, disponible en <http://www.refworld.org/docid/52d54b6f4.html>, fecha de consulta 14.03.2017.

- CESCR, *Concluding observations concerning the 4th periodic report of Belgium*, disponible en <http://www.refworld.org/docid/52d3e33b4.html>, fecha de consulta 15.03.2017.
- CESCR, *Concluding observations on the fifth periodic report of Denmark*, disponible en <http://www.refworld.org/docid/52d544d14.html>, fecha de consulta 14.03.2017.
- CESCR, *Observación General 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto)*, Ginebra: 1990.
- CESCR, *Observación General 18*, Ginebra, 2005.
- CLAPHAM, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford: Claredon Press, 1996.
- COELHO NUNES, D. J., “O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa”, en AA.VV. (coord.: Souza Didier Jr., F. y Ferreira Jordão, E), *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 151-173.
- COLLINS, H., “Is There a Human Right to Work?”, en AA.VV. (ed. Mantouvalou, V.), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015, pp. 17-38.
- COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas: COM, 2006.
- COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales*, Bruselas: COM (2017) 250 final.
- COMOGLIO, L. P., “Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica”, *Revista de Processo*, vol.108 (oc./dic. 2002), pp. 133-183.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Documentos Oficiales, 2006. Suplemento n.º 2*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006.
- COURTIS, C., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- COUTURE, E. J., *Introdução ao Estudo do Processo Civil: discursos, ensaios, conferências*, trad. Hiltomar Martins de Oliveira, Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- CRANSTON, M., *What are Human Rights?*, London: The Bodley Head, 1973.

- CRUZ VILLALÓN, J., “Constitución y Proceso de Trabajo”, en Cruz Villalón, J. y Valdés, F., *Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 9-85.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 115 (Monográfico sobre la Reforma Laboral de 2012), pp. 13-53.
- CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de derecho del trabajo*, 6ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013.
- CRUZ VILLALÓN, P. y PARDO FALCÓN, J., “Derechos Fundamentales en la Constitución Española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, año XXXIII, n.º 97 (2000), pp. 65-154.
- DAMATTA, R., *O que faz o brasil, Brasil?*, Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- DANTAS, I., *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- DÄUBLER, W., “El derecho del trabajo en la economía global. Un boceto” (trad. Natividad Mendoza Navas), en AA.VV. (coord. Aliprantis, N., Supiot, A. y Rodríguez-Piñero, M.), *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2008, pp. 181-194.
- DEJOURS, C., “Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal”, entrevista a Ana Gerschenfeld, *Jornal Público*, Portugal: 01.02.2010, disponible en <https://www.publico.pt/2010/02/01/sociedade/noticia/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732>, fecha de consulta 08.03.2018.
- DEJOURS, C. y BÈGUE, F., *Suicídio e Trabalho: o que fazer?*, trad. F. Soudant. Brasília: Paralelo 15, 2010.
- DE LA CUEVA, M., “La estabilidad en el empleo”, *Revista de Derecho Político*, n.º 70, 1966, pp. 24-27.
- DEL CLARO, R., “Devido processo legal – direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil”, *Revista de Processo*, vol. 126 (ago./2005), pp. 260-294.
- DEL REY GUANTER, S., “Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, n.º 4, 1998 (Ejemplar dedicado a jurisprudencia constitucional social), pp. 9-24.

- DESDENTADO BONETE, A., “Sobre el despido y su violencia. Una lectura de ‘El despido o la violencia del poder privado’ de Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey”, *Revista de Derecho Social*, n.º 51 (jul./sep. 2010), pp. 11-30.
- DE STEFANO, V., “The rise of the ‘just-in-time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig-economy’”, *Conditions of Work and Employment Series*, n.º 71 (2015). Ginebra: OIT. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf, fecha de consulta 23.01.2018.
- DÍAZ REVORIO, F. J., “Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. 28 (2011), disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222189013>, fecha de consulta: 19 de abril de 2017.
- DIEESE, “O emprego doméstico no Brasil”, *Estudos e Pesquisas*, n.º 68 (ag. 2013).
- DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Thomson/Civitas, 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 10 (may./ago. 2000), pp. 13-37.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24: Garantías procesales”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española, Tomo III - Artículos 24 a 38 de La Constitución Española de 1978*, Madrid: Edersa, 2006, pp. 19-124.
- DUNDES RENTELN, A., *International Human Rights: universalism versus relativism*, New Orleans: Quid Pro Books, 2013.
- DUVAL, R. y ELMESKOV, J., “The effects of EMU on structural reforms in labour and product markets”, *ECB Working Paper Series*, n.º 596 (2006).
- ERMIDA URIARTE, O., “La estabilidad: ¿su protección real o ficticia?”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 7, n.º 39 (sep./oct. 1982), pp. 5-24.
- ERMIDA URIARTE, O., “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 26, n.º 99 (jul./sep. 2000), pp. 193-206.
- EUROPAPRESS.ES, “La OCDE destaca la rebaja del coste de despido llevada a cabo en España”. Publicado en 24.02.2012, disponible en <http://www.europapress.es/economia/noticia-ocde-destaca-rebaja-coste-despido-llevada-cabo-espana-20120224182858.html>. Fecha de consulta: 14.03.2018.

- FALGUERA BARÓ, M. A., *El control judicial del despido colectivo*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2016.
- FARIA, J. E., *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*, São Paulo: EDUSP, 1988.
- FARIA, J. E., *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FARIA, J. E., *O Estado e o Direito depois da crise*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- FELGUEROSO, F. y JIMÉNEZ, S., “Sobre la propuesta para la reactivación laboral en España”, *Circunstancia: Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, Año VII, n.º 20 (sep. 2009), disponible en <http://www.ortegaygasset.edu/publicaciones/circunstancia/ano-vii---n--20---septiembre-2009/articulos>, fecha de consulta: 25.05.2017.
- FERNANDES COUTINHO, G., *Terceirização – máquina de moer gente trabalhadora*, São Paulo: Ltr, 2015.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La prohibición de discriminación en el marco internacional y en el derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, n.º 2 (2007), pp. 65-88.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., “Derechos humanos: del universalismo abstracto a la universalidad concreta”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 41, 1999 (Ejemplar dedicado a: Estudios en homenaje al Profesor Javier Hervada), pp. 57-88.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social”, en AA.VV., *Estudios de derecho público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 897-947.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 13 (jul./dic. 2005), pp. 57-94.
- FERNÁNDEZ, T. R., “Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 15 (otoño de 1982), pp. 21-34.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado Social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n.º 69 (sep./dic. 2003), pp. 139-180.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 6ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2006.

- FERRAJOLI, L., “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLI, núm. 122 (mayo/ago. 2008), pp. 1135-1145.
- FERREIRA MENDES, G., “Os Limites da Revisão Constitucional”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 21 (1997), pp. 69-88.
- FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I. y GONET BRANCO, P. G., *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, E., “El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma”, en AA.VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2006, pp. 353-376.
- FINNIS, J., *Aquinas: moral, political and legal theory*, Oxford: Oxford University Press, 1998.
- FITA ORTEGA, F. y GUAMÁN, A., “Algunas cuestiones en torno a la construcción social europea. El reconocimiento del derecho a trabajar: entre la protección del libre mercado y la tutela de los derechos sociales”, *Revista de Derecho Social* n.º 33, 2006, pp. 101-127.
- FOLHA ON LINE, Coluna Poder, 24.06.2017, “Forças armadas lideram confiança da população; Congresso tem descrédito”, disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1895770-forcas-armadas-lideram-confianca-da-populacao-congresso-tem-descredito.shtml>.
- FRENCH, J. D., *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*, trad. Paulo Fontes, São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.
- FREYRE, G., *Casa-Grande e Senzala*, 32ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1997.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, *Relatório IPCL Brasil 1º semestre/2015*, disponible en <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14133>, fecha de consulta: 06.04.2018.
- GALIANA MORENO, J. M. y CÁMARA BOTÍA, A., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord. Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 329-360.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La huelga con ocupación de lugar de trabajo*, Madrid: Akal, 1981.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio

- introdutorio”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord.. Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 249-271.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad”, *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 20 (2004), pp. 5-12.
- GARCÍA VILLEGAS, M., “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina”, en AA.VV. (coord. Rodríguez Garavito, C.), *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 161-184.
- GARROTE DE MARCOS, M. y VILA RAMOS, B., *Jurisdicción constitucional y el procedimiento de defensa de los derechos*, Madrid: Dykinson, 2015.
- GEARTY, C. y MANTOUVALOU, V., *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2010.
- GIL Y GIL, J. L., “Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. I, n.º 4 (oct./dic. 2013), pp. 1-41.
- GIORGIANNI, M., “O direito privado e as suas atuais fronteiras”, trad. Maria Cristina de Cicco, *Revista dos Tribunais* 747 (1998), pp. 35-53.
- GODINHO DELGADO, M., “Princípios Constitucionais do Trabalho”, *Revista Trabalhista: direito e processo*, vol. 3, n.º 12 (oct./dic. 2004), pp. 113-152.
- GODINHO DELGADO, M., *Curso do Direito do Trabalho*, 17ª ed., São Paulo: LTr, 2018.
- GOMES, L., 1808, 3ª ed., São Paulo: Globo Livros, 2014.
- GOMES, O., “Dispensa coletiva na reestruturação da empresa – aspectos jurídicos do desemprego tecnológico”, *Revista Ltr: legislação do trabalho*, año 38, n.º 7 (jul./1974).
- GOMES, O., *Introdução ao Direito Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GOMES, O. y GOTTSCHALK, E., *Curso de Direito do Trabalho*, 19ª ed. (actualizada por José Augusto Rodrigues Pinto y Otávio Augusto Reis de Sousa), Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2012.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

- GOMES CANOTILHO, J. J., *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., y PÉREZ PÉREZ, M. “El deber de ocupación efectiva. Sucesión ‘mortis causa’ y continuación del contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, n.º 122 (1979), p. 325-336.
- GORDLEY, J., “Suárez and natural law”, en AA.VV. (ed. Hill, B. y Lagerlund, H.), *The philosophy of Francisco Suárez*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- GOYATÁ, C., “Alguns Temas de Direito do Trabalho”, *Revista LTr*, n.º 38 (feb. 1974), pp. 113-117.
- GRASSI DE GOUVEIA, L., “A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro”, *Revista de Processo*, n.º 172 (jun./2009), pp. 32-53.
- GRAU, E. R., *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRECO, L., “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, *Novos Estudos Jurídicos*, año VII, n.º 14 (abr. 2002), pp. 9-68.
- GRECO, L., *Instituições de Processo Civil*, vol. I, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “De la estabilidad en el empleo a la precariedad laboral por la vía de la contratación temporal: la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo como paradigma del trabajo precario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 6 (2013), pp. 103-136.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2012 (sobre el Derecho al Trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 70 (2015), pp. 155-178.
- GUERRA, S., *Curso de Direito Internacional Público*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- HABERMAS, J., *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HERRAIZ MARTÍN, M. S., *El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la Jurisprudencia)*, Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2008.
- HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Madrid: Los libros de la Catarata, 2005.

- HERRERA FLORES, J., “Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia”, *Dikaioyne. Revista Semestral de Filosofía Práctica*, año VII, n.º 12 (jun. 2004), pp. 39-58.
- HESSE, K., *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: SAFPE, 1991.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, New York: W. W. Norton & Co., 1999.
- HONNETH, A., “Trabalho e reconhecimento: tentativa de redefinição” (trad. Emil Sobottka y Giovani Saavedra), *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, vol. 8, n.º 1 (en./abr. 2008), pp. 46-67.
- HUNT, J., “Firing Costs, Employment Fluctuations and Average Employment: An Examination of Germany”, *Economica (New Series)*, vol. 67 (2000), n.º 266, pp. 177-202.
- ICHINO, P., *Il lavoro e il mercato: per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano: Arnoldo Mondadori Editore, 1996.
- IGARTUA MIRÓ, M. T., *La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social del Tribunal Constitucional*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2008.
- IGARTUA MIRÓ, M. T., “Crítica a un nuevo derecho del trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 2 (2014), pp.115-148.
- IGLESIAS BÁREZ, M., *Estrutura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, 2ª ed., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011.
- INFANTE BERTÃO, N., “Zara admite que havia trabalho escravo em sua cadeia produtiva”, *Veja.com*, 21 de mayo de 2014, disponible en <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/zara-admite-que-havia-trabalho-escravo-em-sua-cadeia-produtiva/>. Fecha de consulta: 07.04.2018.
- INNERARITY, D., “La promessa social europea”, en AA.VV. (eds. Seguró, M. e Innerarity), *¿Dónde vas, Europa?*, Barcelona: Herder Editorial, 2017, pp. 157-170.
- JHERING, R., *O espírito do Direito romano*, trad. Rafael Benaion, Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53: protección de los derechos fundamentales”, en AA.VV. (dir. Alzaga, O), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid: Cortes Generales-Edersa, 1996, pp. 439-529.

- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- JULIOS-CAMPUZANO, A., “Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho”, en: AA.VV. (ed. Julios-Campuzano, A.), *Dimensiones Jurídicas de la Globalización*, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 14-40.
- KANT, I., *Metafísica dos Costumes*, trad. Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau y Monique Holshof, Petrópolis: Vozes, 2013.
- KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KING, J., *Judging Social Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- KONDER COMPARATO, F., “Estado, Empresa e Função Social”, *Revista dos Tribunais*, vol. 732 (oct. 1996), pp. 38-46.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P., “Constitución y futuro del modelo español del Derecho del Trabajo del próximo siglo”, *Lan Harremanak/2* (2000-I), pp. 155-184.
- LEÃO, D., “O assunto do dia”, *Jornal Folha de São Paulo*, 31 de marzo de 2013.
- LEITE DE CARVALHO, A. C., “Direito Fundamental de Ação Trabalhista”, *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, año 1, vol.1, n.º 1 (en./mar. 2002).
- LEITE DE CARVALHO, A. C., *Garantia de indenidade no Brasil: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represália patronal*, São Paulo, LTr, 2013.
- LIMA DOS SANTOS, R., “Sindicalismo no Brasil: do corporativismo ao neocorporativismo – a questão das centrais sindicais”, *Justiça do Trabalho*, año 31, n.º 361 (2014), pp. 61-84.
- LIMONGI FRANÇA, R., *Instituições de Direito Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- LONG, A., “The Socratic Tradition: Diogenes, Crates and the Hellenistic Ethics”, en AA.VV. (eds. Bracht Branham, R. y Goulet-Cazé), *The Cynics: The Cynic Movement in Antiquity and Its Legacy*, Berkeley y Los Angeles: University of California Press, 1996, pp. 28-46.
- MALLET, E., “A Convenção 158 em face do direito brasileiro”, *Trabalho & doutrina, processo e jurisprudência*, n.º 11 (dic./1996), pp. 13-16.
- MARINONI, L. G., *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

- MARINONI, L. G., “Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto”, *Revista dos Tribunais*, n.º 862 (ago./2007), pp. 11-21.
- MARINONI, L. G., “Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos”, publicado por la Academia Brasileira de Direito Processual Civil, disponible en <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%287%29%20formatado.pdf>, fecha de acceso: 18.05.2018.
- MARINONI, L. G., “Tutela contra o ilícito: (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015)”, *Revista de Processo*, vol. 245 (jul./2015), pp. 313-329.
- MARINONI, L. G., CRUZ ARENHART, S. y MITIDIERO, D., *O Novo Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 185-204.
- MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Política Social*, n.º 137 (en./mar. 1983).
- MARTÍN VALVERDE, A., “Jurisdicción Social y Tutela Judicial Efectiva”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, coord. Martín Jiménez, R.), *El modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V., “La contratación temporal en la reforma laboral 2012-2015”, en AA.VV. (dir. Pérez Amorós, F. y Rojo Torrecilla, E., coord. Ysàs Molinera, H.), *Balance de la reforma laboral de 2012*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2016, pp. 203-234.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Madrid: Servicio de Publicación, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.
- MARTÍNEZ GIRON, J., “Contratos temporales y estabilidad del trabajador en el empleo, en España”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8 (2004), pp. 451-460.
- MARTINS BOULOS, D., *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo: Editora Método, 2006.
- MARX, K. y ENGELS, F., *A Ideologia Alemã*, trad. Luis Claudio de Castro e Costa, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

- MASCARO NASCIMENTO, A., *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- MASCARO NASCIMENTO, A., *Direito Contemporâneo do Trabalho*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- MATÍA PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RÉ, F. y VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid: Civitas, 1982.
- MAXIMILIANO, C., *Hermenêutica e aplicação do direito*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MEDEIROS MELO, G., “A tutela adequada na reforma constitucional de 2004”, *Revista de Processo*, n.º 124 (jun./2005), pp. 76-110.
- MEDINA GUERERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1996.
- MEIRELES, E., “A Constituição do Trabalho”, en AA.VV. (coord. Montesso, C. J., Freitas, M. A. y Coêlho, M. F.), *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*, São Paulo: Ltr, 2008, pp. 50-74.
- MEIRELLES, E., “Garantia de emprego como instrumento para efetivo acesso à justiça (proibição de despedir no curso do processo judicial)”, *Âmbito Jurídico*, n.º 40 (abr. 2007), disponible en http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1747, fecha de acceso 01.06.2018.
- MERCADER UGUINA, J. R., “Algunas reflexiones sobre el modelo social de la Constitución española, 25 años después”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 40 (2002), pp. 167-176.
- MERCADER UGUINA, J. R., “Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y ‘canon reforzado’ de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 76 (2008), pp. 127-146.
- MESQUITA, L. J., *Direito Disciplinar do Trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1950.
- MESQUITA BARROS, C., “Os descaminhos da Convenção n.º 158 no Brasil”, *Revista Ltr: legislação do trabalho*, vol. 80, n.º 3 (mar./2016), pp. 266-277.
- MILLÉO BARACAT, E., *A boa-fé no direito individual do trabalho*, São Paulo: Editora LTr, 2003.

MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, “El número de parados aumenta en 365.900 personas en el primer trimestre, hasta los 5,639 millones”, noticia publicada en 27 de abril de 2012, disponible en <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=8423cd0a8b2f6310VgnVCM1000001d04140aRCRD>, fecha de acceso en 08.03.2018.

MINISTERIO DE INDUSTRIA ENERGÍA Y TURISMO, *Estadísticas PYME*, n.º 14 (feb. 2016).

MIRAGEM, B., *Abuso de Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, J., “O regime dos direitos sociais”, *Revista de Informação Legislativa*, año 47, n.º 188 (oct./dic. 2010), pp. 23-36

MOLINA NAVARRETE. C., “Protección y ‘eficacia’ de los derechos socio-laborales”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, coord. Martín Jiménez, R.), *El modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1167-1211.

MONEREO PÉREZ, J. L., “Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 1, 2003 (Ejemplar dedicado a: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela universitaria de Relaciones laborales de la UPV/EHU), pp. 73-156.

MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2009.

MONEREO PÉREZ, J. L., “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho ‘al trabajo’ en la ‘sociedad del riesgo’?”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 126, 2014, pp. 47-90.

MONEREO PÉREZ, J. L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2017.

MONTEIRO BARROS, A., *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2007.

MONTEIRO DE BRITO FILHO, J. C., *Trabalho decente*, São Paulo: Ltr, 2004.

MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 267-299.

- MONTOYA MELGAR, A., “Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones”, *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 10 (1982), pp. 161-168.
- MONTOYA MELGAR, A., “La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos”, en: Montoya Melgar, A. y Alonso Olea, M., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XVI, Madrid: Civitas, 1998.
- MONTOYA MELGAR, A., “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 23 (2000), pp. 17-65.
- MONTOYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 33 (2001), pp. 61-73.
- MONTOYA MELGAR, A., “El trabajo en la Constitución”, *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 0 (2004), pp. 9-32.
- MONTOYA MELGAR, A., “Garantía de indemnidad en caso de reclamación extrajudicial presentada por abogado del trabajador (Comentario a la STC 55/2004, de 19 de abril)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 127 (jul./set. 2005), pp. 351-357.
- MONTOYA MELGAR, A., “La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58 (2005), pp. 135-150.
- MORA CABELLO DE ALBA, L., “El trabajo de las mujeres en el proceso constituyente de la II República”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica* (Nueva Época), n.º 3-4 (2017), pp. 149-168.
- MORAIS, A., *Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA DELGADO, U., “As garantias dos direitos sociais e as dimensões de sua efetividade”, *Revista da ESMAT* 13, n.º 2 (2009), pp. 31-59.
- MOREIRA LACERDA SABINO, J. F., “Convenção n.º 158 da OIT: aspectos polêmicos e atuais”, *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n.º 50 (sep. 2015), pp. 161-182.
- MOTA PINTO, C. A., *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MOURA AGRA, W., *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- MÜLLER, F., *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, trad. Peter Naumann, São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., “Cuestiones sobre el Derecho al trabajo derivadas de la Reforma Laboral de 2012. Perspectiva constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n.º 89 (en./abr. 2014), pp. 91-134.
- NERY JUNIOR, N., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 12ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- NERY JUNIOR, N. y ANDRADE NERY, R. M., *Código Civil Comentado*, 12ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- NIETZSCHE, F., *Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*, trad. Márcio Pugliese, Curitiba: Hemus, 2001.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El binomio acción-reacción: evolución y últimas tendencias sobre la garantía de indemnidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 132 (oct./dic. 2006), pp. 909-956.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El derecho al trabajo en la Constitución Española: treinta años de doctrina constitucional sobre el art. 35 CE y un camino por andar”, publicado en https://www.academia.edu/10636416/El_derecho_al_trabajo_en_la_Constituci%C3%B3n_Espa%C3%B1ola, p. 5, fecha de consulta, 05 de mayo de 2017.
- NUNES, D. y BAHIA, A., “Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 101 (jul./dic. 2010), pp. 61-94.
- O’CINNEIDE, C., “The Right to Work in Internacional Human Rights Law”, en AA.VV. (ed. Mantouvalou, V.), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015, pp. 99-122.
- OCDE, *OECD Employment Protection Database, 2013 update*, disponible en <http://www.oecd.org/els/emp/oecdindicatorsofemploymentprotection.htm>, fecha de consulta: 22.04.2018.
- OJEDA AVILÉS, A., “La libertad sindical”, *Revista de Política Social*, n.º 121, 1979, 347-379.
- OJEDA AVILÉS, A., “Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley”, *Relaciones Laborales*, n.º 24 (dic./1987).
- OLIVEIRA BARACHO, J. A., “Processo Constitucional”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 93, n.º 337 (en./mar. 1997), pp. 105-123.

OLIVEIRA MAZZUOLI, V., *Curso de Direito Internacional Público*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PALLEY, T., “Reviving Full Employment Policy: Challenging the Wall Street Paradigm”, *IPI Briefing Paper*, n.º 191 (jun./2007), disponible en <http://www.epi.org/publication/bp191/>, fecha de consulta, 15 de mayo de 2017.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica”, *Revista de Política Social*, n.º 143 (jul./sep. 1984), pp. 15-21.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La versión 2001 de la reforma laboral permanente”, *Revista de Derecho Social*, n.º 15 (2001), pp. 9-34.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en: AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord.. Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 229-247.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Igualdad constitucional e igualdad en la aplicación de la ley”, en AA.VV., *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución: Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/La Ley, 2003, pp. 602-614.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La función social y la permanencia del Derecho del Trabajo: el ‘equilibrio estructural’ del modelo y sus amenazas”, *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. LVII, Tomo III, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, pp. 2579-2600.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011.

PASTORE, J., “Estabilidade e Rotatividade”, *Folha de São Paulo*, 29.11.1987.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de Moral y Derecho”, en AA.VV., *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate, 1989, pp. 265-277.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “El socialismo y el derecho al trabajo”, *Sistema: Revista de ciencias sociales*, n.º 97 (jul./1990), pp. 3-10.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Prólogo: La Constitución española de 1978”, en AA.VV., *La Constitución española de 1978*, Madrid: Centro de Estudios Adams, 1991, pp. 9-17.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Escasez y derechos humanos”, en AA.VV. (ed. Saucá, J. M.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Boletín Oficial del Estado/Universidad Carlos III, 1994, pp. 193-213.
- PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid: Editorial Trotta, 1992.
- PEREIRA DE SOUZA NETO, C. y SARMENTO, D., “Os direitos fundamentais e o poder de reforma constitucional”, en AA.VV. (coord. Merlin Clève, C. y Freire, A.), *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 271-317.
- PERES GEDIEL, J. A., “A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador”, en AA.VV. (org. Sarlet, I. W.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- PÉREZ AGULLA, S., “Derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 108 (2014), pp. 41-64.
- PÉREZ AMORÓS, F., “Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: por un derecho del trabajo procesal”, *Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, n.º 237, pp. 7-30.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, 8ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Madrid: Editorial Dykinson, 2005.
- PEREZ REY, J., *Estabilidad en el empleo*, Madrid: Trotta, 2004.
- PÉREZ REY, J., “Escenas del derecho del trabajo en (la) crisis: el mercado segmentado ante el diálogo social”, *Revista de Derecho Social*, n.º 48 (oc./dic. 2009), pp. 241-254.
- PÉREZ REY, J., “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 57 (2012), pp. 51-70.
- PÉREZ REY, J., “Contrato de apoyo a los emprendedores, fomento del empleo y abuso de la contratación temporal”, en AA.VV. (dir. Guamán Hernández, A., coord. Cordero Gordillo, V.), *Temporalidad y Precariedad del Trabajo Asalariado: ¿el fin del modelo de estabilidad laboral?*, Albacete: Bomarzo, 2013, pp. 215-232.
- PÉREZ REY, J., “Derecho a la estabilidad en el empleo y contratación temporal: una relación tormentosa”, *Revista de Derecho Social*, n.º 74 (2016), pp. 229-241.

- PÉREZ REY, J., “Para una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la Sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70”, *Revista de Derecho Social*, n.º 76 (2016), pp. 219 ss.
- PÉREZ REY, J., “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 77 (2017), pp. 151-174.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2003.
- PICÓ i JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2012.
- PIKETTY, T., *O Capital no século XXI*, trad. Monica Baumgarten de Bolle, 1ª ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PINHO PEDREIRA DA SILVA, L., “A irreversibilidade dos direitos sociais”, en AA.VV. (coord. Montesso, C. J., Freitas, M.A. y Coêlho, M. F.), *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*, São Paulo: Ltr, 2008, pp. 300-307.
- PISARELLO, G., “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la Democracia*, n.º 41 (2001), pp. 3-10.
- PISARELLO, G., “La Constitución Europea o los dilemas del aprendiz de brujo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 34 (2006), pp. 41-70.
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- PISARELLO, G., “El régimen constitucional español, 34 años después: ¿reforma o ruptura democrática?”, *Sin Permiso*, 16/1/2012, pp. 1-3, disponible en <http://old.sinpermiso.info/articulos/ficheros/2Cons.pdf>, acceso en 23.03.2017
- PISARELLO, G., “El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 28 (en./jun. 2012), pp. 55-75.
- POUND, R., *Social Control Through Law*, New Haven: Yale University Press, 1942.
- POZO MOREIRA, F. J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2012.

- PRADO JÚNIOR, C., *Formação do Brasil Contemporâneo*, 6ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1961.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Trota, 2003.
- RAMALHO MARQUES NETO, A., *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- RAMOS, S., “Convenção 158 da OIT”, *Trabalho & doutrina: processo, jurisprudência*, n.º 11 (dic./1996), pp. 46-49.
- RAMOS TAVARES, A., “Teoria Processual e Processo Constitucional ‘Objetivo’”, en AA.VV. (coord. Didier Jr., F. y Ferreira Jordão, E.), *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, Salvador: JusPodivim, 2007, pp. 69-88.
- RANGEL DINAMARCO, C., *A instrumentalidade do Processo*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- RANGEL DINAMARCO, C., *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- RANGEL DINAMARCO, C., “Tutela jurisdicional”, en AA.VV., *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 907 y ss.
- REALE, M., “Função social do contrato”, publicado por Academia Brasileira de Letras, 2003, disponible en www.academia.org.br/artigos/funcao-social-do-contrato, fecha de consulta: 15.05.2018.
- RENTERO JOVER, J., “Algunos aspectos de la nueva regulación del despido”, *Revista de Derecho Social*, n.º 25 (en./mar. 2004), pp. 9-29.
- REZEK, J. F., *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- RIBEIRO BASTOS, C. y MEYER-PFLUG, S., “A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”, en AA.VV. (org. Afonso da Silva, V.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 145-164.
- RIPERT, G., *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, trad. Gilda de Azevedo, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947.
- RIVERO LAMAS, J., “Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español”, *Revista de Política Social*, n.º 70 (1966), pp. 197-214.

- ROCHA SÁNCHEZ, F., “Atrapados en el tiempo. Notas introductorias sobre temporalidad y precariedad del empleo en España”, en AA.VV. (dir. Guamán Hernández, A., coord. Cordero Gordillo), *Temporalidad y precariedad del trabajo asalariado: ¿el fin de la estabilidad laboral?*, Albacete: Editorial Bomarzo, pp. 21-34.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., *El incidente de no readmisión*, Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Trabajo privado y trabajo público”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, pp. 42-48.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 1 (2001), pp. 463-490.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, en AA.VV. (dir. Sempere Navarro, A. V., coord. Martín Jiménez, R.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 207-228.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2007.
- ROMAGNOLI, U., “Derecho laboral y marco económico: nexos de origen y perfiles evolutivos”, *Revista de Derecho Social*, n.º 64 (2013), pp. 13-24.
- ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, R., “Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos”, *Revista dos Tribunais*, vol. 775 (mayo 2000), pp. 18-31.
- ROSENVALD, N., “Art. 421”, en AA.VV. (coord. Peluso, C.), *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*, 11ª ed., Barueri SP: Manole, 2017.
- RUBIO LLORENTE, F., “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n.º 62, (may./ago. 2001), pp. 11-56.
- RUESGA BENITO, S., MARTÍN NAVARRO, J. L., PÉREZ ORTIZ y VIÑAS APAOLAZA, A. I., “Recuperación económica y subempleo en el mercado de trabajo español”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 131 (2015), pp. 183-209.
- RUSSOMANO, M. V., *Comentários à CLT*, vol. 1, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SAAD, E. G., *Constituição e direito do trabalho*, São Paulo: Ltr, 1989.

- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Artículo 35: Derechos laborales”, en AA.VV. (dir. Alzaga Villaamil, O. y Díez-Picazo Giménez), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo III, Madrid: Editorial Edersa, 1996, pp. 571-598.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Algunas notas sobre derechos fundamentales en la empresa”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 111 (jul./sep. 2003), pp. 197-209.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015.
- SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales y la crisis económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 21, n.º 1 (2015), pp. 599-616.
- SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E. y TODOLÍ SIGNES, A., *Jurisprudencia Social a Debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- SALVO VENOSA, S., *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- SÁNCHEZ CÁMARA, I., “Sobre el paradigma ético dominante”, en AA.VV. (ed. Zapatero Gómez, V), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo 1, Universidad de Alcalá, 2002, p. 237-254.
- SANTIAGO GUERRA FILHO, W., “A dimensão processual dos direitos fundamentais”, *Revista de Processo*, n.º 87 (jul./set. 1997), pp. 166-174.
- SANTOS, A. L. y MARACCI GIMENEZ, D., “Desenvolvimento, competitividade e a reforma trabalhista”, en AA.VV (org. Dari Krein, J., Maracci Gimenez, D. y Santos, A. L.), *Dimensões Críticas da Reforma Trabalhista no Brasil*, Campinas: Editora Curt Nimuendajú, 2018, pp. 27-67.
- SANTOS BEDAQUE, J. R., *Direito e Processo*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SANTOS LUCON, P. H., “Devido Processo Legal Substancial”, en AA.VV. (org.: Didier Jr., F.), *Leituras Complementares de Processo Civil*, 3ª ed., Salvador: JusPodivm, 2005, pp. 1-21.
- SARLET, I. W., “La prohibición de retroceso en los derechos sociales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis”, en AA.VV. (Courtis, C. - compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 329-359.
- SARLET, I. W., “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito

- constitucional brasileiro”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 57, 2006, pp. 5-34.
- SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SARLET, I. W., “Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano”, *Revista do TST*, vol. 75, n.º 3 (jul./sep. 2009), pp. 116-149.
- SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- SAYÃO ROMITA, A., *Despedida arbitrária e discriminatória*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SAYÃO ROMITA, A., *Proscrição da despedida arbitrária: visão comparatista e direito brasileiro*, São Paulo: Ltr, 2011.
- SAYÃO ROMITA, A., “A matriz ideológica da CLT”, *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, año V, n.º 19 (2013), pp. 4-85.
- SEGADAS VIANA, “Evolução do Direito do Trabalho”, en Sússekind, A., Maranhão, D. y Segadas Vianna, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, 11ª ed., São Paulo: LTr, 1991, pp.55-77.
- SEGALÉS, J., “Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales causadas por el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador; una reseña sobre las STC 140 y 168 de 1.999”, *Revista de Derecho Social*, n.º 8 (oct./dic. 1999), pp. 121-131.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “Los derechos fundamentales en la Constitución española”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 105 (jul./sep. 1999), pp. 9-28.
- SOSA SANTOS, B., *Para uma revolução democrática da Justiça*, 3ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2011.
- SOUZA, J., *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*, Rio de Janeiro: Leya, 2017.
- STARK, C., “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, año 22 (2002), pp. 65-89.
- SUÁREZ CORUJO, B., “La constitucionalización de la ruptura laboral”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31 (2015), pp. 419-436.

- SUNDFELD, C. A., “Função social da propriedade”, en AA.VV. (coord. Abreu Dallari, A. y Valle Figueiredo, L.), *Temas de Direito Urbanístico I*, São Paulo: Editora RT, 1987.
- SUPIOT, A., “A legal perspective on the economic crisis of 2008”, *International Labour Review*, vol. 149, n.º 2 (2010), pp. 151-162.
- SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D. y SEGADAS VIANNA, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, 11ª ed., São Paulo: LTr, 1991.
- SÜSSEKIND, A., “Os direitos constitucionais trabalhistas”, en AA.VV. (coord. Montesso, C. J., Freitas, M. A. y Coêlho, M. F.), *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*, São Paulo: LTr, 2008, pp. 45-49.
- TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en Taruffo, M., Ibáñez, P. A. y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 17-46.
- TASCÓN LÓPEZ, R., “La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un nuevo contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 251(1), 2004, pp. 139-188.
- TEIXEIRA F. B. CUNHA, A., “Os direitos sociais na Constituição. Vinte anos depois. As promessas cumpridas ou não”, en AA.VV. (coord. Montesso, C. J., Freitas, M. A. y Coêlho, M. F.), *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*, São Paulo: LTr, pp. 7-44.
- TEIXEIRA MANUS, P. P., *Despedida arbitrária ou sem justa causa*, São Paulo: Malheiros, 1996.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT LIMITED, *Democracy Index 2017: Free speech under attack*, Londres: The Economist, 2018.
- THEODORO JUNIOR, H., “Direito Processual Constitucional”, *Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito)*, vol.01, n.º 04 (oct./nov. 2009), pp. 28-43.
- TORRES TEIXEIRA, S., “Acesso à justiça e vedação à dispensa discriminatória”. *Âmbito Jurídico*, n.º 88 (mayo 2011). Disponible en http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9208, fecha de acceso 01.06.2011.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Garantías del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario”, *Revista de Derecho Social*, n.º 46 (abr./jun. 2009), pp. 97-119.

- TREVIÑO PASCUAL, M., *Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público: su control jurisdiccional*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2016.
- TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 76 (2017), pp. 59-81.
- TUCK, R., *Natural Rights Theories: their origins and development*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- UGT, *Cinco años de reforma laboral: evolución del empleo, la contratación, los despidos, la negociación colectiva y los salarios*, febr. 2017, disponible en <http://www.ugt.es/Publicaciones/5%20a%C3%B1os%20de%20reforma%20laboral-retocado.pdf>, acceso en 14.06.2017.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2014.
- VALDÉS DAL-RE, F., “Prólogo”, en Rodríguez Fernández, M. L., *El incidente de no readmisión*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1989, pp. 3-8.
- VALDÉS DAL-RE, F. “Contratación temporal y trabajo a tiempo parcial en España: la normalización jurídica de la precariedad laboral”, en AA.VV., *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi, vol. II*, Padova: CEDAM, 2005, pp. 1709-1734.
- VALDÉS DAL-RE, F. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”, en AA.VV. (coord. Vignoli Cordeiro, J. y Vieira Caixeta, S.), *O Processo como Instrumento de Realização dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Ltr, 2007, pp. 11-34.
- VALLE MUÑOZ, F. A., “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”, *Revista de Derecho Social*, n.º 29 (en./mar. 2005), pp. 79-117.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Barcelona: CIMS, 2009.
- VAN DER WIEL, K., “Better protected, better paid: Evidence on how employment protection affects wages”, *Labour Economics*, vol. 17, n.º 1 (2010), pp. 16-26.
- VARELA DÍAZ, S., “La idea de deber constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n.º 4 (en.-abr./1982), pp. 69-96.
- VEGA GARCÍA, P., “En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Público: Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1997, pp. 333-345.

VIANNA, M. T., *Para entender a terceirização*, São Paulo: Ltr, 2015.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C., “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, en AA.VV. (org. Sarlet, I. W.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, pp. 273-299.

VIEIRA WANDELLI, L., *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*, São Paulo: Ltr, 2004.

VIVERO SERRANO, J. B., “El despido disciplinario en el sector público”, *Revista Jurídica de Castilla Leon*, n.º 37 (sep. 2015 – número monográfico), pp. 1-33.

VON POTOBSKY, G., “El devenir de las normas internacionales del trabajo”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, n.º 3, 2007, pp. 11-46.

WATANABE, K., “Acesso à justiça e sociedade moderna”, en AA.VV. (coord. Pellegrini Grinover, A., Rangel Dinamarco, C. y Watanabe, K.), *Participação e processo*, São Paulo: RT, 1988.

WERNECK VIANNA, L., *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

WIGGINS, D., “Work, its Moral Meaning or Import”, en AA.VV. (ed. Mantouvalou, V.), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015, pp. 11-15.

WILLIAMS, B., *In the beginning was the deed: realism and moralism in political argument* (selected, edited and with an introduction by Geoffrey Hawthorne), Princeton: Princeton University Press, 2005.

JURISPRUDENCIA CITADA

1 España

1.1 Tribunal Constitucional (Fuente: <https://www.tribunalconstitucional.es>)

STC 18/1981, de 8 de junio.
STC 22/1981, de 2 de julio.
STC 27/1981, 27 de julio.
STC 38/1981, de 23 de noviembre.
STC 32/1982, de 7 de junio.
STC 46/1982, de 12 de julio.
STC 49/1982, de 14 de julio.
STC 57/1982, de 27 de julio.
STC 3/1983, de 25 de enero.
STC 8/1983, de 18 de febrero.
STC 19/1983, de 14 de marzo.
STC 22/1983, de 23 de marzo.
STC 55/1983, de 22 de junio.
STC 68/1983, de 26 de julio.
STC 83/1984, de 24 de julio.
STC 93/1984, de 16 de octubre.
STC 94/1984, de 16 de octubre.
STC 107/1984, de 23 de noviembre.
STC 47/1985, de 27 de marzo.
STC 88/1985, de 19 de julio.
STC 89/1985, de 19 de julio.
STC 99/1985, de 30 de septiembre.
STC 95/1985, de 29 de julio.
STC 108/1986, de 29 de julio.

STC 99/1987, de 11 de junio.
STC 125/1987, de 15 de julio.
STC 158/1987, de 20 de octubre.
STC 167/1987, de 28 de octubre.
STC 199/1987, de 16 de diciembre.
STC 204/1987, de 21 de diciembre.
STC 4/1988, de 21 de enero.
STC 6/1988, de 21 de enero.
STC 64/1988, de 12 de abril.
STC 119/1988, de 20 de junio.
STC 166/1988, de 26 de septiembre.
STC 89/1989, de 11 de mayo.
STC 108/1989, de 8 de junio.
STC 114/1989, de 22 de junio.
STC 122/1989, de 6 de julio.
STC 172/1989, de 19 de octubre.
STC 178/1989, de 2 de noviembre.
STC 33/1990, de 26 de febrero.
STC 103/1990, de 4 de junio.
STC 114/1990, de 21 de junio.
STC 126/1990, de 5 de julio.
STC 171/1990, de 12 de noviembre.
STC 16/1991, de 28 de enero.
STC 46/91, de 28 de febrero.
STC 161/1991, de 18 de julio.
STC 14/1992, de 10 de febrero.
STC 21/1992, de 14 de febrero.
STC 81/1992, de 28 de mayo.
STC 223/1992, de 14 de diciembre.
STC 238/92, de 17 de diciembre.
STC 14/1993, de 18 de enero.
STC 17/1993, de 18 de enero.
STC 111/1993, de 25 de marzo.
STC 177/1993, de 31 de mayo.

STC 20/1994, de 27 de enero.
STC 54/1994, de 24 de febrero.
STC 99/94, de 11 de abril.
STC 125/1994, de 25 de abril.
STC 151/1994, de 23 de mayo.
STC 173/1994, de 7 de junio.
STC 269/1994, de 3 de octubre.
STC 6/1995, de 10 de enero.
STC 37/1995, de 7 de febrero.
STC 54/95, de 24 de febrero.
STC 91/1995, de 19 de junio.
STC 4/1996, de 16 de enero.
STC 61/1996, de 15 de abril.
STC 106/1996, de 12 de junio.
STC 186/1996, de 25 de noviembre.
STC 82/1997, de 22 de abril.
STC 147/1997, de 16 de septiembre.
STC 204/1997, de 30 de diciembre.
STC 1/1998, de 12 de enero.
STC 22/1998, de 2 de julio.
STC 68/1998, de 30 de marzo.
STC 197/1998, de 13 de octubre.
STC 227/1998, de 26 de noviembre.
STC 29/1999, de 8 de marzo.
STC 35/1999, de 22 de marzo.
STC 41/1999, de 22 de marzo.
STC 57/1999, de 12 de abril.
STC 114/1999, de 22 de junio.
STC 140/1999, de 22 de julio.
STC 180/1999, de 11 de octubre.
STC 202/1999, de 8 de noviembre.
STC 224/1999, de 13 de diciembre.
STC 241/1999, de 20 de diciembre.
STC 98/2000, de 10 de abril.

STC 101/2000, de 10 de abril.
STC 153/2000, de 14 de junio.
STC 196/2000, de 24 de julio.
STC 197/2000, de 24 de julio.
STC 199/2000, de 24 de agosto.
STC 261/2000, de 30 de octubre.
STC 282/2000, de 27 de noviembre.
STC 99/2001, de 23 de abril.
STC 139/2001, de 18 de junio.
STC 223/2001, de 5 de noviembre.
STC 20/2002, de 28 de enero.
STC 40/2002, de 14 de febrero.
STC 71/2002, de 8 de abril.
STC 225/2002, de 9 de diciembre.
STC 5/2003, de 20 de enero.
STC 49/2003, de 17 de marzo.
STC 188/2003, de 27 de octubre.
STC 192/2003, de 27 de octubre.
STC 218/2003, de 15 de diciembre.
STC 55/2004, de 19 de abril.
STC 87/2004, de 10 de mayo.
STC 151/2004, de 20 de septiembre.
STC 161/2004, de 4 de octubre.
STC 196/2004, de 15 de noviembre.
STC 38/2005, de 28 de febrero.
STC 53/2005, de 14 de marzo.
STC 80/2005, de 4 de abril.
STC 96/2005, de 18 de abril.
STC 171/2005, de 20 de junio.
STC 182/2005, de 4 de julio.
STC 237/2005, de 26 de septiembre.
STC 279/2005, de 7 de noviembre.
STC 298/2005 de 21 de noviembre.
STC 3/2006, de 16 de enero.

STC 16/2006, de 19 de enero.
STC 41/2006, de 13 de febrero.
STC 85/2006, de 27 de marzo.
STC 120/2006, de 24 de abril.
STC 168/2006, de 5 de junio.
STC 214/2006, de 6 de julio.
STC 247/2006, de 24 de julio.
STC 342/2006, de 11 de diciembre.
STC 5/2007, de 15 de enero.
STC 74/2007, de 16 de abril.
STC 160/2007, de 2 de julio.
STC 9/2008, de 21 de enero.
STC 26/2008, de 11 de febrero.
STC 56/2008, de 14 de abril.
STC 62/2008, de 26 de mayo.
STC 176/2008, de 22 de diciembre.
STC 70/2009, de 23 de marzo.
STC 73/2009, de 23 de marzo.
STC 102/2009, de 27 de abril.
STC 6/2011, de 14 de febrero.
STC 26/2011, de 14 de marzo.
STC 51/2011, de 14 de abril.
STC 63/2011, de 16 de mayo.
STC 29/2013, de 11 de febrero.
STC 10/2014, de 27 de enero.
STC 119/2014, de 16 de julio.
STC 8/2015, 22 de enero.
STC 163/2016, de 3 de octubre.

1.2 Tribunal Supremo (Fuente: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>)

STS 2039/1988, de 21 de marzo.

STS 12690/1988, de 21 de marzo.
STS 6161/1988, de 14 de septiembre.
STS 6721/1991, de 30 de noviembre.
STS 7340/1993, de 02 de noviembre.
STS 4018/2000, de 17 de mayo.
STS 1849/2008, de 30 de enero (rcud. 480/2007).
STS 4429/2010, de 14 de julio (rcud. 3531/2009)
STS 1699/2013, de 19 de marzo de 2013 (rcud. 2022/2012).
STS 1279/2014, de 2 de febrero (rec. 142/2013).
STS 2469/2015, de 5 de mayo (rec. 2659/2013).
STS 940/2018, de 23 de febrero (rec. 2907/2015).

1.3 Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Fuente: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Madrid/>)

STSJ M 10912/2013, de 22 de mayo de 2013.

2. Brasil

2.1 Supremo Tribunal Federal (Fuente: <http://portal.stf.jus.br/>)

ADI 830-7, DJU 16.09.1993.
ADI 975-MC/DF, DJU 20.06.1997.
ADI-MC 1480-DF, DJU 15.09.1997.
ADI 1664 MC/UF, DJU 19.12.1997.
ADI 1946 MC/DF, DJU 14.09.2001.
ADI 2.213-MC/DF, DJU 23.04.2004.
ADI 639-8/DF, DJU 21.10.2005
ADI 639/DF, DJU 21.10.2005.

ADI 1.721-3/DF, DJU 29.06.2007.
ADI 3.168, DJU 03.08.2007.
ADI 2.139-MC, DJ-e 23.10.2009.
ADI 2.160-MC, DJ-e 23.10.2009.
ADI 1625 (sin decisión publicada)
ADPF 172-MC-REF/MG, DJ-e 21.08.2009.
AI 135.850-AgR, DJU 24.05.1991.
AI 742.874-AgR, DJ-e 26.03.2010.
AI 791.441-AgR, DJ-e 20.08.2010.
AI 811.144-AgR, DJ-e 15.03.2012.
HC 80379/SP, DJU 25.05.2001.
MI 721, DJU 14.09.2007.
MI 708, DJU 06.11.2007.
MI 943, DJ-e 14.02.2013.
MS 24.645/DF, DJU 15.09.2003.
Pet. 4.556-AgR, DJ-e 21.08.2009.
RE 130206/PR, DJU 17.09.1991.
RE 130206/PR, DJU 17.09.1991.
RE 113.958, DJU 07.02.1997.
RE-AgR 5.206, DJU 20.04.2004.
RE 549.238-AgR, DJ-e 05.06.2009.
RE 511.961/SP, DJ-e 17.06.2009.
RE 549.055-AgR, DJ-e 10.12.2010.
RE 414.426/SC, DJ-e 10.10.2011.
RE-589.998/PI, DJ-e 12.09.2013.
Súmula n.º 667.
Súmula Vinculante n.º 28.

2.2 Superior Tribunal de Justiça (Fuente: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>)

AgRg no Ag 278796/BA, DJU 05.03.2001.
AgRg nos EREsp 967.836/RN, DJ-e 20.11.2008.
AgRg no Ag 969598/RS, DJ-e 16.03.2009.

AgRg no REsp 660.805/ES, DJ-e 25.02.2011.

REsp 671.986/RJ, DJU 10.10.2005.

REsp 677585/RS, DJU 06.12.2005.

REsp 834678/PR, DJU 23.08.2007.

REsp 960.280/RS, DJ-e 14.06.2011.

REsp 1.255.315/SP, DJ-e 27.09.2011.

2.3 Tribunal Superior do Trabalho (Fuente: <http://www.tst.jus.br/>)

Ag-RR 2753600-54.2009.5.09.0005, DEJT 05.05.2017.

ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, DEJT 14.08.2015.

AIRR 77700-47.2009.5.04.0019, DEJT 28.09.2012.

AIRR 1503-28.2010.5.10.0802, DEJT 13.09.2013.

AIRR-1039-53.2011.5.15.0115, DEJT 03.10.2014.

AIRR 904-55.2013.5.03.0034, DEJT 06.03.2015.

AIRR - 320900-73.2010.5.03.0000, DEJT 04.09.2015,

AIRR 10613-31.2015.5.03.0136, DEJT 30.06.2017.

AIRR 000520-24.2016.5.08.0107, DEJT, 23.03.2018.

ARR 195700-68.2007.5.12.0046, DEJT 06.07.2012.

ARR 19700-59.2011.5.17.0007, DEJT 13.05.2016.

ARR 2223-30.2014.5.17.0003, DEJT 11.11.2016.

ARR 154500-96.2012.5.17.0004, DEJT 02.06.2017.

ARR 1073-07.2010.5.04.0006, DEJT 19.12.2017.

ARR 1000162-39.2015.5.02.0432, DEJT 27.04.2018.

E-ED-RR 32400-27.2003.5.09.0668, DEJT 16.03.2012.

E-ED-RR 197400-58.2003.5.19.0003, DEJT 29.06.2012.

E-RR 74300-29.2007.5.03.0114, DEJT 28.05.2010.

E-RR 73840-41.2009.5.03.0027, DEJT 24.06.2011.

E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, DEJT 13.04.2012.

E-RR 807-35.2013.5.09.0892, DEJT 16.03.2018.

OJ SDI n.º 247.

RODC 309/2009-000-15-00.4, DEJT 04.09.2009.

RODC 2004700-91.2009.5.02.0000, DEJT 16.12.2011.

RODC 0000006-61.2011.5.05.0000, DEJT 22.02.2013.
RR 518016-61.1998.5.09.5555, DJU 23.08.2002.
RR 197400-58.2003.5.19.0003, DJ 04.05.2007.
RR 157-55.2010.5.04.0011, DEJT 24.02.2012.
RR 140740-18.2008.5.24.0007, DEJT 03.04.2012
RR-133500-32.2009.5.09.0242, DEJT 23.03.2012.
RR 32100-48.2006.5.02.0056, DEJT 18.05.2012.
RR 105600-39.2008.5.15.0017, DEJT 08.06.2012.
RR 237-36.2011.5.14.0001, DEJT 15.06.2012.
RR 230900-87.2005.5.15.0058, DEJT 24.08.2012.
RR-938-28.2012.5.18.0008, DEJT 20.09.2013.
RR-1198-77.2011.5.03.0002, DEJT 19.09.2014.
RR-1521-49.2011.5.04.0004, DEJT 26.09.2014.
RR 807-35.2013.5.09.0892, DEJT 01.04.2016.
RR 10425-06.2014.5.03.0061, DEJT 24.06.2016.
RR 209-39.2011.5.05.0027, DEJT 02.12.2016.
RR-563-21.2012.5.09.0673, DEJT 05.05.2017.
SÚMULAS 244, 310, 331, 443.

2.4 Tribunales Regionales del Trabajo

TRT1 (Fuente: <http://www.trt1.jus.br/>)

RO 0000684-25.2012.5.01.0074, DJ 29.01.2015.

TRT2 (Fuente: <http://www.trt2.jus.br/>)

RO 0000179-03.2012.5.02.0431, DJ 10.12.2012.

TRT3 (Fuente: <http://www.trt3.jus.br/>)

RO 0090600-86.2009.5.03.0020, DJ 13.05.2010.

RO-0010613-31.2015.5.03.0136, DEJT 18.04.2016.

RO 0010002-25.2016.5.03.0110, DEJT 08.02.2018.

TRT10 (Fuente: <http://www.trt10.jus.br/>)

MC 0000175-68.2015.5.10.0000, DEJT 05.02.2016.

TRT13 (Fuente: <http://www.trt13.jus.br/>)

RO 0017300-55.2012.5.13.0005, DJ-e 29.08.2012.

RO 0001023-65.2016.5.13.0023, DEJT 06.07.2017.

RO 0001007-80.2016.5.13.0001, DEJT 20.02.2018.

RO 0000657-89.2017.5.13.0023, DEJT 10.04.2018.

TRT15 (Fuente: <http://www.trt15.jus.br/>)

RO 0010552-42.2016.5.15.0027, DEJT 04.04.2018.

TRT17 (Fuente: <http://www.trt17.jus.br/>)

AgR-MS 0000667-94.2017.5.17.0000.

TRT18 (Fuente: <http://www.trt18.jus.br/>)

RO 0011546-69.2013.5.18.0002, DEJT 26.02.2015

RO-0011116-96.2015.5.18.0051, DEJT 02.09.2016.

RO-0011125-52.2015.5.18.0053, DEJT 16.11.2016.

TRT19 (Fuente: <http://www.trt19.jus.br/>)

RO 0001516-13.2011.5.19.0003, DJ 10.07.2012.

TRT21 (Fuente: <http://www.trt21.jus.br/>)

ROPS 0000126-35.2017.5.21.0005

TRT24 (Fuente: <http://www.trt24.jus.br/>)

ROPS 0024366-37.2016.5.24.0071, DEJT de 03.03.2017.

3. Europa

3.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Fuente: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>)

STJUE 05.03.1980 – Asunto C-243/78 (caso “Simmenthal”)

STJUE 22.09.1998 – Asunto C-185/97 (caso “Coote”)

STJUE 14.09.2016 – Asunto C-596/14 (caso “Diego Porras”)

3.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Fuente:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng>)

STEDH 19.02.2013 – Demanda 38285/09 (Asunto García Mateos vs. España)

4. Estados Unidos de América - Corte Suprema (Fuente:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/>)

129 U.S. 114 (1889) DENT vs. WEST VIRGINIA.

307 U.S. 496 (1939) HAGUE vs. C.I.O.