



**UNIVERSIDAD DE BURGOS**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO**  
**DOCTORADO SOCIEDAD PLURAL Y NUEVOS RETOS DEL DERECHO**

**Subordinación y tercerización. Los límites de los conceptos  
laborales bajo la visión constitucional.**

**Rafael da Silva Marques**

Burgos, junio de 2009.

**Subordinación y tercerización. Los límites de los conceptos  
laborales bajo la visión constitucional.**

Tesina presentado en el Curso de Doctorado del Departamento de Derecho Publico en el Programa ***Sociedad Plural y Nuevos Retos del Derecho*** por **Rafael da Silva Marques** para la obtención de suficiencia investigativa.

Dirigida por las Doctoras D. **Carmen Cueva Puente**, profesora titular de derecho laboral en la Universidad de Burgos y D. **Nuria Belloso Martin** profesora titular de filosofía del derecho en la Universidad de Burgos.

Burgos, junio de 2009.

“O homem quer na verdade se submeter à lei do dever, servir sua pátria, obsequiar seus amigos, mas ele quer trabalhar naquilo que lhe agrada, quando lhe agrada, tanto quanto lhe agrada; ele quer dispor de suas horas, obedecer somente à necessidade, escolher seus amigos, suas diversões, sua disciplina; prestar serviços por satisfação, não por ordem: sacrificar-se por egoísmo e não por uma obrigação servil. A comunidade é essencialmente contrária ao livre exercício de nossas faculdades, a nossos pendores mais nobres, a nossos sentimentos mais íntimos; tudo o que imaginar para conciliá-la com as exigências da razão individual e da vontade não levará senão a mudar a coisa conservando o nome; ora, se nós procuramos a verdade de boa-fé, devemos evitar as disputas de palavra”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> PROUDHON, Pierre Joseph, *A propriedade é um roubo e outros escritos anarquistas*. Tradução Suely Bastos, Porto Alegre; L&PM Pocket, 1998, p. 25.

Para mi Michela. Cuanto más yo estudio,  
más aumenta mi amor por ti.

Agradezco a Michela por la comprensión y la fuerza interior demostrada en mi periodo de ausencia. Agradezco a ella especialmente por el ejemplo de vida y e ser entero.

Agradezco a mis tutoras Dra. D. Carmen Cueva Puente y Dra. D. Nuria Belloso Martin que fueran más que tutoras. Fueron amigas e hicieron de un deseo una realidad.

Agradezco a mis padres por el ejemplo de vida y a mis hermanos por la fuerza que me dan.

No hay como no agradecer al Tribunal Regional del Trabajo de la Cuarta Región, Río Grande del Sur, por el período de beca que me ha concedido.

<b>Introducción</b>	08
<b>1 Derechos sociales y conciencia de clase</b>	15
1.1 El Estado Democrático de Derecho	15
1.2 Los derechos fundamentales-sociales	18
1.2.1 Introducción	18
1.2.2 La cuestión de los derechos fundamentales-sociales	20
1.2.3 Los derechos sociales en la Constitución española de 1978	23
1.2.4 Derechos sociales en el ámbito de las relaciones laborales	26
1.3 Flexibilización y desregularización	28
1.3.1 Estado social y la paradoja de la estabilización liberal	31
1.3.2 La cuestión sindical y los medios de comunicación y sus relaciones con la pérdida de la conciencia de clase	36
1.3.3 La pérdida de la conciencia de clase	43
1.4 Conciencia de clase y estabilización democrática	55
1.4.1 La democracia distributiva	55
1.4.2 La reconquista de la conciencia de clase	73
1.4.2.1 Derechos fundamentales-sociales y la reconquista de la conciencia de clase	73
1.4.2.2 Conciencia de clase y estabilización de la relación entre el capital y el trabajo	77
1.4.3 Trabajo subordinado y dignidad humana	78
<b>2 La dignidad humana</b>	80
2.1 Introducción	80
2.2 Concepto de dignidad	80
2.3 Dignidad de la persona humana	81
2.4 La dignidad humana como principio irrenunciable y absoluto	86
2.5 La dignidad humana como principio no-absoluto	89
2.6 La dignidad humana y el contrato de trabajo	92
2.7 El derecho al trabajo como norma de dignidad humana	101
2.8 El valor social del trabajo dignidad humana	106
<b>3. La subordinación jurídica y la cuestión de la tercerización</b>	120
3.1 Delimitación del tema – introducción	120
3.1.1 Consideraciones iniciales	120

3.1.2 La subordinación y la tercerización en la ley y en la jurisprudencia	121
3.1.3 Crítica al binomio <i>subordinación – tercerización</i>	124
3.2 Subordinación jurídica	126
3.3 Subordinación y no eventualidad (continuidad)	140
3.4 Subordinación estructural	142
3.5 Subordinación y capitalismo	145
3.5.1 – Consideraciones sobre el trabajo en Locke, Smith y Riccardo	146
3.5.2 El trabajador en el modo de producción capitalista	148
3.6 Trabajo subordinado, democracia y dignidad humana	163
3.7 Subordinación y tercerización	165
3.7.1 La tercerización	165
3.7.2 Casos de tercerización admitidos por la legislación brasileña	170
3.7.2.1 Descentralización del servicio público	170
3.7.2.2 Ley del trabajo temporal – ley 6.019/7	172
3.7.2.3 Servicios de seguridad, vigilancia y transporte de valores – ley 7.102/83	173
3.7.2.4 Régimen de concesión y permiso de la prestación de servicios públicos – ley 8.987/95	174
3.7.2.5 Ley general de las telecomunicaciones – ley 9.472/97	175
3.7.2.6 Actividad-fin y actividad-medio	176
3.7.3 Tercerización y subcontratación empresarial	178
3.7.4 Tercerización y vinculación del trabajador al bien o al servicio que produce	180
3.7.5 La regla del artículo 7º, inciso I, primera parte, de la Constitución brasileña de 1988	184
3.8 La tercerización en España	189
3.8.1 La subcontratación de obras y servicios	189
3.8.2 La cesión de trabajadores	194
3.8.3 La ley de las empresas de trabajo temporal - ley 14/94, de 01 de junio	197
3.8.4 La constitucionalidad de la tercerización en España	199
<b>Conclusiones</b>	200
<b>Referencias bibliográficas</b>	207

## Introducción

En la introducción de esta Tesina pretendemos ofrecer al lector una justificación del motivo por el cual consideramos conveniente ocuparnos de esta temática. Apuntaremos los aspectos principales que han motivado la realización del trabajo, así como los pasos, caminos y doctrinas seguidas.

Somos conscientes y esto lo reconocemos de antemano, que lo que trataremos aquí genera polémica no sólo en la jurisprudencia, sino también en la doctrina, que acaba, en el caso brasileño, especialmente en cuanto a la tercerización, repitiendo, muchas veces sin mayores reflexiones o incluso sin criterio, lo que dicen los tribunales acerca de la cuestión.

Destacamos también, incluso porque sobre esta cuestión haremos especial relevancia a lo largo del texto, que en Brasil, el movimiento y la práctica de la tercerización es constante, incluso por parte de órganos públicos, que muchas veces tienen el deber de supervisar la aplicación de la ley, no haciéndolo de forma satisfactoria y suficiente. Son innumerables los casos de empresas contratadas por otras para prestar trabajo de vigilancia o limpieza en que, transcurridos pocos meses después de la contratación, los trabajadores no perciben nada, sin que haya otra alternativa que la de recurrir al poder judicial. En la mayoría de las ocasiones, ni siquiera se consigue encontrar al empleador, por lo que el tomador acaba transfiriendo el perjuicio causado al trabajador, agotando, antes, todas las formas posibles de cobranza del empleador, deudor principal.

Por otro lado, además del problema crónico de la falta de pago o pago tardío, la tercerización trae consigo la debilitación de la clase trabajadora. Los sindicatos a que pertenecen estos trabajadores son más débiles, sin ningún poder de negociación. Los salarios que se pagan son muchas veces insignificantes, no llegando, en algunos casos a 150 € al mes. El desánimo acerca de la cuestión de clase es tan evidente que estas personas dejan de reivindicar mejoras en su condición social, sometiéndose a lo poco que se les ofrece.

Por ello, en la presente investigación nos proponemos profundizar en este tema. No seguiremos un esquema clásico, sino que realizaremos un análisis de la cuestión de clase, pérdida de la conciencia de clase, formas de reconquista o recuperación en parte de esta conciencia, emancipación por el trabajo subordinado, a partir de la dignidad humana, y subordinación jurídica como criterio constitucional de vinculación del trabajo por cuenta ajena directamente con el beneficiado por el servicio prestado.

Y para que este análisis resulte coherente y racional, es preciso examinar no sólo los requisitos de la relación de empleo, sino también las consecuencias de este contrato sobre la persona del trabajador.

No podemos dejar de destacar que el trabajador que presta servicios de forma subordinada lo hace, evidentemente, dentro de la lógica capitalista. De él deriva la “plusvalía”, diferencia entre el valor que recibe el prestador del trabajo y lo que el tomador gana con la venta del producto o servicio.

Es en este punto donde se hace esencial un análisis marxista. No sólo a partir de la teoría de Marx, sino también de Meszáros y de Poulantzas, entre otros. En nuestro trabajo de investigación intentaremos poner de manifiesto la cuestión de los efectos del capitalismo sobre las personas y sobre el trabajador y la forma en que, una vez insertado en este sistema, es recogido por la Constitución brasileña de 1988, artículo 7º, I, - que analizaremos debidamente.

Como hemos apuntado anteriormente, la cuestión es controvertida. Existe una doctrina y una jurisprudencia que se aproxima a lo que sostenemos en este trabajo. Creemos, sin embargo, que sólo así se puede evolucionar en el mundo de los hechos. La dialéctica, el pensar con fundamento, la divergencia, elementos todos esenciales de la democracia, cobran sentido junto a los fundamentos de esta introducción, con el fin de justificar la elección del tema y la forma de presentación del mismo.

A ello hay que añadir el hecho de que, como juez del trabajo, que es el quien suscribe, tiene contacto casi a diario con la realidad a la que estamos haciendo referencia. Cada día más personas dejan de tener un contrato de empleo de forma directa y pasan a ser terceros, sin ninguna garantía social, aumentando aún más la miseria y la exclusión social en un país que, desde hace siglos, no consigue resolver la cuestión de la brutal desigualdad social y regional.

No hay que olvidar la cuestión de la democracia. La justicia distributiva genera la democracia distributiva. Ésta, por una acción dirigida al entendimiento y fundamentada por la razón, lleva a lo que Habermas denomina razón comunicativa. Es por la acción de coordinación, comunicación de entendimiento y de discurso fundamentado como se puede avanzar hacia una educación que supone la mera cuestión del capital. La reconquista de la conciencia de clase, tarea dura, debe pasar por estas etapas, para al final, convertirse en una democracia distributiva-comunicativa-educativa-cultural, dirigida a la emancipación y a la estabilización de las estructuras democráticas.

La educación más allá del capital, fruto de una actuación comunicativa, hace que uno reconozca en el otro “*el propio yo*” como sujeto de derechos y deberes. Sin embargo, lo que no se desea para sí, no se debe imponer al otro. Cada persona constituye un fin en sí mismo, con dignidad y derechos que le son inherentes, permitiendo, así, la mejoría de la condición social.

No podemos dejar de subrayar el hecho de que esta reconquista de conciencia, fruto de la democracia *distributiva-comunicativa-educativa-cultural*, hace que las instituciones y las personas, así como la sociedad, hayan tomado conciencia de sí mismas. Se reconoce el modo de producción capitalista como constitucional, vigente y fruto del proceso democrático, pero hay que aceptar y tener en cuenta también a las personas, resaltando la importancia central del trabajador en el seno de este modo de producción.

Hay que subrayar que si hay capitalismo, habrá también trabajo subordinado. Es así. No es, por tanto, objetivo de esta investigación la reformulación del modo de producción. No sostenemos la superación del capitalismo, sino la humanización del mismo por el trabajo y en el trabajo. Una vez que se supere lo que parece ser uno de los principales problemas actuales en la relación entre capital y trabajo, la tercerización, se podrá avanzar hacia una sociedad mejor.

Por esta razón es por lo que planteamos la discusión de la teoría marxista. Insisto: no estamos sosteniendo la superación o el cambio del modo de producción para el marxista. La teoría marxista, que quizá sea la que mejor analiza el capitalismo y sus efectos sobre la clase trabajadora, la utilizaremos para argumentar y sostener las ideas expuestas.

Consideramos imprescindible el recurrir a la teoría marxista, como forma y base de estudio, para el análisis y la interpretación del capitalismo actual. Una visión social, que muestre al trabajador como un agente histórico, de importancia histórica y, especialmente, que destaque el papel en la historia de este trabajador, no puede ser rechazada.

Hay que reconocer, sin embargo, que existen otras doctrinas que permiten el análisis e interpretación del capitalismo. Ninguna, sin embargo, se centra en el trabajador y su importancia histórica. Ninguna considera, abiertamente, al trabajador como elemento de transformación social. Sin embargo, si lo que se propone es tratar acerca del trabajador, nada mejor que buscar el fundamento en la teoría marxista.

Cuando acabamos de escribir esta Tesina, la sociedad está experimentando una grave crisis económica. Por primera vez hay unanimidad en cuanto a la necesidad de intervención del Estado en la economía, especialmente para salvar grandes empresas y bancos. En España, por ejemplo, la oposición al Gobierno plantea, con apoyo del empresariado, la reducción de los costes de despido. Se cree que esta medida podría traer nuevas contrataciones.

Como veremos a lo largo del desarrollo de ese estudio, las informaciones del párrafo anterior no se confirman. El Gobierno del presidente Zapatero se niega a modificar las reglas en cuanto al coste del despido improcedente y lo hace bajo el argumento de que la convicción política de su partido no autoriza la reducción de las conquistas sociales de la clase trabajadora. No hay, tampoco, ningún precedente que garantice su eficacia. Lo que sí generaría sería un perjuicio a los

trabajadores, dado que, después de la crisis, sería más difícil modificar el mero derecho establecido.

El objetivo de esta investigación, es el de mostrar que una reestructuración de la cuestión del trabajo en los países capitalistas podría, además de mejorar la condición social y humana de los trabajadores, estabilizar la democracia, con la reducción de las desigualdades sociales y regionales. Trabajadores conscientes, bien informados y “libres”, reivindican lo que les corresponde como derecho. No se dejan llevar por movimientos engañosos. Una vez conscientes de su condición y su papel en la historia, su forma de actuar frente al gobierno y al empresariado cambia. Las reclamaciones cambian. La forma de actuar cambia.

Esta Tesina se presenta, por tanto, en un momento oportuno. Hay una crisis del capitalismo que, por lo que parece, incluso en crisis, es un sistema aceptable. La propuesta hasta ahora presentada podría ser un camino para enfrentarse a futuras crisis, ya que, aquéllas otras que se han puesto en marcha, se han demostrado eficaces sólo durante algunos años.

Por consiguiente, existe la necesidad de humanizar las relaciones entre capital y trabajo. El derecho de propiedad, central en el modo de producción capitalista, debe permitir que junto al mismo ocupe espacio también el derecho del trabajo y al trabajo. Sobre este aspecto resulta interesante la crítica de Rossal de Araújo.

El autor apunta que:

“como son derechos derivados de la relación de trabajo, la protección jurídica que se dispensa es de segunda categoría. Los derechos sociales, igualmente previstos en la Constitución ceden paso en función del derecho de propiedad, consagrando una lógica absurda que prefiere las cosas sobre las personas”.<sup>2</sup>

Precisamente para alterar esta lógica, fundada en el derecho de propiedad, que el derecho debe actuar y puede, de hecho, contribuir. La filosofía también puede y debe contribuir. La economía, como tema central del debate actual de crisis, debe abrir sus puertas a las demás ramas de las ciencias, pues no constituye una teoría pura, sino que depende, como cualquier cosa de este planeta, de la interacción con los demás.

En este sentido, destacamos la observación de Sitton. El autor apunta que *“como Winch sostiene, tener la experiencia de conocer otras culturas es contemplar diferentes posibilidades de hacer que la vida humana tenga sentido. Ninguna de estas maneras es superior a las otras”*.<sup>3</sup> El conocimiento, por tanto,

<sup>2</sup> ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco, “O direito do trabalho e o ser humano”. En: *Continuando a História*. Direito do Trabalho no limiar do novo milênio, São Paulo: LTr, 1999, p. 268.

<sup>3</sup> SITTON, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*. Traducción de Juan Carlos Rodríguez Aguilar. Ciudad del Mexico; FCE, 2006, p. 110.

también, es comunicativo. El avance por el bien de la mayoría merece también una reflexión por parte de los economistas, con el fin de poder resolver un problema que acaba afectando a toda la sociedad.

En cuanto a la forma de presentación de la Tesina, la misma en el primer capítulo tiene en cuenta la cuestión de los derechos fundamentales. La discusión con respecto a la fundamentalidad de los derechos sociales en España, la hemos articulado basándonos en la doctrina española, haciendo especial hincapié en los derechos sociales en el ámbito de las relaciones laborales.

También, en el primer capítulo, abordamos el tema de la flexibilización y desregularización, que acaban por originar la pérdida de la conciencia de clase por parte del trabajador. El desconocimiento de su real papel en la historia y la relevante transformación de la sociedad, convierte al trabajador en una presa fácil de un mundo cada vez más flexible, impersonal y desigual.

En el tercer apartado del primer capítulo presentamos una propuesta para la reconquista de la conciencia de clase por parte de los trabajadores. Teoría sustentada en el concepto de justicia distributiva de Offe, donde se evoluciona hacia una democracia distributiva, fruto de la propuesta para el entendimiento al estilo habermasiano, con una educación que vaya más allá del capital, sumada al aspecto cultural-constitucional defendido por Gomes Canotilho. Aspectos todos ellos que convergen en un intento de recuperación de la conciencia de clase por parte del trabajador y su papel en la historia.

En el segundo capítulo trataremos acerca de la dignidad humana. Desde el contrato de empleo surge la subordinación jurídica, al estar bajo las órdenes de otros; este hecho debe analizarse rigurosamente bajo los parámetros de la dignidad.

En este capítulo hacemos una aproximación a la dignidad humana como algo absoluto y no-absoluto, ya que forma parte del contrato de empleo el respeto a la dignidad del trabajador, que no desaparece, cuando comienza a trabajar en la empresa, así como tampoco sus derechos y deberes fundamentales. El trabajo es un elemento de la existencia humana. El ser humano en el mundo trabaja, y lo hace para cubrir sus demandas. No puede aceptar la vulneración de sus derechos como consecuencia de la actuación empresarial, ya que si admitiera tal situación estaría permitiendo su reducción a la mera producción o cosa.

Finalmente, en el tercer capítulo de esta investigación trabajaremos con el tema de la subordinación jurídica. Presentaremos reflexiones de algunos juristas de los más diversos países, que presentan sus definiciones y conceptos sobre el tema. Y es ahí donde volveremos a la aproximación marxista. La teoría marxista del análisis del modo de producción capitalista centrada en el trabajador, expone las esencias de la relación entre empleado y empleador tomando como punto de referencia esta misma subordinación.

Como tal subordinación deriva de la relación de empleo, no hay contrato de empleo sin subordinación. Es por ello que los límites que afectan en esta situación, tal y como regula el derecho brasileño vigente, ocasionan algunos problemas. Así, en el caso de las subcontrataciones, no hay norma legal que autorice la delegación a terceros de la ejecución de las actividades del tomador de los servicios, aun cuando esta actividad sea la de medio.

Hay que subrayar que la jurisprudencia y la doctrina brasileñas se asientan de forma prácticamente unánime en esta posibilidad, tal y como contempla la *Súmula* 331 del Tribunal Superior del Trabajo<sup>4</sup>. Hay, sin embargo, un equívoco en este punto, puesto que el artículo 7º, I, de la Constitución brasileña de 1988<sup>5</sup>, reconoce la relación de empleo como regla, no pudiendo haber legislación que confronte este dispositivo, por inconstitucional. Se entiende la relación de empleo como contratación directa. Es la que mejora efectivamente la condición social de los trabajadores y permite que alcancen un mejor nivel económico y social.

Sin embargo, si el capitalismo se estructura sobre el trabajo subordinado, se pretende que tenga por él, el mismo respeto que tiene por el mercado, retribuyendo al trabajador de forma justa conforme a la importancia del mismo dentro de la esfera económica capitalista. Permitir la tercerización es consagrar la “*alienación dentro de la alienación*”. Si la relación de empleo es ya, por la subordinación, una situación de sujeción, situación ésta permitida por la norma constitucional, se trata de que los límites de esta sujeción sean los menos posibles, principalmente en el caso de la contratación directa.

También en el tercer capítulo, hacemos referencia al hecho de que el trabajador que presta servicios de forma subordinada y por subcontratación, se distancia aún más del objeto que produce si se compara con el empleado directo. Lo que garantiza el pago por el bien creado o servicio prestado es el bien o

---

<sup>4</sup> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (continuación) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 I - La contratación de trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, formándose el vínculo directamente con el tomador de los servicios, salvo en el caso de trabajo temporal (Ley nº 6.019, de 03.01.1974). II - La contratación irregular de trabajadores, mediante una empresa interpuesta, no genera un vínculo de empleo con los órganos de la administración pública directa, indirecta o fundacional (art. 37, II, de la CF/1988). III - No forma vínculo de empleo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia (Ley nº 7.102, de 20.06.1983) y de conservación y limpieza, así como la de servicios especializados ligados a la actividad-medio del tomador, siempre que no exista la personalidad y la subordinación directa. IV - La no observancia de las obligaciones laborales, por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios, como obligaciones, incluso con respecto a los órganos de la administración directa, de las autarquías, de las fundaciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta, a partir del momento en que hayan participado en la relación procesal y consten también del título ejecutivo judicial (art. 71 de la Ley nº 8.666, de 21.06.1993).

<sup>5</sup> Art. 7º Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que se dirigen a la mejora de su condición social: I - **relación de empleo** protegida contra los despidos arbitrarios o sin justa causa, en los términos de ley de complemento, que contemplará una indemnización compensatoria, entre otros derechos, (...).

servicio producido, que se queda en manos de terceros. No hay producción que pueda garantizar el pago y, en estos casos, la precariedad es mayor.

Lo que pretendemos con este trabajo de investigación, es presentar una teoría un poco distinta de la habitual de la jurisprudencia y de la doctrina. Son las teorías procedentes de las Universidades, Facultades y grupos de estudios aquellas que permiten el avance del conocimiento. Es lo que hace a la vida digna de ser vivida. Lo que nos motiva es intentar integrar a la mayoría de la población en un mismo objetivo de reconquista de conciencia de clase y su aplicación a los contratos de trabajo subordinados, como agentes de transformación.

## 1. Derechos sociales y conciencia de clase

### 1.1 El Estado Democrático de Derecho

Lo que se pretende con este apartado es abordar la evolución del Estado de Derecho al Estado Democrático de Derecho.

La construcción del Estado de Derecho es propia de la segunda mitad del siglo XIX, surgido en Alemania e incorporado por la doctrina francesa, acompañado del respeto a la jerarquía de las reglas jurídicas, con el objetivo de limitar los poderes de este mismo Estado de Derecho. Se sostiene la supremacía de la ley sobre la administración.<sup>6</sup>

Sin embargo, sólo a través de la evolución del concepto de soberanía se puede empezar a hablar del Estado Nacional y Estado Moderno. El Estado Moderno no es más que la consecuencia lógica de la evolución de estos conceptos, incentivados por la Revolución Francesa y que dieron origen al llamado Estado Liberal de Derecho, que tuvo (y aún tiene) como base la libertad.

Más adelante, intentando contener la lógica liberal de no intervención del Estado en los contratos individuales y con el fin de atenuar (o no) los efectos nefastos del liberalismo, es donde surge la idea del Estado Social para, avanzando, llegar al Estado Democrático de Derecho, forma de ruptura con los modelos anteriores y que tiene como base la emancipación del ciudadano, tanto en el campo económico, como cultural y social.

Son características del Estado Liberal de Derecho la separación entre el Estado y la Sociedad Civil, mediada por el Derecho, así como la garantía de las libertades individuales, junto con la democracia representativa y semi-directa; y el Estado Mínimo, que asegure la actuación de los individuos.<sup>7</sup>

Para N. Bobbio, el Estado Liberal es aquél que permitió la pérdida del monopolio del poder ideológico, concediendo derechos civiles, tales como la libertad religiosa y de opinión y la pérdida del monopolio del poder económico, concediendo la libertad económica, conservando únicamente la fuerza legítima,

---

<sup>6</sup> STRECK, Lênio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *Ciência política e Teoria geral do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 4ª ed., 2004, p. 86.

<sup>7</sup> STRECK, Lênio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *Ciência política e Teoria geral do Estado*, cit., p. 90.

limitada por los derechos del hombre. Ésta es una concepción negativa del Estado reducida sólo a la realización de los fines individuales.<sup>8</sup>

El liberalismo clásico, incapaz de atender a los anhelos de los estratos sociales más débiles de alcanzar, más aislados, acabó por entrar en crisis. Fue necesario un replanteamiento de las atribuciones estatales. Se impone entonces un tercero, entre los agentes de moralización del pueblo y los partidarios a la lucha de clases: *“se abre un espacio de reflexión que da a lo ‘social’ el sentido de no resolver ya los conflictos de intereses por el sentido moral ni tampoco someter la sociedad a la violencia revolucionaria, sino negociar los compromisos entre las posiciones diferentes, superar el moralismo de los filántropos y evitar el socialismo de los distributivistas”*.<sup>9</sup>

En la medida en que el Estado Liberal de Derecho avanza hacia la forma del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales van dinamizando su propio significado, comenzando también a tratar la acción positiva por parte de los poderes públicos. Y lo hacen desde una perspectiva de respeto a la dignidad humana y a la solidaridad.<sup>10</sup>

Todo ello, como apunta Perez Luño, hizo que el tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, *“haya supuesto, en este plano, la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares”*.<sup>11</sup>

Como hemos visto, la teoría liberal maximiza la figura del hombre en su aspecto singular, único capaz de decidir sobre su vida, pasiones e intereses y sobre su propiedad. El proyecto jurídico que de ahí deriva tiene como centro a este hombre en su aspecto individual y sólo, alienado por su medio-ambiente. Se entiende que se reaccione frente a eso. Esta reacción se comienza a sentir a partir de las doctrinas socialistas y también de las crisis vividas por el modelo liberal. La relevancia de la idea de la comunidad en sentido amplio, va a permitir, en el campo jurídico, que se sustente del derecho social.<sup>12</sup>

Es también este derecho social el que, a principios del siglo XX, delineará una nueva idea de Estado, muy próxima al perfil liberal, pero que comenzará a tener funciones positivas, dejando de lado el hecho minimalista *“conectado a las seguridades interna y externas”*. El Estado pasa a ser regulador y promotor del bienestar social. Lo que se conoce como *welfare state* se estructurará más

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*, Tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 129/130.

<sup>9</sup> TRINDADE DE SOUZA, Rodrigo, *Função social do contrato de emprego*, São Paulo: LTr, 2008, p. 37.

<sup>10</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*, Madrid: Ed Tecnos, 9ª ed., p. 20/21.

<sup>11</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, cit., p. 23.

<sup>12</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luiz, *A idéia do direito social: O Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 32/33.

seriamente después de la segunda guerra mundial, donde el aspecto de la promoción, pasará a integrar definitivamente el vocablo jurídico-político del pasado siglo.<sup>13</sup>

Como podemos observar, el Estado Social comienza a exigir del Estado un papel ya no sólo negativo, sino activo, no sólo porque garantiza las libertades individuales, sino porque actúa en la protección de los derechos. Es un modelo de Estado garantista, con “*atribución de actuación positiva de garantía de concreción de los intereses relevantes de la comunidad*”.<sup>14</sup>

Con el Estado Social, no se produce ninguna ruptura con el modelo clásico del Estado de Derecho, sino sólo la concesión, por parte del Estado, de prestaciones positivas a la colectividad<sup>15</sup>. El núcleo se mantiene, como apunta Althusser<sup>16</sup>, a través de los aparatos ideológicos del Estado (AIE), familia, iglesia y escuela, que dominan la parte ideológica, evitando cambios significativos como aquéllos destinados al mantenimiento del propio sistema.

Los modelos anteriores, especialmente el Estado Social, intentarán romper con el modelo de desigualdad fruto del Estado Liberal de Derecho y se interesarán por abarcar también la democracia de una forma más directa y efectiva. A partir de ahí, empieza a configurarse un concepto del Estado Democrático de Derecho. La preocupación central es la transformación del Estado anterior.

Bolzan y Streck aducen que

“El *Estado Democrático de Derecho* tiene un contenido transformador de la realidad, que no se limita, como el Estado Social de Derecho, a una adaptación *mejorada* de las condiciones sociales de existencia. Así, su contenido rebasa el aspecto material de concreción de una vida digna para el hombre y empieza a actuar simbólicamente como fomento de la participación pública cuando lo *democrático califica el Estado, que irradia los valores de la democracia sobre todos sus elementos constitutivos y, pues, también sobre el orden jurídico*. Incluso la idea de democracia contiene e implica, necesariamente, la cuestión de la solución del problema de las condiciones materiales de existencia”.<sup>17</sup>

Es, por tanto, el Estado Democrático de Derecho aquél que efectivamente intenta mejorar las condiciones sociales de existencia de los ciudadanos. Tiene como base la dignidad humana y se preocupa especialmente de la observancia

<sup>13</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luiz, *A idéia do direito social (...)*, cit., p. 33.

<sup>14</sup> TRINDADE DE SOUZA, Rodrigo, *Função social do contrato de emprego*, cit., p. 37.

<sup>15</sup> GUIMARÃES FELICIANO, “Guilherme, Direito, Marx, Althusser, Neoliberalismo – Direito e Economia: Marx, Althusser e os Desafios da Sociedade Capitalista na Era Pós-industrial”. *Revista Síntese Trabalhista*, número 180, Porto Alegre: Síntese, junho/2004, p. 138/156.

<sup>16</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)*. Tradução de Walter André Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Edições Graal 2ª ed., 1985.

<sup>17</sup> STRECK, Lênio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *Ciência política e teoria geral do estado*, cit., p. 93.

rigurosa de la democracia, pluralismo y derechos fundamentales. Seguidamente, vamos a adentrarnos en los derechos fundamentales-sociales.

## 1.2 Los derechos fundamentales-sociales

### 1.2.1 Introducción

Vamos a comenzar tomando como punto de partida el concepto de derechos subjetivos. Por consiguiente, conviene citar a Karl Engisch. Para este autor, el derecho subjetivo es el poder o la legitimación conferida por el derecho. El derecho subjetivo es más que un simple permiso. Es, en efecto, una esfera de poder, en una cierta medida, dentro de ella, para prevenir sus propios intereses. Por consiguiente, el derecho subjetivo es un poder concedido al individuo por el orden jurídico, un medio para la satisfacción de intereses humanos.<sup>18</sup>

En lo que se refiere a los derechos fundamentales, conviene mencionar a Mauricio Godinho Delgado. Ese autor apunta que los “*derechos fundamentales son prerrogativas o ventajas jurídicas estructurantes de la existencia, afirmación y proyección de la persona humana y de su vida en sociedad*”. Sostiene que estos derechos no han supuesto ningún efecto innovador en la historia, en la medida en que ya existieron, en el pasado, experimentos sociopolíticos de gran participación de las elites en la vida económica, política y social de la sociedad, como es el caso de Atenas.<sup>19</sup>

El concepto de derechos fundamentales adquirió real relevancia, cuando incorporó a su matriz los vastos segmentos socio-económicos destituidos de riqueza y que, por primera vez en la historia, “*pasaron a ser sujetos de importantes prerrogativas y ventajas jurídicas en el plan de la vida en sociedad*”.<sup>20</sup>

Gomes Canotilho confirma que las normas de derechos fundamentales son todos los “*preceptos constitucionales destinados al reconocimiento, garantía o conformación constitutiva de derechos fundamentales (cfr. CRP, arts. 24º y ss)*”. Para ese autor, la importancia de las normas de derechos fundamentales deriva del hecho de que ellas, directa o indirectamente, “*aseguran un estatus jurídico-material a los ciudadanos*”<sup>21</sup> y, todo ello, además para el ejercicio de su ciudadanía y libertad.

Aunque se utilicen como sinónimos, es posible distinguir también las expresiones de derechos fundamentales y derechos del hombre. Los derechos del hombre son aquellos válidos para todos los pueblos en todos los tiempos en una

---

<sup>18</sup> ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado, Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 9ª ed., 2004, p. 41/43.

<sup>19</sup> GODINHO DELGADO, Mauricio, “Direitos fundamentais na relação de trabalho”. En: *LTr. Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTr, Ano 70, junho/2006, p. 657.

<sup>20</sup> GODINHO DELGADO, Mauricio. “Direitos fundamentais na relação de trabalho”, cit., p. 657.

<sup>21</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Lisboa: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1170.

dimensión iusnaturalista-universalista; derechos fundamentales son los derechos del hombre, garantizados jurídico-institucionalmente y limitados en el tiempo y en el espacio. Los primeros tendrían origen en la propia condición humana, por ello serían inviolables y los fundamentales serían los vigentes conforme al orden jurídico.

Los derechos fundamentales pueden ser los formalmente constitucionales, recogidos en el cuerpo de la constitución y así especificados. Junto a ellos, se sitúan los materialmente constitucionales que, aunque no estén formalmente en la Constitución, considerando la materia que tratan, se pueden considerar como tal. También existen los derechos fundamentales dispersos por el cuerpo de la Carta, llamados también “*derechos fundamentales formalmente constitucionales pero fuera del catálogo*”.<sup>22</sup>

En un contexto más moderno, la doctrina presenta la clasificación de los derechos fundamentales de primera, de segunda y tercera dimensiones, basándose en un orden histórico y cronológico y que son reconocidos constitucionalmente. Celso Lafer<sup>23</sup> añade los derechos de cuarta dimensión, apuntando que éstos y los de tercera dimensión trascienden la esfera individual, recayendo en grupos primarios y en grandes formaciones sociales.

Los derechos fundamentales de primera dimensión tratan de proteger a los individuos frente al Estado. Su origen se remonta al pensamiento liberal e individualista burgués, caracterizado como un derecho de defensa, que determina la no intervención del Estado. Integra derechos como el derecho a la vida, la libertad, la propiedad, la igualdad formal, la libertad de expresión colectiva y los derechos de participación política entre otros. Paulo Bonavides los denomina como derechos civiles y políticos.<sup>24</sup>

Los derechos de segunda dimensión exigen del Estado un comportamiento activo en la realización de la justicia social, al contrario que los derechos de primera dimensión, que se caracterizan por la conducta negativa del ente público.<sup>25</sup>

Estos derechos son los económicos, sociales y culturales, que hacen que los ciudadanos tengan derecho a prestaciones sociales por parte del ente estatal, como educación, salud, trabajo, seguridad social, entre otros, revelando una transición de las libertades formales abstractas hacia las libertades materiales

---

<sup>22</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 393/405.

<sup>23</sup> LAFER, Celso, *A reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1988. En el discurso de toma de posesión del Ministro Celso Melo como Presidente del Supremo Tribunal Federal.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563.

<sup>25</sup> REIS, Jorge Renato dos, “A Concretização e a Efetivação dos Direitos Fundamentais no Direito Privado”, En: *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*, Tomo 4, Organizadores Rogério Gesta Leal e Jorge Renato dos Reis, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 996.

concretas. Engloban, también, el derecho a la huelga, sindicación, salario mínimo, las llamadas “*libertades sociales*”.<sup>26</sup> Su función, por tanto, es prestacional.

Los derechos de tercera dimensión son también conocidos como derechos de fraternidad y de solidaridad. No se refieren a una persona individualmente como los anteriormente citados, destinándose a la protección de grupos de personas tales como los derechos de titularidad colectiva o difusa.

Entre estos derechos se integran, el de la autodeterminación de los pueblos, el de la calidad de vida, con respecto a su implicación universal o, por lo menos, transindividual, exigiendo esfuerzos y responsabilidades a escala universal para su concreción.<sup>27</sup>

Los derechos de cuarta dimensión son aquéllos relacionados con la democracia, el derecho la información y el derecho al pluralismo. Aceptar y garantizar todas las formas de manifestación social y tolerar la diferencia, garantizando que la misma pueda, plenamente, presentarse como tal, es una de las funciones de los derechos fundamentales de cuarta dimensión.

Es importante destacar que hay quien defiende que no hay razón para que exista una división de los derechos fundamentales en dimensiones o generaciones. No existen diferencias estructurales entre los diversos tipos de derechos fundamentales, lo que determina la superación de los modelos teóricos basados en la estricta separación entre los derechos sociales y de libertades y de las garantías, aplicándose de forma inmediata todas las normas constitucionales, a partir de la unidad de sentido de los derechos fundamentales.<sup>28</sup>

### 1.2.2 La cuestión de los derechos fundamentales-sociales

José Afonso da Silva conceptúa los derechos sociales como dimensión de los derechos fundamentales del hombre, siendo los mismos prestaciones positivas proporcionadas directa o indirectamente por el Estado, recogidas por normas constitucionales, que hacen posible mejores condiciones de vida a los más necesitados y que tienden a realizar la igualdad de situaciones sociales desiguales. Se vinculan, por tanto, al derecho de igualdad. “*Valen como presupuestos de disfrute de los derechos individuales en la medida en que crean condiciones materiales más propicias a la accesibilidad de la igualdad real, que, a*

<sup>26</sup> REIS, Jorge Renato dos, *ibidem*.

<sup>27</sup> REIS, Jorge Renato dos, “A Concretização e a Efetivação dos Direitos Fundamentais no Direito Privado”, cit., p. 997/998.

<sup>28</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto, “A indivisibilidade dos direitos fundamentais e a efetividade dos direitos sociais”. En: *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Sandra Regina Martini Vial (coordinadora), Mônia Clarissa Hennig Leal, Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal, Porto Alegre: Evangraf, 2005, p.123.

su vez, proporciona una condición más compatible con el ejercicio efectivo de la libertad'.<sup>29</sup>

Gomes Canotilho, cuando habla de la constitución social, apunta que la misma servirá para designar el conjunto de derechos y principios de naturaleza social, formalmente constante en la Constitución. La Constitución social no se reduce a un concepto extraconstitucional, sino a un amplio concepto que incluye los principios fundamentales de aquello que se llama derecho social.<sup>30</sup>

Los derechos sociales apelan a una democracia económica y social en un doble sentido. En primer lugar son derechos de todos y de todas las personas residentes en el país (Canotilho se refiere a Portugal), entre lo que cabe citar, seguridad social, salud, vivienda, ambiente y calidad de vida; en segundo lugar, presuponen un tratamiento preferencial para las personas que, en virtud de las condiciones económicas, físicas o sociales, no pueden disfrutar estos derechos. Canotilho apunta un tercer sentido, el de la democracia económica y social, en el campo de los derechos sociales: "*la tendencial igualdad de los ciudadanos en lo que respecta a las prestaciones sociales*".<sup>31</sup>

Los derechos sociales están contemplados en el artículo 6º de la Constitución brasileña de 1988<sup>32</sup>, en la Parte I, Título III, Capítulo II de la Constitución portuguesa de 1976<sup>33</sup> y en el Título I, Capítulo III de la Constitución española de 1978<sup>34</sup>.

En el caso de Brasil, inicialmente, los derechos sociales estaban ubicados junto al orden social. Con la Constitución de 1988 se cambió, configurándose el un capítulo propio de los derechos sociales (capítulo II del título II) y del orden social (título VIII). Sin embargo, ello no quiere decir que la separación fuera radical. El artículo 6º de la Constitución brasileña de 1988 dice que son derechos sociales "*la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución*".<sup>35</sup> La forma a la que se refiere este artículo está contemplada en el título del orden social que tiene como "*base el primado del trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia sociales*".<sup>36</sup>

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2000, p. 289/290.

<sup>30</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 347/348.

<sup>31</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 348.

<sup>32</sup> Art. 6º: Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección de la maternidad y de la infancia, la asistencia a los desamparados, en los términos establecidos en la Constitución.

<sup>33</sup> Derechos y deberes sociales.

<sup>34</sup> DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA.

<sup>35</sup> Artículo 193 de la Constitución brasileña de 1988.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 288.

Los derechos económicos y sociales, de segunda generación, no son de fácil diferenciación, pues hay quien entiende que los derechos de los trabajadores son una especie de derechos económicos, ya que el trabajo es uno de los componentes de la producción. La Carta, sin embargo, coloca los derechos de los trabajadores como derechos sociales y el trabajo como base del orden social.<sup>37</sup>

Lo cierto es que, esencialmente, son los mismos derechos fundamentales del hombre y consisten en prestaciones positivas<sup>38</sup> proporcionadas directa o indirectamente por el Estado, integradas en normas constitucionales, que posibilitan la mejora de las condiciones de vida y una mayor prosperidad y dignidad a los más necesitados, procurando la igualdad entre los desiguales.<sup>39</sup>

Alexy apunta que los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos negativos (omisivos) por parte del mismo Estado. Su contrapartida son, según el autor, los derechos a acciones positivas del Estado, denominados derechos sociales, como por ejemplo los derechos a la asistencia social, trabajo, educación, entre otros.<sup>40</sup>

Para que el Estado pueda satisfacer las prestaciones a las que el ciudadano tiene derecho, es preciso que existan recursos materiales suficientes, pudiendo el Estado disponer de estos recursos. Sin embargo, no se puede aceptar que estos derechos estén sujetos a la posibilidad de recursos disponibles, ya que lo que pretende la norma fundamental es la implementación gradual de estos derechos, observando la reserva de lo posible. No es lo que acaece con los derechos y garantías individuales (libertades y garantías) donde no hay la necesidad de actuación por parte del Estado (abstención) o cuando la actuación se refiere a actividades tradicionales como, por ejemplo, la seguridad y la justicia.<sup>41</sup>

Lo cierto es que el bienestar social es una de las finalidades del Estado, sin que sea posible, al contrario de la justicia y la seguridad, ser monopolio del mismo, *“bajo pena de asfixia de la libertad social, admitiéndose, por ello, diversos grados de intervención que deben ser objeto de decisión política de los órganos democráticamente electos, sujetos al escrutinio popular”*.<sup>42</sup>

---

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 289.

<sup>38</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa: Almedina, 2005, p. 182, para quien los derechos sociales son *“derechos a prestaciones (como derechos a prestaciones de facto positivo)”*, en contrapartida a derechos de defensa, también conocidos en el constitucionalismo portugués como *“derechos, libertades y garantías”*. Aquí, en el mismo sentido, WOLFGANG SARLET, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 4ª ed., 2004, p. 205.

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., P. 289.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 419/420.

<sup>41</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 190/191.

<sup>42</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 192.

Nos recuerda Ingo Wolfgang Sarlet, que los derechos fundamentales sociales a prestaciones, al contrario que los derechos de defensa, tienen el objetivo de asegurar, mediante la compensación por las desigualdades sociales, “*el ejercicio de una libertad e igualdad real y efectiva, que presupone un comportamiento activo del Estado, ya que la igualdad material no se ofrece simplemente por sí misma, debiendo ser debidamente implementada*”. Además, estos derechos buscan una igualdad real para todos, que sólo se puede alcanzar cuando se eliminan las desigualdades, y no por medio de una igualdad exenta de libertad, pudiendo afirmarse en este contexto que, en cierta medida, “*la libertad y la igualdad son efectivas por medio de los derechos fundamentales sociales*”.<sup>43</sup> Conviene observar que los derechos fundamentales sociales y los derechos de libertad no están en posición antagónica, ya que ambos son derechos fundamentales y se basan en el fundamento de la dignidad de la persona humana que se concreta proporcionalmente en el aumento de la libertad y en la disminución de los privilegios de todos.<sup>44</sup>

Como se deduce de lo apuntado, no hay democracia sin la concreción de los derechos sociales y sin la búsqueda incesante de una igualdad material, a través de una reducción significativa de las desigualdades sociales y regionales, escuela pública organizada y satisfactoria, acceso amplio a la cultura y a los derechos de protección al trabajo.

El núcleo de este estudio será el derecho al trabajo y del trabajo, vinculado al fundamento del valor social del trabajo, dignidad de la persona humana y a la subordinación jurídica del trabajador frente al empleador como norma de derecho fundamental y de dignidad humana. Nuestra investigación prosigue con la aproximación a los derechos sociales en España y, posteriormente, con el análisis del ámbito de las relaciones laborales.

### **1.2.3 Los Derechos sociales en la Constitución española de 1978**

Los derechos fundamentales, en la Constitución española, están presentes en el Título I de la Carta, artículos 10 a 55. Integran tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. El sistema de garantías, sin embargo, privilegia los derechos relacionados y estrechamente ligados a la libertad en detrimento de aquellos que derivan del principio de igualdad.<sup>45</sup>

Marli Marlene da Costa y Nuria Belloso Martín justifican que esta fractura de unidad parece una consecuencia de la diferencia entre lo que se *considera libertad individual, en cuanto esfera de interés privado, cuyo disfrute se cree garantizado por medio de la mera autolimitación estatal, y lo que se entiende como derecho*

<sup>43</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 214.

<sup>44</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 215.

<sup>45</sup> COSTA, Marli M. M. da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008, p. 197.

*social, en cuanto esfera del interés colectivo, que requiere, para su ejercicio y tutela, la creación de los correspondientes servicios por parte de los poderes públicos”.*<sup>46</sup>

Sin embargo, lo que debe resaltarse es que la cuestión no está cerrada por parte de la doctrina española. Hay cierta polémica acerca de la cuestión de que los derechos sociales sean o no fundamentales. Para M. da Costa y N. Belloso, los derechos del Capítulo III de la Constitución española de 1978, tienen todos los requisitos para que sean considerados fundamentales. Son aquellos derechos humanos positivados en la Constitución y que gozan de garantías jurídicas, aunque diversas de aquellos que derivan del principio de la libertad.<sup>47</sup>

Las autoras apuntan que:

“Los argumentos que pueden esgrimirse a favor de la tesis de los derechos sociales como fundamentales en la Constitución, pueden deducirse de su propia inserción en el Título I que trata “De los Derechos y Deberes Fundamentales”. Es la propia Constitución la que define todos los derechos y deberes contenidos en el Título I como fundamentales y alude a ello, literalmente, cuando enuncia el Capítulo IV del citado Título como “garantías de las libertades y Derechos Fundamentales”, presentando allí los diversos instrumentos de protección de los derechos observados en los distintos capítulos y secciones del Título”.<sup>48</sup>

Hay que poner de manifiesto que, una interpretación restrictiva acabaría desembocando en el resultado de mantener únicamente una parte de los derechos y libertades del Título I entre los fundamentales, resultando los demás con la condición de accesorios. Por esta razón, las autoras subrayan que la diferencia entre los medios de tutela no implica la negación de la condición de derechos fundamentales a todo el elenco de derechos del Título I de la Constitución española de 1978, sino que implica el reconocimiento realista por parte del constituyente de los “*diferentes presupuestos económico-sociales y técnico-jurídicos que afluyen en la respectiva implantación de las libertades individuales*”.<sup>49</sup>

Por otro lado, nos atrevemos, en este apartado, a afirmar que los derechos fundamentales-sociales están relacionados con el derecho al desarrollo.

Sobre el derecho al desarrollo, Peces-Barba apunta que este derecho se presenta en el ámbito de la Comunidad internacional, en una dialéctica entre países ricos y pobres. Más adelante, nos indica que este derecho se descompone

<sup>46</sup> COSTA, Marli M. M. da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 198.

<sup>47</sup> COSTA, Marli M. M. da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 199.

<sup>48</sup> COSTA, Marli M. M. da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 199.

<sup>49</sup> COSTA, Marli M. M. da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Ibidem*.

en el derecho que asegura a cada hombre una vida digna con vivienda, seguridad social, salud y educación, entre otros. Es, para el autor, un derecho colectivo de los pueblos y naciones y contiene aquellos derechos individuales de los que depende una vida digna. “*La dignidad como raíz de la moralidad, y la independencia o la autonomía como su meta, serían compatibles con la pretensión moral del derecho al desarrollo, como derecho de los grupos, de los pueblos y de las naciones, solo como expresión de las pretensiones de los individuos que los componen*”.<sup>50</sup>

Para justificar mejor su postura, Peques-Barba muestra que, en el ámbito interno, el artículo 2º de la Constitución española, reconoce y garantiza la solidaridad entre regiones y que el artículo 138.1, del mismo texto jurídico desarrolla el tema al garantizar la realización efectiva del principio de la solidaridad, buscando el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español. Añade, también, que en el artículo 40, la Constitución indica que los poderes públicos promoverán condiciones favorables para el progreso económico y social y para una distribución de renta regional y personal más igual, siendo éste el espíritu que el autor denomina como el principio del desarrollo.<sup>51</sup>

Además, conviene añadir a los fundamentos anteriormente mencionados lo que apunta Teresa Vicente Giménez:

“El avance histórico de los derechos humanos descansa hoy en el reconocimiento, la efectividad y la exigibilidad de los derechos sociales, del mismo modo que ocurrió en otro momento histórico con los derechos civiles y, más tarde con los derechos políticos, que consiguieron una base jurídica suficiente para realizar los derechos humanos, enunciados entonces como punto de partida. En la actualidad, el proceso de realización histórica de los derechos sociales requiere de la adopción de medidas en el plano interno y en el plano internacional, porque la mejora de las condiciones de vida de la humanidad, de las gentes y de los pueblos, exige una acción conjunta y solidaria”.<sup>52</sup>

De ahí, que reforzado por lo que apuntan Marli Marlene da Costa y Nuria Belloso Martín, podamos comprender que los derechos sociales tienen un carácter fundamental. Y ello se justifica por el hecho de que elevan al ser humano a una condición digna de vida y existencia, con la reducción de las desigualdades existentes, con el fin de promover el bienestar de todos y para el progreso conjunto de la colectividad.

<sup>50</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Colección Cursos, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1ª reimpresión; 1999, p. 188/189.

<sup>51</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., p. 190/191.

<sup>52</sup> VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia: Publicaciones Universidad de Valencia, 2006, p. 102.

Por otro lado, conviene destacar que la interpretación de los derechos fundamentales se vincula a una teoría de los derechos fundamentales y ésta, a su vez, a una teoría de la Constitución y, ambas, a una concepción de Estado, de la Constitución y de la ciudadanía, teniendo como base una ideología sin la cual los conceptos antes planteados perderían su sentido. De ahí surge la masa teórica que da lugar a la legitimidad de la Constitución y de los derechos fundamentales, traducida en una tabla de valores del orden democrático del Estado de Derecho, donde “*yace la eficacia de las reglas constitucionales y reposa la estabilidad de principios del ordenamiento jurídico, regido por una teoría material de la Constitución*”.<sup>53</sup>

Así, alejándose de una hermenéutica tradicional, la concreción de los derechos fundamentales debe darse teniendo en cuenta el contenido de la norma fundamental, su alcance e interés de la sociedad y de quien busca la protección, teniendo presente su interpretación ya que se trata de una norma con naturaleza de principio, y que debe ser siempre ampliada en beneficio de la colectividad que, al final, es quien la protege.

#### **1.2.4 Los derechos sociales en el ámbito de las relaciones laborales**

Los derechos sociales de los trabajadores urbanos y rurales se diferencian de los derechos sociales en general. Los primeros son una categoría específica de éstos y se diferencian de los demás en lo que se refiere a toda la colectividad, ya que se refieren estrictamente a los trabajadores (empleados), teniendo como destinatarios a los empleadores. Hay que poner de manifiesto que los derechos sociales prestacionales se encuentran vinculados a las tareas ejercidas por el Estado Social, que busca la mejor forma de distribuir y redistribuir la renta.<sup>54</sup>

Los derechos de los trabajadores, conforme a la Constitución brasileña de 1988, son de dos órdenes fundamentalmente: derechos de los trabajadores en sus relaciones individuales de trabajo, artículo 7º de la Constitución de 1988, como por ejemplo “*disfrute de vacaciones anuales remuneradas con, por lo menos un tercio más del salario normal (inciso XVII)*”; y derechos colectivos de los trabajadores, artículos de 8º a 11º, ejercidos colectivamente o en el interés de una colectividad, tales como el derecho a la asociación sindical y a la huelga, entre otros.<sup>55</sup>

Vieira Andrade sitúa los derechos de los trabajadores en una misma categoría de los derechos, libertades y garantías, aunque estén sujetos a un régimen constitucional distinto (derechos sociales). Por tanto, los derechos de abstención son negativos. Subraya el autor, más adelante, que varios derechos sociales, e incluye aquí especialmente los de los trabajadores, acaban por presentar una determinación intensa de contenido, hipótesis en la que su régimen substancial (aunque no el orgánico) se aproxima en virtud del principio de

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 581.

<sup>54</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 214/222.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 291.

constitucionalidad, del régimen de aplicabilidad directa de los derechos, libertades y garantías. Concluye el autor que hay derechos sociales, por tanto, y en éstos encajan bien los de los trabajadores, que tienen naturaleza de derechos negativos, libertades y garantías.<sup>56</sup>

Aunque no sea objeto de esta investigación, las consideraciones mencionadas hacen que se concluya que resulta dispensable una norma que reglamente los derechos sociales de los trabajadores, como por ejemplo el del inciso XXI del artículo 7º de la Constitución brasileña<sup>57</sup>, entre otros. Si no fuera así, podríamos llegar al absurdo de concluir que los derechos de primera dimensión, para ser efectivamente ejercidos, tendrían que ser también fomentados por ley o políticas públicas. Una cosa es el derecho a prestaciones. Otra son los derechos sociales negativos como los de los trabajadores, que prescinden de cualquier norma o política pública para hacerse valer, frente al tomador del trabajo o empleador.

Conviene también destacar que el problema de los derechos sociales, donde se incluyen los de los trabajadores, deben ser recogidos en las Constituciones, evitando que haya meros enunciados teóricos, sin reflejo en la vida práctica de los titulares, como promesas de incierto cumplimiento, tal como nos advierte Calamandrei.<sup>58</sup>

Para los derechos de los trabajadores son también importantes las normas de derechos fundamentales en sentido material, aquéllas que, a pesar de que estén fuera del catálogo de los derechos y garantías fundamentales, en virtud de su grado de importancia y contenido, pueden ser equiparadas, formalmente a los derechos fundamentales<sup>59</sup>. Ello favorece que los artículos 9º y 468 de la *Consolidação das Leis do Trabalho*<sup>60</sup> tengan, también, materialmente, naturaleza de derechos fundamentales. Se consideran, respectivamente, como nulos de pleno derecho los actos tendientes a falsificar, impedir o desvirtuar la aplicación de los preceptos de la *Consolidação* y son lícitas sólo las modificaciones en los contratos individuales de empleo por mutuo consentimiento, siempre y cuando no conlleven perjuicio al trabajador. Son, por tanto, normas materialmente

---

<sup>56</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 385/386.

<sup>57</sup> Art. 7º (...); XXI – preaviso proporcional al tiempo de servicio, siendo al menos de treinta días, en los términos de ley.

<sup>58</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto, *Classificação dos direitos fundamentais. Do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 51.

<sup>59</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto, *Classificação dos direitos fundamentais (...)*, cit., p. 36.

<sup>60</sup> Art. 9º Serán nulos de pleno derecho los actos practicados con el objetivo de desvirtuar, impedir o falsificar la aplicación de los preceptos contenidos en la presente *Consolidação*  
Art. 468. En los contratos individuales de trabajo solo es lícita la modificación de las respectivas condiciones por mutuo consentimiento, e, incluso así, siempre que no deriven, directa o indirectamente, perjuicios al empleado, bajo pena de nulidad de cláusula infringida de esta garantía.

constitucionales, relacionadas con lo que dispone el artículo 7º, enunciado, de la CF/88 y el principio de la protección.

A este respecto, destacamos lo que apunta Perez Luño sobre los derechos de los trabajadores en el ámbito de la Constitución española:

“La Constitución española de 1978 reconoce una serie de derechos sociales, de marcada significación laboral, cada uno de los cuales corresponde a una fase característica del movimiento sindicalista (...)

e) Se consagra el derecho y el deber al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y familiares del trabajador (art. 35.1). En consonancia con tal reconocimiento, los poderes públicos se comprometen a fomentar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1).

f) Se garantiza el mantenimiento de un régimen público de seguridad social (art. 41); la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de la jornada laboral, y otros”.<sup>61</sup>

Por lo descrito hasta ahora, no podemos compartir la opinión de Bulos <sup>62</sup>, para quien los derechos contenidos en el artículo 7º de la Constitución son taxativos, ya que la norma constitucional, en el enunciado del artículo considera “*además de otros que se dirigen a la mejoría de su condición social*”, no pudiendo restringirse a sólo treinta y cuatro incisos y un párrafo único los derechos fundamentales de los trabajadores, sin posibilidad alguna de ampliación dirigida a la mejora de las condiciones sociales de los trabajadores.

En el siguiente apartado analizaremos la cuestión de la flexibilización y de la desregulación laboral, así como sus efectos en relación al contrato de trabajo y a la cuestión de clase.

### 1.3 Flexibilización y desregulación

Antes de adentrarnos en el tema de la flexibilización, es preciso hacer algunas consideraciones conceptuales del término.

La flexibilización es el “*conjunto de procesos y de medidas dirigidas a alterar las reglamentaciones concernientes al mercado de trabajo y a las relaciones de trabajo, tratando de hacerlas menos ordenadas y posibilitando arreglos considerados innovadores frente a una fuerte tradición de control legal de las relaciones laborales*”. La flexibilización se contrapone a esta tradición, que tiene como fin la protección a los trabajadores.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, cit. p. 195.

<sup>62</sup> LAMMÊGO BULOS, Uadi, *Constituição Federal anotada*, São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2005, p. 427.

<sup>63</sup> HOLZMANN, Lorena e PICCININI, Valmiria, “Flexibilização”. En: *Dicionário de trabalho e tecnologia*, Organizadores Antonio David Cattani e Lorena Holzmann, Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006, p. 131.

Oscar Ermita Uriarte apunta que hay diferencia entre desregulación y flexibilización. La primera sería fruto de la actuación unilateral de las autoridades estatales o empleador para disminuir o eliminan derechos de los trabajadores. La denomina flexibilización unilateral. La segunda sería una especie de adaptación autónoma, negociada y condicionada, a cambio de determinadas exigencias o contraprestaciones.<sup>64</sup> Ambas, sin embargo, suprimen algunos derechos de los trabajadores. ¿Qué es lo que cambia? Como podemos ver, cambia la forma, o el “cómo hacer”.

Según la visión neoliberal, la protección al trabajo será más rígida cuanto mayor sea el abanico de beneficios asegurados a los trabajadores y mayor regulación exista en cuanto a las condiciones de venta del trabajo.<sup>65</sup>

El significado de la flexibilización se pone de manifiesto si lo comparamos con la calidad existente en las relaciones laborales después de la segunda guerra mundial, especialmente donde se desarrolló el Estado de Bienestar social. El contrato de empleo en este período era a plazo indeterminado, la jornada de trabajo integral, los empleos de larga duración, entre otros. Con la flexibilización crece el número de trabajadores vinculados al contrato por plazo determinado, a tiempo parcial, temporales y por cuenta propia. Para aquéllos que defienden la flexibilización, estas formas contractuales eliminan los obstáculos legales a la movilidad de la fuerza de trabajo en cuanto a la forma de contratación y de despidos.<sup>66</sup>

Con la flexibilización, el proceso de producción se modifica, adoptándose los sistemas del “*just-in-time*” y “*kanban*”. Estas modificaciones requieren un cambio en las condiciones legales que regulan las relaciones entre el capital y el trabajo, así como las condiciones de uso de la mano de obra, que expresan las condiciones macrosociales de la flexibilización.<sup>67</sup>

Ejemplo clásico de ello es el desplazamiento de las actividades denominadas “*medio*” hacia fuera de la empresa. Es la llamada tercerización o subcontratación que puede producirse entre empresas o entre empresa y personas, mediante contrato. Esta práctica, sin embargo, implica diferentes grados de precarización<sup>68</sup> de las condiciones de vida y de trabajo de buena parte de la fuerza de trabajo.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, *A Flexibilidade*, São Paulo: LTr, 2002, p. 17.

<sup>65</sup> HOLZMANN, Lorena e PICCININI, Valmiria, “Flexibilização”, cit., p. 131.

<sup>66</sup> HOLZMANN, Lorena e PICCININI, Valmiria, *ibidem*.

<sup>67</sup> HOLZMANN, Lorena e PICCININI, Valmiria, “Flexibilização”, cit., p. 132.

<sup>68</sup> Sobre la precarización Irene Galeazzi afirma que “*la noción corriente de ‘precarización del trabajo’, por tanto, tiene como parámetro el régimen de trabajo asalariado y se refiere al proceso de alejamiento del patrón de calidad alcanzado con la aparición de la ‘sociedad salarial (...)’*”. GALEAZZI, Irene, “Precarização do trabalho”. En: *Dicionário de trabalho e tecnologia*. Organizadores Antonio David Cattani e Lorena Holzmann, Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006, p. 203.

<sup>69</sup> HOLZMANN, Lorena e PICCININI, Valmiria, “Flexibilização”, cit., p. 132.

Hay quien defiende la existencia de la flexibilización cualificada. Se emplean a individuos con un índice elevado de escolaridad, en ocupaciones altamente cualificadas, que “*ofrecen perspectivas de promoción y movilidad profesional, remuneración elevada y compensaciones subjetivas en cuanto al sentido del trabajo*”.<sup>70</sup>

No es ésta, sin embargo, la regla, dado que la flexibilización acaba por precarizar derechos sociales, tercerizar actividades en su gran mayoría que acaba afectando a trabajadores descualificados, impidiéndoles cualquier posibilidad de ahorro de dinero que no sea para subsistir meramente.

Para muchos, la flexibilización es una especie de ángel y para otros de demonio. Para los primeros es una forma de salvar el país de los males del desempleo. Para otros, es una forma de destruir todo aquello que el trabajador conquistó, privilegiando sólo el capital, haciendo que el trabajador pague la cuenta de la o de las crisis económicas.<sup>71</sup>

Cristine Berger añade que, hasta el presente momento, no hay ninguna noticia de datos económicos probadamente positivos, desde una perspectiva económica, fruto de la flexibilización ya en vigor. En el caso de Brasil, por ejemplo, la flexibilización acabó por generar el bajo e inestable crecimiento económico, con una brutal reducción del mercado de trabajo, disminución de los empleados en las grandes empresas, un aumento de la tercerización y de otras formas de precarización, complementadas por una constante presión para que se flexibilizara la remuneración y la jornada de trabajo.<sup>72</sup>

Oscar Ermita Uriarte apunta que estas demandas (flexibilizaciones) se producen por la falta de soluciones presentadas por la economía y por la imposibilidad de que la economía y la ideología liberal tengan que crear y mantener empleos, pasando la responsabilidad al derecho laboral que, como veremos más adelante, ni siquiera tiene responsabilidad en relación al aumento de los costes de producción.<sup>73</sup>

Un Ejemplo de que no es con la flexibilización o tercerización como se podrá impedir la crisis financiera de las empresas y de que el coste del trabajo no es capaz, por sí mismo, de causar la quiebra de cualquier empresa, lo encontramos en la Toyota. Esta empresa japonesa que innovó la producción con el sistema llamado “Toyotista” que, entre otras recomendaciones, justificaba la reducción del coste de la producción con la tercerización de las actividades a otras empresas, y que acumuló, en 2008, una pérdida de 1,7 mil millones de dólares americanos,

<sup>70</sup> HOLZMANN, Lorena e PICCININI, Valmiria, “Flexibilização”, cit., p. 133.

<sup>71</sup> BERGER, Cristine, “A flexibilização do direito do trabalho como meio de retrocesso social”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 299, Porto Alegre: HS Editora, noviembre/2008, p. 65/66.

<sup>72</sup> BERGER, Cristine, “A flexibilização do direito do trabalho como meio de retrocesso social”, cit., p. 67.

<sup>73</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, *A Flexibilidade*, cit., p. 55.

con una reducción de las ventas en Estados Unidos de América del Norte del 34% en noviembre de 2008, impulsada por un aumento del 27% en el valor del inen japonés con relación a la moneda estadounidense.<sup>74</sup>

Una vez realizadas estas consideraciones conceptuales acerca de la flexibilización, con breves referencias a las consecuencias negativas y positivas, vamos a ocuparnos de la paradoja de la estabilización liberal y el Estado Social.

### 1.3.1 Estado social y la paradoja de la estabilización liberal

El llamado fin del Estado de Bienestar Social acabó trayendo la desregulación y la flexibilización laboral. Las conquistas de esta forma del Estado comenzaron a ser superadas a partir de que tanto el ente estatal como las empresas privadas, empezaron a tener dificultades económicas frente a la competitividad internacional.

Una de las soluciones predicadas por los nuevos liberales o neoliberales fue justamente la de la desregulación de la relación de empleo y la flexibilización de la legislación laboral. Surgieron la contratación temporal, tercerización o subcontratación, sustitución del sistema de garantía en el empleo por el sistema indemnizatorio (en el caso de Brasil la denominada estabilidad decenal del artículo 478 de la CLT por el régimen del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio), fortalecimiento de los acuerdos entre los sindicatos de empleados y empresa o entre sindicatos acerca de los preceptos legales, antes mínimos.

La estructura laboral, anteriormente centrada en derechos laborales sólidos y confortables, ahora está amenazada, corriendo el riesgo de perecer, frente a los problemas económicos.

El Estado Social o de Bienestar Social, no fue más que una forma de “*estabilizar la democracia*”. Dominadas las masas más débiles de la sociedad, resulta también fácil proseguir con el avance acumulativo de capital en las manos de unos pocos. En efecto, con el Estado de Bienestar no había salida. O se hacía de esta forma, o se ponía en riesgo todo el modo de producción.

El núcleo del pensamiento conservador y liberal ha permanecido hasta ahora. La ideología se ha difundido en las grandes escuelas del pensamiento económico, lideradas por Hayek, teniendo como representantes a Milton Friedmann, entre otros y, gracias a este selecto grupo, se han difundido las ideas liberales en dichas escuelas de pensamiento y expandido por todos los lugares del planeta.<sup>75</sup>

Estas escuelas y grupos de pensamiento se han denominado “*think tanks*” o estanques de pensamiento. En estos estanques el pensamiento liberal

<sup>74</sup> Revista *Veja*. Edição 2093, ano 41, número 52, 31 de dezembro de 2008, p. 36/7.

<sup>75</sup> BARBOSA GROS, Denise, *Considerações sobre o neoliberalismo como movimento ideológico internacional*. In [www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br).

conservador permaneció almacenado y fue siendo purificado y adaptado, ciertos, estos estudiosos, de la necesidad de vuelta del liberalismo. No aceptaban en este grupo economistas y pensadores Keynesianos, ya que eso acabaría por contaminar las ideas promovidas y defendidas por el grupo.<sup>76</sup>

### Barbosa Gros añade

“El movimiento ideológico neoliberal se desarrolló, como veremos, a través de la formación de redes de articulación entre intelectuales, académicos y sus publicaciones, empresas periodísticas, organizaciones empresariales y un nuevo tipo de institutos privados de investigación sobre políticas públicas, los ‘*think tanks*’.

Conviene realizar aquí una explicación conceptual sobre los ‘*think tanks*’. Ellos se constituyen en institutos privados de investigación que están presentes en el proceso de formulación de políticas públicas, en Estados Unidos y en Inglaterra, desde los años 40 (Danham, 1996), produciendo conocimiento sobre los temas sujetos a la reglamentación pública y, principalmente, formulando proyectos de políticas públicas orientadas por la doctrina del liberalismo. Financiados por donaciones de grandes empresas, los ‘*think tanks*’ mantienen equipos técnicos de alto nivel que producen publicaciones y participan en los debates en los medios universitarios, en los medios de comunicación y en los órganos de asesoría técnica de los partidos políticos (Hollings, 1993).<sup>77</sup>

En los últimos treinta años, la red de “*think tanks*” conservadores de Estados Unidos de América formuló críticas al “*welfare state*” y a las políticas sociales, contribuyendo no sólo a la victoria del conservador Ronald Reagan al final de los años setenta, sino a definir la forma de aplicación de las políticas públicas conservadoras en el área de la educación, seguridad social y derecho de las minorías étnicas. Este mismo fenómeno se produjo en Inglaterra. Los “*think tanks*” de la nueva derecha contribuyeron a la victoria de Thatcher y a la debilidad del estado de bienestar social. Y ello fue posible a raíz de las fuertes inversiones de grandes empresas y que financiaron los “*think tanks*”, con sus estudios y publicaciones. Y estos estudios fueron fundamentales para la consolidación del neoliberalismo como alternativa política y para su internacionalización en los años ochenta.<sup>78</sup>

Estas ideas lanzadas por los liberales en las décadas de los treinta y de los cuarenta, permanecieron en el campo teórico hasta la década de los setenta, cuando entra en crisis el modo de producción capitalista. Según Hayek y otros economistas liberales “*la crisis era consecuencia del excesivo poder del movimiento trabajador, pues las reclamaciones salariales y de costes sociales hechas por los sindicatos habrían comprometido la acumulación capitalista*”. Estos

<sup>76</sup> BARBOSA GROS, Denise, *Considerações sobre o neoliberalismo como movimento ideológico internacional*. In [www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br).

<sup>77</sup> BARBOSA GROS, Denise, *Considerações sobre o neoliberalismo como movimento ideológico internacional*. In [www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br).

<sup>78</sup> BARBOSA GROS, Denise, *Considerações sobre o neoliberalismo como movimento ideológico internacional*. In [www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br).

liberales pasaron a sugerir medidas como la llamada estabilidad monetaria, disminución de los costes en el campo social y la restauración de la tasa de desempleo, para así disminuir la capacidad de reivindicaciones por parte de los trabajadores y, finalmente, quebrantar el poder de los sindicatos.<sup>79</sup>

Y es ahí cuando comienza el declive del pensamiento social. El Estado de Bienestar pasa a ser el culpable de la pérdida de la acumulación capitalista. El obrerismo es alcanzado de lleno, como al gran villano de la crisis. El Estado Social que acomodó las masas y permitió la continuidad del capitalismo, también hizo surgir las bases del neoliberalismo. Edificó y permitió la estabilización del pensamiento liberal y la permanencia o hegemonía del modo de producción puesto sin perspectiva verdadera de cambio.

En América Latina, inspirado en Hayek, Milton Friedman y en el monetarismo de la Escuela de Chicago, el gobierno chileno del general Pinochet, aplicó la fórmula liberal. Consistió en la desregulación, desempleo, represión sindical, “redistribución” de la renta en beneficio de los ricos y privatizaciones.<sup>80</sup>

Barbosa Gros concluye su trabajo y apunta que:

“Como se puede percibir, la existencia de un movimiento ideológico neoliberal internacional debe mucho a las organizaciones mencionadas, en especial al Institute of Economic Affairs de Gran Bretaña, por ser el núcleo original y el modelo de los centros de enseñanza, investigación y desarrollo de la teoría económica liberal, a la Atlas Economic Research Foundation EEUU, por el papel que ejerce en la creación y en el mantenimiento de los ‘*think tanks*’ liberal-conservadores en todo el mundo, a la sociedad Mont Pelerin, por promover reuniones entre grandes personalidades del mundo político y académico liberal, y a las innumerables fundaciones mantenidas por las grandes empresas, que suministran los recursos para sostener ese movimiento ideológico neoliberal internacional”.<sup>81</sup>

De lo expuesto hasta aquí se puede concluir, como además ya hemos mencionado anteriormente que, en efecto, el Estado de Bienestar Social tuvo un papel importante en el mantenimiento del modo de producción capitalista y también en el “resurgimiento” de las teorías neoliberales. Nunca cesaron los debates liberales. Los “*think tanks*” son prueba de ello, tanto que sus ideas pasaron a formar parte de la realidad mundial a partir de los años ochenta, fortaleciéndose más en los años noventa, frente a la ola de desregulación de la legislación laboral y sindical. Peor, incluso acabó por plasmar la cuestión de la cultura burguesa y neoliberal en la mente de las personas. Es común hoy, en Brasil, que los trabajadores se auto-denominen “colaboradores” y que los

<sup>79</sup> BARBOSA GROS, Denise, *Considerações sobre o neoliberalismo como movimento ideológico internacional*. In [www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br).

<sup>80</sup> BARBOSA GROS, Denise, *Considerações sobre o neoliberalismo como movimento ideológico internacional*. In [www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br).

<sup>81</sup> BARBOSA GROS, Denise, *Considerações sobre o neoliberalismo como movimento ideológico internacional*. In [www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br).

vendedores se llamen “autónomos”, frente a una situación flagrante de contrato de empleo en plantilla, conforme a la ley laboral.

También es común que sindicatos negocien derechos elementales de los trabajadores a cambio, muchas veces, de una modificación salarial que sólo contemple las pérdidas monetarias anuales, o que cambien el trabajo extraordinario por la ayuda-alimentación, por ejemplo<sup>82</sup>.

La legislación de protección de los trabajadores y de los grandes grupos excluidos es gestionada, aprobada e incorporada por éstos, que pasan a tener un cierto grado de confianza en las autoridades en lo que respecta a la reproducción de sus intereses. A partir de ahí, de este grado de confianza, una vez establecido, es cuando comienzan las reducciones, mitigaciones o hasta supresiones y retrocesos en el campo social, apoyado muchas veces en una considerable propaganda por parte de la empresa, especialmente en lo que se refiere a los costes procedentes de la concreción de estos derechos.

Todo ello, sin embargo, podría ser elaborado de forma más fiel si el procedimiento adoptado fuese claro y abierto a todos, a través de la discusión y con el mejor argumento. Según Luhmann, citado por Habermas,

“Las reglas formales de procedimiento bastan como premisas legitimadoras de la decisión y no requieren, por su parte, ninguna legitimación posterior, pues cumplen su función – absorber incertidumbre – en cualquier caso. Conectan la incertidumbre, en cuanto tal decisión se produzca, coincidiendo con la seguridad que tenga alguna decisión. La validez abstracta y relativa en las normas, que pueden actuar sin una justificación material, además de seguir el proceso correcto en su origen y aplicación, sirve ‘para estabilizar expectativas de comportamiento contra decepciones y, por tanto, para garantizar estructuras’”.<sup>83</sup>

Antes de concluir, es pertinente destacar lo que apunta Nuria Belloso Martín. Para la autora:

“desde las posiciones ideológicas de la izquierda se ha acusado al Estado de Bienestar de ineficaz, burocrático y despilfarrador, represivo y coactivo. El Estado de Bienestar sería más un instrumento para estabilizar la sociedad capitalista y no un medio para transformarla. Entienden que el carácter burocrático del Estado de Bienestar genera unas formas represivas en su funcionamiento que le llevan a cumplir unas funciones de control político-ideológico que aminoran el debate político y estabilizan el sistema capitalista”.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> Conviene destacar que los aciertos colectivos en Brasil contemplan en un amplio grado la llamada ayuda-alimentación o cesta básica o incluso “ticket-alimentación”. Esta es la prueba viva de que los salarios en el país son bajos y que ni siquiera sirven para mantener la vida del trabajador y de su familia

<sup>83</sup> HABERMAS, Jürgen, *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução Vamireh Chacon, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2002, p. 125/6.

<sup>84</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Del Estado del Bienestar a la sociedad del Bienestar: la reconstrucción filosófico-política de su legitimidad”. En *Para que algo cambie en la Teoría Jurídica*.

Por otro lado, en este estudio merecen algunos comentarios la visión de la teoría neomarxista con respecto al Estado y, especialmente, con relación al Estado de Bienestar. Por consiguiente, transcribimos una parte de la obra de Ochando Claramunt, donde él mismo se refiere a la teoría neomarxista en relación al tema y que estamos analizando.

Apunta que:

“El Estado, en esta concepción funcionalista, no es una institución neutral en una sociedad capitalista, sino que sirve a los intereses de la clase dominante. El Estado capitalista es visto como el reflejo de la propia lucha de clases existente en la sociedad capitalista y el Estado del bienestar como un cambio institucional correspondiente a una nueva etapa histórica del capitalismo”.<sup>85</sup>

La teoría marxista considera al Estado como un instrumento controlado por la clase dominante y que sirve como medio de represión de la clase trabajadora, constituyendo el Estado de Bienestar una respuesta necesaria a las contradicciones del capitalismo monopolista. Ochando Claramunt prosigue y apunta que *“la supervivencia del capitalismo se produce gracias al papel que juega el Estado. El objetivo de la actuación estatal es la reproducción del capitalismo, por medio de sus funciones de acumulación y legitimación”*. Se observa, por tanto, que el capitalismo, para proseguir sobreviviendo necesita la acumulación de capital y la legitimidad política y social. Ambos requisitos son proporcionados por el Estado, maximizando la acumulación del capital y manteniendo la paz social.<sup>86</sup>

El autor continúa apuntando que el Estado de Bienestar no tiene ningún efecto sobre la equidad, porque la participación del Estado sólo sirve para mantener y reproducir una desigualdad que es inherente a la naturaleza del sistema capitalista.<sup>87</sup> Una distribución equitativa de bienes sólo sería posible, para Marx, si se produjera una reestructuración radical de las relaciones sociales de producción.<sup>88</sup>

De ahí se puede concluir, sin pretensión de dar por cerrado el debate, que la estabilización democrática a través del Estado de Bienestar Social fue principalmente consecuencia del interés liberal y capitalista, sin que supusiera una

---

Nuria Belloso Martín, coordinadora, Burgos: Servicio de Publicaciones, Universidad de Burgos, 1999, p. 161.

<sup>85</sup> OCHANDO CLARAMUNT, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Barcelona: Ariel, 1999, p. 125.

<sup>86</sup> OCHANDO CLARAMUNT, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., p. 126.

<sup>87</sup> OCHANDO CLARAMUNT, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., p. 127.

<sup>88</sup> Ochando Claramunt hace referencia a los límites de la teoría neomarxista. OCHANDO CLARAMUNT, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., p. 135.

ruptura con respecto al interés social en relación a la emancipación de las masas. Si los trabajadores, por ejemplo, tenían la conciencia de la clase a la que pertenecían y, a través de los sindicatos, sabían que tenían el poder de cambiar la sociedad, es a partir del Estado de Bienestar Social cuando pierden esta conciencia, ya que se alejan del movimiento sindical, buscando en el estado prestador aquello que los sindicatos y la lucha colectiva no les podría proporcionar, en aquel momento.

Esta pérdida de la conciencia de clase y su forma de desarrollo será objeto de análisis seguidamente.

### **1.3.2 La cuestión sindical y los medios de comunicación y sus relaciones con la pérdida de la conciencia de clase**

La desregulación y la flexibilización acabaron por alcanzar de lleno a la cuestión sindical. Con la tercerización los sindicatos pierden su fuerza. Ya no detentan el poder de reivindicación. Ejemplo público y notorio de este hecho es el de los banqueros. Esta categoría que, hasta inicio de la década de los ochenta del siglo veinte era considerada como una de las más fuertes, acabó por convertirse, con la automatización, en una categoría profesional, sin ningún poder de presión real.

La cuestión de la pérdida de la conciencia de clase está tan arraigada hoy que son pocos sindicatos que estimulan el recurso a la huelga como un medio de presión. Ya no lo hacen por el temor a un reproche social, influidos por los medios de comunicación de masa, cuyos operadores, han dejado de saber lo que, de hecho, es clase social.

En el caso de España, por ejemplo, las centrales sindicales están más preocupadas por las cuestiones que se refieren a sus intereses y no efectivamente para proteger y acoger a la clase trabajadora. Tratan de consolidar su propio poder en lugar de sacar a la luz los problemas vividos por los trabajadores, con el fin de buscar y presentar soluciones.<sup>89</sup>

En el caso de Brasil, el huelguista es considerado como un desocupado, que no quiere trabajar e, incluso, como un desagradecido. Para muchos, el empleo concedido por el patrón es una dádiva. Se olvidan de que el desempleo es una de las formas más perversas de reducción de los costes de producción, financiada por la nueva ideología neoliberal<sup>90</sup>. El empleo ha pasado a ser una dádiva. Una gracia otorgada por el capitalista al trabajador, siendo éste, además de esclavo disfrazado de trabajador libre, un eterno deudor moral de quien le proporciona trabajo.

---

<sup>89</sup> SUÁREZ, Fernando, "Informe español". En *Crisis del estado de bienestar y derecho social*, Pamplona: ESADE – Facultad de Derecho. J.M. Bosch Editor, 1997, p. 86.

<sup>90</sup> GROS, Denise Barbosa. *Considerações sobre o neoliberalismo como movimento ideológico internacional*. En: [www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br).

Sobre este tema, Oscar Ermita Uriarte apunta que, ya en el plan cultural y social, la pos-modernidad exalta la cuestión del individualismo, perjudicando la solidaridad y los valores colectivos. Según el autor, se retira el apoyo cultural y el prestigio del movimiento sindical, de la negociación colectiva y de los movimientos huelguistas, así como de las instituciones y eventos colectivos y solidarios, afectando también a la legislación laboral y a la prevención que, para bien o para mal, han emanado del Estado y actúan de forma solidaria, volcadas hacia los sectores más débiles de la sociedad.<sup>91</sup>

El jurista uruguayo continúa apuntando que:

“Paralelamente, en el terreno político, la caída del “muro de Berlín” permitió que el capitalismo considerase dispensable el Estado del Bienestar, cuya función habría sido la de evitar que trabajadores y otros sectores desfavorecidos pudiesen “pasar” al comunismo. Ante la falta de alternativa (el “fin de la historia”), ya no es preciso cultivar el “lado social” del capital.

Y del propio sector sindical surgen también, a veces, factores que alimentan la desregulación. El enriquecimiento de los sindicatos les deja en una posición muy difícil, en la cual, a veces, se ven obligados a legitimar medidas flexibilizadoras que, al mismo tiempo, contribuyen a aumentar su debilidad”.<sup>92</sup>

De ahí se puede percibir que la cuestión de la flexibilización o desregulación está íntimamente ligada a la debilitación del movimiento sindical. Sindicatos débiles acaban por firmar acuerdos y convenios colectivos desfavorables, lo que debilita el propio movimiento sindical.

López Alonso, hace referencia a la cuestión del traslado, sistema de producción en red y subcontratación y a sus efectos sobre la cuestión sindical, estos fenómenos acaban por surtir efectos sobre el proceso de negociación colectiva tradicional. Conllevan más flexibilización, permaneciendo los empleados de las grandes empresas en mejores condiciones de trabajo y mejor protegidos por sus convenios sindicales. Cuanto más se distancian las empresas del centro productivo, menos derechos y protección tienen sus trabajadores. Estas empresas acaban prisioneras de los límites establecidos por las empresas centrales, lo que también se refleja en la condición de trabajo de sus empleados, especialmente en cuanto a la jornada de trabajo y al valor de los salarios.<sup>93</sup>

Más adelante López Alonso, apunta que *“la globalización, la estructura empresarial en red, la subcontratación, la externalización de actividades, la*

<sup>91</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, *A Flexibilidad*, cit., p. 22.

<sup>92</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, *A Flexibilidad*, cit., p. 22.

<sup>93</sup> LÓPEZ ALONSO, Felipe. “Los cambios en el modelo económico y productivo y su influencia en la negociación colectiva”. En *Revista de Derecho Social* n. 40, Albacete: Editorial Bomarzo, 2007, p. 234.

*precariedad del mercado de trabajo y algunas reformas legales están condicionando, - y de qué manera, la negociación colectiva*".<sup>94</sup>

Serrano Piernas apunta que la cuestión de la tercerización y subcontratación acabó por debilitar el movimiento sindical y la acción colectiva de los trabajadores. Cita éstas y otras causas como relevantes en relación a la cuestión del empeoramiento de la condición social de los trabajadores, por lo que se puede concluir que la racionalización del elemento flexibilizante puede ser la solución o, al menos, un elemento de mejora en las condiciones de vida del trabajador.<sup>95</sup>

Serrano Pernas apunta que "*las nuevas formas de organización empresarial están presentes de manera significativa en las relaciones laborales. Estos sistemas de producción – la descentralización productiva – persiguen un triple objetivo: reducción de costes laborales, flexibilidad negativa (desregulación); y traslación de la responsabilidad empresarial a terceros (contratas o trabajadores autónomos)*".<sup>96</sup>

El autor español añade, refiriéndose a la construcción civil, que:

"La descentralización productiva en el Sector de la Construcción, ha puesto una progresiva fragmentación o atomización de las estructuras empresariales y un empeoramiento generalizado de las condiciones de trabajo para la inmensa mayoría de los trabajadores pertenecientes a empresas subcontratistas integradas en el encadenamiento productivo, con una tasa de temporalidad – 55,8% - y de rotación laboral muy elevada, empleando en torno a 2,5 millones de trabajadores".<sup>97</sup>

Subraya que el sistema de la subcontratación no es más es que una realidad atomizada integrada por pequeñas y medianas empresas con plantillas reducidas. Estas empresas, cuanto más lejos del núcleo productivo, presentan más elementos negativos. Cita como elementos de esta naturaleza el empeoramiento en las condiciones de trabajo de sus empleados, mayor tasa de contratación temporal, baja cualificación de los trabajadores, escasa o nula formación en materia de salud y seguridad del trabajo, se facilita la presencia de "*pistoleros*" que hacen sus empresas solamente con un vehículo "*una furgoneta*" y un teléfono móvil y se dedican exclusivamente a intermediar la mano de obra.<sup>98</sup>

El autor concluye que la tercerización es sinónimo de temporalidad y precariedad en el campo laboral. La utilización generalizada de la subcontratación de obras y servicios como "*mecanismo habitual de la actuación empresarial*

<sup>94</sup> LÓPEZ ALONSO, Felipe, "Los cambios en el modelo económico (...)", cit., p. 234.

<sup>95</sup> SERRANO PERNAS, Fernando, "Acción sindical y descentralización productiva". En *Revista de Derecho Social* n. 40, Albacete; Editorial Bomarzo, 2007.

<sup>96</sup> SERRANO PERNAS, Fernando, "Acción sindical y descentralización productiva", cit., p. 213.

<sup>97</sup> SERRANO PERNAS, Fernando, "Acción sindical y descentralización productiva", cit., p. 214.

<sup>98</sup> SERRANO PERNAS, Fernando, *ibidem*.

*constituye una premisa que, sencillamente, dispara el volumen de contratos temporales, lo cual, produce una serie de consecuencias contradictorias con la supuesta opción de política legislativa a favor de la reducción de la temporalidad*.<sup>99</sup>

Llama la atención en relación a la cuestión de que la tercerización acabó por empeorar la situación de los trabajadores empleados de las empresas tercerizantes (prestadoras). Hay mayor riesgo de accidentes laborales, menor remuneración e implicación sindical, todo lo cual acaba dando lugar a una mayor explotación del trabajador subordinado. Por ello es importante la actuación colectiva, con el fin de preservar los derechos de los trabajadores de estas empresas.<sup>100</sup>

Serrano Piernas suma a todo esto el hecho de que la negociación sindical o colectiva debe tener como fin la inclusión en los convenios y conciertos colectivos de una mayor protección para los trabajadores de las empresas subcontratadas. Estas empresas son las más numerosas y la mayor parte de sus trabajadores son subordinados, trabajadores estos sometidos a las peores condiciones de trabajo y renta.<sup>101</sup>

Finalmente, interesa saber el motivo por el cual se hace tanta “*contra-propaganda*” con relación al trabajo. La razón dada por los medios de comunicación y que parece, hoy, ser aceptada, es que el trabajo cuesta caro<sup>102</sup>.

Sin embargo, esto no es verdadero. El trabajo no supone ni el 15% ni el coste de la producción. Oscar Ermita Uriarte apunta que:

“Acontece, sin embargo, que en general, los derechos laborales o el grado de protección del trabajador afectan muy poco el coste total de la producción y, menos aún, el precio de venta de un producto. En la industria manufacturera, el coste del trabajo es ínfimo como porcentaje del coste total de producción y menor aún como porcentaje del precio de venta. Parece que, de media, en nuestros países, el coste del trabajo tendería a situarse alrededor del 10% del coste de la producción”.<sup>103</sup>

Por otro lado, Suárez apunta que la aceptación como dogma de que la rigidez del mercado de trabajo es la causa principal de los malos resultados de la política de empleo hizo que desde 1976, en España, se haya efectuado una serie de medidas legislativas flexibilizadoras, siempre con el propósito de fomentar el empleo.<sup>104</sup>

<sup>99</sup> SERRANO PERNAS, Fernando, “Acción sindical y descentralización productiva”, cit., p. 215.

<sup>100</sup> SERRANO PERNAS, Fernando, “Acción sindical y descentralización productiva”, cit., p. 222/223.

<sup>101</sup> SERRANO PERNAS, Fernando, “Acción sindical y descentralización productiva”, cit., p. 227.

<sup>102</sup> PASTORE, José, *Trabalhar custa caro*, São Paulo: LTr, 2007.

<sup>103</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, *A Flexibilidade*, cit., p. 56.

<sup>104</sup> SUÁREZ, Fernando, “Informe español”, cit., p. 86.

Estas medidas, sin embargo, no surtieron los efectos deseados. Suárez apunta que:

“En 1975 los parados llegaron a ser 256571, es decir, 1,91% de la población económicamente activa. En el último trimestre de 1994 esa cifra ha llegado a los 3.698.400 que equivale al 23,90% de la población activa. El dato se comenta por sí solo y revela que los gobernantes que han propuesto fórmulas de solución a este lacerante problema – es decir, todos los de los últimos veinte años – no han logrado ver el éxito de las mismas”.<sup>105</sup>

Tanto es verdad que en el auge de la crisis económica los contratos temporales en España tuvieron una significativa disminución del 2,5% totalizando, el 25 de abril de 2009, el 25,41% de los contratos de trabajo.<sup>106</sup>

Por otro lado, José María Zufiaur, miembro del Comité Económico y Social Europeo, apunta que la gran pérdida de empleos en España en esta última crisis tiene origen en el hecho de que haya baja productividad y, también, en razón del modelo laboral. Para Zufiaur, el modelo laboral español registra una elevada temporalidad y que, a pesar del coste, permite el despido con cierta facilidad si es comparado con los demás países europeos. Y añade que en la mayoría de los países europeos el despido sin justa causa es imposible. En estos países, la rescisión del contrato debe ser autorizada por el juez, la Administración, o aceptada por los sindicatos. Considera que no debe forzarse la reforma laboral, sino que deben centrarse los esfuerzos en crear empleos de calidad, elevar la productividad a niveles que puedan fomentar la educación, la formación y la investigación. Finalmente, concluye que Alemania mitigó los efectos de la recesión en el mercado de trabajo mediante la reducción temporal de la producción y reducción de jornada de trabajo en lugar de los despidos.<sup>107</sup>

De ahí, podemos deducir los motivos por los cuales se está tratando de forma tan injusta el trabajo subordinado. Efectivamente, si este último no cuesta caro, pero hay publicidad que afirma lo contrario, será porque el problema es otro. El problema, por tanto, está en la acción colectiva de los trabajadores. Los grandes economistas, y aquí podemos incluir el nombre de aquellos mentores de los “*think tanks*”, en efecto, pretenden la desestabilización de la clase trabajadora a través de la flexibilización y el desempleo para mantener la dominación por parte de las elites capitalistas.<sup>108</sup>

<sup>105</sup> SUÁREZ, Fernando, “Informe español”, cit., p. 86/87.

<sup>106</sup> Sobre eso, es interesante el reportaje del periódico *El País*. En la página 25, hablando sobre la crisis económica de final de 2008 e inicio de 2009, consta que “*el único efecto positivo – aunque indeseado – de la destrucción de empleo es la caída de la temporalidad. La proporción de asalariados que trabajan con un contrato eventual se sitúa ahora en el 25,41%, 2,5 puntos menos que en el trimestre anterior. Se trata de la tasa más baja desde 1989 y relega la temporalidad – hasta hace poco más de un año, el principal problema del mercado laboral español – a un segundo plano*”. (*El País*, sábado, 25 de abril de 2009, p. 25).

<sup>107</sup> *El País*, domingo, 26 de abril de 2009, p. 28.

<sup>108</sup> Sobre el coste del trabajo y la propaganda claramente tendenciosa realizada por la prensa, resulta interesante un artículo del *Jornal Zero Hora*, el 09 de abril de 2009, p. 26, intitulado “*El*

Sacando a los trabajadores de los sindicatos y de los movimientos sociales, serán más vulnerables, y se les podrá manejar fácilmente.

En Rio Grande do Sul, Estado de la federación brasileña, hay una campaña declarada contra las “*escolas itinerantes*” creadas por el movimiento de los trabajadores rurales sin tierra (MST). Hay incluso funcionarios públicos cuya misión no es sólo la de combatir esta forma de enseñanza sino la de intentar criminalizar las acciones del movimiento que no se resigna al orden jurídico excluyente, actualmente en vigor.

Prueba de ello es el artículo publicado en el *Jornal Zero Hora* intitulado “*MP x sem-terra – a desistência do homem que enfrentava o MST*”.<sup>109</sup>

Sobre los medios de comunicación y especialmente la televisión, es interesante observar lo que dice Giddens. Para el autor los tres pilares de la democracia son el gobierno, la economía y la sociedad civil. Todos ellos deben estar en equilibrio, debiendo atenerse, sino, a consecuencias desastrosas. El autor hace también referencia a los medios de comunicación. Apunta que no hay como dejarlos fuera de esta ecuación. Los mismos tienen, según el autor, y especialmente en el caso de la televisión, una doble relación con la democracia: la emergencia de una sociedad global de la información es una poderosa arma de la democracia. Por otro lado, la televisión y otros medios de comunicación tienden a destruir el espacio público que ellos mismos abren, a través de la banalización y de la personalización de las cuestiones públicas. Otro problema es el enorme crecimiento de las empresas de telecomunicaciones multinacionales, donde magnates no electos detentan un enorme poder.<sup>110</sup>

---

*Gobierno desiste de reducir las cargas sociales en los salarios*”. En un cuadro anexo, el periodista presenta un porcentaje del 85,77% como el beneficio que obtiene el empresario sobre el valor del salario pagado. Se olvida decir, sin embargo, que de estos 85,77% al menos el 36% son fruto de contribuciones sociales que tienen como objetivo el de reducir los riesgos de accidentes laborales, así como de mantener vivo al trabajador y recuperarlo en caso de enfermedad o incluso de accidente, sin ningún coste para el patrón. Por otro lado, omite que el decimotercero salario (salario de paga extra en Brasil en la época de la navidad), sirve exclusivamente para estimular la economía, así como el aumento de 1/3 sobre el valor de las vacaciones. Los citados “*beneficios*” concedidos al trabajador lo son, en efecto, para preservar y recuperar al trabajador, devolviéndolo, sin coste, a la línea de producción y para estimular la economía y el mercado.

<sup>109</sup> *Jornal Zero Hora*, 09 de abril de 2009, p. 04/05. El texto se refiere al cierre de las escuelas itinerantes, con la quiebra del convenio existente entre el Gobierno del Estado y el movimiento. Las escuelas tenían como propósito prestar una enseñanza un poco distinta de la habitual, teniendo en cuenta la condición social de los alumnos, hijos de trabajadores sin tierra. En efecto, la escuela intentaba mostrar a cada alumno su real papel dentro de la sociedad, lo que parece haber desagradado no solo a la prensa sino también a las elites y al gobierno, este fiel reproductor de la ideología dominante.

<sup>110</sup> GIDDENS, Anthony, *Mundo em descontrolo. O que a globalização está fazendo de nós*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Record, 4ª ed., 2000; p. 87/88.

Frank, también en relación a los medios de comunicación y a la prensa, apunta que forma parte de la historia del periodismo, aquél que se dice democrático, la lucha por la libertad donde se incluyen el feminismo, los derechos civiles, las luchas contra el nazismo y especialmente frente a Hitler y el comunismo, decenas de batallas individuales contra el racismo, victoria tras victoria de los defensores de la libertad. No forma parte de la historia del periodismo, sin embargo, la lucha por la jornada de ocho horas de trabajo, el derecho a la sindicalización de los trabajadores y otras diversas reivindicaciones y reformas propugnadas por la clase trabajadora.<sup>111</sup>

Thomás Frank apunta, también, que no es posible desvincularse tan fácilmente de esta “nueva economía”. Para él, esta nueva era ha llegado con una etiqueta de precio del mundo real y *“las cosas que hemos permitidos que acaezcan sólo para que pudiésemos vivir con una luz brillante por algunos años son cosas que quizá jamás podamos deshacer, de las que quizá nunca consigamos escapar”*. En otros lugares, donde el avance del libre comercio es conmemorado por columnistas como el mayor tipo de “empowerment”, la *“batalla para tornar un mundo seguro para la tercerización se convirtió tan sangrienta como cualquiera de nuestras guerras laborales del siglo XIX”*. En Colombia, por ejemplo, que recibió un paquete de ayuda militar billonario del gobierno estadounidense de Bill Clinton, muchos organizadores de sindicatos fueron asesinados hasta el punto de que, en 1997, los mismos representaban el 50% de los activistas sindicales muertos en todo el mundo.<sup>112</sup>

Prosigue Frank:

“Nuestros pensadores políticos imaginaron nuestro dinero haciendo travesuras con amplias visiones a través de la economía del mundo, corriendo detrás del mejor beneficio sin consideraciones de color o credo. Pero lo que aseguró esos beneficios no fue la ‘inevitabilidad’ del *microchip*, sino las armas y los músculos de la cara dura e impenetrable del poder económico. Para doquiera que nos volviésemos, la anticuada coerción era la compañera silenciosa de la ebullición de la ‘Nueva Economía’.”<sup>113</sup>

El precio de todo ello fue la destrucción del contrato social a mediados del siglo XX. Las carteras de acciones que poseemos efectivamente se valoraron, pero eso se produjo a costa de reducir millares de vidas al empleo informal sin asistencia médica o los tipos más elementales de derechos laborales. La sociedad se ha quedado maravillada con la generosidad de Bill Gates, pero no está tan atenta con respecto al valor de una buena educación, que ya no resulta accesible para sus hijos.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 400.

<sup>112</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 423.

<sup>113</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 423/424.

<sup>114</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 424.

A la pérdida de la conciencia de clase, por tanto, se llega a través de la precarización y flexibilización de los derechos sociales. Los trabajadores, por este motivo, ya no forman parte de los sindicatos, perdiendo su capacidad de actuación colectiva. La sociedad, a través de los medios de comunicación y de la propaganda, ha acabado por repetir e introyectar en su “ADN” una especie de retroceso en materia laboral como algo saludable para todos. Es extraño que hoy el coste de una buena escuela esté al alcance de una pequeña parte de la población y que aún así, se incentive y se defienda el retroceso en el campo laboral y social. Se cree que la cuestión de clase, aquella relacionada con el hecho de que cada uno sea consciente de su importancia dentro del tejido social y económico, es la responsable de esta enorme disparidad económica existente entre los ricos y los pobres. Hay cada vez más pobres. Hay cada vez menos “clase media” y, al mismo tiempo, “más desregulación y flexibilización de la legislación social”.

### 1.3.3 La pérdida de la conciencia de clase

No resulta difícil tratar de la pérdida de la conciencia de clase sin referirnos previamente a la ideología y a los aparatos ideológicos del Estado. Por consiguiente, comenzaremos por una breve introducción de lo que es ideología y su posición dentro de la estructura económica, según Marx y, después, continuaremos con algunas consideraciones sobre los aparatos ideológicos del Estado según Poulantzas y Althusser. Antes, sin embargo, nos vamos a ocupar de las clases sociales.

Para la teoría marxista, las clases sociales son grupos de agentes sociales, hombres, definidos, ‘principalmente’, por su lugar en el ‘proceso de producción’, en la esfera económica, por tanto, en el conjunto de la ‘división social del trabajo’.<sup>115</sup>

La ideología, para Marx, es parte, junto con el derecho y el gobierno, de la superestructura, que se basa en las fuerzas productivas y relaciones de producción (infraestructura).<sup>116</sup>

Para Poulantzas la ideología no consiste solamente en un sistema de ideas o representaciones. Es también un conjunto de prácticas materiales, extendiéndose a los hábitos, costumbres, al modo de vida de los agentes, moldeándose como una amalgama al conjunto de las prácticas sociales, políticas y económicas. “*Las propias relaciones ideológicas son esenciales en la constitución de las relaciones de propiedad económica y de posesión, en la división social del trabajo en el propio seno de las relaciones de producción*”. El Estado, solamente con la represión, no puede reproducir la dominación a través de la fuerza o represión.

<sup>115</sup> POULANTZAS, Nicos, “Classes sociais e luta de classes”. En: *Poulantzas*, Organizador Paulo Silveira. Coordenador Florestan Fernandes, São Paulo, Ática, Coleção Grandes Cientistas Sociais n. 47, 1984, p. 95/96.

<sup>116</sup> SELL, Carlos Eduardo, *Sociología Clásica: Durkheim, Weber [e] Marx*, Itajaí; UNIVALI, 3ª ed., 2002, p. 172.

Debe apelar a la cuestión ideológica que acaba por legitimar la violencia y “*contribuye a organizar un ‘consenso’ de ciertas clases y fracciones dominadas con relación al poder político*”.<sup>117</sup>

El autor griego apunta que la ideología no es algo neutral en la sociedad. Existe tan sólo ideología de clase. Concretamente, la ideología dominante consiste en un poder especial de la clase dominante.<sup>118</sup>

Lo que acaece es que la ideología dominante se encarna en los aparatos del Estado y que también tienen el papel de elaborar y propagar esta ideología (dominante). Y eso es importante en la cuestión de la división del trabajo, de las clases sociales y de la dominación de clases. Es éste el papel de ciertos aparatos que derivan de la esfera del Estado y que han sido designados como “*aparatos ideológicos del Estado*”, tanto si forman parte de hecho del Estado, como si tienen un carácter jurídico privado. Son ellos la iglesia, la escuela, la radio y la televisión (aparato oficial de información), aparato cultural, entre otros. De ahí podemos concluir que la ideología dominante interviene en la organización de los aparatos (ejército, policía, justicia, administración) encargados especialmente del ejercicio de la violencia.<sup>119</sup>

Noam Chomsky apunta que las elites económicas, líderes políticos y gestores ideológicos no creen en la democracia. Comparten intereses ideológicos y ven el mundo de la misma manera. Para ellos, el trabajador no es más que un robot, con movimientos controlados, fruto de una industria de la propaganda especialmente relacionada con la televisión.<sup>120</sup>

El autor sostiene que:

“Rápidamente las elites se dieron cuenta de que también pueden ocuparse de lo que denominan control fuera del trabajo. De la misma manera que controlamos la gente en el trabajo, la podemos controlar fuera del trabajo y convertirla en robot. Y para eso existe un sistema de programa masiva que intenta influir en la gente desde la infancia, para que sus únicos valores sean el consumo personal, sin que le importe otra cosa. Eso se conoce como la filosofía de la inutilidad y todo el valor personal está ligado a cuántos objetos inútiles uno puede juntar y cuanto más endeudado se esté, mejor. Se realiza un gran esfuerzo para lograr que la gente sea así. Y, en algún punto, es un esfuerzo exitoso”.<sup>121</sup>

En la misma vertiente, Althusser apunta que la reproducción de la fuerza de trabajo (fuerzas productivas) se da a través del salario, medio material que se le

<sup>117</sup> POULANTZAS, Nicos, “Os aparelhos ideológicos: o Estado, repressão + ideologia?” En: *Poulantzas*, Organizador Paulo Silveira. Coordenador Florestan Fernandes. Ed Ática, Coleção Grandes Cientistas Sociais n. 47, 1984, p. 77.

<sup>118</sup> POULANTZAS, Nicos, “Os aparelhos ideológicos (...)”, cit., p. 77.

<sup>119</sup> POULANTZAS, Nicos, “Os aparelhos ideológicos (...)”, cit., p. 78.

<sup>120</sup> CHOMSKY, Noam, “Bush y los años del miedo”, En *Conversaciones con Jorge Halperín*, Buenos Aires: Le Monde Diplomatique, 2003, p.40/41.

<sup>121</sup> CHOMSKY, Noam, “Bush y los años del miedo”, cit., p.41.

entrega al trabajador por el servicio prestado al capitalista. El salario es indispensable para la reproducción material de la vida del trabajador, con alimento, vestuario, educación de los hijos, reproduciéndose como fuerza de trabajo<sup>122</sup>, como mano de obra, representando una pieza en el sistema capitalista.

No basta, sin embargo, con asegurar la fuerza de trabajo (trabajadores) y las condiciones materiales para su reproducción. La reproducción se debe dar contando con un elemento fuera del proceso productivo, como por ejemplo, el sistema escolar capitalista.

¿Qué se aprende en la escuela, se pregunta Althusser? Se aprende a leer, a escribir, a contar, cultura científica y literaria, además de avanzar un poco dentro del sistema de estudio. Estas técnicas y formas de aprendizaje están relacionadas y se utilizan en los diferentes puestos de la producción (una forma de instrucción para trabajadores, otra para técnicos, una para ingenieros y una diferente para gerentes superiores, etc.). En efecto, qué se aprende es el “know-how” capitalista.<sup>123</sup>

Complementando lo que dijo Althusser en el párrafo anterior, Chomsky apunta que las escuelas son centros de adoctrinamiento y obediencia impuestos. Lejos de favorecer el pensamiento independiente, la escuela, a lo largo de la historia, *“no ha dejado de interpretar un papel institucional dentro de un sistema de control y coerción. Una vez que se te ha educado, se te ha socializado ya de una manera que respalda las estructuras de poder que, a su vez, te recompensan generosamente”*. Para el autor, en las escuelas hay un adoctrinamiento tendencioso y que incapacita incluso a las personas instruidas a la hora de comprender las ideas más elementales referentes a la realidad y a la verdad.<sup>124</sup>

Althusser afirma, por otro lado, que la reproducción de la fuerza de trabajo no exige sólo la reproducción de su cualificación, sino también la de su sometimiento a las normas del orden vigente, es decir, una reproducción de la sumisión de los trabajadores a la ideología dominante *“y una reproducción de la capacidad de perfecto dominio de la ideología dominante por parte de los agentes de la explotación y represión, de modo que los mismo aseguren también ‘mediante la palabra’ el predominio de la clase dominante”*.<sup>125</sup>

Para él:

“En otras palabras, la escuela (pero también otras instituciones del Estado, como la Iglesia y otros aparatos como el Ejército) propugna el ‘know-how’ pero bajo la forma de asegurar la sumisión a la ideología dominante o el dominio de su ‘práctica’. Todos los agentes de la producción, de la explotación y de la represión, sin hablar de los

<sup>122</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 56.

<sup>123</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 57/58.

<sup>124</sup> CHOMSKY, Noam, *La (des) educación*, Barcelona: Crítica, 2007, p. 23/24.

<sup>125</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 58.

‘profesionales de la ideología’ (Marx) deben de una forma o de otra estar ‘imbuidos’ de esta ideología para desempeñar ‘conscientemente’ sus tareas, bien sea la de explotados (los trabajadores), o la de explotadores (capitalistas), o la de auxiliares en la explotación (los cuadros), o bien la de grandes sacerdotes de la ideología dominante (sus ‘funcionario’) etc.”.<sup>126</sup>

Una vez analizadas las formas de reproducción de las fuerzas productivas, y la fuerza de trabajo, abordamos seguidamente el tema de la reproducción de las relaciones de producción.

Sin embargo, es preciso que antes nos ocupemos de lo que son la infraestructura y la superestructura. Por consiguiente, recurriremos a Marx, que divide la sociedad en niveles, y presenta la infraestructura como la base económica formada por las relaciones de producción y por las fuerzas productivas y la superestructura, como la que comprende dos niveles: el jurídico/político (el derecho y el Estado) y el ideológico.<sup>127</sup>

Como subraya Althusser, conviene observar que sin las bases (infraestructura), la cumbre (superestructura) no puede sustentarse<sup>128</sup>, lo que prueba que ésta depende de aquélla, aunque sea la última quien detenta el poder sobre el Estado y la ideología, caracterizándose como la clase dominante.

Este Estado no es más que el reflejo de la clase dominante. Es un medio de represión donde la burguesía asegura su dominación frente a la clase obrera, para someterla al proceso de la extorsión de la “*plusvalía*”, al proceso de la explotación capitalista declarada. El (Estado) es un aparato represivo, represión ésta ejercida a través de sus más diversos órganos como la policía, los tribunales, los presidios, al servicio de las elites frente al proletariado, teniendo por función la reproducción del modo capitalista de producción.<sup>129</sup>

Pero lo qué son, en efecto, ¿los aparatos ideológicos del Estado y cómo actúan? Althusser apunta que fue Gramsci quien tuvo la idea de que el Estado no está formado sólo por el aparato represivo, sino también por un cierto número de instituciones existentes en la sociedad civil, tales como la iglesia, la escuela, los sindicatos, etc. Los aparatos ideológicos del Estado no se confunden con los aparatos represivos del Estado. Los aparatos represivos del Estado son el gobierno, la administración, el ejército, la policía, los tribunales, las prisiones, y funcionan a través de la violencia, al menos en situaciones-límite, ya que la represión, por ejemplo, administrativa, puede producirse sin ningún acto violento.<sup>130</sup>

<sup>126</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 58/59.

<sup>127</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 60.

<sup>128</sup> ALTHUSSER, Louis, *ibidem*.

<sup>129</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 62/63.

<sup>130</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 67/68.

Los aparatos ideológicos del Estado son las Iglesias, las Escuelas, la Familia, el Derecho, lo Político, lo Sindical, lo Cultural y otros. No quiere decir que no haya, así como en el caso del “*Derecho*”, algunos aparatos ideológicos que al mismo tiempo son aparatos ideológicos y aparatos restrictivos del Estado. Una distinción que no es completa, pero que sirve para la mayoría de los casos, es la de que los aparatos represivos del Estado forman parte del poder público y los aparatos ideológicos del Estado del sector privado. Lo que permitirá distinguir, en el fondo, uno del otro es que los aparatos restrictivos del Estado actúan a través de la violencia y los aparatos ideológicos del Estado a través de la ideología.<sup>131 132</sup>

Los aparatos represivos del Estado funcionan principalmente a través de la represión, aunque puedan tener un aspecto ideológico, pero secundario (ARE) así como los aparatos ideológicos del Estado operan preferentemente y principalmente por la ideología, aunque tengan el carácter coercitivo, ya que las escuelas, las iglesias, los sindicatos e incluso las familias tienen sus formas de violencia tales como exclusiones, selecciones e, incluso, sanción física y penalidades en general.<sup>133</sup>

La ideología utilizada por los aparatos ideológicos del Estado es la ideología de las elites dominantes. Es la ideología burguesa capitalista. Y esa ideología es difícil de ser combatida. Lenin, cuando la Revolución toma el poder, creando en Rusia la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, intenta revolucionar el aparato ideológico del Estado escolar, para permitir que el proletariado soviético, que se apropió del Estado, pudiese garantizar su propio futuro con la dictadura del proletariado y el advenimiento del socialismo<sup>134</sup>.

Para reforzar lo que acabamos de mencionar, Chomsky apunta que las escuelas fueron concebidas para apoyar los intereses del sector dominante de la sociedad, “*La gente de mayor riqueza y bienestar*”. Hace mucho tiempo la educación nos impone que comprendamos la necesidad de prestar respaldo a las estructuras de poder, especialmente para las grandes empresas y los hombres de negocios. Contrasta, por tanto, con su forma de adoctrinamiento de los jóvenes la formación de éste, evitando que se enseñen doctrinas e informaciones no deseadas.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 69.

<sup>132</sup> Conviene destacar, aquí, algunas consideraciones de Jean-Jaques Rousseau, para quien “*La religión nos ordena creer que el propio Dios, habiendo sacado a los hombres del estado de naturaleza inmediatamente después de la creación, les hizo desiguales porque Él quiso que así lo fuesen: no nos prohíbe, sin embargo, de realizar conjeturas, derivadas de la naturaleza del hombre y de los seres que lo rodean, sobre lo que podría haber sucedido al género humano si hubiera quedado abandonado a sí mismo*”. (ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens*. Tradução Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2005, p. 32/33).

<sup>133</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 70.

<sup>134</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 71.

<sup>135</sup> CHOMSKY, Noam, *La (des) educación*, cit., p. 25.

Resulta difícil superar esto porque las elites y el pensamiento de estas mismas elites continúa por mucho tiempo arraigado, incluso en la mente de los propios revolucionarios que, aunque sean (revolucionarios), permanecen con parte de la ideología de los opresores vagando por sus pensamientos sin que se percaten de ello.

¿Pero cómo se produce la reproducción de las relaciones de producción, tan esencial para el mantenimiento del orden capitalista?

Althusser responde que la reproducción de las relaciones de producción se da a través de la ideología y del plano jurídico-político, por consiguiente, en el campo de la superestructura, junto a los aparatos del Estado (ARE y AIE). Quien controla los aparatos represivos del Estado y los aparatos ideológicos del Estado son las elites capitalistas dominantes, reproduciendo el poder represivo e ideológico existente con el fin de mantener la propiedad privada y el trabajo asalariado.

El papel de los aparatos represivos del Estado consiste, como aparato represivo, en garantizar, por la fuerza (física o no), las condiciones apropiadas para la reproducción de las relaciones de producción que no son más que las relaciones entre capital y trabajo, relaciones de explotación. Garantizan, además, que los aparatos ideológicos del Estado puedan ejercer sus funciones, garantía ésta ejercida a través de la represión.<sup>136</sup>

En cuanto a los aparatos ideológicos del Estado, se debe tener presente que es mediante los mismos como el modo de producción capitalista se repite e incorpora en la mente de las personas una ideología de exclusión y desigualdad. La educación impartida por los profesores, según este sistema, se transmite a sus alumnos y crea, en estos mismos alumnos, una especie de ética de exclusión social basada en la ley del mayor y mejor esfuerzo, donde todo está al alcance de quien efectivamente quiera trabajar.

Para Louis Althusser la ideología, según la cual funcionan los aparatos ideológicos del Estado, se unifica *bajo la ideología dominante*. “*Todos los aparatos ideológicos del Estado confluyen hacia el mismo resultado: la reproducción de las relaciones de producción, es decir, de las relaciones de explotación capitalistas. Cada uno de ellos llega a ese resultado de una manera que le es propia, es decir, sometiendo (sujetando) los individuos a una ideología*”. Subraya que eso es dominado por una partitura única, la ideología de la clase dominante.<sup>137</sup>

<sup>136</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 74.

<sup>137</sup> GUILHON ALBUQUERQUE, J. A., “Introdução”. En: *Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)*. Louis Althusser. Tradução de Valter José Evangelista e Mara Laura Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Edições Graal, 2ª ed., 1985, p.26, 31 e 32.

Todos los aparatos ideológicos del Estado confluyen, y de ahí no se excluye la escuela, hacia un mismo fin: la reproducción del modo de producción del capital, componiendo la superestructura ideológica que asegura esta reproducción.<sup>138</sup>

Recuerda Althusser que el aparato ideológico del Estado dominante es la escuela. Para él la Escuela:

“Se encarga de los niños de todas las clases sociales desde la Maternal, y desde la Maternal se les inculca, durante años, precisamente durante aquéllos en que el niño es más “vulnerable”, expresado a través del aparato de Estado familiar y del aparato de Estado escolar, los conocimientos contenidos en la ideología dominante (el francés, el cálculo, la historia natural, las ciencias, la literatura) o simplemente la ideología dominante en estado puro (moral, educación cívica, filosofía). Alrededor del 16º año, una enorme masa de niños entra en la “producción”, son trabajadores o pequeños campesinos. Otra parte de la juventud en edad escolar prosigue: y, sea como sea, se prepara para los cargos de los pequeños y medios cuadros, empleados, funcionarios pequeños y medios, pequeños burgueses de todo tipo. Una última parcela llega al final del trayecto, ya sea para caer en un desempleo intelectual, o bien para suministrar además de los “intelectuales del trabajador colectivo”, los agentes de la explotación (capitalistas, gerentes) los agentes de represión (militares, policías, políticos, administradores) y los profesionales de la ideología (curas de toda especie, que en su mayoría son “legos” convictos)”.<sup>139</sup>

Gran parte de esa ideología se aprende fuera de la escuela, *“sin embargo, ningún aparato ideológico del Estado dispone, durante tantos años, de esa audiencia obligatoria (e incluso, gratuita...), de 5 a 6 días en un total de 7, con una media de 8 horas por día, de la totalidad de los niños de la formación social capitalista”*.<sup>140</sup>

Chomsky, en relación a los espectadores, apunta que la idea de los verdaderos agentes del sistema es, mediante la propaganda, forjar valores e imponer el consumismo ciego. Este proceso comienza cuando el humano es niño<sup>141</sup>, lo que prueba lo que Althusser, afirma en relación a los aparatos ideológicos del Estado.

El mismo autor, en otra obra, refiriéndose a la forma de actuar de las elites dominantes, representadas fielmente por el Estado, para controlar el “rebaño” hace el siguiente comentario, bastante pertinente y que conlleva una repetición literal:

:

“En los estados totalitarios, en cambio, controlas al ‘rebaño’ colgando un martillo sobre sus cabezas: al que se mueva de su lugar, le golpeas en la cabeza. Pero en las sociedades democráticas, no se puede confiar en

<sup>138</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 78.

<sup>139</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 79.

<sup>140</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 80.

<sup>141</sup> CHOMSKY, Noam, “Bush y los años del miedo”, cit., p.42.

la fuerza bruta para mantener la población a raya, así que, para controlar a la opinión pública, hay que optar principalmente por la propaganda. En esta tarea de control de la opinión, la clase instruida resulta indispensable, y la escuela desarrolla una función crucial".<sup>142</sup>

Los mecanismos que producen y reproducen la relación explotadoras y explotadas del orden capitalista son naturalmente *"encubiertos y disimulados por una ideología de la escuela universalmente aceptada, que es una de las formas esenciales de la ideología burguesa dominante: una ideología que representa la escuela como neutra, desprovista de ideología (ya que es legítima), donde los profesores, respetuosos de la 'conciencia' y de la 'libertad' de los niños que les son confiadas por los 'padres'", que también son "libres", y se consideran como propietarios de sus hijos, les orientan hacia la libertad, la moralidad, la responsabilidad adulta con su ejemplo, conocimiento, literatura y virtudes en general libertarias.*<sup>143</sup>

La Escuela, sustituta de la Iglesia como aparato ideológico, junto con la Familia, desempeña, desde los primeros años de vida hasta la conclusión de la formación intelectual del ciudadano, una forma de reproducción de las relaciones de producción del modo capitalista. Amenazando constantemente con la lucha de clases, consigue, infiltrándose junto al proletariado, garantizar su hegemonía y mantener, para las elites dominantes, las relaciones de explotación a través del trabajo asalariado y la acumulación de capital en manos de unos pocos.

Conviene recordar que los aparatos ideológicos del Estado y el propio Estado tienen sentido sólo desde una perspectiva de la lucha de clases, en cuanto aparato de la lucha de clases, mantenedor de las condiciones de explotación y de su reproducción. *"No hay lucha de clases sin clases antagónicas"*. Por ello, los aparatos ideológicos del Estado no son la realización de la ideología en general, o incluso la realización sin conflictos de la ideología dominante. La ideología de la clase dominante no se convierte en dominante por acto o gracia divina, o por la simple toma del poder del Estado. Es a través del establecimiento de los aparatos ideológicos del Estado, como esta ideología realiza y se convierte en dominante. Althusser<sup>144</sup> apunta que *"este establecimiento no se da por sí sólo, es, al contrario, el galardón de una dura e interrumpida lucha de clases: primero, contra*

---

<sup>142</sup> CHOMSKY, Noam, *La (des) educación*, cit., p. 31.

<sup>143</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 80.

<sup>144</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 106.

*las antiguas clases dominantes y sus posiciones en los antiguos y nuevos AIE*<sup>145</sup> y, después, *contra la clase explotada*".<sup>146</sup>

Prosigue Althusser:

"Sólo desde el punto de vista de las clases, es decir, de la lucha de clases, nos podemos dar cuenta *de las* ideologías existentes en una formación social. No es sólo a partir de ahí que nos podemos ser conscientes de la realización de la ideología dominante en los AIE y de las formas de la lucha de clases, de las cuales los AIE son la sede y la escena. Pero es principalmente, y también a partir de ahí, como podemos comprender de dónde provienen las ideologías que se realizan y se confrontan en los AIE. Porque si es verdad que los AIE representan la *forma* por la cual la ideología de la clase dominante debe necesariamente realizarse, y la forma mediante la cual la ideología de la clase dominada debe necesariamente medirse y confrontarse, las ideologías no 'nacen' de los AIE sino de las clases sociales en lucha: de sus condiciones de existencia, de sus prácticas, de sus experiencias de lucha, etc.". <sup>147</sup>

Mediante la ideología de la clase dominante, se llega a la reproducción de las relaciones de producción, manteniendo el orden capitalista (elite dominante) intacta, sin que los propios alcanzados (proletarios y trabajadores en general) se percaten de ello, ya que todos son "*dominados*" por la reproducción ideológica capitalista desde la familia, a la iglesia, sindicatos, escuela y derecho (estructura tanto ideológica como represiva).

En las anotaciones de 1976 con respecto a la obra *Aparatos Ideológicos del Estado*, Althusser, después de recibir algunas críticas, afirma que:

"La ideología dominante, que existe en el complejo sistema de los aparatos ideológicos del Estado, es también el resultado de una dura y muy larga lucha de clases, a través de la cual la burguesía (si tomamos ese ejemplo) sólo puede conseguir sus fines bajo condición de luchar, *al mismo tiempo*, contra la antigua ideología dominante, que sobrevive en los antiguos Aparatos, y en contra de la

<sup>145</sup> Es interesante, aquí, hacer referencia a las primeras frases de la obra *El Manifiesto del Partido Comunista*: "Hasta nuestros días, la historia de la sociedad ha sido la historia de las luchas de clase. Hombre libre y esclavo, patricio y plebeyo, barón y siervo, maestro-artesano y aprendiz – en una palabra, opresores y oprimidos, en constante oposición – han vivido en una guerra interrumpida, ahora franca, ahora disfrazada; una guerra que siempre terminaba con una transformación revolucionaria de toda la sociedad o por la destrucción de las dos clases en lucha". (MARX, Karl e FRIEDRICH, Engels, *Manifiesto Comunista*. Comentado por Chico Alencar, Rio de Janeiro: Garamond, 1998, p. 51).

<sup>146</sup> De la misma forma, Lenin aduce que: "En cuanto a la época moderna, la de la victoria completa de la burguesía, de las instituciones representativas, del sufragio ampliado (¡hasta universal!), de la prensa cotidiana barata, que penetra en las masas, etc., la época de las asociaciones poderosas y cada vez más vastas, la de los obreros y de los patronos, etc., mostró, aún con más evidencia (aunque a veces bajo una forma muy unilateral, "pacífica", "constitucional") que la lucha de las clases es el motor de los acontecimientos". (LÉNIN, "Karl Marx". En: *As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo*, São Paulo: Global Editora, 6ª Ed; 1988, p. 26).

<sup>147</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 106/7.

ideología de la nueva clase explotada, que busca sus formas propias de organización y de lucha”.<sup>148</sup>

La lucha por la reproducción de la ideología dominante es un combate inacabado que siempre necesita renovarse.

En relación al ámbito político y, más concretamente, de los partidos políticos, los partidos comunistas participan en los gobiernos electos o que eligen representantes a las asambleas o cámaras de diputados, acaban reproduciendo la lógica burguesa. Caen en la trampa ideológica burguesa. Eso sucede porque estos partidos abandonan la lucha de clases, que es donde se da la dominación ideológica, repitiendo, muchas veces (en la mayoría de ellas) sin saber, la lógica burguesa. La ideología burguesa acaba por sacar de los partidos comunistas la vena revolucionaria, la crítica revolucionaria, ya que la lucha obrera tiene como finalidad la supresión del Estado y, por consiguiente, de los aparatos ideológicos del Estado.<sup>149</sup>

Marx, en la obra *La Ideología Alemana*, muestra que la clase que dispone de medios de producción material dispone, también, de medios de producción espirituales (ideas), lo que hace que los que no disponen de medios de producción material estén siempre sometidos a las ideas de los que poseen los medios de producción material.<sup>150</sup>

También Chomsky afirma que la mejor manera de controlar a la población es haciendo un control en relación al trabajo, transformándola en *individuos robots* para después controlarlos fuera del trabajo, prosiguiendo así con la “robotización” del ser humano.<sup>151</sup>

Chomsk apunta que:

“Las elites no quieren la democracia. La gente puede querer la democracia, pero los poderosos y los privilegiados no quieren la democracia. Eso también incluye a algunos intelectuales. Muchos intelectuales no quieren la democracia. Los intelectuales progresistas casi siempre se opusieron a la democracia. Y las decisiones más importantes, en todo ese período y hasta el día de hoy, las toma lo que se llama la oligarquía. Los hombres responsables son quienes deben tomar las decisiones y la población tiene que ser espectadora y no participante. La población es lo que Alexander Hamilton denominada “la gran bestia que tiene que ser domada y controlada”. No se la puede dejar fuera de control, hay que controlarla de una manera u otra. La mejor manera es teniendo un “control en el trabajo” y convirtiendo a la

<sup>148</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 110.

<sup>149</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., p. 126/128.

<sup>150</sup> MARX, Karl, *A ideologia alemã*. Tradução Frank Muller, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2006, p. 78.

<sup>151</sup> CHOMSKY, Noam, “Bush y los años del miedo”, cit., p.46.

gente en robot, y un 'control fuera del trabajo', a través del control de las actitudes y los sentimientos".<sup>152</sup>

Seguramente, a través de la reproducción mediante los aparatos ideológicos y represivos del Estado de la ideología dominante, es como los trabajadores acabaron por perder la conciencia de clase. No sólo el trabajador, sino también las personas de la clase media como los servidores públicos, los técnico-científicos e incluso los pequeños comerciantes, trabajadores autónomos y microempresarios, cuyos intereses son comunes, acaban por repetir el discurso dominante de desregulación y flexibilización laboral y mayor peso y valor a los aspectos del mercado y de la economía.

Resulta interesante la obra de Thomas Frank, en la que el autor se refiere al mercado como un ente ya absorbido por la población en general, en un concepto de "*mercado popular y democrático*" en que cada uno, por sí, puede invertir en acciones y cuidar de ellas como si fuesen suyas.<sup>153</sup>

El libro muestra cómo la sociedad acaba por alterar su mundo e incorporar el aspecto económico como algo suyo, como algo que forma parte activa y detenta el control. Las personas se sienten colaboradoras de las empresas y agentes conscientes del mercado, comprando y vendiendo acciones. Lo hacen sin saber que repiten la ideología que les es impuesta por quien detenta el poder y abandonan la cuestión de clase, dejando de lado, también, un futuro mejor para sí y para sus descendientes, que no serán más como ellas, que meros repetidores del orden excluyente hasta ahora vigente.

Frank apunta que para preservar los beneficios de los propietarios, se adoptó el populismo de mercado. La nueva empresa con perfil verdaderamente revolucionario, adoptará el lenguaje populista para contrarrestar al movimiento laboral. Pero transformara este lenguaje de forma sutil. El movimiento laboral identificaba a los trabajadores con el pueblo y los teóricos de la administración de los años noventa buscarían (y buscaron) un nuevo pueblo, cuyas demandas serían las de legitimar la empresa y el poder de los demás.<sup>154</sup>

El nuevo pueblo sería el conocido mercado. Solamente atendiendo a las demandas del mercado afirmaban los nuevos teóricos de la administración una organización atendería al pueblo, convirtiéndose en parte legítima de la vida democrática de la nación. Al integrar el mercado en sus operaciones, los ejecutivos se convertían en más justos, amables y capaces de escuchar. Tendrían que oír el mercado, cooperar con el mercado y permitir la organización de las fábricas por el mercado.<sup>155</sup>

Más adelante, el autor subraya que:

---

<sup>152</sup> CHOMSKY, Noam, "Bush y los años del miedo", cit., p.45/46.

<sup>153</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit.

<sup>154</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 236.

<sup>155</sup> FRANK, Thomas, *ibidem*.

“El mercado, actuando estrictamente por sí mismo, así nos dijeron, dio a la empresa toda la legitimidad democrática que requería. Los mercados eran el enemigo natural del privilegio, el destructor de la ostentación, el mayor ecualizador social de todos los tiempos. Solamente detentando los mercados el control total, Estados Unidos podría entrar en la tierra prometida de la democracia industrial”.<sup>156</sup>

Este mismo “*mercado democrático*”, que trata a las personas como piezas de producción y como mercancía, acaba por capitalizar el valor de las acciones de las empresas junto al mercado financiero, favoreciendo a los propietarios de las acciones, así como el despido de sus empleados que podrían definirse también “*súbditos*” o “*agentes*”.<sup>157</sup>

Otro punto relevante, que apunta Frank, es la cuestión de la democracia en el trabajo. Esta democracia tiene por objetivo que los trabajadores hagan sugerencias de eficiencia para las empresas, lo que lleva invariablemente a despidos y aumento de producción.<sup>158</sup>

Cada nueva teoría da lugar a un nuevo planteamiento, un nuevo movimiento, un nuevo consultor, que tiene como objetivo alcanzar la misma meta: menos trabajadores y más producción. “*O, dependiendo de su perspectiva, más trabajo, nómina menor. Para toda una clase de consultores y gurús es un ‘playground’ intelectual, para la vasta mayoría de los americanos que trabajan es un verdadero infierno de vigilancia y degradación en que cada emoción es simulada y cada reacción anticipada*”. El autor destaca lo que consta en el manual de la empresa UPS (United Parcel Service) destinado a sus empleados y que determina la forma de actuar en el sector de mensajería sin pérdida de tiempo. Se contienen referencias incluso con relación a quienes se quedan con el bolígrafo y hasta la mano que debe desabrochar el cinturón de seguridad cuando bajan del vehículo.<sup>159</sup>

Estos procedimientos, muchas veces sugeridos por ingenuos empleados que no tienen más que la conciencia burguesa de su empleador, como destaca Frank, conllevan invariablemente despidos, además de un aumento de trabajo para los que se quedan, con un consecuente aumento de las ganancias para los socios y los accionistas a costa del trabajo o, peor, del despido ajeno. Este hecho constituye una prueba de la total pérdida de la conciencia de clase, a través de dicha democracia en el trabajo, que no es más es que un elemento de control ideológico sobre el trabajador.

<sup>156</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 240.

<sup>157</sup> En la parte final de este texto, subraya Frank: “*si nuestro jefe nos había empujado hacia la línea del desempleo, probablemente lo haría para aumentar el valor de sus propias acciones de la empresa*”. (FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 128).

<sup>158</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 302.

<sup>159</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 302/303.

Sobre la reducción de los salarios y el empeoramiento de las condiciones de trabajo, conviene detenernos en Chomsky. Afirma que el sistema de jubilaciones que se invierten en las acciones de una determinada empresa acaba por hacer que los beneficiarios de estos sistemas de jubilación quieran que haya una valoración de las acciones a cualquier coste y que para ello no se reduzcan las condiciones sociales y salariales de los trabajadores de las empresas en el programa de jubilación privada que detenta las acciones. Eso quiebra el sistema de solidaridad o lo que denomina el autor “emoción humana”. Exacerba el individualismo y aleja la cuestión colectiva del plan de las relaciones humanas.<sup>160</sup>

Chomsky añade que:

“Si trabajo en una planta de General Motors y mi jubilación está invertida en acciones de GM, estoy obligado a trabajar más horas con un salario más bajo con menos beneficios y sin ninguna consideración de bienestar personal para aumentar mi pensión. Es la manera perfecta de lograr que la gente se convierta en su peor enemigo”.<sup>161</sup>

También son relevantes los “*think tanks*” en orden a la consolidación de la pérdida de la conciencia de clase por parte de los trabajadores. Todos estos elementos sumados acaban por generar lo que hoy se puede denominar colaborador, o trabajador domesticado y sin capacidad asociativa y de reivindicación.

En el siguiente epígrafe nos vamos a ocupar de qué es lo que hay que hacer para superar este problema. Hay una propuesta, un tanto osada, de “*democracia distributiva-comunicativa-educativa-cultural*”. Este proyecto puede acabar por estabilizar la democracia, permitiendo posicionar cada una en su “*degradación*” dentro de la sociedad para que, conscientes, puedan optar por lo que resulte mejor o, en caso de que se produzcan diferencias, aceptar el mejor argumento.

#### **1.4 Conciencia de clase y estabilización democrática**

La reconquista de la conciencia de clase conlleva la estabilización de la democracia. Sin embargo, no es tarea fácil. En este estudio, lo que pretendemos es mostrar cómo eso es posible. Por consiguiente, resulta necesaria la construcción de la democracia *distributiva-comunicativa-educativa-cultural*, con un claro carácter emancipatorio. Se empieza por la democracia *distributiva-comunicativa-educativa*. De ésta surgirá la democracia cultural como elemento de la reconquista de la conciencia de clase por la acción colectiva de los trabajadores.

##### **1.4.1 La *democracia distributiva-comunicativa-educativa***

<sup>160</sup> CHOMSKY, Noam, “Bush y los años del miedo”, cit., p.43.

<sup>161</sup> CHOMSKY, Noam, “Bush y los años del miedo”, cit., p.43/44.

La reconquista de la conciencia de clase se va consolidando a través de unas etapas. Una de ellas es la de la justicia distributiva, necesaria como estadio previo a la democracia distributiva y que remite a un concepto de educación que va más allá del capital, colocando a cada uno en su debido lugar dentro del orden social y económico. Es decir, los empresarios van a tener conciencia de su papel en la sociedad tanto como los trabajadores. Este delicado equilibrio de la información es lo que va hará posible que cada uno tenga acceso a lo que es suyo.

Antes de adentrarnos en el tema de la justicia distributiva, conviene que analicemos en qué consiste la cohesión social. Para Höffe, la cohesión social consiste en la limitación de la libertad. Esta limitación de libertad debe tener como objetivo el balance pragmático de beneficios y de costes, sin que se pueda prescindir de la libertad de forma absoluta, pudiendo hacerlo en parte cuando se tenga como objetivo la vida y vivir bien y feliz.<sup>162</sup>

Se han vertido algunas críticas con relación a esta teoría, como la de los utilitaristas. No podemos extendernos ahora en este análisis. Dejamos para otro momento un análisis más exhaustivo de la cuestión crítica, ya que lo que pretendemos es la búsqueda del concepto de justicia distributiva como germen de la reestructuración de la conciencia de clase.

En relación a la justicia distributiva o ventajas distributivas, Öffe apunta que *“donde existe no sólo una ventaja colectiva, sino también distributiva, no se necesita otra legitimación”*. Las ventajas distributivas tienen en cuenta el mayor número de ventajas y beneficios para todos, superando la cuestión de la desventaja general, teniendo como directriz el criterio de la justicia.<sup>163</sup>

En el mismo sentido que Öffe, Teresa Vicente Giménez apunta que el mejor camino para la paz, la superación de la pobreza y de la desigualdad es el reconocimiento efectivo de los derechos sociales tanto a nivel local como internacional. Para ello es necesario, según la autora, ampliar el alcance de los principios de justicia y concretamente de la justicia distributiva.<sup>164</sup>

Este concepto de justicia distributiva puede ser elevado a la democracia. Giddens apunta que la democracia es un sistema que implica competición entre *“partidos políticos por cargos de poder. En una democracia se realizan elecciones regulares y limpias, en que todos los miembros de la población pueden participar. Estos derechos de participación democrática se acompañan de libertades civiles – libertad de expresión y de opinión, junto con la libertad de formar grupos o asociaciones políticas y participar en los mismos”*.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> HÖFFE, Otfried, *Justiça política: fundamentos de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução Ernildo Stein, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 56/57.

<sup>163</sup> HÖFFE, Otfried, *Justiça política (...)*, cit., p. 60.

<sup>164</sup> VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 108.

<sup>165</sup> GIDDENS, Anthony, *Mundo em descontrolado (...)*, cit., p. 78.

La democracia no es una cuestión de todo o nada. En ella puede haber diferentes formas y niveles de democratización. Hoy el mundo es democrático. Estas ideas, sin embargo, han sido combatidas por las elites y por los grupos dominantes en el siglo XIX, tratadas muchas veces con desprecio. El autor inglés continúa apuntando que *“la democracia fue el ideal inspirador de las revoluciones americana y francesa, pero por un largo período de tiempo su influencia fue limitada”*. La democracia sólo consiguió desarrollarse plenamente en occidente, en el siglo XX. En los últimos años, el número de gobiernos democráticos ha aumentado del doble. Se extendió para los países del mediterráneo: España, Portugal y Grecia, así como por América Central y del Sur, aunque en éstas haya aún resquicios de gobiernos no democráticos.<sup>166</sup>

La democracia, aunque efectivamente tenga algunos problemas, es el mejor sistema. Puede que no resulte adecuada para determinadas situaciones. Sin embargo, no evita que el proceso democrático en algunos de los países de democracia más antigua esté creando una cierta desilusión democrática, incluso en países de tradición democrática.<sup>167</sup>

Para Giddens, en los países democráticos debe llevarse a cabo una profundización de la propia democracia. La denomina la *“democratización de la democracia”*. Sin embargo, la democracia, independientemente de eso, debe convertirse en transnacional. Una era globalizante exige respuestas globales, que se apliquen no solamente a la política.<sup>168</sup>

Todo ello porque los viejos mecanismos de gobierno *“no funcionan en una sociedad en la que los ciudadanos viven en el mismo ambiente de información que los que detentan el poder sobre ellos”*. Democratizar la democracia es promover una descentralización efectiva del poder. Y eso no es relevante sólo para las democracias maduras. Puede ayudar a establecer instituciones democráticas donde ellas sean débiles. Hay que llevar a cabo esta construcción desde la base, restaurando la cultura cívica. El mercado no tiene precisamente entre sus objetivos esto.<sup>169</sup>

A partir de esta idea de democracia intentamos establecer una relación con la justicia distributiva. Si la justicia distributiva pretende servirse del principio de que la limitación de las libertades debe traer ventajas para todos, la democracia distributiva, fruto del poder que deriva de la propia sociedad, podría, perfectamente, clasificarse como el agente que permitiera que se alcance esta forma de justicia.

Para ello es necesario el actuar comunicativo. El actuar comunicativo consiste en la acción dirigida al entendimiento, donde al menos dos sujetos actúan

---

<sup>166</sup> GIDDENS, Anthony, *Mundo em descontrolo (...)*, cit., p. 79/80.

<sup>167</sup> GIDDENS, Anthony, *Mundo em descontrolo (...)*, cit., p. 81/82.

<sup>168</sup> GIDDENS, Anthony, *Mundo em descontrolo (...)*, cit., p. 84.

<sup>169</sup> GIDDENS, Anthony, *Mundo em descontrolo (...)*, cit., p. 87.

de forma coordinada o incluso superan esta coordinación, mediante el dialogo, reconociendo, uno frente al otro, las pretensiones de validez de este discurso, alejándose del cálculo centrado en sí, para compartir los planes de acción del otro.<sup>170</sup>

Para Habermas, la racionalidad no es

“una facultad abstracta, inherente al individuo aislado, sino un procedimiento argumentativo por el cual dos o más sujetos se ponen de acuerdo sobre cuestiones relacionadas con la verdad, la justicia y la autenticidad. Tanto en el diálogo cotidiano como en el discurso, todas las verdades anteriormente consideradas válidas y constantes pueden ser cuestionadas; todas las normas y valores vigentes tienen que ser justificados; todas las relaciones sociales son consideradas resultado de una negociación en la cual se busca el acuerdo y se respeta la reciprocidad, fundados en el mejor argumento”.<sup>171</sup>

Habermas prosigue y apunta, en otra obra, sobre el actuar comunicativo, que:

“El actuar comunicativo pone en juego un espectro más claro de los fundamentos - fundamentos epistémicos para la verdad de las aserciones, puntos de vista éticos para la autenticidad de una elección de vida, indicadores para la sinceridad de las declaraciones, experiencias estéticas, explicaciones narrativas, patrones de valores culturales, exigencias de derechos, convenciones, etc. La imputabilidad no se limita sólo a los criterios de la moralidad y de la racionalidad objetiva (con respecto a los fines). Es muchas veces solamente objeto de la razón práctica, sin embargo consiste universalmente en la capacidad de un actor saber orientar su actuación conforme a las exigencias de validez”.<sup>172</sup>

En un pasaje conocido de la *Teoría de la Acción Comunicativa* Habermas clasifica las formas de acción instrumental, estratégica y comunicativa. Es esta última la que más nos interesa en esta investigación. Sin embargo, conviene hacer una referencia a todas:

“Una acción orientada al éxito la llamamos *instrumental* cuando la consideramos bajo el aspecto de observancia de reglas de acción técnicas y evaluamos el grado de eficacia de la intervención que esa acción representa en un contexto de estados y sucesos; y a una acción orientada al éxito la llamamos *estratégica* cuando la consideramos bajo el aspecto de observancia de reglas de la elección racional y evaluamos su grado de influencia sobre las decisiones de un oponente racional. Las acciones estratégicas pueden ir asociadas a interacciones sociales. Las acciones estratégicas representan, ellas mismas, acciones sociales. Me refiero, en cambio, a las acciones *comunicativas* cuando los planes de acción de los actores implicados no se coordinan a través de un cálculo

<sup>170</sup> HABERMAS, Jürgen, *Teoría de La Acción Comunicativa. V. I, Racionalidad de la Acción y racionalización Social*, Madrid: Taurus, 1987, *passim*.

<sup>171</sup> FREITAG, Bárbara, *A Teoria Crítica Ontem e Hoje*, São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 59/60.

<sup>172</sup> HABERMAS, Jürgen *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*, São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002, p.49

egocéntrico de resultados, sino mediante actos de entendimiento. En la acción comunicativa los participantes no se orientan primariamente al propio éxito; antes persiguen sus fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una definición compartida de la situación. De ahí que la negociación de definiciones de la situación sea un componente esencial de la tarea interpretativa que la acción comunicativa requiere" (Cursiva en el original).<sup>173</sup>

John Sitton, utilizando la acción comunicativa y la vida social, siguiendo a Habermas, apunta que para que una persona alcance sus objetivos de vida social, debe recurrir a las acciones de coordinación en su trato con el otro.<sup>174</sup>

Hay, conforme apunta el autor, dos formas de coordinar la acción dentro de la sociedad: por influencia o por conocimiento. La acción coordinada por la influencia, se produce cuando uno o más autores emplean, además de las razones reales, unos incentivos, tales como las amenazas, el dinero, el juego de relaciones emocionales, la retórica manipuladora o algo similar. En este caso, se retira el poder de la razón y las palabras se convierten en armas. Éste es un tipo de acción estratégica, donde la consecuencia del objetivo es lo más importante, siendo todo lo demás sólo un medio para eso. Ya la acción comunicativa se apoya en la acción coordinada mediante el consentimiento. Mediante la existencia o generación de un conocimiento común de hechos, normas o experiencias se desarrolla la acción comunicativa. Hay que poner de manifiesto que esta forma de acción es necesaria para la existencia de un lenguaje común y para el éxito de los objetivos del individuo. Lo que une a los agentes es compartir suposiciones o situaciones, formando convicciones racionales.<sup>175</sup>

En efecto, en la acción comunicativa, hay un término medio que permite que se llegue al entendimiento. Por tanto, podemos afirmar que el conocimiento común, el entendimiento común, crean convicciones comunes, sociedad común, donde todos los participantes forman parte real y concreta de toda actuación, interviniendo sobre la estructura social y gubernamental en provecho de todos.

La racionalidad comunicativa, por tanto, el actuar de forma que se llegue a un entendimiento y prevalezca el mejor discurso, prevalezca el entendimiento fundamentado y se refute la acción estratégica, amplía el abanico de posibilidades, formando un cierto tipo de lógica de desarrollo social. La racionalización cultural, es fruto de la trayectoria de cosmovisiones, establece una gama de oportunidades para el proceso de aprendizaje y que pueden producirse de manera innovadora, registrando los problemas reales que la sociedad afronta. Como ejemplo de la investigación científica, Sitton apunta.<sup>176</sup>

<sup>173</sup> HABERMAS, Jürgen, *Teoría de La Acción Comunicativa (...)*, cit., p.367.

<sup>174</sup> SITTON, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, cit., p. 115.

<sup>175</sup> SITTON, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, cit., p. 115/116.

<sup>176</sup> SITTON, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, cit., p. 123/124.

“la racionalización cultural no conlleva inmediatamente una racionalización más amplia de la vida social; para que esto suceda, para que dichos potenciales culturales se tornen ‘efectivos de manera empírica’, los desarrollos culturales deben promover la transformación de las prácticas sociales y desplazar las formas tradicionales de hacer las cosas, esto puede favorecerse de diversas maneras. Como arguye Weber, los intereses deben legitimarse.”<sup>177</sup>

Mediante la acción comunicativa, dirigida al entendimiento, se estructura el pensamiento en la sociedad. Reconocer en el otro a un ser racional con derechos y deberes y desarrollar con él un debate en igualdad de condiciones, sin sorpresas estratégicas, es el primer paso hacia una democracia comunicativa, hacia una democracia distributiva, con el mayor número de ventajas para todos, fruto de la participación fundamentada e íntegra de la colectividad.

En cuanto a la forma de concretizarla, Ernildo Stein apunta que el hombre no es sólo un animal que tiene la razón o la palabra. Para él “*la condición humana es sustentada por la posibilidad del diálogo comprensivo*”. La palabra acaba por sustentar al hombre. Muestra al hombre sus múltiples modos de ser en la historia, de sobrevivir en las instituciones y a través de las instituciones.<sup>178</sup>

En el mismo sentido, Heidegger subraya que el lenguaje es la morada del ser. Así, la esencia del lenguaje sólo puede ser pensada en correspondencia con el ser. En esto consiste el vivir del hombre, del ser humano en el mundo.<sup>179</sup> El desarrollo del pensamiento contribuye a la construcción del ser. La sociedad, así, es la sociedad que piensa,<sup>180</sup> la sociedad del diálogo y del lenguaje, ambas con intención democrática distributiva y comunicativa.

Pero ¿cómo llegar a este nivel de entendimiento democrático que permita la construcción de una democracia distributiva y comunicativa? ¿Y en qué medida es importante teniendo en cuenta la cuestión de la conciencia de clase?

Si el discurso representa un vínculo<sup>181</sup> y si la educación no es nada más que una forma de discurso para el entendimiento y el aprendizaje, debemos comenzar por el concepto de educación que supere la noción del capital. Para explicar este concepto, conviene citar a István Mészáros.

Para Mészáros los procesos educacionales y sociales más exhaustivos de reproducción están ligados. Para la transformación de la educación es necesaria la transformación del cuadro social en el que las prácticas educacionales deben cumplir sus vitales e históricamente importantes funciones de cambio. Si no se

<sup>177</sup> SITTON, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, cit., p. 126.

<sup>178</sup> STEIN, Ernildo, *História e ideologia*, Porto Alegre: Movimento, 3ª ed., 1999, p. 45.

<sup>179</sup> HEIDEGGER, Martin, *Cartas sobre el humanismo*. Traducción de Helena Córtes y Arturo Leyte, Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 43.

<sup>180</sup> HEIDEGGER, Martin, *Cartas sobre el humanismo*, cit., p. 81.

<sup>181</sup> LACAN, Jaques, *Televisão*. Versão brasileira, Antonio Quinet, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 31.

hace de esta forma, lo único que se consigue es una corrección de algunos detalles defectuosos del orden educacional establecido, manteniéndose intactas las estructuras fundamentales de la sociedad como un todo, en conformidad con las exigencias inalterables de la lógica global de un determinado sistema de reproducción.<sup>182</sup>

Para el autor, “esta lógica excluye, con una irreversibilidad categórica, la posibilidad de legitimar el conflicto, entre ‘las fuerzas hegemónicas fundamentales rivales’, en un determinado orden social, como ‘alternativas viables’ entre sí, tanto en el campo de la producción material, como en el ámbito cultural/educacional”. Sería, por tanto, absurdo esperar una formación ideal educacional considerando el orden social vigente, donde hay un flagrante control por parte de la clase dominante. No sorprende que incluso las bien intencionadas utopías educacionales, formuladas desde el punto de vista del capital, tuvieran que permanecer en los límites del dominio del capital como modo de reproducción metabólica. Las posiciones de los utópicos eran sólo para reformas, con el fin de remediar los peores efectos del capitalismo, sin eliminar el abismo existente dentro del sistema en favor de la elite.<sup>183</sup>

La razón del fracaso en cuanto a la reforma educacional se da porque algunas determinaciones del capitalismo son irreformables. Efectivamente el capital es irreformable, incluso por su naturaleza. El capital se queda, por tanto, en su parte estructural incontestable. Se mantienen algunos beneficios que revierten hacia el propio sistema capitalista. “Limitar un cambio educacional radical a los márgenes correctivos implicados del capital significa abandonar de una sólo vez, conscientemente o no, el objetivo de una transformación social cualitativa”. De la misma forma acaece si intentamos hacer una reforma sistémica de la propia estructura del sistema capitalista, lo que no pasa de ser una contradicción. Es por ello que resulta necesario romper con la lógica del capitalismo con el fin de tener una alternativa educacional.<sup>184</sup>

Afirma Mézáros que Adam Smith y Robert Owen, aunque bien intencionados, reprodujeron la lógica capitalista.

Para Adam Smith, a pesar de su profundo compromiso con el modo capitalista de producción económica y social, condenó el impacto negativo del sistema capitalista sobre la clase trabajadora, preocupándose tanto por el aspecto comercial como por la causa del problema. En cuanto a la división en la fabricación, como en el caso de los botones, el economista escocés apunta que está tan dividida la producción de los productos que ello daría lugar a una desventaja del espíritu comercial. Afirma que la mente de los hombres queda limitada, convirtiéndose en incapaces de cualquier elevación. La educación es

---

<sup>182</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*. Tradução de Isa Tavares, São Paulo: Boitempo, 2005, p. 25.

<sup>183</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 26.

<sup>184</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 26/7.

despreciada o, al menos, descuidada y el espíritu heroico es casi integralmente extinguido. Propone la corrección de esta lógica, debiéndose prestar una atención real. En la división del trabajo todo hombre tiene sólo una operación, limitando su campo de actuación y su atención, relacionada sólo con lo que debe hacer de forma inmediata (trabajo). Cuando se plantea una mayor cantidad de asuntos, la misma tiende a expandirse. Contra esta lógica, se retrae y requiere mayor atención y cuidado.<sup>185</sup>

Mészáros destaca que Smith impone a los trabajadores la culpa por la lógica capitalista. Cita el ejemplo de que un adulto, cuando no encuentra muchas oportunidades e ideas para divertirse, es probable, a los ojos del economista, que se entregue a la embriaguez. El salario que percibe es suficiente para su sustento ya que se mantiene en la ignorancia, sin buscar distracción. Para Mészáros, la lógica de Adam Smith elimina del modo de producción la responsabilidad por los problemas sociales y económicos capitalistas e impone al trabajador esta pesada carga.<sup>186</sup>

El hecho es, para Mészáros, que Adam Smith no es capaz de dirigir las causas más evidentes de exclusión fruto del capitalismo. *“Los límites objetivos de la lógica del capital prevalecen incluso cuando nos referimos a grandes figuras que conceptúan el mundo desde el punto de vista del capital, e incluso cuando intentan expresar objetivamente, con un espíritu iluminado, una preocupación humanitaria genuina”*.<sup>187</sup>

Owen, medio siglo después de Adam Smith, denuncia la búsqueda del lucro y el poder del dinero, aduciendo que el empleador ve al trabajador como un mero instrumento de ganancia. Sin embargo, espera que las cosas se resuelvan en favor del trabajador por el impacto de la razón predicando no a los *convertidos*, sino a los *inconvertibles* que no consiguen pensar en el trabajo en otros términos que no sea como mero instrumento del capital, modo de ganancia, pieza del engranaje capitalista.<sup>188</sup>

Y apunta Owen, en palabras de Mészáros:

“se espera, de modo confiado, que esté próximo el tiempo en que el hombre, *por ignorancia*, ya no infligirá un sufrimiento innecesario sobre el hombre; porque la *mayoría de la humanidad será consciente*, y podrá discernir claramente que, al actuar así, inevitablemente creará un sufrimiento a sí mismo”.<sup>189</sup>

Según Mészáros lo que hace el discurso de Owen problemático es que tiene que conformarse con los límites planteados por el capital, aunque tenga óptimas

<sup>185</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 28/29.

<sup>186</sup> MÉSZÁROS, István, *ibidem*.

<sup>187</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 30.

<sup>188</sup> MÉSZÁROS, István, *ibidem*.

<sup>189</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 31.

intenciones. El autor (Owen) intenta conseguir lo imposible: la conciliación de las reglas de la utopía liberal reformista con las de la implacable estructura del capitalismo. El discurso relata claramente el carácter de transigencia y no de revolución, tratando de superar los problemas existentes con relación a la clase trabajadora a través de la razón. Lo que debe acaecer es que el empleador deje probablemente ver al empleado como una mera pieza del orden capitalista, como forma de ganancia, reconociendo en el mismo el problema del sistema, lo que se solucionaría, según Owen, sólo a través de la razón. Owen cree que al final la verdad debe prevalecer porque la mayoría de la humanidad tomará conciencia.<sup>190</sup>

Owen, según Mészáros, en relación a la crueldad del sistema capitalista apunta que:

“si no se toman las medidas legislativas apropiadas para prevenir su aumento (crueldad) y se mejoran las condiciones de esta clase, *más tarde o más temprano hará sumergir el país en un formidable y tal vez complejo estado de peligro*. La finalidad directa de estas observaciones es incentivar la mejora y evitar el peligro”.<sup>191</sup>

Owen lo denomina error o ignorancia superado por la razón. No es el único. Sin embargo, confía en que mediante la razón y el acceso a la verdad, se limitará el carácter rudo y cruel del capitalismo, apunta Owen. Lo que ese autor olvida es que todo se confronta con la lógica perversa del capitalismo.<sup>192</sup>

En cuanto a esta lógica, Mészáros apunta que:

“De esa forma, aunque de forma inconsciente, la relación entre el problema y su solución está, en efecto, invertida, y con ello la misma relación redefine compasivamente al primero, de manera que se ajuste a la solución – desde una perspectiva capitalista permisible– de este modo preconcebida conceptualmente. Es eso lo que acaece cuando incluso un reformista social y educacional consciente, que honestamente intenta remediar a los efectos alienantes y deshumanizantes del “poder del dinero” y de “búsqueda del lucro”, que él mismo rechaza, no puede escapar de la auto-impuesta camisa-de-fuerza por las *determinaciones causales* del capital.

El impacto de la incorregible lógica del capital sobre la educación ha sido grande a lo largo del desarrollo del sistema. Sólo las *modalidades* de imposición de los imperativos estructurales del capital en el ámbito educacional son hoy diferentes, con relación a los primeros y sangrientos días de la “acumulación primitiva”, en sintonía con las circunstancias históricas alteradas, como veremos en la próxima sección. Es por ello que hoy el sentido del cambio educacional radical no puede ser que el de la camisa-de-fuerza de la lógica incorregible del sistema: perseguir de modo planeado y consistente una estrategia de ruptura del control conocido por el capital, con todos los medios

<sup>190</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 32.

<sup>191</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 33.

<sup>192</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 34.

disponibles, así como con todos los medios que aún deben inventarse, y que tengan el mismo espíritu”.<sup>193</sup>

Las soluciones no pueden ser sólo *formales*: deben ser *esenciales*.

La educación institucionalizada, concretamente en los últimos ciento cincuenta años, sirvió no sólo para suministrar los conocimientos y el personal necesario a la máquina productiva en expansión del sistema capitalista, sino también para generar y transmitir un cuadro de valores que hace legítimos los intereses dominantes, como si no existiera ninguna alternativa a la gestión de la sociedad, ya sea mediante una forma “*internalizada*” o a través de una dominación estructural y una subordinación jerárquica e implacable impuestas.<sup>194</sup>

Cuando hay riesgos para el sistema, la historia debe ser reescrita y propagada de forma distorsionada, no sólo mediante los órganos oficiales de amplio alcance y que se difunden en la opinión política, desde los periódicos de gran circulación hasta las radios y televisiones. Marx, en la obra *El Capital*, describe una caracterización devastadora de la forma en cómo una cuestión vital de la historia del modo capitalista conocida como la *acumulación primitiva u original del capital*, es tratada por la economía política.<sup>195</sup>

Marx, en palabras de Mészáros, apunta:

“Esa acumulación primitiva desempeña en la Economía Política un papel análogo al pecado original en la Teología. Adán mordió la manzana y, con ello, sobrevino el pecado a la humanidad. Se explica su origen contándolo como anécdota acaecida en el pasado. En tiempos muy remotos, había, por un lado, una elite laboriosa, inteligente y, sobretodo, parsimoniosa, y, por otro, vagabundos desperdiciando todo lo que tenían y más aún. La leyenda del pecado original teológico nos cuenta, sin embargo, que el hombre fue condenado a ganar su pan con el sudor de su frente; la historia del pecado original económico, sin embargo, nos revela porqué hay gente que no tiene necesidad de ello. Así se explica que los primeros acumulan riquezas, y los últimos, finalmente, nada tenían para vender sino su propia piel. Y de este pecado original dada la pobreza de la gran masa que hasta ahora, a pesar de todo su trabajo, nada posee para vender sino a sí misma, y la riqueza de los pocos, que crece continuamente, aunque muchos hayan parado de trabajar. (...). En la historia real, como se sabe, la conquista, la sumisión, el asesino para robar, en suma, la violencia, desempeñan el papel principal. En la Economía Política reinó desde siempre el idilio. (...). En la realidad, los métodos de acumulación primitiva son todos menos idílicos. (...). Los ancestros de la actual clase trabajadora fueron inmediatamente punidos por la transformación, que les fue impuesta, en vagabundos y *paupers*. La legislación les trataba como criminales ‘*voluntarios*’ y suponía que dependía de su buena voluntad el seguir trabajado en las antiguas condiciones que *no existían* (...). De estos pobres fugitivos, de los cuales

<sup>193</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 34/35

<sup>194</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 35.

<sup>195</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 36.

Thomas Moro apunta que les coaccionó a robar, fueron ejecutados 72 mil pequeños grandes ladrones, bajo el reinado de Enrique VIII”.<sup>196</sup>

Locke ya decía que el número de pobres aumenta por la relajación de la disciplina y por la corrupción de los hábitos. Por tanto, para que los pobres trabajen deben aplicarse las leyes estipuladas por Enrique VIII. Locke elogió el hecho de que los trabajadores recibiesen menos de un centavo por día, mil veces menos que lo que él mismo recibía del gobierno (uno de sus empleos). Predicaba también trabajo forzado para los mendigos sin salario durante tres años. Predicaba que fueran cortadas las dos orejas de los criminales, mientras que las leyes de Enrique VIII y Eduardo VI predicaban el corte de “sólo” media oreja. De la misma forma Locke proponía la institución, para los niños pobres, de talleres, ya que estos hijos de trabajadores serían un fardo para la parroquia, manteniéndose en la inactividad hasta los doce o los catorce años.<sup>197</sup>

Lo que quería Locke era obligar a que estos niños fuesen a las iglesias todos los domingos, para que fueran educados en la religión. Por tanto, para él, las medidas que debían aplicarse a los trabajadores pobres eran diversas con respecto a las que los “*hombres con razón*” entendían adecuadas para sí.<sup>198</sup>

Estas prácticas posteriormente fueron abandonadas, pero no por motivos humanitarios, sino por el coste económico que generaban.<sup>199</sup>

La cuestión crucial, en el capitalismo, es asegurar que cada individuo adopte como propias las metas de reproducción objetivamente posibles en el sistema. Es una cuestión de internalización por los individuos de la “*legitimación de la posición que les fue atribuida en la jerarquía social, junto con sus expectativas “adecuadas” y las formas de conducta “ciertas”, más o menos explícitamente estipuladas en ese terreno*”. Mientras la internalización haga su papel de asegurar los parámetros reproductivos generales del sistema del capital, la brutalidad y la violencia pueden ser relegadas a un segundo plano – no abandonadas, sino relegadas a un segundo plano – ya que son modalidades que no prestan atención a la imposición de valores, como sucedió a lo largo del desarrollo del capitalismo moderno. Sólo en períodos de crisis agudas es que la brutalidad y la violencia vuelven. Ejemplo Chile y Argentina de la época de los militares.<sup>200</sup>

Las instituciones formales de educación son una parte importante del sistema global de internalización<sup>201</sup>. Los individuos deben ser inducidos por los sistemas de educación formales a una aceptación activa o, más o menos, resignada de los principios reproductivos orientadores dominantes de la sociedad, adecuados a su posición en el orden social, y de acuerdo con las tareas

<sup>196</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 37/38.

<sup>197</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 40/41.

<sup>198</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 42.

<sup>199</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 43.

<sup>200</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 44.

<sup>201</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit.

reproductivas que les son atribuidas. Deben, por ello, adoptar las perspectivas globales de la sociedad mercantilizada como incuestionables límites individuales a sus aspiraciones personales. Sólo una consciente acción colectiva conseguirá sacar a los individuos de esta grave y paralizante situación.<sup>202</sup>

No resulta posible escapar del sistema escolar establecido siguiendo la lógica del capital. No basta simplemente con reformarlo. Lo que se precisa es reformular todo el sistema de internalización, con todas sus dimensiones, visibles y ocultas. *“Romper con la lógica capitalista en el área de la educación equivale, por tanto, a sustituir las formas omnipresentes y profundamente arraigadas de internalización mistificadora por una alternativa concreta exhaustiva”*<sup>203</sup>.

***“El aprendizaje es nuestra propia vida, desde la juventud hasta la vejez”.***

Nadie pasa diez horas sin aprender nada. ¿Qué aprendemos? El aprendizaje ¿conduce a la auto-realización de los individuos como *“individuos socialmente ricos”* humanamente (Marx), o el aprendizaje está al servicio de la perpetuación, consciente o no, del orden social alienante y definitivamente incontrolable del capital? ¿Es el conocimiento el elemento necesario para transformar en realidad el ideal de la emancipación humana, en conjunto con una firme determinación de los individuos? o, por el contrario, ¿será la adopción, por los individuos, especialmente de los modos de comportamiento que sólo favorezcan la concreción de los objetivos asumidos del capital? Aprendemos para bien y para mal. Debemos maximizar lo mejor y minimizar lo peor.<sup>204</sup>

Con el fin de cambiar gradualmente la educación, no se pueden hacer transformaciones institucionales formales *“paso a paso”*. Se debe presionar, mediante instrumentos que efectivamente puedan tener éxito, con el fin de romper progresivamente esta lógica. Esta forma de reforma de la enseñanza paso a paso es predicada en la sociedad como la única que pueda resolver el problema de la educación, con el fin de preservar las calidades de *“civilización”*, en detrimento de la *“anarquía y subversión”* en lo que concierne a los aspectos de *“educar”* y *“gobernar”*. Eso excluye a la mayoría de la población en beneficio de una elite dominante y empresarial, que repite su lógica excluyente.<sup>205</sup>

Gramsci argumenta, en contra de una concepción de educación y de vida intelectual que se dirige a mantener al proletariado *“en su lugar”*, que no hay ninguna actividad humana de la cual se pueda excluir cualquier intervención intelectual. No se puede separar el *homo faber* del *homo sapiens*. Además, fuera del trabajo, todo hombre desarrolla alguna actividad intelectual, lo que hace que

<sup>202</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 44/5.

<sup>203</sup> Sistema de escuela completo quiere decir que comprende a todos, ricos, pobres, mestizos. Que no sea elitista, sino integral, de todos. Las escuelas deben ser esenciales y no sólo formales. (V. MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 45).

<sup>204</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 47/48.

<sup>205</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 48/49.

contribuya a mantener o cambiar la concepción de mundo, para estimular nuevas formas de pensamiento. Méészáros apunta que la posición del italiano es extremadamente democrática y es la única sostenible. Gramsci insiste en que todo el ser humano contribuye, de una forma o de otra, a la formación de una concepción de mundo predominante. Sostiene que tal contribución puede caer tanto en el cambio como en el mantenimiento del orden tal como se presenta. Pueden, incluso, ser ambas concomitantemente, pero una predominará, de acuerdo con los intereses y las fuerzas sociales opuestas.<sup>206</sup>

El autor añade que:

“En otras palabras, la dinámica de la historia no es una fuerza cualquiera externa y misteriosa sino una intervención de una enorme multiplicidad de seres humanos en el proceso histórico real, en la línea del “mantenimiento y/o cambio” – en un período relativamente estático, mucho más “mantenimiento” que “cambio” o viceversa en el momento en que haya una gran elevación en la intensidad de confrontaciones hegemónicas y antagónicas – de una determinada concepción del mundo que, por consiguiente, atrasará o acelerará la llegada de un cambio social significativo”.<sup>207</sup>

Todo ello coloca en otra perspectiva las reivindicaciones elitistas de los políticos y educadores. No pueden cambiar la concepción del mundo de la forma que efectivamente quieren, por más que pretendan hacerlo, y por muy amplio que pueda ser el aparato de propaganda a su disposición. “*Un ‘proceso colectivo inevitable’, de proporciones elementales, no se puede expropiar definitivamente, incluso por los más expertos y generosamente financiados agentes políticos e intelectuales*”. Si no fuese por este inconveniente, destacado por Gramsci, el dominio de la educación institucional formal y rigurosa podría realizarse siempre en favor del capital.<sup>208</sup>

“*Sea con relación al ‘mantenimiento’, sea con relación al ‘cambio’ de una determinada concepción del mundo, la cuestión fundamental es la necesidad de modificar, de una forma ‘duradera’, el modo de ‘internalización’ históricamente prevalente*”. Romper la lógica capitalista en el ámbito de la educación es absolutamente inconcebible sin ello. A través de un cambio radical en el modo de internalización, ahora opresivo, que sustenta la concepción dominante del mundo, el dominio del capital podría romperse.<sup>209</sup>

<sup>206</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 49/50.

<sup>207</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 50.

<sup>208</sup> MÉSZÁROS, István, *ibidem*. La educación ya reina libre en favor del capital. La multiplicación de la ideología burguesa del lucro y de la especulación son inculcados en la mente de los niños desde temprano. Ningún otro aparato del Estado tiene tanto tiempo a su disposición. Lo que hay hoy es una educación ecológica capitalista, puesto que el capital, para los pocos, se está dando cuenta de que el planeta no soporta la forma en cómo el modo de producción lo trata. Para continuar beneficiándose, debe existir el medio ambiente. La educación para el medio ambiente existe. Una educación emancipadora y plural no.

<sup>209</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 52/53

Por muy severas que puedan ser algunas escuelas, y por muy nefastas que puedan ser sus efectos, los jóvenes pueden buscar alimento intelectual y artístico en otras fuentes. Sin embargo, la forma en como se plantea hoy el sistema educacional formal, es el de actuar como guardián y autoritario para inducir un conformismo generalizado en determinados modos de internalización, de forma que se subordina a las exigencias del orden establecido.<sup>210</sup>

La sociedad necesita una actividad de “*contra-internalización*”, coherente y sustentada, que no acabe en la *negación* y que defina sus objetivos fundamentales, “*como la creación de una alternativa exhaustiva ‘concretamente sostenible’ a lo que ya existe*”. Sería la solución de un sistema educacional alternativo, completamente a disposición del pueblo, mucho más allá del ámbito de la educación formal. Recuerda Mészáros, citando a Renato Constantino, que así como España, en el período colonial, operaba más a través de la religión que por la fuerza, afectando profundamente a la conciencia de las personas (colonizados), Estados Unidos, en las Filipinas (tierra de Constantino), a través del General Marcos, opera de modo análogo a través de la conciencia, usando la educación y otras formas de instituciones culturales. La filosofía de la liberación, sin embargo, como *contra-conciencia*, es algo en desarrollo, dependiendo del aumento de la concienciación. No es contemplativa. Es activa, dinámica y abarca una situación objetiva, así como la reacción subjetiva de las personas implicadas.<sup>211</sup>

El papel de los educadores y su responsabilidad es esencial. José Martí apunta que la búsqueda de la cultura, en el real y verdadero sentido del término, implica el más alto riesgo, por ser inseparable del objetivo fundamental de la liberación. Ser culto es la única forma de ser libre. Educar es depositar en cada hombre, en cada ser humano toda la obra humana que le ha antecedido. Es hacer de cada hombre el resumen del mundo vivido hasta el día en el que vive. Por ello, es prácticamente imposible, a través del sistema formal, buscar una educación más allá del capital. Los preceptos y conceptos de educación deben independizarse de la lógica del capital, de imposición y de conformidad y dirigirse hacia un intercambio activo y efectivo con prácticas educacionales más exhaustivas. Sin ello no hay educación emancipatoria.<sup>212</sup>

### **La educación como “*trascendencia positiva de la auto-alienación del trabajo*”.**

Mészáros sostiene que la sociedad vive en condiciones de una deshumanizante alienación y de una subversión fetichista del real estado de cosas dentro de la conciencia porque “*el capital no puede ejercer sus funciones sociales metabólicas de amplia reproducción de ninguno otro modo. Cambiar estas condiciones exige una intervención consciente en todos los dominios y en todos los niveles de nuestra existencia individual y social*”. Marx subraya que el hombre

<sup>210</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 52/54.

<sup>211</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 56/57.

<sup>212</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 58/59.

debe cambiar “*completamente las condiciones de su existencia industrial y política, y, por consiguiente, ‘toda su manera de ser’*”.<sup>213</sup>

También enfatiza Marx, en palabras de Mészáros, que:

“(…) en la raíz de todas las variedades de alienación encontramos la históricamente revelada *alienación del trabajo*: un proceso de *auto-alienación* esclavizante. Ello obedece a que estamos preocupados por un proceso *histórico* impuesto y no por una acción exterior mítica de predestinación metafísica, y tampoco por una ‘naturaleza humana’ inmutable – forma en que muchas veces ese problema es tendenciosamente descrito – sino por el propio trabajo; y es posible *superar la alienación* a través de una *reestructuración radical* de nuestras condiciones de existencia muy establecidas y, por consiguiente, de toda nuestra manera de ser”.<sup>214</sup>

Por consiguiente, la necesaria intervención consciente en el proceso histórico, ordenada por la noción de superar la alienación por medio de un nuevo metabolismo reproductivo social de los “*productores libremente asociados*”, no puede ser sólo una cuestión de negación, puesto que para Marx todas las formas de negación permanecen condicionadas a aquello que ellas niegan. Ello hará que el objeto negado, con el tiempo, aumente el poder, imponiendo, primero, la búsqueda de “*una línea de menor resistencia*’ y posteriormente – con cada vez mayor intensidad – la ‘*racionalidad*’ de regresar a las ‘*prácticas ensayadas*’ del ‘*status quo ante*’ que *ciertamente sobrevivirán en las dimensiones no restauradas del orden anterior*”.<sup>215</sup>

Lo que se debe hacer es mantener el estado hostil a que se enfrenta, oponiéndose a cualquier idea de restauración más amplia de la sociedad. Esta contra-internalización o contra conciencia exige la anticipación de una visión general, concreta y exhaustiva, de una forma radical de administrar las funciones globales de decisión de la sociedad “*que va mucho más allá de la expropiación, muy establecida, del poder de tomar todas las decisiones fundamentales, así como de sus imposiciones sin ceremonia a los individuos, por medio de políticas como una forma de alienación por excelencia en el orden existente*”.<sup>216</sup>

La tarea a la que debe enfrentarse va mucho más allá de la negación del capitalismo. “*El concepto ‘más allá del capital’ es inherentemente ‘concreto’*. Tiene como objetivo la realización de un orden social metabólico que se ‘sustenta concretamente a sí mismo’, sin ninguna referencia auto justificativa para los males del capitalismo”. La negación directa de las diversas manifestaciones de alienación constituye una condición para todo aquello que la misma negación niega, y permanece, así, vulnerable como consecuencia de ese condicionante.<sup>217</sup>

<sup>213</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 59.

<sup>214</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 60.

<sup>215</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 60/61.

<sup>216</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 61.

<sup>217</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 62.

La estrategia reformista de defensa del capitalismo pretende postular el cambio gradual en la sociedad a través del cual los ‘defectos específicos’ son removidos, de forma que se compromete la base sobre la cual las reivindicaciones de un ‘sistema alternativo’ puedan ser articuladas. Estas “reformas”, en la práctica, son sólo ficticias, puesto que los ‘defectos específicos’ del capitalismo, para ser suprimidos, dependen, necesariamente, de la reforma del todo, es decir, de la reforma de todo el sistema, del mismo en su totalidad. En efecto, estas reformas no cambian nada, sino que crean sólo una falsa ilusión de modificación del modo de producción capitalista.<sup>218</sup>

El rechazo reformista de abordar de hecho las contradicciones del sistema capitalista, por tratar “sólo con las manifestaciones particulares”, es una forma peculiar de rechazar, sin ningún análisis adecuado, cualquier sistema rival, y una manera de eternizar el capitalismo. El objeto real de la argumentación reformista es el sistema dominante como tal, en su totalidad y no en partes, de forma gradual. No se puede, ni de lejos, sustentar la validez atemporal del orden económico, político y social establecido, puesto que se ha creado a lo largo de la historia. Eso resulta inevitable, “en todas las variedades sociopolíticas del reformismo, intentar desviar la atención de las determinaciones ‘sistémicas’ – que a fin de cuentas definen el carácter de todas las cuestiones vitales – hacia discusiones más o menos aleatorias sobre efectos específicos, mientras se deja su incorregible base causal no sólo incontestablemente permanente sino también como omisa”. Todo ello se mantiene escondido por la propia naturaleza del discurso reformista.<sup>219</sup>

El desafío al que debe enfrentarse no tiene parecido en la historia. La reforma debe ser de todo el sistema, lo que implica abarcar a todos, sin excepción, involucrando a todos los individuos. El cumplimiento de esta nueva tarea histórica supone el cambio cualitativo de las condiciones objetivas de reproducción de la sociedad, en el sentido de reconquistar el control total del capital y la transformación progresiva de la conciencia como respuesta a las condiciones necesariamente cambiantes. “Por tanto, el papel de la educación es soberano, tanto para la elaboración de las estrategias apropiadas y adecuadas para cambiar las condiciones objetivas de reproducción, como para el ‘autocambio consciente’ de los individuos llamados a concretar la creación de un orden social metabólico radicalmente diferente”. Eso es, apunta Mészáros, lo que se quiere decir con la “sociedad de productores libremente asociados”. Por ello que, en la concepción marxista, la trascendencia de la alienación del trabajo se hace inevitablemente a través de la educación.<sup>220</sup>

Se deben poner en un primer plano la “universalización de la educación” y la “universalización del trabajo como actividad humana auto-realizadora”. Ninguna de

<sup>218</sup> MÉSZÁROS, István, *ibidem*.

<sup>219</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 63/64.

<sup>220</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 65.

las dos, sin embargo, es viable sin la otra. Así lo consideró Fidel Castro, cuando en relación a la universalización de la educación en Cuba, alegó que antes era necesaria la universalización del trabajo. No puede haber una solución efectiva para la auto-alienación del trabajo sin que se promueva, de forma consciente, la universalización conjunta del trabajo y de la educación.<sup>221</sup>

Para Paracelso, el trabajo debía ser el principio general ordenador de la sociedad. Llegó incluso a defender la expropiación de la fortuna de los ricos ociosos, para obligarles a que tuvieran una vida productiva. La idea, por tanto, de universalizar el trabajo y la educación es antigua. Esta idea sobrevivió, aunque de forma frustrada, puesto que su realización presupone, necesariamente la “*igualdad substancial*” de todos los seres humanos.<sup>222</sup>

Esto se relaciona con la concepción de la educación dominante, los gobernantes y los gobernados, así como con los educacionalmente privilegiados y aquéllos que deben ser educados, aparecen en compartimientos separados estancados.

Tanto es verdad que Taylor escribió, en palabras de Mészáros:

“Uno de los primeros requisitos para que un hombre sea idóneo para ocuparse de hierro fundido es una ocupación regular, es que sea tan *estúpido* que se asemeje, en su cuadro mental, a un buey. (...) El trabajador que es más adecuado para la carga de lingotes es incapaz de entender la real ciencia que regula la ejecución de ese trabajo. *Es tan estúpido, que la palabra “porcentaje” no tiene ningún significado para él.*”<sup>223</sup>

La educación “*más allá del capital*” se dirige a un orden social cualitativamente diferente. El grave e insuperable defecto del capitalismo es la “*alienación de mediaciones de segundo orden*” que necesita imponer a todos los seres humanos, incluyéndose las personificaciones del capital. El capitalismo no sobreviviría sin sus mediaciones de segundo orden (principalmente el Estado, la relación de cambio orientado al mercado y al trabajo, en su subordinación al capital). Eso quiere decir que estas mediaciones de segundo orden imponen a la humanidad una “*forma alienada de mediación*”. “*La ‘alternativa concreta’ a esa forma de controlar la reproducción metabólica social sólo puede ser la ‘automediación’, en su inseparabilidad del ‘autocontrol’ y de la ‘auto-realización a través de la libertad sustantiva y de la igualdad’, en un orden social reproductivo de modo consciente regulado por los individuos asociados*”. Es también inseparable de los “*valores*” escogidos por los propios individuos sociales, conforme a sus reales necesidades y no impuestos de forma totalmente artificial, por los imperativos derivados de la acumulación lucrativa del capital. Ninguno de

<sup>221</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 66/67.

<sup>222</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 68.

<sup>223</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 70/71.

los objetivos emancipadores es concebible sin la intervención más activa en la educación más allá del capital.<sup>224</sup>

Las desigualdades sociales son amplias. Los requisitos mínimos de satisfacción humana no son alcanzados por la mayoría de la población, aunque haya un índice de desperdicio sin precedentes<sup>225</sup>. Un ejemplo de ello lo constituye la quema y el desaprovechamiento de productos agrícolas por parte de productores a cambio de un mejor precio para la venta.<sup>226</sup>

Lo que está en juego no es la “*deficiencia contingente*” de los recursos disponibles y sí la “*inevitable deficiencia estructural*” de un sistema que opera a través de sus “*círculos viciosos de desperdicio y de escasez*”. Para superar esta lógica no se puede hacer más que una intervención efectiva en la educación, capaz de establecer prioridades y de definir las necesidades reales, mediante plena y libre deliberación de los individuos implicados. Si eso no acaece, la escasez se va multiplicar de forma creciente, así como también la generación de necesidades artificiales devastadora, orientada a la auto-expansión del capital y con una contraproducente acumulación.<sup>227</sup>

La educación, con el fin de superar el capital, debe ser continuada. No hay ser vocacional (utilitarista sin ningún poder decisorio) o general (que enseña a los individuos de forma paternalista las habilidades del pensamiento). La educación continuada debe ser inseparable de la autogestión, por tanto en constante cambio. La tarea educacional debe ser amplia y emancipatoria. Ninguna de las dos puede ser suprimida o puesta frente a la otra. Debe “*articularse adecuadamente y redefinirla constantemente en su interrelación dialéctica con las condiciones cambiantes y las necesidades de la transformación social emancipadora y progresiva en curso*”.<sup>228</sup>

Lo que propone Mézáros es una educación que va más allá del capital. Enfrentar de forma abierta y consciente las formas de control ideológico capitalista es el primer paso. Sin repetir este sistema excluyente de dominación burguesa dentro de las escuelas y se pretende presentar al ser humano como un fin, y no como un medio al que llegar para la acumulación de capital.

Para ello resultan imprescindibles una nueva escuela, una nueva familia, una nueva iglesia. Es necesaria, en efecto, una nueva conciencia. Una nueva conciencia de clases. La vieja conciencia de clases ya está perdida, enterrada por la dominación ideológica burguesa. Una educación más allá del capital, más allá

<sup>224</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 72/73.

<sup>225</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 73.

<sup>226</sup> En la mayoría de las ocasiones, el productor (pequeño productor) sale perjudicado con los precios bajos de sus productos. Las grandes corporaciones que dominan especialmente el sector de alimentos, fijan precios irrisorios, justificando su actuación en la ley de la oferta y de la demanda, mientras que muchos pasan hambre.

<sup>227</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 74.

<sup>228</sup> MÉSZÁROS, István, *A educação para além do capital*, cit., p. 76/77.

de los límites de la igualdad formal (que genera en su vientre la desigualdad), más allá de los límites de la acumulación capitalista de dinero y propiedad y más allá de los límites del yo. Una educación con principios comunicativos, donde el otro es un fin en sí mismo. Una nueva vida. Una nueva sociedad, pero con las mismas personas. Una nueva sociedad que domine, con la voz de la mayoría, los aparatos ideológicos del Estado.

### **1.4.2 La reconquista de la conciencia de clase**

La reconquista de la conciencia de clase comienza por una educación que va más allá del capital. Canotilho la denomina constitución cultural y acaba por fortalecer la conciencia de clase del trabajador asalariado. Por consiguiente, resulta interesante describir la relación entre los derechos fundamentales-sociales y la reconquista de la conciencia de clase para, después, analizar la cuestión de la estabilización democrática y la conciencia de clase.

#### **1.4.2.1 Derechos sociales y la reconquista de la conciencia de clase**

La Constitución brasileña de 1988, como ya hemos apuntado en la parte introductiva de este estudio, considera los derechos sociales como fundamentales, a partir del artículo 6º. La Constitución española de 1978 no establece esta fórmula. En España son derechos fundamentales sólo las libertades y garantías.

Pretendemos llamar la atención con respecto a la cuestión de los derechos sociales y a la reconquista de la conciencia de clase. La conciencia de clase aproxima al ciudadano al concepto de igualdad material, puesto que más que consciente de sus límites y su posición dentro del tejido social y económico, está más bien preparado para reivindicar sus derechos y posicionar sus límites y deberes.

Conviene subrayar que no hay ninguna crítica, aunque sea velada, al texto español. Es evidente que no es éste el objetivo del trabajo y tampoco hay condiciones intelectuales para ello. Nuestra investigación pretende mostrar que el avance de los derechos sociales y su cualificación como fundamentales pueden aproximarnos a una sociedad más equilibrada, justa y solidaria.

El principio de la democracia económica y social no se limita, unilateralmente, a una simple dimensión económica. *“Cuando se habla de prestaciones existenciales para ‘asegurar una existencia humana digna’ se pretende también aludir a la indisociabilidad de la ‘existencia digna’ de una expresión cultural y, al mismo tiempo, a la inseparabilidad de la ‘democracia cultural’ de un deber cuidado por las prestaciones culturales (Daiseinsvorsorge) materiales”*. Las instituciones democráticas aseguran e incentivan el acceso a la cultura y a la enseñanza, con igualdad de oportunidades y acceso a la enseñanza básica universal, obligatoria y gratuita. La creación de condiciones concretas para el ejercicio del derecho a la cultura y a la enseñanza es condición de una real libertad de formación y del desarrollo de la personalidad e instrumento indispensable para la propia

emancipación (progreso social y participación democrática). “*Igualdad de oportunidades, participación, individualización y emancipación, son componentes del derecho a la educación y a la cultura, y dimensiones concretas implícitas en el principio de la democracia cultural*”.<sup>229</sup>

En relación al principio de la democracia económica y social, Canotilho hace referencia al principio de la igualdad. Sostiene que, entre este principio y el de la democracia económica y social, hay una conexión bastante estrecha. La democracia económica y social abarca la libertad y la igualdad. Eso hace que no se pueda interpretar el principio de la igualdad como un principio “estático”, indiferente a la eliminación de las desigualdades y el de la democracia económica como un principio “dinámico”, impositivo de una igualdad material. Eso podría significar la relativización de cualquiera de estos principios. El de la igualdad se interpreta en el sentido de la igualdad formal, dejando la dimensión de la “*dignidad social*” y el de la democracia social se constituye en un instrumento de eliminación de disminución de las desigualdades.<sup>230</sup>

El jurista portugués prosigue:

“La igualdad material postulada con el principio de la igualdad es también la igualdad real vinculada por el principio de la democracia económica y social. En esta perspectiva, el principio de la democracia económica y social no es un simple “instrumento”, no tiene una función instrumental con respecto al principio de la igualdad, aunque se les pueda asociar una “función conformadora” tradicionalmente rechazada por el principio de la igualdad: garantía de *igualdad de oportunidades* y no sólo de una cierta “*desigualdad de oportunidades*”. Eso significa el *deber compensación positiva de la “desigualdad de oportunidades”* (cfr. arts. 9º/d, 20º/1, 74º/1, etc.). El principio de la igualdad y el principio de la democracia económica y social se aglutinan recíprocamente en una “unidad” no reductible a momentos unidimensionales “estática” o “dinámica” de la igualdad. En una fórmula sintética, podríamos decir que el principio de la igualdad es, simultáneamente, un principio de igualdad del Estado de derecho (*rechtsstaatliche Chancengleichheit*) y un principio de la igualdad de democracia económica y social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*”).<sup>231</sup>

Canotilho apunta que en el caso portugués, la constitución establece para el trabajo, los derechos de los trabajadores y la intervención de los trabajadores como un elemento constitutivo del propio orden constitucional global e instrumento privilegiado de realización del principio de la democracia económica y social, tal y como establece el artículo 2º de la Constitución portuguesa de 1976. Se la denomina como Constitución del trabajo.<sup>232</sup>

<sup>229</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 349.

<sup>230</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 350/351.

<sup>231</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 351.

<sup>232</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 346/347.

Aproximándose a esta teoría, Habermas, citado por Steiltjes, considera que la cultura oxigena los procedimientos de elaboración de las normas jurídicas. Para el autor *“una sociedad tiende a ser constituida por ordenamientos legítimos de procedimientos formales de elaboración y justificación de las normas; la cultura tiende a ser un estado de permanente revisión de tradiciones ‘fluidificadas’ y convertidas en ‘reflexivas’*”. Sigue apuntando que, *“estas tendencias evolutivas, como consecuencia del proceso de diferenciación estructural del mundo de la vida, sólo pueden tener éxito en la medida en que las posturas de afirmación o negación, que sustentan la práctica comunicativa cotidiana, no se fundamentan en un acuerdo normativo adscrito, sino que surgen de un proceso cooperativo de interpretación entre los autores sociales”*.<sup>233</sup>

Los avances en el campo cultural, fruto de una reglamentación del trabajo y del mantenimiento de los derechos procedentes del contrato de empleo acaban por estabilizar la relación entre empleado y empleador, cada uno conociendo perfectamente su papel en la sociedad y el momento para reivindicar y luchar. Ello constituye una dialéctica saludable. El trabajador, conociendo su importancia en el proceso histórico y económico, garantiza un futuro mucho mejor para las generaciones siguientes, puesto que permite que estas generaciones, por sí mismas, educadas conforme a estos mismos patrones, puedan buscar un avance social más igual y humano, sin necesidad de sujeciones a situaciones o empleos degradantes.

Este avance en el campo cultural, conlleva un añadido intelectual que se extiende hacia otros sectores de las relaciones interpersonales, sociales y económicas. Un ciudadano trabajador bien informado, consciente de sus deberes y de sus derechos tiene mejores condiciones para establecer sus reivindicaciones. Se posiciona mejor frente al tomador del trabajo y puede, con la participación de los demás, reivindicar mejores condiciones de trabajo y, de ahí, mayor dignidad.

Las categorías que mejor se posicionan frente a cuestiones políticas y sociales y que acaban por organizarse mejor en los movimientos sindicales, son aquéllas en las que sus empleados o trabajadores están más pagados. Un ejemplo de ello, son los bancarios, categoría que está en declive aunque todavía tenga una cierta influencia (no como a mediados de los setenta) junto con los movimientos políticos, sociales y sindicales, servidores públicos, empleados de empresas que ocupan cargos técnico-científicos (ingenieros, economistas, abogados, profesores), entre otros.

En relación a la reconquista de la conciencia de clase, conviene citar nuevamente a Poulantzas. Para el autor, resulta interesante la alianza entre los intelectuales y la clase obrera. Lo mejor sería la constitución de un bloque

---

<sup>233</sup> STEILTJES, Cláudio, *Jürgen Habermas. A desconstrução de uma teoria*, São Paulo: Germinal, 2001, p. 276.

histórico, más sólido que la alianza, puesto que ésta mantiene intactos los deseos individuales de cada grupo, con el fin de retomar la conciencia de clase.<sup>234</sup>

Poulantzas, apunta que:

“El ‘bloque histórico’ trabajadores-intelectuales – y aquí reside la importancia del término bloque histórico – se distingue con respecto a una simple alianza. Mientras la ‘alianza’ implica una distinción y una autonomía concreta de los miembros con intereses específicos y organizaciones propias, el bloque histórico significa *una vinculación y un vínculo orgánico* de miembros con intereses a largo plazo idénticos”.<sup>235</sup>

El texto de Poulantzas prueba que este retorno de la conciencia es posible. Se abre el camino a la educación, con un papel protagonista por parte de los intelectuales.

No bastan buenas intenciones políticas. Hay que transformar las propias estructuras del Estado y de la sociedad. Para que eso se produzca, sin embargo, debe haber una modificación en la relación a la parte que concierne a los aparatos del Estado y al personal estatal. Significa que el Estado capitalista expresa siempre sus contradicciones en relación a los aparatos ideológicos, dominados por la clase hegemónica.<sup>236</sup>

La compleja relación entre lucha de clases y aparatos de Estado es la lucha de clases que desempeña el papel principal. “*No son las modificaciones ‘institucionales’ las que tienen como consecuencia los ‘movimientos sociales’*”. Es la lucha de clases que determina las modificaciones en los aparatos del Estado<sup>237</sup>. Es esencial la reconquista de la conciencia de clase. Sólo así la clase trabajadora podrá tener las condiciones de conocer su posición real dentro del tejido social y luchar por mejores condiciones laborales.

Esta es la importancia de la lucha de clases. Es el motor de la historia. Las clases pueden ser comprendidas más en el marco de una lucha de clases. La lucha de clase es un elemento histórico y dinámico. “*La constitución y, por tanto, la definición misma de las clases, de las fracciones, de las estratos y de las categorías sólo se pueden realizar, considerando el factor dinámico de la lucha de clase; es decir, teniendo en cuenta sus eventuales consecuencias sobre la extensión, la restricción, la polarización, la reconstitución de una nueva forma de las divisiones sociales*”. La delimitación de las clases sociales depende, como hemos visto, del proceso histórico.<sup>238</sup>

<sup>234</sup> POULANTZAS, Nicos, “Classes sociais e luta de classes”, cit., p. 113/115.

<sup>235</sup> POULANTZAS, Nicos, “Classes sociais e luta de classes”, cit., p. 115.

<sup>236</sup> POULANTZAS, Nicos, “Classes sociais e luta de classes”, cit., p. 120/121.

<sup>237</sup> POULANTZAS, Nicos, “Classes sociais e luta de classes”, cit., p. 122.

<sup>238</sup> POULANTZAS, Nicos, *ibidem*.

Lo que se defiende aquí, es una concepción diversa del pensamiento dominante. En nuestra investigación, la asunción de los derechos fundamentales-sociales acaba por despertar la acción colectiva de los trabajadores, esencial para su desarrollo histórico. *“El trabajo y la acción colectiva sirven como los hilos de Ariadna para llegar al entendimiento del proceso de transformación económica y social. El resultado de ese proceso impulsado por el colectivo de los trabajadores tiene un sentido positivo, es un proceso civilizatorio”*.<sup>239</sup>

Que apenas haya estudios al respecto, se debe al hecho de que exista una dominación ideológica que condiciona toda la materia. A pesar de que la acción colectiva de los trabajadores no tiene ninguna relevancia en el proceso histórico y social, no quiere decir que no sea un tema central.<sup>240</sup>

La relevancia de los trabajadores subordinados en el proceso de civilización, nos permite entender que nos encontramos frente a un concepto de libertad y de emancipación, fruto de los avances de los derechos sociales, que son fundamentales y que consten o no en el texto constitucional como tales.

#### **1.4.2.2 Conciencia de clase y estabilización de la relación entre el capital y el trabajo**

Una vez cumplidas las etapas descritas anteriormente, el trabajador está más preparado para posicionarse adecuadamente en la estructura capitalista. La reconquista de la conciencia de clase hace del hombre que trabaja como alguien que actúa de forma democrática y comunicativa en el seno de la sociedad.

Lo cual estabiliza las relaciones del mismo con su empleador. Consciente de su importancia en la historia y su papel dentro del orden capitalista, aparecen más claras las formas de reivindicación de sus derechos así como de fijación de sus límites. El cómo deba de actuar frente al tomador de su trabajo y también con relación al gobierno, comienza a tener una apariencia más madura y seria, incluso más respetable. Ahora, el trabajador sabe quién es, qué es y su importancia. Si el trabajador comienza a reivindicar, es porque probablemente tiene un fondo de razón.

De ahí que nace la estabilización de las relaciones. La estabilización de la relación entre capital y trabajo. La conciencia democrática y distributiva, fruto de la actuación comunicativa, muestra a cada uno lo que de hecho tiene y puede tener, así como hasta dónde puede seguir en la búsqueda de un permanente avance en el campo social, cultural, personal y humano.

Si hay una relación entre capital y trabajo estable, se pueden superar las crisis económicas. Se puede negociar, ya sea colectivamente, ya sea mediante

<sup>239</sup> CATTANI, Antônio David, *A ação coletiva dos trabalhadores*, Porto Alegre: Editora SMCultura – Palmarinca: 1991, p. 15.

<sup>240</sup> CATTANI, Antônio David, *A ação coletiva dos trabalhadores*, cit., p. 16.

normas estatales, cada uno con sus objetivos, se podrán buscar las mejores soluciones distributivas.

La relación de empleo directa, fruto del contrato de trabajo subordinado, debe ser la regla. El trabajador será consciente de ello cuando retome la conciencia de clase, fruto de la democracia *distributiva-comunicativa-educativa-cultural*. La reconquista de la conciencia de clase hace al trabajador más fuerte. Como consecuencia de esos colectivos, la cuestión de clase se fortalece. Es como un círculo vicioso. El trabajador retoma la conciencia de clase, comienza a exigir una contratación directa y ésta, que le da mayores logros, acaba por formar las bases para el mantenimiento de esta conciencia. Los avances en el campo social son evidentes. La democracia *distributiva-comunicativa-educativa-cultural*, que supone la contratación directa a través de la conciencia del trabajador, acaba generando otro elemento de fortalecimiento de la cuestión social: la necesidad del contrato de empleo directo con el tomador de los servicios, ya que así el trabajador sabrá precisamente cual es su papel en la historia y su importancia dentro del sistema capitalista.

Conviene subrayar, que la contratación directa tiene mejores condiciones de emancipar intelectualmente al trabajador porque le proporciona mayor cantidad de derechos y de deberes también. El trabajador subordinado, que presta trabajo con dependencia (depende de su empleador, pero éste también de él), una vez arraigada esta condición en la esencia de su ser, donde pueda él contar (por su relevante papel en el orden capitalista) con la actuación comunicativa y distributiva de su empleador, permite una mayor estabilización democrática, una superación de las crisis, dada la percepción de una mayor gama de derechos, consciente de que estos derechos son fruto de su posición histórica y de arduas conquistas en el sistema capitalista.

La contratación directa y sin intermediación de mano de obra debe ser la regla. No se debe permitir la subcontratación o la tercerización. Conviene subrayar que, en este estudio, no se deja de lado en ningún momento la cuestión de que el modo de producción es el capitalista y tampoco se propone la superación de éste. Utilizamos la teoría marxista como elemento de argumentación y fundamentación del discurso, como iremos analizando en el curso de la presente investigación.

### **1.4.3 El Trabajo subordinado y la dignidad humana**

La cuestión del trabajo subordinado como norma de dignidad humana será objeto de análisis en los epígrafes siguientes. Aunque resulte evidente la pérdida de la conciencia de clase de los trabajadores, mediante la democracia *distributiva-comunicativa-educativa-cultural* es posible alcanzar los patrones de conciencia de clase, deseables y útiles para la sociedad.

Por consiguiente, resulta conveniente tratar acerca del trabajo subordinado. A partir del contrato de empleo que surge la subordinación. Esta forma de contrato alcanza mayores beneficios para el trabajador, siendo su forma de emancipación

personal, económica y política, fruto del contrato del empleo subordinado y su posición histórica dentro del sistema, también constituye un elemento de dignidad humana.

## 2 La dignidad humana.

### 2.1 Introducción.

Como es notorio, la Constitución es más que un documento. La misma tiene un intenso significado simbólico e ideológico y refleja tanto lo que la sociedad es como lo que pretende o quiere ser.<sup>241</sup>

Peter Häberle, refuerza lo que hasta ahora hemos descrito. El autor apunta que la mera transcripción de textos jurídicos es insuficiente. La Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para juristas que interpretan la norma constitucional, sino que sirve también de hilo conductor para todo ciudadano. No se trata de un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural y auto-representación de todo un pueblo en su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.<sup>242</sup>

La Constitución brasileña de 1988, es una de las Cartas constitucionales más avanzadas del mundo en lo que se refiere a los derechos humanos fundamentales y a la dignidad humana. Recibe influencias de la Constitución Alemana (Ley Fundamental Bonn de 23 de mayo de 1949), Portuguesa (de 02 de abril de 1976) y española (de 29 de diciembre de 1978), normas fundamentales que priman los derechos humanos y la concreción de la dignidad humana.<sup>243</sup>

La dignidad humana toma como raíz la dignidad de vida, objetivo principal de todos los derechos contemplados por el ordenamiento jurídico. En este sentido, observa Ana Maria Marcos del Caño que *“ineludiblemente en estas cuestiones siempre estará de telón de fondo la dignidad de la vida humana, como fundamento último de todos los derechos básicos del ser humano”*.<sup>244</sup>

### 2.2 Concepto de dignidad

---

<sup>241</sup> PIOVESAN, Flávia, “Direitos humanos e o princípio da dignidade humana”. En: *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, George Salomão Leite (org.), São Paulo: Malheiros, 2003, p. 190.

<sup>242</sup> HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid: Tecnos, 2000, p. 34.

<sup>243</sup> PIOVESAN, Flávia, “Direitos humanos e o princípio da dignidade humana”, cit., 190.

<sup>244</sup> MARCOS DEL CANO, Ana María, “Una visión orteguiana del fundamento del derecho a la vida”. En AA. VV. *Derechos y Libertades*. Revista de filosofía del derecho y derechos humanos no. 16, Época II, Madrid: Dykinson S.L. Editorial, enero 2007, p. 85

Aristóteles Pinheiro Libanio, con respecto al término dignidad, apunta que “*El origen de la palabra dignidad nos ayuda a comprender esa idea esencial. Dignus, en latín, es un adjetivo ligado al verbo defectivo decet (es conveniente, es apropiado) y al sustantivo decor (decencia, decoro). En ese sentido, decir que uno tuvo un tratamiento digno significa afirmar que esa persona tuvo un tratamiento apropiado, adecuado, decente*”<sup>245</sup>.

Juan-Ramón Capella citando a Simone Weil, apunta que todo Ser humano es sagrado y ningún derecho individual o colectivo permite que se pueda atentar contra la vida de otro hombre.<sup>246</sup>

Más adelante Capella subraya:

“Un grupo social que considerara esencial para su proyecto de vida la intangibilidad de cualquier ser humano y pusiera toda su voluntad colectiva en este proyecto de un mundo que se fundamentara en ese principio haría ‘sagrada’, en un sentido inmanente y no supersticioso, la intangibilidad de los seres humanos, aunque sólo, naturalmente, dentro del mismo grupo”.<sup>247</sup>

El ser humano como “*sagrado*”. Se trata de considerar su dignidad y su ser en el mundo como algo en sí. Con este propósito pretendemos exponer la cuestión de la dignidad humana.

Incluso Woody Allen apunta, citando a Bertrand Russell, “*si la gente resolviera sus problemas sociales, adiós a la religión. Y eso es lo que yo creo. Si se les proporciona a los jóvenes alimentos suficientes, una vivienda decente y una posibilidad de dignidad humana, no cometerían delitos*”<sup>248</sup>. La dignidad humana ha sido objeto de atención incluso para la literatura y el cine.

El tratamiento digno, con dignidad, es inherente a la condición humana, por el simple hecho de ser humano. No se puede comprar la dignidad. Un trabajador, por ejemplo, esclavizado, no puede suprimir su dignidad. Sigue siendo humano, sujeto de derechos. Lo que acaece es que la esclavitud, por el simple hecho de serlo, agrede de forma directa los preceptos mínimos del buen vivir, especialmente la *dignidad del trabajador*, que tiene derecho a un tratamiento apropiado y compatible con los de la dignidad.

### 2.3 Dignidad de la persona humana

<sup>245</sup> PINHEIRO LIBANIO, Aristóteles, *Princípio da dignidade da pessoa humana*. En: <http://www.diarioon.com.br/arquivo/3916/colunas/coluna-244.htm> - acceso el 10 de septiembre de 2008, 12h21min.

<sup>246</sup> CAPELLA, Juan-Ramón, *Entrada en la barbarie*, Madrid: Trotta, 2007, p. 73.

<sup>247</sup> CAPELLA, Juan-Ramón, *Entrada en la barbarie*, cit., p. 77.

<sup>248</sup> ALLEN, Woody, *Interiores*. Tradução José Luis Guarner, Barcelona; Tusques Editores, 2002, p. 37.

Actualmente se discute si, de hecho, la dignidad humana es un principio o una regla de derecho absoluta, que no permita reflexión o violación, so pena de inconstitucionalidad. Por consiguiente, analizaremos algunos argumentos jurídicos de autores de varios países, así como la jurisprudencia, concretamente la brasileña y española.

Eric Hobsbawn, en el capítulo “*de un centenario a otro*”, en la obra *Ecos de la Marsellesa*, subraya que bien sea el liberalismo en cuanto revolución social, bien sea la burguesía como potencialmente la clase proletaria, “tanto *la democracia (en cualquiera de sus versiones) como la dictadura, toman su raíz en la extraordinaria década que comenzó con la convocatoria de los Estados-Generales, la Toma de la Bastilla y la ‘Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano’*”<sup>249</sup>, refiriéndose, evidentemente a la Revolución Francesa y a su importancia en el desarrollo del concepto de democracia y, por consiguiente, a los de libertad, igualdad y fraternidad, dando inicio a lo que hoy se concibe como dignidad humana.

Nuria Beloso Martín apunta que la idea de la dignidad humana hace que se considere cada ser humano, cada persona humana como portador de algo intrínsecamente valioso y que le dota de una serie de características mantenidas incluso en situaciones precarias. No se puede negociar o disponer de la misma, ni por el propio sujeto, ni por el poder político.<sup>250</sup>

Subraya que Kant considera la dignidad como la calidad que no tiene precio, ya que el ser humano no es un medio, sino un fin en sí mismo.<sup>251</sup>

El artículo primero de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* establece que *todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*<sup>252</sup>. No hay persona que no posea dignidad. No se puede separar un concepto del otro. La fallida *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en el *Tratado que establece una Constitución para Europa, firmado el 29 de octubre de 2004 en Roma, Italia*<sup>253</sup>, en su artículo primero, observa que *la dignidad humana es inviolable y será protegida*. El *Tratado de Lisboa*, de 13 de diciembre de 2007, añade el artículo 1º “bis” al *Tratado de la Unión Europea*, aduciendo que la Unión se fundamenta en la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, respeto de

<sup>249</sup> HOBBSAWN, Eric, *Ecos da marsehesa (...)*, cit., p. 81.

<sup>250</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones”. En: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre: HS Editora. Ano 2, número 04, julho/setembro de 2008, p. 41.

<sup>251</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El principio de dignidad de la persona (...)”, cit., p. 50.

<sup>252</sup> *Artículo primero. Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Están dotadas de razón y conciencia y deben actuar en relación unas con las otras con espíritu de fraternidad*. En [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm) - acceso el 03 de septiembre de 2008, 15h53min.

<sup>253</sup> *Artículo primero. La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*.

los derechos humanos y del estado de derecho<sup>254</sup>. Este tratado depende de la ratificación de cada uno de los veintisiete países miembros de la Comunidad.<sup>255</sup> No se puede tratar acerca de los derechos sin tratar, necesariamente, la dignidad humana.

Ingo Wolfgang Sarlet expone que la dignidad humana está ligada a la condición de ser humano, inherente a cualquier persona humana. Es una calidad intrínseca de la persona e irrenunciable, constituyendo un elemento que califica al ser humano como tal. Incluso el más cruel de los criminales detenta, como ser humano, dignidad. Lo que hace que los seres tengan dignidad, es el hecho de que están dotados de razón y de conciencia. Lo que constituye un elemento común de todos los hombres y fundamenta su igualdad<sup>256</sup>.

La dignidad, para el Tribunal Constitucional español, es un valor “*espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*”. Para la doctrina alemana, la dignidad humana consiste en el hecho de que “*cada ser humano es humano por la fuerza de su espíritu, que lo distingue de la naturaleza impersonal y le capacita para que, a partir de su propia decisión, tome conciencia de sí mismo, autodetermine su conducta, y de forma a su existencia y al medio que le circunda*”.<sup>257</sup>

En Francia, la dignidad de la persona humana no es una norma o un principio positivado. En efecto, el Consejo Constitucional pronunció que la dignidad humana es un valor constitucional, la cumbre del sistema jurídico francés.

En Brasil y en España la dignidad humana se encuentra reconocida en las respectivas Constituciones, conforme a los artículos 1º, III y 10.1, respectivamente:

Art. 1º La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y de Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...). III - la *dignidad de la persona humana*.

Artículo 10. 1. La *dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley

<sup>254</sup> “Artículo 1 bis. La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

<sup>255</sup> [http://europa.eu/abc/treaties/index\\_es.htm](http://europa.eu/abc/treaties/index_es.htm) - acceso el 16 de septiembre de 2008 a las 14h26min. Subrayamos que Irlanda dijo “no” al Tratado, lo que causó una paralización en el proceso de ratificación.

<sup>256</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, “Dignidade da pessoa humana. Parte II”. En: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto (org.), Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006, p. 217/218.

<sup>257</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, “Dignidade da pessoa humana. Parte II”, cit., p. 218.

y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Sobre la dignidad humana, conviene mencionar parte de una decisión del Tribunal Constitucional Alemán. Para esta Corte, la dignidad de la persona está vinculada al valor social y a la pretensión de respeto del ser humano, que no podrá reducirse a la condición de objeto del Estado o sometido a tratamiento que comprometa su calidad de vida<sup>258</sup>.

Para Jorge Miranda, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, la dignidad humana “constituye el fundamento de todo el sistema los derechos fundamentales, en el sentido de que éstos constituyen exigencias, concreciones y desdoblamientos de la dignidad de la persona y que en base a éste deben (los derechos fundamentales) ser interpretados”.<sup>259</sup>

En una reciente entrevista publicada en el periódico “Jornal da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho” de la 3<sup>o</sup> Región, Minas Gerais, Ingo Wolfgang Sarlet apunta con respecto a la dignidad humana y derechos de los trabajadores que

“La dignidad de la persona humana, simultáneamente valor y principio, hace referencia a la tutela y promoción de la persona y de las manifestaciones esenciales de su personalidad, implicando una conjuntos de derechos y deberes fundamentales que abarcan desde el libre desarrollo de la personalidad y el derecho general de libertad, hasta la promoción contra las discriminaciones, la tutela de la integridad y de la identidad biológica y psíquica y la garantía de un mínimo existencial, en términos de prestaciones socioculturales e incluso ambientales.

La relevancia de la constitucionalización de los derechos de los trabajadores y su inserción en el título de los derechos fundamentales presenta una dimensión material y una dimensión formal, ya que traduce la importancia del trabajo a una existencia digna y asegura un conjunto de derechos y garantías específicos, dirigidos a la tutela y promoción de la persona en las relaciones laborales, a la vinculación de los poderes constituidos, concretamente del legislador, que no está autorizado a suprimir tales derechos del texto constitucional, estando, a tenor del artículo quinto, párrafo primero, obligado a reconocer, también con relación a los derechos de los trabajadores, la aplicabilidad directa”.<sup>260</sup>

Gomes Canotilho, en relación al tema, apunta que la dignidad humana expresa la “*apertura de la república a la idea de **comunidad constitucional inclusiva** pautada por el multiculturalismo global, religioso o filosófico*”. El

<sup>258</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. En: *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 34 (nota 64).

<sup>259</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3<sup>a</sup> ed., 2004, p. 79.

<sup>260</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo Wolfgang, *Entrevista ao Jornal da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 3<sup>a</sup> Região*, Minas Gerais, de número 59, julho, agosto e setembro de 2008, p. 05, após a palestra Direitos sociais e direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais.

reconocimiento en el texto constitucional, de la dignidad humana como núcleo de la República significa lo contrario de las “verdades” o de los “fixismos” políticos, religiosos o filosóficos. “*El republicanismo clásico expresaba esta idea a través de los principios de la no identificación y de la neutralidad, ya que la República sólo podría concebirse como orden libre en la medida en que no se identificase con ninguna “tesis”, “dogma”, “religión” o “verdad” de comprensión del mundo y de la vida*”. El concepto de República, para el autor, citando a Rawls, no presupone ninguna doctrina religiosa, filosófica o moral exhaustiva.<sup>261</sup>

Carlos Aires Brito afirma que la esencia de las constituciones occidentales, al menos aquellas fruto de un proceso de la Asamblea Nacional Constituyente, está en la democracia. Tanto en la democracia formal como en la material, tanto en el *Estado Democrático de Derecho* como en el *Estado de derecho Democrático*, es donde resulta, como si se tratara de un matrimonio por amor, el Estado de Justicia.<sup>262</sup>

Continúa:

“Si el principio por excelencia transmite su materialidad a los otros, de la ontología de los demás principios resulta evidente **ese megaprincipio, el de la democracia**. De ahí que esté presente en cada uno de los fundamentos de la República Federativa de Brasil (incisos I a V del art. 1º de la Carta de 1988) y en toda la cláusula pétrea explícita de nuestra actual experiencia constitucional (incisos de I a IV del párrafo 4º del art. 60 de la misma ‘Constitución-Ciudadana’). Además de justificar todo el art. 30º de la citada Disposición Fundamental”. (La negrita es en el original).<sup>263</sup>

Incorporando una dimensión procesal y una colocación material, “**la democracia gana la suprema virtud de legitimar el Poder por todos los ángulos**. El mérito de domar el poder y convertirlo en sirviente del Derecho. Por ello, como régimen político alcanza una superioridad sobre cualquier otro ya experimentado (como la licitación y el concurso público, aunque la democracia no esté exenta de defectos, sin embargo ningún pueblo ha conseguido encontrar algo mejor)”.<sup>264</sup>

Aires Brito, subraya que los fundamentos de la República (no sólo de la brasileña) y los derechos fundamentales están legitimados por el megaprincipio de la democracia. Es la que controla y domestica el poder, para transformarlo en algo que pueda ser ejercido en favor del derecho y conforme a sus reglas. La dignidad humana, por tanto, como derivado de esta democracia sería, según el autor, uno de los elementos controladores del poder y que lo sujetaría al derecho y a la justicia.

<sup>261</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 225/226

<sup>262</sup> AIRES BRITO, Carlos, *Teoria da constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183.

<sup>263</sup> AIRES BRITO, Carlos, *Teoria da constituição*, cit., p. 183.

<sup>264</sup> AIRES BRITO, Carlos, *Teoria da constituição*, cit., p. 185.

Se trata de ver si la dignidad humana es o no un principio absoluto. Por consiguiente, analizaremos, principalmente, las respectivas teorías de dos autores, Tomás Prieto Alvarez y Robert Alexy, cada uno defendiendo su posición. El primero como un principio absoluto. El segundo, como un principio no absoluto.

## 2.4 La dignidad humana como principio irrenunciable y absoluto

La dignidad de la persona humana es irrenunciable e inalienable, no pudiendo separarse del ser humano, por formar parte de su esencia, guiar su conducta como persona, y formar su existencia<sup>265</sup>. Por ello, Ingo Wolfgang Sarlet apunta que la dignidad de la persona humana es límite y tarea de los poderes del Estado, de la comunidad, de todos y de cada uno, y se pierde cuando la persona se encuentre en la condición de una cosa, de un objeto, es decir, cuando ha perdido su condición de sujeto de derechos<sup>266</sup>.

Tomás Prieto Alvarez apunta que la dignidad es la primera cosa que pertenece al ser humano, a toda persona humana. Esta dignidad está en un nivel superior a cualquier bien material. Es lo que distingue a los hombres del resto de los animales. Los seres humanos, por su racionalidad, trabajan con libertad, como señores de sí mismos. Eso hace de la persona el ser más perfecto de la realidad natural, ya que posee la mayor suma de perfecciones y en un grado más eminente. El hombre, por ser humano, es un ser que se posee a sí mismo y no puede ser objeto de posesión o de derechos ajenos, no puede ser una cosa para otros sujetos. Es esa condición especial la que fundamenta y explica su especial condición y superioridad frente a los otros seres naturales. En la dignidad humana descansa toda la doctrina de los derechos humanos<sup>267</sup>.

El principio fundamental del derecho es el respeto recíproco y el reconocimiento de la dignidad personal del otro. El respeto de la dignidad debe *“presidir las relaciones interpersonales; y en último término, la legitimidad de los sistemas políticos y jurídicos debería juzgarse en la medida en que parten de su respeto y salvaguardia”*. La dignidad humana se contempla en el artículo 10.1 de la Constitución española<sup>268</sup> y, según Tomás Prieto Alvarez, precede al propio

---

<sup>265</sup> Según Aristóteles, el bien supremo de las personas es la felicidad, ya que la escogemos siempre por sí misma y no por alguna causa. Los honores y el placer, por ejemplo, aunque escogidos por sí mismos, son elegidos principalmente por la felicidad, que suponen pensar en ser felices. (En: LEITE NOVAIS, Alline Arquete, “A justiça social em Aristóteles, Kant e Rawls”. En: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Año 12, número 46, enero a marzo de 2004, p. 206). La búsqueda constante de esta felicidad principal del ser humano, para todos los ciudadanos debe ser el objetivo principal del Estado y si se opta por la justicia, se llegará a la protección y a la concreción del principio de la dignidad de la persona humana.

<sup>266</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana (...)*, cit., p. 40/58.

<sup>267</sup> PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Navarra; Thompson Civitas, 2005, p. 22/23.

<sup>268</sup> Artículo 10. 1. *La dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Estado, debiendo éste reconocerla y protegerla forzosamente, como fruto de la propia condición de ser humano.<sup>269</sup>

Para Prieto Alvarez:

“La dignidad humana es, pues, fundamento o base de todo el derecho. Bien puede afirmarse que la idea de su tutela se proyecta, ya sea de modo directo o reflejo, en todo el Estado constitucional de Derecho. En todo el sistema jurídico se encontrará una razón de protección de la dignidad de la persona: es claro que al proteger la vida y la salud o la libertad sexual, al prohibir el tráfico de órganos humanos, al reglamentar las condiciones de salubridad de una cafetería o al facilitar al ciudadano una enseñanza básica o unos servicios elementales, se está protegiendo la dignidad humana”.<sup>270</sup>

Continúa Prieto Alvarez, citando García Enterría que “*es meridianamente claro que el principal interés público está en asegurar ‘la dignidad de la persona (y) los derechos inviolables que les son inherentes’*”. La preservación de la dignidad humana sería, por tanto, no sólo la calidad propia del hombre, sino también algo ligado al interés público, preservada en el contexto de convivencia social.<sup>271</sup>

Por otro lado, donde no haya respeto a la vida o a la integridad física, psíquica y moral del ser humano, donde las condiciones mínimas de existencia no son aseguradas o respetadas, donde no haya limitación del poder, “*donde la libertad y la autonomía, la igualdad (en derechos y dignidad) y los derechos fundamentales no son reconocidos y mínimamente asegurados, no habrá espacio para la dignidad de la persona humana y ésta (persona), a su vez, podrá no pasar del mero objeto de arbitrio e injusticias*”.<sup>272</sup>

Nuria Belloso Martín, en cuanto a la dignidad en Kant, apunta que:

“En definitiva, en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant pretendió demostrar que la dignidad de la persona humana sería el resultado de la conjugación de la autonomía del ente racional para la formulación de principios morales universales, con el hecho de que el ser humano no tiene precio, y de que debe existir en cuanto fin en sí mismo y jamás como instrumento para la satisfacción de los intereses de otro”.<sup>273</sup>

Lo que se debe hacer es siempre cualificar a la persona como fin en sí misma y no como medio. Es un sujeto de derechos y no un objeto de apoyo para el

<sup>269</sup> PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona (...)*, cit., p. 23/24.

<sup>270</sup> PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona (...)*, cit., p. 24.

<sup>271</sup> PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona (...)*, cit., p. 157.

<sup>272</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana (...)*, cit., p. 59.

<sup>273</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El principio de dignidad de la persona humana (...)”, cit., p. 50.

derecho de otros. Es ésta la conclusión que se puede extraer del texto de Kant y de las diversas interpretaciones antes transcritas.

Sin el efectivo reconocimiento de la persona como ser humano y como igual en derechos y deberes, no se puede considerar un Estado como de derecho efectivo. Eso conlleva, automáticamente, el reconocimiento de los derechos fundamentales como parte integrante de este núcleo duro e inviolable consagrado por la dignidad humana y que transforma este mismo Estado de Derecho en Estado Democrático de Derecho. Si un hombre es o fue solamente un medio, dejó, para aquella sociedad, de existir el Estado de Derecho. Pasa a ser, este mismo Estado, el Estado de la barbarie.

La dignidad de la persona humana implica una obligación general de respeto hacia la persona, traducida en un conjunto de deberes y derechos y que permitan la consolidación de la condición humana. Es, por tanto, el valor propio de cada una y de todas las personas, sólo tiene sentido si se considera de forma plural.<sup>274</sup>

Se suprimiría la dignidad humana cuando el individuo sea rebajado a la condición de cosa u objeto, a mero instrumento, anulándose como sujeto de derechos.

Sobre eso, Ingo Wolfgang Sarlet apunta:

“Donde no haya respeto por la vida y por la integridad física y moral del ser humano, donde las condiciones mínimas para una existencia digna no están aseguradas, donde no haya limitación del poder, en fin, donde la libertad y la autonomía, la igualdad (en derechos y dignidad) y los derechos fundamentales no son reconocidos y mínimamente asegurados, no habrá espacio para la dignidad de la persona humana y ésta (la persona), a su vez, quedará reducida a un mero objeto de arbitrio e injusticias”.<sup>275</sup>

La dignidad de la persona humana, es la calidad intrínseca y distintiva reconocida en cada persona que la hace merecedora de igual respeto y consideración por parte del Estado y de sus conciudadanos. Implica un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren a la persona contra cualquier acto de carácter degradante e inhumano y le garantice las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, promoviendo la participación activa y corresponsable en el destino de su propia existencia y de la vida con las demás personas de la comunidad.<sup>276</sup>

Tomando como referencia la obra de Tomás Prieto Alvarez, podemos concluir que la dignidad de la persona humana es el núcleo del orden público, sin

<sup>274</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana. Parte II*, cit., p. 221.

<sup>275</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana. Parte II*, cit., p. 222.

<sup>276</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana. Parte II*, cit., p. 223.

que se pueda reducir el hombre a un mero objeto o cosa, haciendo de ella, también, un componente de la moralidad pública<sup>277</sup>.

En un mismo sentido semejante a la conclusión de Prieto Alvarez, la autora Flávia Piovesan apunta que el artículo primero de la ley fundamental alemana establece como principio superior, incondicional e indisponible, que el Estado debe respetar y proteger la dignidad humana. Ella (dignidad) es, por tanto, un principio que unifica y centraliza *“todo el sistema normativo, asumiendo especial prioridad. La dignidad humana simboliza, de este modo, un verdadero superprincipio constitucional, la norma principal para orientar el Constitucionalismo contemporáneo, en las esferas local y global, dotándolo de especial racionalidad, unidad y sentido”*<sup>278</sup>.

## 2.5 La dignidad humana como principio no absoluto

Robert Alexy sostiene que los principios absolutos son principios extremadamente fuertes, es decir que no ceden en favor de otro principio. Afirma que si existen principios efectivamente absolutos, se debe cambiar el concepto de principio, porque si un principio tiene preferencia sobre todos los demás, incluso sobre la regla que establece que las reglas deben ser seguidas, significa que su realización no conoce ningún límite jurídico, sino sólo límites existentes en el mundo de los hechos.<sup>279</sup>

Para Alexy, es fácil argumentar contra la existencia de principios absolutos en un ordenamiento jurídico que incluya derechos fundamentales. Los principios se pueden referir a derechos individuales y colectivos. Si un principio se refiere a intereses colectivos y es absoluto, las normas de derechos fundamentales no pueden establecer límites jurídicos para el mismo. Así, prosigue Alexy diciendo que donde el principio absoluto llega no podrá haber derechos fundamentales. *“Si el principio absoluto garantiza los derechos individuales, la ausencia de límites de ese principio llevaría a la siguiente situación contradictoria: en caso de colisión, los derechos de cada individuo, fundamentados por el principio absoluto, tendrían que ceder en favor de los derechos de todos los individuos, también fundamentados por el principio absoluto”*. Es por ello que o los principios absolutos no son compatibles con los derechos individuales, o los derechos individuales que tengan por fundamento principios absolutos no pueden ser garantizados a más de un sujeto de derecho.<sup>280</sup>

La Constitución alemana, en su artículo 1º, párrafo primero, 1 establece que *“La dignidad humana es inviolable”*. Para Alexy, eso no quiere decir, necesariamente, que la dignidad humana sea absoluta. Justifica que eso acaece porque la norma de la dignidad humana es tratada en parte como regla y en parte

<sup>277</sup> PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona (...)*, cit., p. 179/81.

<sup>278</sup> PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o princípio da dignidade humana*, cit., p. 194/5.

<sup>279</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

<sup>280</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 111.

como principio, además de existir, para el caso de la dignidad, un amplio grupo de condiciones de *“precedencia que confieren un alto grado de certeza de que, bajo esas condiciones, el principio de la dignidad humana prevalecerá sobre los principios más próximos.”* El autor prosigue y apunta que para evitar una contradicción entre el principio de la dignidad humana y los intereses preponderantes de la colectividad, esta última cláusula debe ser entendida de forma que se refiera a intereses que tengan más peso a partir *algún otro punto de vista que no sea el del derecho constitucional. Así, desde el punto de vista del derecho constitucional sería posible simplemente sopesar y decidir que el principio de la dignidad humana es más importante”*.<sup>281</sup>

Alexy aclara, en el párrafo siguiente, la cuestión de la dignidad humana como regla.

““En los casos en los que la norma de la dignidad humana es relevante, su naturaleza como regla puede ser percibida por medio de la constatación de que no se cuestiona si prevalece sobre otras normas, sino tan sólo si fue violada, o no. Sin embargo, con respecto a la apertura de la norma de la dignidad humana, hay un amplio margen de apreciación como respuesta a esa cuestión. Resultan de ayuda las consideraciones del Tribunal Constitucional Federal en la decisión sobre interceptaciones Telefónicas: ‘En lo que se refiere al principio de la inviolabilidad de la dignidad humana, dispuesto en el artículo 1º de la Constitución alemana (...), todo depende de la definición de las circunstancias en las cuales la dignidad humana puede considerarse como violada. Seguramente no hay una respuesta general, debiéndose tomar siempre en consideración el caso concreto’. Con la fórmula del ‘tratamiento degradante’, utilizado en esa decisión, el tribunal creaba para sí mismo un amplio margen de apreciación para esa definición en los casos concretos. Y para esa definición existe la posibilidad de recurrir a la ponderación. La utilización de esa posibilidad por el tribunal puede ser verificada en manifestaciones como aquella según la cual la dignidad humana no es violada ‘si la exclusión de la protección judicial no es motivada por una merma o una depreciación de la persona humana, sino por una necesidad de mantener en secreto las medidas que sirvan para la protección del orden democrático y para la propia existencia del Estado’. Eso puede ser comprendido de forma tal que, cuando el mantenimiento del secreto fuese necesario y se respeten otras condiciones – como el control jurídico por medio de órganos de representación popular y sus órganos auxiliares -, entonces, el principio de la protección del Estado tiene precedencia con respecto al principio de la dignidad humana, en lo que se refiere a la exclusión de la protección judicial en caso de escucha Telefónica. La contraposición entre las razones y las contra-razones es perceptible a partir de la constatación de que, en el caso de que las condiciones mencionadas desaparezcan, la medida que se debe juzgar sería la misma, pero ya no se consideraría permitida. El principio de la dignidad humana prevalecería, entonces, sobre el principio de la protección del Estado.

---

<sup>281</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 111/2.

Eso puede ser generalizado: si en el nivel de los principios la dignidad *tiene precedencia*, entonces fue *violada* en el nivel de las reglas”.<sup>282</sup>

Por esta razón Alexy apunta que es necesaria la existencia de dos normas de la dignidad humana: una regla de la dignidad humana y un principio de la dignidad humana. “*La relación de preferencia del principio de la dignidad humana con respecto a otros principios determina el contenido de la regla de la dignidad humana*”. El principio no es absoluto, sino la regla que, en razón de su apertura, no necesita limitación en cuanto a alguna posible relación de preferencia. El hecho de que el principio de la dignidad humana prevalezca frente a otros principios no lo hace absoluto, y significa sólo que, bajo determinadas condiciones, “*hay razones jurídico-constitucionales prácticamente irrefutables para una relación de precedencia en favor de la dignidad humana*”. Por ello, se puede afirmar que la dignidad humana no es un principio absoluto. Lo que hace que se piense que es norma de derecho absoluto es el hecho de que predomine sobre las demás reglas o principios en la mayoría de los casos.<sup>283</sup>

Para Alexy, la dignidad humana no es una norma de derecho absoluto. Debería ponderarse el caso concreto y evaluar si efectivamente prevalece la dignidad humana o no. Casos como los que ponen en riesgo la existencia del Estado o los que ponen en peligro a buena parte de la población prevalecerían sobre la norma de dignidad humana. Existe la impresión de que es absoluta en razón de que, en la mayoría de los casos, efectivamente prevalece la dignidad humana. Sin embargo, se debe analizar el caso concreto y sopesarla de forma responsable por el intérprete jurídico.

En cuanto a la cuestión de si es o no absoluta la dignidad humana, se entiende que hay dos posibilidades de interpretación.

La primera debe observar el caso concreto, siempre que la persona esté siendo utilizada como medio, como cosa, cuando haya una *cosificación* del ser humano, habrá agresión a la dignidad humana, y la misma debería ser garantizada. No es absoluta, pero, conforme al caso concreto, siempre que se transforme el humano en cosa o algo muy próximo a eso, esta práctica se reconocerá como ilícita, por herir la dignidad humana.

Otra forma es la de considerar también el caso concreto pero vinculando la cuestión de la dignidad no sólo al ente individual sino también al colectivo. Siempre que haya un conflicto entre la dignidad colectiva y la individual y cuando esa se refiere a la existencia o al mantenimiento del Estado, en el caso de que se vulnere la dignidad humana de cada persona que pertenece al Estado, debería ser preservada. Sería como el equivalente a un concepto de dignidad humana colectiva.

---

<sup>282</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 112/113. El autor aclara que la dignidad humana no es violada si se mantiene preso durante toda la vida a un delincuente, cuya peligrosidad es extrema y permanente, porque se hace en beneficio de toda la comunidad estatal.

<sup>283</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 113/114.

Bolzan de Morais, citando Gurvitch, apunta que, en el caso de que haya un conflicto entre el derecho social de la comunidad y el derecho social individual, debe prevalecer el primero, precisamente por el carácter más colectivo, general y global, lo que efectivamente puede utilizarse en el debate ahora propuesto.<sup>284</sup>

Seguidamente, nos vamos a ocupar de la relación entre la dignidad humana y el contrato de trabajo.

## 2.6 La dignidad humana y el contrato de trabajo

Incluso en el contrato de trabajo, la dignidad humana resulta relevante, como valor supremo, de manera que ni el empleador ni el Estado pueden mitigarla. La prohibición de la esclavitud, del trabajo forzado, del trabajo infantil o de prácticas que afecten a los derechos de personalidad, agreden de forma directa el aspecto humano y central de todo el ordenamiento jurídico: la dignidad humana. Frente a esto deben actuar los agentes encargados de garantizar la dignidad del trabajador y en el trabajo, tales como el Ministerio Público y la Inspección del Trabajo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General de la ONU en París, se refiere, como ya hemos visto anteriormente, a la dignidad humana. Hace una referencia directa, también en lo que concierne a la dignidad humana en el trabajo, en el artículo 23, III<sup>285</sup>, exigiendo una remuneración justa y satisfactoria a todo hombre que trabaja y que le asegure, a él y a su familia, una existencia compatible con la dignidad humana.

La Encíclica Papal “*Rerum Novarum*”, en su apartado quince, habla acerca de la dignidad del trabajador. En el apartado veinticuatro, sin embargo, criticaba el derecho con la huelga y sostenía su ilegalidad.

Repasamos los dos apartados de este documento, histórico y fuente material del derecho del trabajo:

“15. En cuanto a los desheredados de la fortuna, aprendan de la Iglesia que, según el juicio del propio Dios, la pobreza no es una deshonra, y que no se debe enrojecer por tener que ganar el pan con el sudor de su frente. Él, que de muy rico que era, se hizo indigente' (2 Color 8, 9) para la salvación de los hombres; que, hijo de Dios y Dios él mismo, quiso pasar a los ojos del mundo por hijo de un carpintero; que llegó hasta

<sup>284</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luiz, *A idéia do direito social (...)*, cit., p. 49.

<sup>285</sup> Artículo 23. I) Todo hombre tiene derecho al trabajo, a la libre elección de empleo, a condiciones justas y favorables de trabajo y a la protección contra el desempleo. II) Todo hombre, sin ninguna distinción, tiene derecho a una igual remuneración por igual trabajo. III) *Todo hombre que trabaja tiene derecho a una remuneración justa y satisfactoria, que le asegure, tanto a él como a su familia, una existencia compatible con la dignidad humana, y a la que se pongan a disposición, si es necesario, otros medios de protección social.* IV) Todo hombre tiene derecho a organizar sindicatos y a asociarse a los mismos para la protección de sus intereses.

consumir gran parte de su vida en trabajo mercenario: 'No es él el carpintero, hijo de Maria' (MT 6, 3). Quien tenga en su frente el modelo divino, comprenderá más fácilmente lo que Nosotros vamos a decir: que la verdadera dignidad del hombre y su excelencia reside en sus costumbres, es decir, en su virtud; que la virtud es el patrimonio común de los mortales, al alcance de todos, de los pequeños y de los grandes, de los pobres y de los ricos; sólo la virtud y los méritos, sea cual sea la persona con quien se encuentre, obtendrán la recompensa de la eterna felicidad. Más aún: que el corazón de Dios parece inclinarse más hacia las clases desafortunadas. Jesús llama a los pobres bienaventurados (MT 5, 3): convida con amor a acercarse a él, con el fin de consolar a todos los que sufren y que lloran (MT 11, 18); abraza con caridad más tierna a los pequeños y a los oprimidos. Estas doctrinas fueron, sin duda algunas, hechas para humillar el alma altiva del rico y hacerlo más condescendiente, para reanimar el coraje de aquéllos que sufren e inspirarles resignación. Con esta doctrina disminuiría el abismo abierto por el orgullo, y se obtendría sin dificultades que las dos clases se diesen las manos y las voluntades se uniesen en la misma amistad.

(...)

24. El trabajo muy prolongado y pesado y una retribución mezquina dan, pocas veces, a los trabajadores ocasión de huelgas. Es preciso que el Estado ponga medidas a este desorden grave y frecuente, porque estas huelgas causan daño no sólo a los patrones y a los mismos trabajadores, sino también al comercio y a los intereses comunes; y dadas las violencias y tumultos, que de ordinario se acaban produciendo, ponen muchas veces en riesgo la tranquilidad pública. La solución, por tanto, en esta parte, más eficaz y saludable es prevenir el mal con la autoridad de las leyes, e impedir la explosión, evitando a tiempo las causas por las que se prevé puedan nacer los conflictos entre los trabajadores y los patrones".<sup>286</sup>

En España, en materia laboral, los textos legales fundamentan el orden social en la dignidad humana del trabajador, al menos desde 1938, asociándolo al derecho y al deber de trabajar. Hay referencias en cuanto al deber trabajar y al respeto entre las personas, al menos desde 1829, en las leyes que tratan de la prestación de servicios, incorporadas en el Código del Comercio y que autorizaban la extinción del contrato en el caso de violación del honor.<sup>287</sup>

Hoy existen normas españolas que consideran como derecho básico del trabajador el respeto a la dignidad. Son ejemplo de ello el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores<sup>288</sup>, donde consta la consideración debida a la dignidad del trabajador. Otra norma en este sentido es la del artículo 18 del mismo texto. Esta norma en efecto preserva la intimidad del trabajador, derecho de personalidad,

<sup>286</sup> <http://www.montfort.org.br/index.php?secao=documentos&subsecao=enciclicas&artigo=rerumnovarum&lang=bra#Introducao> - acceso el 24 de noviembre de 2008, a las 23h49min.

<sup>287</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Navarra: Thompson Civitas, 2007, p. 30.

<sup>288</sup> Artículo 4. Derechos laborales. 2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

cuando se refiere a la forma de almacenamiento de los registros funcionales de los trabajadores, respetando al máximo la dignidad y la intimidad de quien trabaje.<sup>289</sup>

Sagardoy Bengoechea apunta que:

“En otros aspectos de la relación laboral, también se menciona la dignidad como valor-guía de la actuación del empresario. El art. 20.3<sup>290</sup> faculta al empresario a adoptar medidas de vigilancia y control del cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, pero guardando – en todo caso -, en la adopción y aplicación de las medidas, la consideración debida a su dignidad humana. Este precepto – como luego veremos – tiene especial relevancia en el tema del control *informático* o, como se ha dicho, en la *intimidad informática* como expresión de derechos y libertades de ‘tercera generación’, constituidos por las garantías del individuo frente a las nuevas tecnologías”. (Destakes no original).<sup>291</sup>

El artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores españoles<sup>292</sup> contempla que cuando el empleador tenga que cambiar al empleado de función o lugar de la prestación de los servicios lo haga de forma que preserve su dignidad. El artículo 50 del mismo estatuto<sup>293</sup> faculta al empleado a rescindir el contrato de empleo cuando se modifiquen substancialmente las condiciones del contrato, que afecten a su dignidad, recibiendo, así, la indemnización respectiva. Por parte de la ley de infracciones y sanciones en el orden social (Real Decreto Legislativo 05/2000, de 4 de agosto), en su artículo 8.11, califica como infracción muy grave los actos del empleador que son contrarios al respeto de la intimidad y dignidad del empleado.<sup>294</sup>

El artículo 22.2, de la Ley de prevención de riesgos laborales (ley 31/1995, de 8 de noviembre), dispone que las medidas de vigilancia y control de la salud de los

<sup>289</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Navarra: Thompson Civitas, 2005, p. 50/51.

<sup>290</sup> Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral. 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

<sup>291</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, cit., p. 52.

<sup>292</sup> Artículo 39. Movilidad funcional. 3. La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.

<sup>293</sup> Artículo 50. Extinción por voluntad del trabajador. 1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad.

<sup>294</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, cit., p. 52.

trabajadores serán ejecutadas considerando siempre la intimidad y la dignidad de la persona del trabajador. El párrafo cuarto del mismo artículo, establece que las informaciones médicas y personales del trabajador solamente podrán ser comunicadas a terceros por el empleador, si cuenta con la expresa aprobación del trabajador.<sup>295</sup>

En el caso de la legislación laboral brasileña, el apartado 12 de la *Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho*<sup>296</sup> hace mención expresa a la dignidad, humanidad y a la justicia social. Muestra, por tanto, que la dignidad del trabajador con respecto a la ejecución del contrato de empleo es un bien absoluto, singular y que no poder ser dejado en un segundo plano.

En otros apartados, la citada *Exposição de Motivos* hace referencia expresa a la salud del trabajador y al compromiso firmado por la *Consolidação* de mantener íntegro, física y psicológicamente quien trabaje, como medida de justicia social y, porqué no, de dignidad humana. La norma sustantiva laboral brasileña, desde 1943 destaca como elemento central de las relaciones laborales la protección del trabajo y al trabajo como norma de dignidad humana.

El artículo 29, párrafo cuarto, de la *Consolidação das Leis do Trabalho*<sup>297</sup> establece que al empleador, le está prohibido anotar en la cartilla de trabajo del empleado, cualquier referencia o nota que deshonre su conducta. Esta norma, claramente protectora, se dirige a preservar al trabajador contra cualesquiera referencia en su cartilla que puedan impedir la adquisición de nuevo empleo o, incluso, permitan que el trabajador pueda ser expuesto, en su intimidad, con relación a quien pueda tener acceso a su CTPS.

En el mismo sentido, el artículo 168, párrafo quinto, de la *Consolidação das Leis do Trabalho*<sup>298</sup>, permite la comunicación de las informaciones médicas del trabajador, realizadas dentro de la empresa, a él mismo, respetándose los preceptos de la ética médica.

---

<sup>295</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, cit., p. 53.

<sup>296</sup> 12. Es el texto del excepcional idealismo en Brasil por la brillante visión de V. *Exa.*, que reajusta el amplio y fundamental proceso con relación a su dinámica económica, a sus relaciones con el trabajo, a los patrones más amplios de dignidad y de humanidad de la justicia social. Es, sin duda, la síntesis de las instituciones políticas establecidas por V. *Exa.* Desde el comienzo de su gobierno.

<sup>297</sup> Art. 29 – La cartilla de Trabajo y de la Seguridad Social se presentará obligatoriamente, contra recibo, por el trabajador al empleador que, al admitirlo, tendrá un plazo de cuarenta y ocho horas para que anote en el mismo, específicamente, la fecha de admisión, la remuneración y las condiciones especiales, si existen, permitiéndose la adopción por sistema manual, mecánico o electrónico, conforme a las instrucciones expedidas por el Ministerio del Trabajo. § 4º Está prohibido que empleador efectúe anotaciones deshonrosas con relación a la conducta del empleado en su Cartilla de Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>298</sup> Art. 168 - Será obligatorio el examen médico, por cuenta del empleador, en las condiciones establecidas en este artículo y en las instrucciones complementarias expedidas por el Ministerio del Trabajo: 5º - El resultado de los exámenes médicos, incluso el examen complementario, será comunicado al trabajador, observándose los preceptos de la ética médica.

Eduardo Gabriel Saad, en relación al párrafo segundo del artículo 29 de la CLT, muestra que:

“A la luz de lo observado en el párrafo cuarto del artículo en estudio, el empleador no puede hacer, en la Cartilla de Trabajo, anotaciones que deshonren la conducta del empleado y que puedan dificultar su reinserción en el mercado de trabajo. Es cuestionable la eficacia de esta innovación, ya que no extingue la práctica del nuevo empleador de averiguar el motivo por el que despidió al empleado. Finalmente, y *contrario sensu*, no prohíbe la ley las anotaciones en la Cartilla Profesional que elogien a su portador. Y la ausencia de expresiones elogiosas en este documento llevará al nuevo empleador a sospechar que su empleado no tuvo buena conducta en el empleo anterior”. (Destakes en el original).<sup>299</sup>

El Tribunal Constitucional español relaciona la dignidad humana con el libre desarrollo de la personalidad del trabajador y con la paz social. Afirma que el trabajador no puede ser reducido a un factor de producción, no pudiéndose, por ejemplo, restringir el derecho a las vacaciones del trabajador a un período de mera recuperación de energía para una posterior vuelta al trabajo con nuevos bríos. Aduce que el derecho a las vacaciones se refiere a la dignidad humana y permite el disfrute amplio de todos los derechos individuales para el libre desarrollo de su condición de ser humano.<sup>300</sup>

Transcribimos, parte de la decisión del Tribunal Constitucional español:

“La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral **supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad**, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe. La resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar esta cláusula no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho”. (Destaca-se).<sup>301</sup>

El Tribunal Regional del Trabajo de la Cuarta Región, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, ha decidido que las anotaciones en la cartilla de trabajo que

<sup>299</sup> SAAD, Eduardo Gabriel, *CLT Comentada*, São Paulo: LTr, 41ª ed., 2008, p. 114.

<sup>300</sup> <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2003/STC2003-192.html> - acceso el 16 de noviembre de 2008, a las 18h14min.

<sup>301</sup> <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2003/STC2003-192.html> - acceso el 16 de noviembre de 2008, a las 18h14min.

deshonren al empleado pueden ser objeto de una condena por daños morales. Sigue un sumario sobre el tema:

**“SUMARIO: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES. PROPORCIÓN DEL VALOR.** Reclamante que se ve perjudicado por anotación indebida en su Cartilla de Trabajo y Seguridad Social. Condena de la empresa al pago de la indemnización por daño moral, en un valor compatible con el perjuicio causado al autor. Providencia negada”.<sup>302</sup>

En Francia, Michele Bonnechère apunta que la ley asegura la primacía de la persona humana e impide todo atentado a la dignidad del trabajador, con el fin de garantizar el respeto al ser humano, tal como establece el artículo 16 del Código Civil Francés. Prosigue y registra que *“La vie privée du salarié est protégée des intrusions de l’employeur (...)”*, de donde se deduce que el estado de sujeción del trabajador no debe rebasar los límites del contrato de empleo. Hace referencia el autor, conforme a la Convención 155 de la OIT, al hecho de que el trabajador, por cuestiones de dignidad y humanidad, pueda postular la rescisión del contrato por culpa del tomador de trabajo.<sup>303</sup>

Como podemos ver, la protección de la dignidad e intimidad del trabajador forma parte del contrato de empleo. No puede el empleado, contratado para prestar servicios a una empresa, desvincularse de sus derechos de personalidad jurídica ni tampoco de los derechos fundamentales. Su dignidad siempre deberá ser respetada por su empleador de forma absoluta, sin ninguna concesión. De lo contrario, además de sanciones administrativas, conforme a la norma legal, tendrá que indemnizar al trabajador también en el aspecto moral.

---

<sup>302</sup> Número del proceso: 00282-2007-121-04-00-7 (RO) - Desembargador(a): LEONARDO MEURER BRASIL - Data de Publicação: 31/03/2008. En: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos> - acceso el 04 de septiembre de 2008, 14h18min.

<sup>303</sup> BONNECHÈRE, Michèle, *Le droit du travail*, Paris: Édition La Découverte, 1997, p. 63/64.

Lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 9.029/95<sup>304</sup> acaba plasmándose y preserva, de forma concreta, la legislación ordinaria lo que ya constaba, por principio, en la Constitución brasileña de 1988. Esta norma legal prohíbe cualquier práctica discriminatoria y limitadora con relación al acceso al contrato de trabajo o a su mantenimiento, debiendo proteger al menor. Se trata de una disposición legal que resalta la necesidad de preservación de la dignidad del trabajador no sólo con respecto a la ejecución del contrato sino, especialmente, con relación a la contratación, impidiendo prácticas discriminatorias en razón de sexo, edad, raza, color, estado civil, así como religión. La violación de estos principios, supone una agresión a aquello que la persona considera más valioso. Por ello, se impondrá una pena a los empleadores, persona física o incluso a sus representantes en caso de desobediencia a esta norma, estableciendo para el trabajador el reintegro en el empleo o la conversión en indemnización.

En relación a la dignidad humana en el ámbito laboral, Maurício Godinho Delgado apunta que este principio, con una dimensión social, de la que el trabajo es su aspecto más relevante, junto con el principio de la subordinación de la propiedad privada y con su función socio-ambiental, además del principio de la valoración del trabajo humano y, en el caso del empleo, expresa “*el punto mayor de afirmación alcanzado por el Derecho del Trabajo en la evolución constitucional de los últimos siglos*”.<sup>305</sup>

---

<sup>304</sup> Art. 1º Queda prohibida la adopción de cualquier práctica discriminatoria y limitadora con relación al acceso al contrato de trabajo, o a su mantenimiento, por motivo de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar o edad, observando, en este caso, las hipótesis de protección al menor previstas en el inciso XXXIII del art. 7º de la Constitución Federal. Art. 2º Constituyen delito en las siguientes prácticas discriminatorias: I - la exigencia de prueba, examen, pericia, laudo, atestado, declaración o cualquier otro procedimiento relativo a la esterilización o a estado de embarazo; II - la adopción de cualesquiera medidas, a iniciativa del empleador, que configuren; a) inducción o instigación a la esterilización genética; b) promoción del control de natalidad, a excepción del ofrecimiento de servicios y de asesoramiento o planificación familiar, realizados a través de instituciones públicas o privadas, sometidas a las normas del Sistema Único de Salud (SUS). Pena: detención de uno a dos años y multa. Párrafo único. Son sujetos activos de los delitos a los que se refiere este artículo: I - la persona física empleadora; II - el representante legal del empleador, como definido en la legislación laboral; III - el dirigente, directo o por delegación, de órganos públicos y entidades de las administraciones públicas directa, indirecta y fundacional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios. Art. 3º Sin perjuicio de lo prescrito en el artículo anterior, las infracciones de lo dispuesto en esta ley son objeto de las siguientes infracciones: I - multa administrativa de diez veces el valor del mayor salario pagado por el empleador, elevado en un cincuenta por ciento en caso de reincidencia; II - prohibición de obtener préstamo o financiación de instituciones financieras oficiales. Art. 4º La ruptura de la relación de trabajo por acto discriminatorio, en el marco de esta ley, faculta al empleado a optar entre: I - la readmisión con resarcimiento integral de todo el período de alejamiento, mediante pago de las remuneraciones debidas, actualizadas monetariamente, aumentadas en los intereses legales; II - la percepción, doble, de la remuneración del período de alejamiento, corregida monetariamente y aumentada en los intereses legales.

<sup>305</sup> GODINHO DELGADO, Maurício. “Os direitos fundamentais nas relações de trabalho”. En: *O MPT como promotor dos direitos fundamentais*, Juliana Vignoli Cordeiro e Sebastião Cordeiro Caixeta (coord.), São Paulo: LTr, 2006, p. 172.

Para este autor, en Brasil, la culminación de lo apuntado se encuentra en la promulgación de la Constitución de 1988. Todos los principios antes citados, además de otros relevantes, se extendieron por el texto constitucional, dando lugar a una de las marcas más distintivas de la actual Constitución con relación a las demás. “*Son cuatro los principales principios constitucionales que se refieren al trabajo en el orden jurídico-cultural brasileño: el de la valoración del trabajo, concretamente del empleo; el de la justicia social; el del sometimiento de la propiedad a su función socioambiental; y el principio de la dignidad humana*”.<sup>306</sup>

Éstos son los principios constitucionales del trabajo. Son eminentemente constitucionales, no solamente porque se contemplan en la Carta de 1988, sino principalmente porque forman parte del núcleo filosófico, cultural y normativo de la Constitución brasileña. Son principios que refuerzan y acentúan “*la marca diferenciadora de la Carta de 1988 en todo la historia del país y de todo el constitucionalismo brasileño, aproximando tal Constitución a los documentos iuspolíticos máximos de las sociedades y Estados más avanzados, en la vertiente jurídica, en Europa Occidental*”.<sup>307</sup>

Continúa afirmando:

“Está claro que algunos de ellos – justicia social, sometimiento de la propiedad a su función socioambiental, dignidad de la persona humana – no centran sus efectos exclusiva o esencialmente en la vertiente laboral, ya que repercuten en múltiples áreas jurídicas, económicas, sociales y culturales. Pero todos, sin duda, alcanzan de manera exponencial la dimensión laboral de la existencia humana”.<sup>308</sup>

Luz Pacheco Zerga, defiende que el contrato de trabajo es un contrato de cambio, con elementos personales y que establece una conexión de negocios, la del empresario con el del trabajador, con un fin común: la empresa: “*esta visión del contrato del trabajo es más coherente con la visión del ciudadano-trabajador del siglo XXI y las exigencias del respeto a su dignidad, que ha desarrollado tanto la doctrina constitucional como la laboral y que también han sido advertidas por la Sociología*”.<sup>309</sup>

El fortalecimiento de las relaciones entre las personas es una de las nuevas tendencias actuales, Para ello, se busca la adhesión de los trabajadores a los objetivos y valores de la organización, participando en una moral en equipo y en

<sup>306</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, “Os direitos fundamentais nas relações de trabalho”, cit., p. 172.

<sup>307</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, “Os direitos fundamentais nas relações de trabalho”, cit., p. 172.

<sup>308</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, “Os direitos fundamentais nas relações de trabalho”, cit., p. 172.

<sup>309</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 34. En la nota a pie de página, la autora apunta, citando a Píer Paolo Donati, que “*La sociedad civil y el mundo jurídico conciben el trabajo más como una relación social, que como un simple intercambio de trabajo por salario*”.

una cultura de la empresa. De esta forma, según Pacheco Zerga, se reconcilia el aspecto económico con lo social y se dará primacía a los aspectos auténticamente humanos de las relaciones que originan el contrato de trabajo. Subraya que es necesario que el empresario refuerce el compromiso con el trabajador para que se respete un código ético que va más allá de lo dispuesto en el acuerdo de obligaciones y que puede ser el deber del actuar de buena fe, proporcionando informaciones a los trabajadores y estableciendo, por ejemplo, la participación en los resultados.<sup>310</sup>

También:

“Además, se debe tener en cuenta que el trabajador, si bien puede llegar a identificarse con los objetivos de la organización en la que trabaja, no pierde por ello sus propios intereses ni fines. Se integra voluntariamente en la empresa, ‘instituto jurídico con vocación de permanencia’, diferente a ‘las personas que en ella se integran’, para aportar ‘sus conocimientos, sus esfuerzos o su capital’, y alcanzar así su propio proyecto personal. La misión de la empresa, por tanto, no se agota en su función económica, sino en la que ha destacado la jurisprudencia social: la de constituir ‘un valor superior en el que se integran otros’, siendo este valor superior que ‘se debe salvaguardar como el más alto de todos’, el ‘de la dignidad del hombre que trabaja’”.<sup>311</sup>

El trabajo y la empresa son realidades que dependen una de la otra. El trabajo da origen a la relación jurídico-laboral, pero es en la empresa donde el trabajo se realiza. Los trabajadores y los empleados asumen mutuos deberes y derechos, teniendo todos ellos por fundamento principal el respeto a la dignidad humana.<sup>312</sup>

Luz Pacheco Zerga prosigue afirmando que la concepción comunitaria de la empresa es rechazada por una parte significativa de la doctrina y de la jurisprudencia. Los que entienden que esta concepción comunitaria no puede progresar, sostienen que los efectos sobre esta visión acerca de los derechos de la persona son perniciosos, puesto que exige lealtad plena del trabajador al empresario, lo que mitigaría sus propios derechos. Sin embargo, L. Pacheco no acepta esta posición puesto que la lealtad no significa una sumisión servil del trabajador al empleador. Lo fundamental es obtener un éxito en el ajuste social y evitar una yuxtaposición de arbitrariedades y agresiones a los derechos fundamentales y concretamente a la dignidad humana.<sup>313</sup>

Pacheco Zerga continúa:

“La obligación de ejecutar el contrato conforme a los compromisos adquiridos, toma su fundamento último en el respeto debido a la dignidad humana, porque tanto el empresario como el trabajador,

<sup>310</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 35/36.

<sup>311</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 36.

<sup>312</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 36/37.

<sup>313</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 37.

mediante la celebración y ejecución del contrato de trabajo están dando cauce a sus fines, intereses y aspiraciones, que derivan de su naturaleza racional. En consecuencia, cada parte del contrato está obligada a cumplir con los compromisos adquiridos porque debe reconocer la igual autodeterminación de la otra, con todo el contenido ético, jurídico y social que comporta este acto”.<sup>314</sup>

En relación a este pasaje, que trata de la integración del trabajador a la empresa, se deduce que una vez que eso se produzca,<sup>315</sup> pierde el trabajador su condición de agente transformador de la sociedad.<sup>316</sup> Una cosa es trabajar en buena fe, respetando las diferencias y derechos del empresario, otra es integrarse como requiere el proceso productivo, de la forma como prevé el modelo fordista. Preservar la dignidad del trabajador no depende de la integración del trabajador en un fin común que sea sólo la empresa. En este caso el mismo sirve sólo de medio, lo que no está permitido en un Estado que pretende ser Democrático de Derecho y que tiene como principio básico la dignidad humana.

La integración del trabajador en el plan de la empresa, más allá de su fin contractual o estatutario, está ligada al concepto de subordinación y de empleado. No quiere decir que el fin del trabajador sea la empresa. Una cosa es que el trabajador tenga como fin formar parte de la empresa, otra cosa es que trabaje ligado a la actividad-fin de esta empresa o al plan vendido por la misma en el mercado al consumidor y la caracterización del vínculo laboral. No es necesario que el trabajador se comprometa de forma absoluta con su empleador para que tenga maximizados sus derechos de personalidad jurídica. Basta con que trabaje y que ejecute el papel que le corresponde como empleado.

El objetivo de Luz Pacheco Zerga es reforzar el respeto a la dignidad humana en lo que se refiere a la ejecución del contrato de empleo. Su teoría es interesante, pero no queda exenta de críticas.

## 2.7 El derecho al trabajo como norma de dignidad humana

El trabajo es un elemento central de la vida humana. Su directa relación con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad inspiraron el orden jurídico español desde hace mucho tiempo. La empresa no sólo produce bienes, o servicios. Es una célula social donde se integra el hombre para realizar su

<sup>314</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 52.

<sup>315</sup> CATTANI, Antônio David, *A ação coletiva dos trabalhadores*, cit., 36/40. En esta obra el autor aduce que los trabajadores son los agentes transformadores de la sociedad. Son ellos que pueden, efectivamente, a través de la conciencia de clase, evitar la alienación extrema, característica de los padrones burgueses de la dominación social.

<sup>316</sup> Eric Hobsbawn, en relación a este tema, sostiene: “*La revolución Francesa dio a los pueblos la noción de que la historia puede ser transformada por sus acciones. Les dio también, a propósito, lo que hasta hoy permanece como el más poderoso lema jamás formulado para la política de la democracia y de las personas comunes: ‘Libertad, Igualdad, Fraternidad’*”. (HOBBSAWN, Eric, *Ecos da Marselhesa (...)*, cit., p. 125).

vocación o uno de los elementos de su propia existencia, el del trabajo. El trabajo, además de un derecho y de un deber, conforme al artículo 35.1 de la Constitución española, es un privilegio y una vocación.<sup>317</sup>

En efecto, el trabajo es, principalmente, un elemento de existencia humana<sup>318</sup>, del ser humano, un medio para dar énfasis a su dignidad<sup>319</sup>, no sólo para cubrir sus necesidades, sino también sus demandas. Como elemento de existencia humana y como consecuencia de la apropiación del capitalista de parte del fruto del trabajo, el trabajador no aliena sólo el producto del trabajo, sino también una parte considerable de su existencia.

Para Jean Paul Sartre las dos categorías de la existencia son el ser “*en-sí*” y el ser “*para sí*”<sup>320</sup>. El primer caso, corresponde al mundo de las cosas materiales tales como las piedras, las plantas y otros. El segundo, es el “*mundo de la conciencia, de aquello que tiene existencia por sí mismo, de la realidad humana*”. El filósofo francés, no se refiere al trabajo, pero se cree que el texto antes citado puede aplicarse a esa cuestión, puesto que el “*ser para sí*” sería la relación de lo humano consigo mismo, con sus elementos de existencia y supervivencia, realización, placer y felicidad. El trabajador, por tanto, trabajando de forma subordinada, lo que hace es alienar<sup>321</sup> parte de esta existencia – producto del trabajo – al tercero, el capitalista.

Por este motivo, al analizar el concepto de trabajo o incluso interpretar las normas de protección al trabajo, quien así lo hace, debe atenerse al elemento existencial del trabajo y no a lo meramente económico. Sirviéndose de conceptos

<sup>317</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 43.

<sup>318</sup> MARCUSE, Herbert, *Cultura e sociedade*, volume II, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 7/50. *Vid.*, también, acerca del tema, la película canadiense “La gran seducción” de Jean-François Pouliot, en la que los habitantes de un pequeño pueblo hacen de todo para que un médico se establezca en el lugar, con el fin de que, con ello, se instale también una fábrica de embalajes, ya que no pueden más soportar el vacío y la vergüenza de vivir sin trabajo y pagar sus cuentas sólo con el desempleo.

<sup>319</sup> “El trabajo es, conforme a la experiencia, un valor moral aceptado por las sociedades contemporáneas y posee en sí una doble función: primero, es una de las formas de revelar y alcanzar el ideal de la dignidad humana, además de promover la inserción social; segundo, es el elemento económico indispensable, directa o indirectamente, para que haya crecimiento”. (RAUPP BOCORNY, Leonardo, *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 71).

<sup>320</sup> PENHA, João da, *O que é existencialismo*, São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 54/55.

<sup>321</sup> CODO, Wanderley, *O que é alienação*, São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 93/94, para quien “En el estadio actual del capitalismo, el trabajo ya se encuentra *colectivizado* pero la posesión de medios de producción está *individualizada*, es decir: el trabajo social es expropiado por el dueño solitario de los medios de trabajo. La forma en como eso se da es la forma-mercancía, el valor de uso se convierte en un valor de cambio. La transformación del producto en mercancía que genera lucro (plusvalía) demanda la transformación del propio trabajo en mercancía, vendida y apropiada como cualquier otra. Es el reinado de la alienación: el producto se separa del productor, ‘lo enfrenta como ser extraño’, mi trabajo, mi modo de ser en el mundo no me pertenece. Por esta vía yo me separo de mí mismo, del otro, de la historia. Donde sea que el capital imponga relaciones entre mercancías, la alienación se manifiesta; es la relación social engendrada por el capital, su forma de ser humano”.

y definiciones económicas tan sólo, que se relacionan solamente con los costes de producción, dejan el trabajo de ser un derecho/deber o incluso un privilegio relacionado con el ser en el mundo para el ser; es decir, sólo un engranaje en la inmensa rueda productiva que beneficia el gran capital.

Sostiene, Luz Pacheco Zerga que:

“El trabajo es también un *privilegio* en la medida en que, la persona, al trabajar, transforma la naturaleza, la adapta a sus necesidades y puede llegar a comprender su sentido. Esta es la diferencia esencial entre la actividad humana y la animal, porque aunque el ser humano transforme el mundo impulsado por su instinto de conservación, a la vez, es capaz de trascenderlo, al experimentar – cuando desarrolla esa actividad – su propia dignidad”.<sup>322</sup>

Las Constituciones de Brasil, de España y de Portugal, constituyen un ejemplo. Contemplan políticas de búsqueda del pleno empleo, artículos 58/2 la de la CRP<sup>323</sup>, 40/1 de la CE<sup>324</sup> y 170, VIII, de la CF/88<sup>325</sup>. El trabajo, o mejor, el derecho al trabajo y, como consecuencia de éste, los derechos laborales, a partir de una interpretación que tiene presente la dignidad humana del hombre que trabaja y que busca el trabajo, acaba desembocando en el derecho a la vida. No hay autor o intérprete, aunque liberal, que no defienda la relevancia del derecho a la vida y su íntima relación con la dignidad humana.

Las políticas de pleno empleo, que tienen en cuenta el derecho al trabajo, en efecto, sin perder de vista la dignidad humana, se relacionan con el derecho a la vida, la subsistencia y, por tanto, la relevancia del trabajo en el orden constitucional vigente. Es fundamento de la República Federativa de Brasil, el

<sup>322</sup> PACHECO ZERGA, Luz. “La dignidad humana en el derecho del trabajo”, 2007, p. 44.

<sup>323</sup> Artículo 58.

(Derecho al trabajo)

Todos tienen derecho al trabajo.

Para asegurar el derecho al trabajo, es competencia del Estado promover:

**a) La ejecución de políticas de pleno empleo;**

b) La igualdad de oportunidades en la elección de la profesión o género de trabajo y condiciones para que no sea prohibido o limitado, en función del sexo, el acceso a cualquier cargo, trabajo o categoría profesional;

c) La formación cultural y técnica y la valoración profesional de los trabajadores.

<sup>324</sup> Artículo 40.

1. Los poderes públicos promoverán 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. **Principalmente, realizarán una política orientada al pleno empleo.**

2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados. (Destaca-se).

<sup>325</sup> Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin el de asegurar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, observando los siguientes principios: [...];VIII – **búsqueda del pleno empleo;** (Destaca-se).

valor social del trabajo, artículo 1º, IV, temática a la que nos referimos más adelante.

Gomes Canotilho, subraya que “es obvio que el ‘derecho al trabajo’ no se comprende sin ‘empleo’ y que una política de densificación del derecho al trabajo apunta a una política económica de pleno empleo”. Más adelante, concluye que el Estado está obligado, por fuerza constitucional, a implementar políticas de búsqueda para la consecución del pleno empleo<sup>326</sup>.

En España, el artículo 4.1, a), del ET<sup>327</sup> no obliga al empresario a pagar solamente el salario al trabajador, sino también le obliga a dar trabajo. En lo que se refiere al empleador que no da trabajo por un lapso de tiempo razonable, sin ninguna justificación, el incumplimiento empresarial afecta a la dignidad del trabajador. No dar trabajo al empleado, por tanto, supone, salvo algunas excepciones, un menosprecio a la dignidad del trabajador, y cuya gravedad aumenta en progresión geométrica en función del tiempo en el que el trabajador se queda sin trabajo. Y ello se produce porque el trabajo es una obligación, pero también es un derecho del empleado, conforme a la Constitución española, artículo 35.1<sup>328</sup>. “Además, esta conducta empresarial ‘destruye el natural deseo de superar y mejorar y se ocasiona un perjuicio psíquico y profesional al trabajador ya que resulta claramente ofensivo recibir un salario sin trabajar y sin que en ello exista una razonable justificación’”.<sup>329</sup>

Pacheco Zerga apunta que la doctrina ya se posicionó afirmando que el hecho de no dar trabajo al empleado sin ninguna justificación hiere la dignidad de quien trabaje y su derecho al libre desarrollo de la personalidad, conforme al artículo 10.1 de la CE, lo que justifica, por ejemplo, la admisión de una indemnización moral. Sin embargo, la autora resalta el hecho de que, en el caso de que el trabajador esté conforme, incluso si obtiene beneficio, no habrá lesión moral y, por consiguiente, ninguna obligación de indemnizar.<sup>330</sup>

No basta la concesión de trabajo durante un breve plazo de tiempo, con una ociosidad en la mayor parte de la jornada de trabajo sin ninguna

<sup>326</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Estudos sobre direitos fundamentais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2008, p. 60/1.

<sup>327</sup> Artículo 4. Derechos laborales.

1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su normativa específica, los de:

a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio.

<sup>328</sup> Artículo 35.

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.

2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores. (Destaca-se).

<sup>329</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 46. El autor cita una sentencia del Tribunal Supremo STS del 24 de septiembre de 1985 (RJ 1985, 4361).

<sup>330</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 46/7.

justificación. En estos casos, hay un doble incumplimiento: el de dar ocupación efectiva (artículo 4.2 la del ET) y el de modificar unilateralmente el contrato de empleo, perjudicando la dignidad del trabajador, excediendo el patrón a los límites del “*ius variandi*”, reconocido en el artículo 39, 3 41 del ET<sup>331</sup>, 3<sup>331</sup> e 41<sup>332</sup> do ET.<sup>333</sup>

Pacheco Zerga cita parte de una sentencia del Tribunal Constitucional, que merece ser citada, tal como se indica:

:

“El Jefe de Emisión de una empresa de radiodifusión fue trasladado del canal de onda media a la de frecuencia modulada y sus funciones se redujeron a las ‘de supervisión de cuñas publicitarias, tarea que le ocupa no más de una hora de su jornada, por lo que el resto de la misma queda sin ocupación efectiva’. Esta única tarea asignada fue considerada por el TS como ‘cualitativamente inadecuada para cubrir las funciones que son propias de un Jefe de Emisión – categoría que ostenta el accionante – y cuantitativamente insuficientes para ocupar la jornada laboral’. El Tribunal concluye afirmando que ‘el cambio introducido en las condiciones de trabajo como consecuencia de dicha limitación de tareas, además de merecer la consideración de sustancial, perjudicó gravemente la formación profesional del afectado, a la par de menoscabar su dignidad, también dañada por otras circunstancias concurrentes, igualmente relatadas en el

<sup>331</sup> Artículo 39. Movilidad funcional. [...];

**3. La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador** y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional. (Destacase).

<sup>332</sup> Artículo 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

1. La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo. (...).

<sup>333</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 48.

inalterado relato histórico de la sentencia'. STS de 14 junio 1990 (RJ 1990, 5080)".<sup>334</sup>

El empleador debe dar ocupación efectiva al trabajador, compatible con su graduación profesional y contrato. Hay casos en los que eso no acaece, lo que conlleva un acoso moral.<sup>335</sup>

El trabajo es un derecho y un deber que expresa la obligación de servir socialmente a la colectividad de forma comunitaria y una manera en que la persona sienta toda su dignidad, trabajando no sólo para provecho de quien detenta los medios de producción, sino en su propio beneficio, como una forma de realizarse integralmente en el mundo. Le compete al Estado, por este motivo, la búsqueda del pleno empleo, teniendo en cuenta la relevancia del trabajo en la vida del ser humano y del modo de producción capitalista, ello en razón del principio de la dignidad humana, que se une al derecho a la vida del hombre que trabaja y que tiene como imperativo su forma de subsistencia material.

## 2.8 El valor social del trabajo y dignidad humana

La valoración social del trabajo es uno de los principios centrales del orden constitucional brasileño. La Carta de 1988 reconoce la esencialidad de la conducta laboral como uno de los instrumentos más relevantes de afirmación de la persona humana, tanto en el aspecto individual como en el plano social y familiar.<sup>336</sup>

Observa el artículo 1º IV, de la Constitución brasileña que el valor social del trabajo es uno de los fundamentos de la República: "*Art. 1. La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y de Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...); IV – el valor social del trabajo y de la libre iniciativa.*" El trabajo humano es, también, fundamento del orden económico, en la forma del artículo 170: "*El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin el de asegurar a todos una existencia digna conforme a los dictámenes de la justicia social, observando los siguientes principios: (...)*".

Los artículos antes citados, no hacen ninguna distinción entre trabajo subordinado, empresario o autónomo, por cuenta propia o por cuenta ajena. El trabajo, está contemplado en la norma constitucional como fundamento de la República e incluso del orden económico de esta misma República<sup>337</sup>. En el presente trabajo de investigación haremos especial hincapié en el subordinado.

<sup>334</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 48.

<sup>335</sup> PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, cit., p. 49.

<sup>336</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, "Os direitos fundamentais nas relações de trabalho", cit., p. 172.

<sup>337</sup> Este texto da relieve sólo al valor social del trabajo. En lo que se refiere a la libre-iniciativa, recomendamos la lectura de la disertación de 'Mestrado' El valor social del trabajo en el orden

Jorge Luiz Souto Maior se ocupa de la relevancia del trabajo en el modo de producción capitalista, y aduce que los derechos laborales forman parte del mantenimiento del propio sistema, imponiendo límites al capitalismo, pero sirviéndole, al mismo tiempo, como oxígeno<sup>338</sup>.

Para el autor:

“El surgimiento del Derecho del Trabajo, hay que destacar, además, no fue una consecuencia natural del modelo. Fue, principalmente, una reacción a los movimientos sociales de cuño revolucionario, que, basados en las teorías de cuño marxista, buscaron a través de una toma de conciencia de la clase proletaria, la superación de la sociedad de clases, con la consiguiente eliminación de la propia clase burguesa dominante.

El Derecho del Trabajo se constituye, por tanto, como una forma de protección y ampliación de los derechos de la clase trabajadora, sirviendo, al mismo tiempo, al mantenimiento del propio sistema. No se trata, por tanto, meramente, de la cuantificación económica del trabajo en el contexto de la producción capitalista. Se trata de un fenómeno jurídico que implica aspectos sociales, macro-económicos y políticos extremadamente relevantes. La base de los Derechos Sociales, el Derecho del Trabajo acabó representando la imposición de límites necesarios para el capitalismo, sirviéndole, al mismo tiempo, como oxígeno.

Esta relación de trabajo básica del desarrollo del modelo fue identificada como relación de empleo, precisamente para distinguirse de otras relaciones de trabajo que estaban, y están, fuera de esta correlación de fuerzas. Así, mientras se mantenga el sistema capitalista existirá relación de empleo”.<sup>339</sup>

Riva Sanseverino comparte esta idea. Apunta que:

“Existiendo actividad productiva organizada en forma de empresa, su titular debe de servirse de mano de obra ajena, que siendo destituida de capacidad técnica y económica para asumir riesgos, pone a disposición de otros esos servicios, librándose, así, de los referidos riesgos. La presencia de masas de trabajadores subordinados atiende, además, a las exigencias de la técnica productiva y de su natural progreso y, a su vez, al trabajador autónomo y, también, con mayor razón, al empresario y representan, en cierto sentido, el resultado de una selección natural en la lucha por la vida”.<sup>340</sup>

Souto Mayor va más allá, y sostiene que no puede haber capitalismo sin empleados. No es posible una sociedad sólo de trabajadores autónomos. Éstos,

---

económico en la Constitución brasileña de 1988, de fácil consulta en la biblioteca de la Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>338</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, “A supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 297, Porto Alegre: HS Editora, set/2008, p. 75.

<sup>339</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, “A supersubordinação (...)”, cit., p. 75.

<sup>340</sup> SANSEVERINO, Riva, *Curso de Direito do Trabalho*. Tradução de Elson Gottschalk, São Paulo: LTr, 1976, p. 55/56.

en el momento en el que tengan una mejor condición social, por la naturaleza acumulativa del capitalismo, se aprovechan de esta situación económica para contratar empleados, generando nuevamente contratos de empleo subordinados. Las pequeñas y medianas empresas se servirán de estos mismos trabajadores subordinados, vínculo éste de naturaleza evidentemente objetiva y no subjetiva, vinculando al prestador de trabajo a su empleador.<sup>341</sup>

Souto Maior añade:

“Identificar la subordinación en estos nuevos modelos de trabajo es relevante no para hacer una apología de la subordinación, sino para dejar claro que la misma existe. Así se podrá hacer especial hincapié en las garantías del Derecho Social en la realidad, pues, al final, fue ésa la ficción jurídica que se creó para identificar la relación de empleo, que, a su vez, representa la expresión que muestra la explotación del trabajo ajeno en una lógica productiva.

Se podría afirmar, intentando simplificar las cosas, que el Derecho del Trabajo debe aplicarse a cualquier relación de trabajo, pero esa afirmación, muchas veces bien intencionada, hace una indebida equiparación entre un auténtico trabajo autónomo, que efectivamente existe, y otros, de naturaleza puramente asalariada, que sólo tienen una apariencia de autonomía.

Quizá el ideal sería que todos pudieran ser dueños del resultado de su trabajo, pero eso, dentro de una lógica capitalista no sucederá sin que, antes, el propio modelo se haya roto y no se puede imaginar que meramente negar, desde el punto de vista teórico, la existencia de la subordinación sea una actitud revolucionaria.

Hablar de la subordinación y apuntar su existencia no equivale a evitar que se pueda avanzar en ese aspecto de la correlación entre capital y trabajo. Por el contrario, sólo se puede cambiar una realidad que se conozca. Las apariencias, determinadas con nombres y apellido, hacen que se entrevea una realidad que de hecho no existe”.<sup>342</sup>

Lo que se puede concluir con respecto a la observación de Souto Maior es que la cuestión de la subordinación en el empleo, es decir, el hecho de que el trabajador trabaje “*vinculado*” a la empresa, ligado a su actividad-fin, o al entorno empresarial, prestando trabajo junto con el objeto final vendido o que haya llegado a la población a través del comercio, está ligada a la dignidad del hombre que trabaja. Solamente trabajando de forma subordinada, el trabajador hará ius a los derechos laborales y sociales clásicos que tienen, además de la cuestión alimentaría, el propósito de la mejora de su condición social, económica y cultural, con el fin de perpetuarse como alguien que existe en el mundo, como ser dotado de importancia crucial para la sociedad en la que vive y, también, principalmente, para la búsqueda constante de la felicidad.

Godinho Delgado apunta que la relevancia del trabajo en la vida personal y comunitaria de las personas es percibida por la Constitución de 1988 que “*con*

<sup>341</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, “A supersubordinação (...)”, cit., p. 77.

<sup>342</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, “A supersubordinação (...)”, cit., p. 81.

*notable sensibilidad social y ética, la erigió como pilar de la estructuración del orden económico, social y, por consiguiente, cultural del país*".<sup>343</sup>

La Constitución brasileña de 1988 detectó que el trabajo, concretamente el regulado (o subordinado), que asegura un cierto nivel de remuneración al trabajador, es el más importante vehículo de afirmación comunitaria de la gran mayoría de las personas que componen la sociedad capitalista, siendo uno de los más relevantes instrumentos de afirmación de la democracia. El trabajo, por tanto, asume la condición de ser el más relevante medio de garantizar un mínimo poder a la gran masa de la población, que no posee riqueza y de otros medios lícitos a su alcance. "*Percibió, de este modo, con sabiduría la Constitución la falacia de instituir la Democracia sin un correspondiente sistema económico-social que valorase el trabajo humano*".<sup>344</sup>

El trabajo no es sólo un elemento de producción. Es algo que valora el ser humano y le da dignidad, además, por supuesto, del sustento. Por ello, debe ser considerado, ante todo, como un elemento profundamente interconectado a la dignidad de la persona humana y a la vida.

Valorar el trabajo significa valorar a la persona humana, y el ejercicio de una profesión puede y debe llegar al alcance de la vocación del hombre. El mercado, no puede prescindir de valorar el trabajo como un elemento crucial al alcance de la dignidad humana,<sup>345</sup> incluso en una concepción liberal en la que el trabajo es más que un elemento de producción.

Dar valor a quien efectivamente genera la riqueza, a través de la modificación de la naturaleza, significa garantizar salarios dignos e impedir las reducciones salariales. No se trata sólo de la imposibilidad de reducción nominal o de aumentos un poco superiores a los índices de inflación que, al final, aumentan sólo la alienación. Lo que se propone es un aumento real. Por consiguiente, es pertinente el texto, en la nota a pie de página, de Marx<sup>346</sup>. Y conceder estos

<sup>343</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, "Os direitos fundamentais nas relações de trabalho", cit., p. 173.

<sup>344</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, "Os direitos fundamentais nas relações de trabalho", cit., p. 173.

<sup>345</sup> PETTER, Lafayette Josué, *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 153.

<sup>346</sup> En este sentido, Marx señalaba: "vemos así, incluso cuando nos limitamos a la *relación entre el capital y el trabajo asalariado, que los intereses del capital y los intereses del trabajo asalariado son diametralmente opuestos*. Un crecimiento rápido del capital equivale a un crecimiento rápido del lucro. El lucro solo puede crecer rápidamente si el precio del trabajo, si el salario relativo, disminuye con la misma rapidez. El salario relativo puede disminuir, incluso cuando aumenta el salario real simultáneamente con el salario nominal – el valor en dinero del trabajo – pero solo cuando estos últimos no aumenten en la misma proporción que el lucro. Si, por ejemplo, en una época de negocios favorables, el salario aumenta el 5% y el beneficio, por su lado, aumenta un 30%, entonces el salario proporcional, el salario relativo, no *aumentará* sino *disminuirá*". (MARX, Karl. "Trabalho Assalariado e Capital", São Paulo: Global Editora, 2ª ed., 1983, p. 37).

aumentos no es algo imposible. Basta tener en mente que el lucro alcanzando los costes del trabajo humano no debe transformarse en más lucro, en detrimento de la dignidad de las personas. Porque, por ejemplo, en el caso de Brasil, la Constitución establece como principios del orden económico, además de la propiedad privada y de la libre-iniciativa, la reducción de las desigualdades sociales, la búsqueda del pleno empleo. Como objetivos fundamentales, en el artículo 3º, se señala la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, para erradicar la pobreza y la marginación, buscando el bien de todos, lo que es posible, principalmente, con la valoración del trabajo humano, para que éste implique mayor dignidad para quien trabaje y permita la inclusión, de forma real y definitiva, de toda la clase trabajadora<sup>347</sup>.

Además, Geraldo Feliz, apunta que el mercado también puede prescindir del trabajador, sustituyéndolo por la tecnología, la información, entre otros, pero no puede sobrevivir sin que alguien compre sus productos, es decir, sin consumidores. El hombre moderno no sabe y no puede vivir sin el trabajo. Éste es un factor de dignidad y de aceptación social. Lo que, a principio, parece una reducción de costes, luego acaba por convertirse en un disputa exasperada entre personas por el empleo en el mercado, perjudicando al orden capitalista<sup>348</sup>. Más: la baja en el número de personas ocupadas reduce el consumo, lo que afecta al propio mercado.<sup>349</sup>

Dar verdadero valor al trabajo humano es buscar el pleno empleo, aumentando las ofertas de trabajo para quien tenga cualificación y cualificar quien tenga menos cualificación, buscar la seguridad de quien trabaje y ofrecer unas condiciones dignas en el trabajo, evitando situaciones penosas o peligrosas y

---

<sup>347</sup> Se entiende que el concepto de emancipación va al encuentro de lo que dispone el enunciado del artículo 1º de la CF/88, cuando establece que la República Federativa es un Estado Democrático de Derecho. Estado Democrático de Derecho es el resultado de la superación del modelo impuesto pos-revolución francesa, de carácter estrictamente liberal y patrimonial y que da énfasis a la libertad contractual y al positivismo jurídico. Esta superación se da con la emancipación, a través de la inclusión social y concreción de los derechos sociales y de los principios constitucionales, teniendo por rumbo la dignidad de la persona humana, artículo 1º, III, de la CF/88. No basta con reformar el Estado de Derecho y conceder, de forma paternalista, derechos y garantías sociales. Se deben considerar las conquistas sociales como verdaderas y, a partir de ellas, se estructura y no reestructura un Estado igual para todos y que tenga como principio-base la dignidad humana y la colectividad, en detrimento de los preceptos de mercado y dinero. En este aspecto, es interesante, hasta incluso para dar un poco más de color a lo que se busca versar en esta nota, el texto de Marx: *“Solo será plena la emancipación humana cuando el hombre real e individual tenga en sí el ciudadano abstracto; cuando como hombre individual, en su vida empírica, en el trabajo y en las relaciones individuales, se haya convertido en un ser genérico; y cuando tenga reconocido y organizado sus propias fuerzas (fuerces propias) como fuerzas sociales, de manera que nunca más separe de sí esta fuerza social como fuerza política”*. MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2001, p. 37.

<sup>348</sup> Eros Roberto Grau defiende que *“el desarrollo capitalista reclama previsión y calculabilidad y la racionalidad del mercado corresponde a ese derecho, como forma de dominio racional que hará posible la circulación mercantil”*. GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2005, p. 120.

<sup>349</sup> PETTER, Lafayete Josué, *Princípios constitucionais da ordem econômica (...)*, cit., p. 153.

eliminando la insalubridad. Valorar el trabajo humano implica disminuir considerablemente la alienación, extinguir las horas extraordinarias y considerar al ser humano, hombre trabajador, como un fin en sí mismo y no como un medio para que el capital alcance su fin<sup>350</sup>.

La democracia necesita establecer unos vínculos con la vida de las personas. Y lo hace de forma comunicativa, sin que el otro sea utilizado como un medio, sino como un fin en una acción comunicativa donde haya una amplia posibilidad de discurso fundamentado, prevaleciendo el mejor y más sólido argumento.<sup>351</sup>

Lafayette Josué Petter, recuerda que otro problema crónico, ligado a la valorización o desvalorización del trabajo humano, es el subempleo; es decir, la negación del derecho al trabajo. El subempleo es aquél dado a personas sin ninguna cualificación, que se proponen de hacer cualquier cosa a cambio de un poco de dinero. Estas personas no tienen contrato formal registrado, no poseen los derechos inherentes al contrato de empleo, recibiendo como máximo, un salario mínimo, estando expuestas, en muchos casos, a trabajos insalubres y peligrosos. En estos casos se constata una pérdida de la dignidad, puesto que el trabajador se somete a las formas más dañinas de prestación de servicios por muy poco dinero, sin una protección adecuada, limitándose el Estado a ser un mero espectador. Subraya Petter que, en Brasil, se valoró mucho el derecho del trabajo y muy poco el derecho al trabajo.<sup>352</sup>

Se llega así al mercado informal. Mercado éste que hoy “*emplea*” tanto como el formal, pero excluye a buena parte de la masa trabajadora de cualquier protección estatal, especialmente de la prevención social. Brasil es uno de los países en los que el índice de accidentes laborales es mayor. Prueba de ello es el número de demandas por siniestros laborales que se tramitan en la Justicia Común y en la del Trabajo. Este tipo de trabajadores no están, en principio, protegidos, puesto que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (*Instituto Nacional do Seguro Social*) no concede ningún beneficio a quien no contribuye como asegurado, marginando aún más a la clase trabajadora. Y en Brasil, nunca se valoró el derecho al trabajo, nunca se dio importancia al trabajo humano, a quien produce, sino sólo a quien emplee, a quien especula, a quien explota la mano de obra. Con no pocas dificultades los sindicatos están consiguiendo mostrar a la sociedad la relevancia del trabajo. Sin embargo, los medios de comunicación apenas informan al respecto. Los empleadores, someten a sus empleados a una cierta “*informalidad*”, pagando salarios bajos que no coinciden con la importancia real del trabajo producido, acumulando beneficios líquidos exorbitantes.

---

<sup>350</sup> Acción estratégica, contraria a la acción comunicativa habermasiana en que hay una convergencia, cooperativa de acciones para un fin o un bien común. (HABERMAS, Jürgen, *Teoría de La Acción Comunicativa. V. I, Racionalidad de la Acción y racionalización Social*, cit., *passim*).

<sup>351</sup> Párrafo inspirado en: HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa. V. I, Racionalidad de la Acción y racionalización Social*, cit., *passim*.

<sup>352</sup> PETTER, Lafayette Josué, *Princípios constitucionais da ordem econômica (...)*, cit., p. 156/7.

Otro inconveniente derivado de la falta del trabajo, es el de la inseguridad. Si el capital pretende que haya seguridad interna en los países para la contratación y para el cobro de los importes debidos por aquéllos que captan, por ejemplo, préstamos, esta misma seguridad no se busca en el mundo del trabajo. Los trabajadores se sienten inseguros con relación a su renta que, si se pone en relación al mercado y a los índices inflacionistas, puede reducirse mucho, aun cuando no haya una reducción nominal. Todo ello contribuye a incrementar la inseguridad con relación a su empleo. El mercado, por la propia precariedad y eliminación de muchos puestos de trabajo, adquiere mano de obra fácil y barata, disponible para quien lo necesite. Estas personas compiten con quienes ya están empleados, lo que hace que éstos últimos también tengan inseguridad, incluso aunque se encuentren trabajando. Todo ello, hace al empleado muy vulnerable y le somete a presiones, tanto individuales, como a través del propio sindicato, ante el miedo de perder su única fuente de renta.

Como propone Luiz Alberto Vargas, a cambio de la promesa de mantenimiento tan sólo del propio empleo, se admite, por ejemplo, la negociación del salario y de la jornada de trabajo<sup>353</sup>. En Brasil, se acepta la compensación anual de las horas extraordinarias prestadas, tal y como contempla la Ley 9.601/98, que cambió el artículo 59, párrafo segundo, de la CLT<sup>354</sup>, conocido como “*banco de horas*”.<sup>355</sup> Todo ello para adecuar las empresas al mercado internacional, reducir el llamado “*coste Brasil*”<sup>356</sup> y, finalmente, reestructurar las

<sup>353</sup> VARGAS, Luiz Alberto, “Panorama da flexibilização laboral”. En: *Avanços e possibilidades do direito do trabalho*, Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga, São Paulo: LTr, 2005, p. 228.

<sup>354</sup> En: varios procesos decidimos que la adopción del llamado “banco de horas” es inconstitucional, puesto que la Constitución federal, en el artículo 7º, XIII, observa que la jornada de trabajo es de ocho horas y el período semanal de trabajo es de cuarenta y cuatro horas, salvo acuerdo de compensación. Esta expresión compensación debe interpretarse considerando el concepto de “compensación” existente en la época en la que la Carta fue promulgada y, en la época, “compensación” era sólo la semanal, sin ninguna otra excepción. Así, algo que viniese a modificar este concepto sería inconstitucional y heriría, por otro lado, el principio del no retroceso social. *Vid.* proceso número 01000-2004-732-04-00-9 de la ‘Segunda Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul’, que implica a JOÃO LUIZ HECK e FÜLLER S/A. (MASSA FALIDA).

<sup>355</sup> SILVA MARQUES, Rafael da, “Da inconstitucionalidade do sistema banco de horas – breves considerações”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 199, Porto Alegre: HS Editora, dez/2005.

<sup>356</sup> 3.1 ¿Qué es el “Costo Brasil”?

En general, el “Costo Brasil” es el costo de producir en Brasil. No hay ninguna medida específica en cuanto al “riesgo Brasil”; más bien, es una medida más para comprender, porqué existe, de hecho, internamente y es claramente percibida por todos los empresarios

3.2 ¿Cómo es el escenario de las decisiones?

Así como el inversor productivo nacional hace cuentas para decidir si prefiere invertir en acciones o títulos o crear/invertir en una empresa, el inversor extranjero también hará sus cuentas para verificar qué país tiene más condiciones de producir un beneficio mayor en su producción, tomando en consideración varios factores. Esto se conoce como inversión directa, e incluye los escenarios nacionales y los internacionales, es decir, todo lo que pasa en Brasil y en el mundo.

¿3.3 ¿Cuáles son los principales factores que afectan a la decisión del empresario?

Si la mano de obra es barata y los impuestos son bajos, eso facilita la iniciativa empresarial. Si los consumos son fácilmente adquiridos/explotados/transportados, ya es una gran ventaja. Si el mercado es prometedor, también resulta ventajoso. Si el cambio y la inflación están controlados y los tipos de intereses son bajos, el conjunto está completo.

empresas<sup>357</sup>, en detrimento del trabajador que, una vez más, se queda a la merced de quien detenta el poder del capital.

Por otro lado, la Carta de 1988 es mas bien prudente al afirmar el valor del trabajo humano, puesto que adopta no sólo como fundamento el orden económico (art. 170), sino también el orden social (art. 193) y como fundamento de la República (art. 1º, IV), además de elevar a la condición de derechos fundamentales los derechos de los trabajadores en general, urbanos y rurales (art. 7º).<sup>358</sup>

El orden económico, aunque capitalista, da prioridad al valor del trabajo humano sobre todos los demás valores de la economía de mercado existentes. La finalidad del orden económico es la de potenciar al ser humano, tanto *“en su dignidad existencial, como en la substantivación de las cualidades que lo singularizan – humanidad -, en un marco de justicia social solidario y fraternal”*.<sup>359</sup>

Petter apunta, que la valoración del trabajo humano necesita de una adecuada preparación del joven al mercado de trabajo, manteniendo, sin embargo, alejada a la infancia de cualquier trabajo. Reitera que la valoración del *usucapio pro labore*, pone de manifiesto que la tierra pueda convertirse en productiva por el trabajo y como causa que justifica la adquisición originaria de la propiedad; destaca, una vez más, el carácter protector y de valorización que la Constitución brasileña de 1988 da al trabajo humano.<sup>360</sup>

Las Constituciones brasileñas de 1967 y 1969 también elevaban el valor del trabajo humano a principio. La propia Constitución de la República italiana, en su artículo 1º, observa que Italia es una República *“basada en el trabajo”*<sup>361</sup>.

La tabla, al final del apartado, muestra los principales elementos que se toman en consideración para medir el “Coste Brasil” e impiden o ayudan la entrada de las inversiones directas de capitales extranjeros. (CAMPOS DOMINIK, Érik. “Mitos e verdades sobre o Risco Brasil e o Custo Brasil”. En: <http://www.espacoacademico.com.br/050/50cdominik.htm> - acceso el 25 de noviembre de 2008, a las 13h57min).

<sup>357</sup> Destacamos lo que apunta Orlando Teixeira da Costa, con comentarios de Ricardo Carvalho Fraga. Para el primero, *“conviene distinguir, sin embargo, lo que es permanente de lo que es transitorio, y, más que eso, cíclico... Los momentos difíciles que se pueden equiparar con una decadencia están superados por la espiral de la historia... Mientras que, por ser desastrosa nuestra situación, un detalle nos debe confortar, iuslaboristas: somos conscientes de ello”*. Fraga, sobre el texto de Teixeira Costa apunta que *“Habría que imaginar qué efecto tendría si estas nobles enseñanzas fueran asimiladas por todos los que critican el mal denominado ‘coste Brasil’ de la mano de obra”*. (FRAGA, Ricardo Carvalho. “Direito e sonhos. Além dos limites do orçamento”. En: Direito e Castelos – Estudos, São Paulo: LTr, 2002, p. 11).

<sup>358</sup> PETTER, Lafayete Josué, *Princípios constitucionais da ordem econômica (...)*, cit., p. 157/158.

<sup>359</sup> PETTER, Lafayete Josué, *Princípios constitucionais da ordem econômica (...)*, cit., p. 158.

<sup>360</sup> PETTER, Lafayete Josué, *Princípios constitucionais da ordem econômica (...)*, cit., p. 159.

<sup>361</sup> Principios Fundamentales. Artículo 1 - Italia es una república democrática, basada en el trabajo. La soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y los límites de la Constitución.

Todo ello nos permite entender que el trabajo es un elemento central de las constituciones modernas, especialmente en los Estados Democráticos y Sociales de Derecho, lo que refuerza, además, lo dicho hasta ahora.

La forma en cómo fue redactada la Constitución brasileña de 1988, dando énfasis al trabajo humano, ya sea como fundamento de la República, ya sea como principio-base del orden económico y del orden social, no permiten interpretar las disposiciones constitucionales sin que, necesariamente, se destaque el trabajo humano, en sus más diversas formas. Ello hace que estas disposiciones resulten prioritarias con respecto a los demás elementos ligados al mercado, por tratarse, también, de elementos de dignidad de la persona humana. No se puede desvalorizar y precarizar las relaciones de trabajo, ya que eso generaría, probablemente, un aumento de las desigualdades sociales y perjudicaría la búsqueda del pleno empleo, marginando a buena parte de la población económicamente activa. Lo que se debe hacer, y eso compete al interprete, es que cuando éste se encuentre con alguna situación que se refiere al trabajo humano, la forma de resolver el obstáculo es tener en cuenta que este mismo trabajo posee un valor social, que es un elemento de dignidad de la persona humana, con el fin de hacer valer los fundamentos y objetivos fundamentales de la República (artículos 1º y 3º) y los principios del orden económico y social (artículos 170 193).

Dar valor al trabajo humano, no sólo es necesario para crear medidas de protección para el trabajador, como sucedió en el caso del Estado de Bienestar Social, sino que también sirve para admitir el trabajo y al trabajador como principal agente de transformación de la economía y medio de inserción social. Con ello, el capital deja de ser el centro de los debates económicos, debiéndose convertir en un aspecto, tal vez subjetivo, de la fuerza humana productiva.<sup>362</sup>

La protección del trabajo humano debe llevarse a las más extremas consecuencias, puesto que del propio trabajo depende el funcionamiento del modo de producción capitalista. Sin trabajo humano no hay acumulación de capital. Para que este modo de producción continúe operando, y teniendo como base principalmente el aspecto económico, resulta imprescindible la valorización del trabajo humano, elevando el valor social del trabajo, fundamento de la República, a la condición de derecho fundamental, protegido de forma rígida.

Si se interpreta el concepto de trabajo de forma diversa con respecto a la que nos proponemos en este estudio, sería como subvertir la lógica capitalista. El Estado Moderno es creado por los burgueses para garantizar la propiedad privada de los bienes y de los medios de producción y proteger sus (capitalistas) intereses,

---

<sup>362</sup> RAUPP BOCORNY, Leonardo, *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*, cit., p. 42/3.

formando parte de esta misma lógica capitalista el trabajo humano, bajo la cual (lógica capitalista) se sustenta actualmente.<sup>363</sup>

Buscar el verdadero valor del trabajo humano, como quiere la Constitución brasileña de 1988, significa defender condiciones humanas de prestación de trabajo, buscar un salario justo por el trabajo prestado, protegiendo al trabajador de la voracidad del capital y mercado, y elevar al trabajador a elemento de mantenimiento del modo de producción capitalista.<sup>364</sup>

Es lo que sugiere Valdete Souto Severo cuando apunta que:

“La Constitución Federal de 1988 destaca la concepción jurídica racionalista, en cuanto a la relación del hombre con sus pares, es decir, en su dimensión plural. En este sentido, el nuevo pacto social invierte la lógica del raciocinio individualista, rompe con el paradigma liberal. La adopción de la solidaridad, de la justicia, de la valoración del trabajo y de la dignidad humana como parámetro del ordenamiento jurídico determina que las reglas se examinen bajo la óptica de la colectividad, sin que se pierda de vista el *ser humano*”.<sup>365</sup>

Valdete Souto Severo, en relación al no retroceso social y al valor social del trabajo, teje algunas líneas bastante interesantes, afirma que la propiedad, que debe, necesariamente, tener una función social, no puede priorizarse en relación al trabajo humano, puesto que las normas laborales no pueden ser consideradas desde un prisma individualista, so pena de dar más valor al mercado que al trabajo humano.<sup>366</sup>

Confirma que:

“Implica un retroceso injustificable en continuar examinando los institutos jurídicos bajo una óptica individualista, en que la propiedad constituye un valor fundamental, en detrimento hasta incluso de la función social que debe ejercer. Del mismo modo, constituye un retroceso inaceptable examinar las normas laborales bajo el prisma de los derechos individuales y, principalmente, aceptar que las leyes del mercado se superpongan al valor del trabajo humano”.<sup>367</sup>

<sup>363</sup> “Ya que el Estado, por tanto, es la forma por la cual los individuos de una clase dominante hacen valer sus intereses comunes y en el que se compendia toda la sociedad civil de un determinado período, se deduce que todas las instituciones comunes precisan de la mediación del Estado y que gracias a él adquieren una forma política. De ahí la ilusión de que la ley se basa en la voluntad e, incluso, en el libre albedrío. Del mismo modo, el derecho se reduce, a su vez, a la ley”. (Marx, Karl, *La ideología alemana*, Cit., p. 98). Un aspecto interesante de esta parte de la obra de Marx y Engels es el carácter emancipador que trata de dar a la interpretación constitucional, con respecto a lo que se lee en su parte final, el derecho no se resume en la repetición ciega de la ley.

<sup>364</sup> RAUPP BOCORNY, Leonardo, *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*, cit., p. 73.

<sup>365</sup> SOUTO SEVERO, Valdete, “A dimensão plural do trabalho humano e a inconstitucionalidade do banco de horas”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 274, Porto Alegre: HS Editora, out/2006, p. 35.

<sup>366</sup> SOUTO SEVERO, Valdete, “A dimensão plural (...)”, cit., p. 49.

<sup>367</sup> SOUTO SEVERO, Valdete, *A dimensão plural (...)*, cit., p. 49.

Finalmente, es interesante una nota de Sílvio L. Sant'Anna, en la introducción a la obra de Marx y Engels, "*La ideología alemana*":

"Para una cosmovisión dialéctica-materialista de la historia, los autores proponen que se considere la historia de la humanidad como la historia de personas que viven en una simbiosis con la naturaleza. Los seres humanos, como los demás animales, se reproducen sexualmente, pero se distinguen de ellos no sólo por tener conciencia, sino, principalmente, porque producen indirectamente su propia vida material a través del trabajo.

Fue la escasez, y no la abundancia del medio ambiente, lo que impulsó a los primitivos a desarrollar técnicas adecuadas para la producción de útiles aprovechables para la comunidad. Trabajar para el colectivo fue un imperativo, pues la ganancia *maximocrática* de sacar ventajas plenas solamente para sí tenía como resultado la exclusión y/o incluso la muerte. Del trabajo del individuo para la colectividad surgieron las habilidades personales de hacer mejor o peor una actividad que otra; de ahí se llega a una división social básica del trabajo de los niños y de los adultos, jóvenes y de los ancianos, de los hombres y de las mujeres. Y después, a una división social del trabajo más compleja, entre campo y ciudad, y del trabajo material y el trabajo intelectual (espiritual). Los autores describen la "evolución" de los tipos de propiedad: *tribal, la comunal-estatal, la feudal-estamental*, que precedieron a la propiedad capitalista, en la cual, paulatinamente, se van desarrollando las formas de producción, la división del trabajo y la reciprocidad entre las personas; después, entre las estratificaciones sociales (jerarquía en el clan gentilicio, castas entre esclavos y libres, estamentos y clases sociales propiamente dichas); y, finalmente, entre Estados-Naciones que se van volviendo cada vez más complejos.

(...)

La *división del trabajo*, en el sistema capitalista, conduce, por otro lado, a la especialización que restringe la actividad humana a una acción específica que, aunque sea sistémica en su integración universal, aliena al trabajador en operaciones cada vez más separadas o asistémicas por un lado, y verticalizadas, por otro. Su conexión productiva deja de ser horizontal (con los compañeros de trabajo) y se convierte en una conexión arbitraria con su superior jerárquico, en una posición más de su verdugo que de compañero, en el proceso productivo".<sup>368</sup>

El texto citado prueba que el modo de producción capitalista se basa en el trabajo. Por tanto, él (trabajo) debe elevarse al primer plano, dejando las ganancias de capital y especialmente los elementos económicos como meros complementos, medios mediante los cuales el ser humano pueda alcanzar su fin.

El trabajo humano, elemento de dignidad y de existencia, y también de subsistencia, conviene que se analice en esta perspectiva. El trabajador no puede ser un mero instrumento en provecho del mercado. No puede ser abandonado por

---

<sup>368</sup> SANT'ANNA, Sílvio, "A cosmovisão dialético-materialista da história". En: *Introdução à obra A ideologia alemã' de Karl Marx*, Tradução Frank Muller, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2006, p. 27/8.

el capital cuando tiene que justificar el alto coste de producción y la necesidad de explotación de nuevos mercados.

El capital circula. Pero deben circular también los principios de protección para quien genere éste mismo capital. Si no hubiera trabajo, tampoco se produciría capital. La función de los juristas, intelectuales y estudiosos, es la de hacer valer los principios de protección al trabajo, los principios relacionados con el capital (de circulación), para que alcance a todos los trabajadores de forma indistinta, generando más dignidad y una vida un poco más humana

Nos proponemos afrontar de forma seria problemas como la flexibilización, la globalización del modo de producción capitalista y la desregulación de las normas de protección al trabajo. El trabajo humano, y en un mayor grado el subordinado, es el que da garantías al modo de producción capitalista para seguir actuando de forma segura y legítima.

Marx ya decía que la infraestructura es la que condiciona la superestructura, es decir, las relaciones de producción y las fuerzas productivas (capitalistas hoy) que influyen de forma directa y decisiva en el gobierno y en la ideología de un pueblo.

Partiendo de este racionamiento marxista, el intérprete debe intentar analizar la sociedad en la que está inserto y considerar, de forma racional, el elemento del trabajo humano antes de tejer conceptos (pre-conceptos) e interpretar la norma constitucional.

Conviene recordar que las constituciones modernas consideran que el trabajo tiene un valor social y que el orden económico está fundado en este mismo trabajo. Estas disposiciones anteceden al valor social de la libre iniciativa, debiendo esta última, por tanto, someterse a los anhelos de la clase trabajadora, y no al contrario.

Sería hasta un contrasentido si no fuera. El trabajador está sujeto a los dictados del capital, dictando éste último el ritmo de la sociedad. Sin embargo, la República se funda no sólo en la libre iniciativa, sino principalmente en el trabajo de la persona humana.

Sino, habría una flagrante violación de otro mega-principio, el de la dignidad de la persona humana. El intérprete, incluso si no quiere apoyar una eventual decisión en los fundamentos de la República y del Orden económico, no podrá dejar de considerar la dignidad de la persona humana, que rige y sirve de guía para todo el ordenamiento jurídico brasileño que debe respetarse.

El objetivo principal de los juristas y de toda la colectividad, debe ser el de elevar el trabajo a un verdadero fundamento del orden constitucional, social y económico, relacionándolo con el principio de la dignidad de la persona humana y como pilar principal del modo de producción capitalista.

Por ello, uno de los temas que debe analizarse es el fenómeno de la tercerización. La Constitución brasileña de 1988, en su artículo 7º <sup>369</sup>, I, eleva la relación de empleo a la condición de derecho fundamental. Es éste el espacio para la alienación del trabajador. Como quien trabaja, como ya hemos apuntado anteriormente, aliena a su propia existencia al tomador de trabajo, sirviendo su ser en el mundo para quien tome este trabajo, no puede permitirse una “*alienación dentro de la alienación*”, contratación por intermediación de mano de obra, salvo en los casos previstos en la norma constitucional antes de su promulgación. Entender que la actividad-medio permite la tercerización significaría negar el enunciado y el inciso I del artículo 7º de la Constitución, porque se impondría una regla menos beneficiosa por la interpretación jurisprudencial, sin respaldo en la ley, como algo permisivo por el ordenamiento jurídico vigente.

El trabajo humano, cuyo valor social está elevado a la condición de fundamento de la República, se eleva a valor social de la libre-iniciativa y se coloca como principio de mayor peso e importancia, en razón no sólo de la alienación, sino porque permite mejores condiciones sociales, como mejores salarios, mejores sindicatos y más beneficios derivados de la ley o de los convenios colectivos.

De lo contrario, se confirma el aumento de las desigualdades sociales y regionales en provecho del aspecto económico y de la propiedad privada, tanto dependiente de una función social, tal y como contempla el artículo 5º, XXIII, del CF/88<sup>370</sup>. El marco jurídico de Brasil, basado en la igualdad material, en la reducción de las desigualdades sociales y en el pleno empleo, no permite contratos de intermediación de mano de obra. Ni siquiera permite crear normas legales que lo regulen o regularicen.<sup>371</sup>

---

<sup>369</sup> Artículo 7º Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros destinados a la mejora de su condición social: I - la relación de trabajo protegido contra el despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de la Ley, que prevé la indemnización compensatoria, entre otros derechos.

<sup>370</sup> Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: [...]; XXIII - la propiedad atenderá a su función social;

<sup>371</sup> Hay un proyecto de ley, que se tramita en el Congreso Nacional brasileño desde 2004, presentado por el diputado federal Sandro Mabel, del Partido Liberal de Goiás, que regula el contrato de prestación de servicio a terceros y sus relaciones de trabajo. El **proyecto de ley 4.330/04**, es conocido como proyecto de ley de la tercerización y está, desde el 19 de marzo de 2007, en la Comisión de Trabajo, de Administración y de Servicio Público de la Cámara de los Diputados. En él se define quién sea la empresa prestadora, quién sea la tomadora. También consta que se no forma vínculo de empleo entre el trabajador y la empresa tomadora de los servicios, observando también los límites de la ley (proyecto). Se destaca el artículo 4º, donde constan los límites de la tercerización para la actividad-medio, y los artículos 10 y 11 que disponen, respectivamente, la responsabilidad subsidiaria del tomador y solidaria del prestador en caso de subcontratación. Fuente <http://www2.camara.gov.br/proposicoes> - acceso el 24 de noviembre de 2008, a las 22h50min.

En efecto, quien asume los trabajos previstos por “*terceros*” no es el proveedor (empresa que proporciona la mano de obra). Quien lo hace es el tomador. Es este último quien determina la apropiación de la *plusvalía*, que deja efectivamente de pagar los salarios debidos a “sus” empleados y proporciona también un salario inferior a “sus” trabajadores, y entrega la mano de obra a otra empresa que también, pero en menor grado, se sirve, del trabajador. Lo que se pretende con esta teoría es mostrar que el trabajo, como principal elemento del modo de producción capitalista, no es de interés tan sólo del capital. Aporta mayor dignidad al trabajador (aspecto psicológico) y mejores condiciones económicas, cuando el salario sea el adecuado.

Todo ello, hay que combinarlo con uno de los principales elementos del Estado Democrático de Derecho, como es la emancipación social e intelectual de los ciudadanos, y también del empleado. El salario que debe pagarse y la relación que se reconoce es lo que supone mayores beneficios para quienes trabajan. Así, se respetarán las normas de los derechos humanos: artículo 4º, II, de la CF/88<sup>372</sup>, construir una sociedad libre, justa y solidaria; artículo 3º, I<sup>373</sup>, erradicar la pobreza y la marginación, la reducción de las desigualdades sociales y regionales; artículo 3º, III<sup>374</sup>, promover el bien de todos; artículo 3º, IV<sup>375</sup>, y, por último, garantizar el desarrollo nacional, artículo 3º, II<sup>376</sup>.

Tal emancipación y el análisis del derecho en la forma propuesta crea lo que Eduardo Galeano llama la “casa de todos”. Cuando se le preguntó si este mundo no está embarazado en otro mundo y que otro mundo pariría este mundo, respondió: “*el mundo que el mundo quiso ser cuando aún no era: un hogar para todos*”<sup>377</sup>.

Para poder comprender adecuadamente lo que pretendemos con esta investigación, los lectores deben dejar de lado sus prejuicios con respecto al tema del trabajo humano. Es difícil, dado el hecho de que la sociedad no ve con buenos ojos a la masa trabajadora, incluso por la influencia de los aparatos ideológicos del Estado<sup>378</sup>. Les pedimos que realicen ese esfuerzo, que acabará por hacer posible la integración de la sociedad, un universo mucho mayor de personas, que aporta mayor legitimidad a la acción comunitaria.

---

<sup>372</sup> Art. 4º La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

II - la superioridad de los derechos humanos;

<sup>373</sup> Art. 3º Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil:

I - construir una sociedad libre, justa y solidaria;

<sup>374</sup> III - erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales;

<sup>375</sup> IV - promover el bien de todos, sin perjuicio del origen, raza, sexo, color, edad y otras formas de discriminación.

<sup>376</sup> II - garantizar el desarrollo nacional.

<sup>377</sup> GALEANO, Eduardo, “Entrevista a Moisés Mendes”, Porto Alegre, *Jornal Zero Hora*, número 15.776, Cuaderno Cultura, de 08 de noviembre de 2008, p. 5.

<sup>378</sup> ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado (...)*, cit., *passim*.

### **3. La subordinación jurídica y la cuestión de la tercerización**

Antes de seguir en el tema, es necesario hacer algunas consideraciones.

#### **3.1 Delimitación del tema – introducción**

##### **3.1.1 Consideraciones iniciales**

Las consideraciones iniciales se refieren a los que lleven a cabo una interpretación ligeramente diferente del derecho vigente. Concretamente, les proponemos un análisis con un sesgo argumentativo marxista.

Pretendemos que realicen una lectura previa sin prejuicios. Un análisis imparcial del tema anterior, porque las consideraciones que están presentes en este texto van de encuentro a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia dominantes de la legislación brasileña vigente. Creemos que el derecho, la ciencia jurídica y el conocimiento avanzan.

En esta investigación, no pretendemos cerrar la discusión sobre el tema de la subordinación o de la tercerización. Deseamos contribuir al debate, mediante la presentación de argumentos marxistas y sociales, teniendo en cuenta la experiencia brasileña de quien escribe, juez de trabajo durante ocho años

El derecho no es una ciencia pura. Aunque Hans Kelsen haya escrito una obra sobre el tema<sup>379</sup>, el positivismo jurídico y la pureza del derecho ya no son la regla. El Tribunal Supremo Federal de Brasil, en 2007, antes de juzgar la acción relacionada con el tema de las células-madre, organizó un debate público sobre el tema, con la participación de científicos e intelectuales.

La obra de Castañeda Sabido, sociólogo mexicano, lo confirma. Sostiene que los intelectuales tienen una responsabilidad con respecto a la sociedad, especialmente para que sea mejor para la mayoría de la gente. Esta parte de la población resulta privilegiada, por la posibilidad de alcanzar un conocimiento razonable de hacer propuestas, y soluciones de prueba. A ellos les compete estimular el debate para que el resultado tenga los esperados efectos sociales.<sup>380</sup>

### **3.1.2 La subordinación y la tercerización en la ley y en la jurisprudencia**

La legislación brasileña tiene una generosa gama de actividades que pueden ser transferidas a terceros. Entre ellas se puede citar el contrato temporal de trabajo de la ley 6019/74, la vigilancia patrimonial, la descentralización en el sistema de servicio público, el régimen de concesión y el permiso de prestaciones de servicios públicos (Ley 8987/95), así como la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9472 / 97).

El análisis de estas legislaciones será objeto de un largo debate. Por ello, nos limitaremos a ofrecer unas breves reflexiones al respecto del significado de cada una de estas normas legales.

El trabajo temporal, es aquél que, en conformidad con el artículo 2º de la Ley 6019/74, "*proporcionado por una persona física a una empresa, para satisfacer la necesidad de la sustitución temporal de su personal regular y permanente o para el aumento del extraordinario de servicio*". Es similar al contrato de trabajo temporal español, como veremos más adelante

El artículo 10, párrafo segundo, de la ley 7.102/83 contempla otra de las formas de tercerización previstas en el ordenamiento jurídico brasileño. Se trata de la posibilidad de contratación, por instituciones financieras, establecimientos públicos o privados, así como por personas físicas, de servicios de seguridad, vigilancia y transporte de valores a través de empresas especializadas.<sup>381</sup>

<sup>379</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed., 1998, *passim*.

<sup>380</sup> CASTAÑEDA SABIDO, Fernando Rafael, *A Tensão entre a Ideologia e a Ciência na Sociologia*. Tradução. Sandra Regina Martini Vial, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, *passim*.

<sup>381</sup> Art. 10. Se considera como seguridad privada las actividades desarrolladas en prestación de servicios con la finalidad de: I - proceder a la vigilancia patrimonial de las instituciones financieras y de otros establecimientos, públicos o privados, así como la seguridad de personas físicas; II - realizar el transporte de valores o garantizar el transporte de cualquier otro tipo de carga. (...) § 2º

La tercerización en el servicio público debe ser utilizada para la planificación, coordinación, supervisión y control y con el objetivo de impedir el aumento de la burocracia administrativa. En estos casos, el administrador debe recurrir a la iniciativa privada mediante contrato. Lo que autoriza esta forma de contrato es el Decreto-Ley 200/67, artículo 10, enunciado y párrafo séptimo, combinado con el artículo 3º, párrafo único, de la Ley 5.645/70 (revocado por la 9.527/97), pero que sirve de ejemplo

En el caso de las concesiones y permisos de servicio público, el artículo 25, párrafo primero, de la Ley 8.987/95, establece que *“la concesionaria podrá contratar con terceros el desarrollo de actividades inherentes, accesorias o complementarias al servicio concedido, así como la implementación de proyectos asociados”*. La ley en este caso privilegia a las empresas concesionarias de servicio público.

Por último, la Ley de telecomunicaciones, establece en su artículo 94, II, de la Ley 9472/97 que las empresas concesionarias de telecomunicaciones podrán *“contratar con terceros el desarrollo de actividades inherentes, accesorias o complementarias a este servicio, así como la ejecución de proyectos asociados”*.

El artículo de ley transcrito, prevé la tercerización en las actividades *inherentes* del tomador de los servicios, de donde se podría concluir y considerar como lícita la tercerización de la actividad-fin de este mismo tomador. Este tema será analizado detalladamente en un subapartado, más adelante.

Por otro lado, en el caso de la Ley, el Tribunal Superior del Trabajo emitió una apéndice (*súmula*) de la jurisprudencia uniforme<sup>382</sup> en el que se acepta la tercerización (o subcontratación)<sup>383</sup> en los casos previstos por la ley, además de

Las empresas especializadas en prestación de servicios de seguridad, vigilancia y transporte de valores, constituidas bajo la forma de empresas privadas, además de las hipótesis previstas en los incisos del *caput* de este artículo, podrán prestar el ejercicio de las actividades de seguridad privada a personas; a establecimientos comerciales, industriales, de prestación de servicios y residencias; a entidades sin fines de lucro; y órganos y empresas públicas.

<sup>382</sup> Las “*Súmulas*” son decisiones reiteradas de los tribunales superiores de Brasil, y que terminan por vincular al tribunal. Hay diferencia entre “*Súmulas*” y “*Súmulas vinculantes*” que son dictadas por la Corte Suprema de Brasil, el Supremo Tribunal Federal y que vincula a todo el poder judicial. Las “*Súmulas*” no vinculan a los jueces y magistrados locales.

<sup>383</sup> En Brasil, en cuanto al trabajo subordinado tenemos la sumisión del empleado a las órdenes y a la supervisión del empleador, en el trabajo parasubordinado prevalece la dependencia económica de la cooperación entre las partes. Si el primero se caracteriza por la personalidad jurídica (*personalidade*), la continuidad (*continuidade*), la carga (*onerosidade*) y la subordinación (*subordinação*), el segundo se revela también con la personalidad jurídica (*personalidade*), la continuidad (*continuidade*), la carga (o retribución), pero a través de la coordinación con la empresa tomadora del servicio. En este método de contratación, siempre existe el carácter de la dependencia económica del parasubordinado, que depende de la prestación continua del trabajo para su supervivencia, diferente del trabajo autónomo. Tal dependencia revela una reducción significativa de la libertad de contratación del prestador de servicios.

en esas actividades denominadas "medio" del tomador de los servicios, siempre que no exista una subordinación jurídica o de personalidad.

El sumario 331, del Tribunal Superior del Trabajo brasileño dice:

“*Súmula* N° 331 del TST - Contrato de prestación de servicios. Legalidad - Inciso IV modificado por la Res. 96/2000, DJ 18.09.2000 I - La contratación de trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, formándose el vínculo directamente con el tomador de los servicios, salvo en el caso de trabajo temporal (Ley n° 6.019, de 03.01.1974). II - La contratación irregular de trabajadores, mediante empresa interpuesta, no genera vínculo de empleo con los órganos de la administración pública directa, indirecta o fundacional (art. 37, II, de la CF/1988). III - No forma vínculo de empleo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia (Ley n° 7.102, de 20.06.1983) y de conservación y limpieza, así como la de servicios especializados ligados a la actividad-medio del tomador, al no existir la personalidad jurídica y la subordinación directa. IV - El incumplimiento de las obligaciones laborales, por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios, como aquellas obligaciones, incluso con respecto a los órganos de la administración directa, de las autarquías, de las fundaciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta, siempre que hayan participado en la relación procesal y consten también del título ejecutivo judicial (art. 71 de la Ley n° 8.666, de 21.06.1993)”<sup>384</sup>.

Como se puede constatar, la *súmula* 331 del TST, además de permitir la tercerización, acaba por diferenciar la actividad-medio de la actividad-fin. En Brasil, por tanto, la legislación y la jurisprudencia aceptan pacíficamente la tercerización de las actividades-medio del tomador de servicio, así como de actividad-fin en el caso del contrato de trabajo temporal, de la ley 6.019/74, de la ley de las telecomunicaciones (ley 9.472/97) y de la ley de las concesiones y permisos de servicios públicos (ley 8.987/95).

La norma legal laboral brasileña no diferencia la actividad-medio de la actividad-fin, porque los artículos 2° y 3° de la *Consolidação* de las Leyes del Trabajo<sup>385</sup> consideran que los riesgos de la actividad económica son del

---

El contrato de trabajo subordinado en materia de empleo tiene como características: (a) CONTINUIDAD (*CONTINUIDADE*), por ser habitual, frecuente y no-eventual; (b) CARGA (*ONEROSIDADE*), ya que requiere que el trabajo sea pagado, excluyendo así las actividades de caridad; la prestación debe ser marcada por la (c) PERSONALIDAD JURIDICA (*PESSOALIDADE*) del trabajador, porque la relación de trabajo es de naturaleza *intuitu personae* en relación con el empleado, (d) ALTERIDAD (*ALTERIDADE*), según la cual, el riesgo de la actividad económica es del empleador (e) SUBORDINACIÓN JURIDICA (*SUBORDINAÇÃO JURÍDICA*), siendo el elemento esencial y distintivo, ya que se refiere a los poderes directivo y disciplinar ejercidos por el tomador de los servicios, titulado 'empresario', y (f) AJENIEDAD (*AJENIDADE*) según la cual la creación, o el producto, la obra intelectual de producción del empleado, pertenece al empleador.

<sup>384</sup> En: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br) - acceso el 13 de diciembre de 2008, a las 15h05min.

<sup>385</sup> Art. 2° - Se considera empleador a la empresa, individual o colectiva, que, *asumiendo los riesgos de la actividad económica*, admite, paga y dirige la prestación personal de servicio..

empleador, para fines laborales, y que es el empleado quien presta servicios de forma personal, no eventual y dependiente frente a terceros

De ahí se puede deducir, objeto de esta investigación, que el trabajador se vincula de forma objetiva al tomador de los servicios, prestando su trabajo de forma permanente, necesario y previsible al tomador de este mismo trabajo.

Lo que refuerza esta tesis es el artículo 7º, enunciado, de la Constitución brasileña de 1988, que observa que “Son *derechos de los trabajadores* urbanos y rurales, además de otros *orientados a la mejora de su condición social* [...]”. (Se destaca). Para la norma constitucional, sólo son posibles modificaciones legislativas en materia laboral *dirigidas a la mejora de la condición social del trabajador*. Por ello, que los preceptos de las leyes de telecomunicaciones y concesión y permiso de obra pública, posteriores a la promulgación de la Carta constitucional, serían inconstitucionales. De la misma forma, serían inconstitucionales los artículos que prevén la tercerización en los casos de la ley del trabajo temporal (ley 6.019/74) y del decreto-ley 200/67, que permite la descentralización administrativa, por la no recepción o revocación (esta última conforme a la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño).

El tema será analizado detalladamente más adelante. Lo que se pretende con esta introducción es situar al lector y llamar la atención sobre el hecho de que el tema debatido es controvertido. Conviene que quien juzgue este trabajo de investigación deje a un lado sus impresiones iniciales con respecto a la subordinación y a la tercerización y, al final, saque sus propias conclusiones.

No olvidamos el tema de la libertad de empresa, previsto en el artículo 38 de la Constitución española<sup>386</sup>, ni tampoco la normativa civil y mercantil que autoriza a las empresas a firmar contratos entre sí. Este estudio es una propuesta, fruto de muchas reflexiones, pero que se sustenta no sólo en la filosofía y en la economía del trabajo, sino también en el derecho constitucional especialmente brasileño.

### **3.1.3 Crítica al binomio *subordinación – tercerización***

Como propuesta alternativa de estudio sobre la subordinación y la tercerización, el modo de producción capitalista se centra en el trabajo de subordinación, de libertad contractual y de libertad de empresa. Las Constituciones de Brasil y de España, en relación a la libertad de empresa, son extremadamente claras<sup>387</sup>.

---

Art. 3º - Se considera empleado a toda persona física que presta servicios de naturaleza no-eventual al empleador, bajo la *dependencia de este* y mediante salario.

<sup>386</sup> Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

<sup>387</sup> Artículo 38 de la Constitución española y 1º, IV, parte final, de la Constitución brasileña.

Tomamos como marco de referencia la estructura del sistema de trabajo. Como analizaremos durante ese estudio, la subordinación no es, como la inmensa mayoría de la doctrina defiende, un elemento de caracterización de la relación de trabajo, sino una derivación de la misma, porque el proveedor o prestador de trabajo, cuando presta servicios por cuenta ajena de forma personal y permanente, lo hace necesariamente de forma subordinada, con un salario y un contrato de empleo.

Otro punto importante y que tiene relación directa con la subordinación es la cuestión de la tercerización. Como ya hemos puntualizado de forma sumaria, no hay norma laboral en Brasil que autorice la diferenciación entre actividad-medio y actividad-fin. Es en este binomio donde se centra la tercerización, binomio éste, bastante relevante, que no se sustenta, como tendremos ocasión de analizar.

También nos ocuparemos de la cuestión del trabajador como elemento-núcleo del modo de producción capitalista y de la vinculación de éste con el beneficio del producto que produce. Si éste se desprende del producto elaborado o del servicio prestado, debe tener contacto directo con el producto o con el beneficio por parte del tomador de trabajo fruto de la venta de este producto

Conviene subrayar, que la alienación, como establece el artículo 7º, I, de la Constitución brasileña de 1988<sup>388</sup>, está permitida. La alienación da lugar que el trabajador se desprenda del producto que creó. La alienación aleja al trabajador de las técnicas de producción. Por ello, que este concepto debe ser analizado de forma restrictiva.

Si la norma constitucional autoriza la explotación del hombre por el hombre, autoriza que el trabajador venda su trabajo a alguien que pague menos por él, comparativamente en relación al valor que produce; la interpretación de esta norma debe realizarse de forma proporcional, con la intención de aminorar sus consecuencias. Por ello, en un contrato de tercerización, aumenta la alienación del prestador de trabajo. Acaba alejándose aún más del bien que produce, utilizando el intérprete el concepto de alienación de forma que perjudique a quien trabaja de forma alienada.

La Constitución, en el artículo 7º, I, establece que la relación de empleo es la regla, autorizando el trabajo subordinado y alienado, la interpretación proporcional con el fin de conciliar intereses de quién se subordina y de quién subordina o de quién aliene su existencia y de quién se beneficia de esta alienación. La relación debería establecerse de forma directa con quien se beneficia de los servicios prestados. De lo contrario, se aleja aún más el trabajador del bien o del servicio que produce, aumentando la alienación. Existe, en los casos de tercerización, la

---

<sup>388</sup> “Artículo 7º Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros destinados a la mejoría de su condición social: I – relación de empleo (...)”. Constitución que permite expresamente la relación de empleo también permite expresamente la explotación de la “*plusvalía*” y, por cuenta de eso, la alienación.

alienación dentro de la alienación, lo que, salvo un juicio mejor, no está autorizado por la norma constitucional brasileña.

Estas interpretaciones colisionan con la libertad contractual y la libertad de empresa. Estos conceptos, sin embargo, deben adaptarse a la realidad fáctica existente en el seno del trabajador y de las relaciones laborales. No pueden tener sólo como objetivo un ideario mercantil y civil, sino que deben tener en cuenta, también, el trabajo subordinado y el trabajador subordinado.

No hay que confundir aquí aquellos trabajos prestados por empresas especializadas de concierto o mantenimiento informático, por ejemplo. Estos trabajos prestados dentro de determinadas empresas por otras empresas no son permanentes, sino eventuales. Lo mismo acaece con una empresa que intenta ampliar su parque industrial y contrata la construcción de un segundo edificio para instalar una línea de producción. En estos casos, los empleados de la empresa que prestan los servicios, estarán subordinados a ésta sin ninguna responsabilidad por parte de la empresa contratante, salvo si la ley lo determinara de forma contraria

Con esta investigación, pretendemos aportar un motivo de reflexión. Los temas tratados son, como hemos ya dicho, controvertidos y se mueven en una parte significativa de la estructura capitalista. Una vez resuelto este tema, siendo la regla el trabajo subordinado directo, se podrá llegar a una mejora en la condición social de los trabajadores, una aportación intelectual, social y de convivencia en el seno de la sociedad. Personas mejor remuneradas tienen mayor acceso a la cultura. Escogen mejor a sus representantes y no se dejan llevar por propuestas electorales fantasiosas.

Por último, una vez que seamos conscientes de la relevancia del trabajador en la sociedad y de su papel en la historia, recuperando la conciencia de clase perdida hace tiempo, se llegará al equilibrio necesario para un desarrollo más igual, es decir, para una sociedad libre, justa y solidaria.

### **3.2 Subordinación jurídica**

El capitalismo, desde la Revolución Industrial, opera de forma perversa frente al trabajo, apropiándose de lo más importante: *su carácter de elemento de la existencia humana*. Lo que pretende el modo de producción presente, es la docilidad de los agentes responsables de la transformación social (trabajadores), por una lógica que no se extiende a todos y que, además, elimina la parte del trabajo como la vida y la existencia, relegando esta última a una simple relación con la pieza y con el aspecto meramente económico.

El trabajador, por tanto, deja de tener el control de su vida. Pierde el mando de su alma. Quien se apropia de él le convence de que, efectivamente, la lógica capitalista es la más correcta, eso porque él, trabajador tiene tan sólo, además de su trabajo, la vocación para el trabajo.

Esta es la razón por la que resulta necesario el estudio detallado del tema de la *subordinación jurídica y de la tercerización de los servicios*, ya que parece que, hoy en día, la sociedad brasileña camina hacia una menor protección de los trabajadores con un vínculo de empleo directo, dando mayor protagonismo a la contratación de servicios tercerizados.

Eso, además, ya forma parte de la lógica capitalista, como puede concluirse del texto que sigue, cuando Frank Thomas hace hincapié en la importancia de las grandes empresas privadas cuando proceden al despido en masa y sin motivo, como una forma de impulsar los activos de esas mismas empresas en el mercado internacional.

Frank, en este sentido, afirma que “*si nuestro jefe nos empuja en la línea del desempleo, probablemente lo hace para aumentar el valor de sus propias acciones de la empresa*”.<sup>389</sup> Este hecho, en sí mismo, se convierte en un elemento esencial del tema.

Paulo Emílio Ribeiro de Villena, también se ha ocupado de la subordinación. Para él, subordinación es un concepto dinámico, así como lo son los conceptos jurídicos, puesto que no quieren perder el contacto con la realidad social que pretenden resolver. La subordinación debe ser considerada con otra forma conceptual diversa a la de la década de los cuarenta o los cincuenta; es decir, como el desarrollo de la actividad industrial y de las prácticas empresariales, que servirá de modelo y formará el concepto del trabajador subordinado.<sup>390</sup>

Sin embargo, para Manoel Alonso García, citado por Ribeiro de Vilhena, existe, en el derecho del trabajo, una pirámide invertida y en su nivel superior, está todo el derecho laboral y su cúspide está en la base. En su opinión, las raíces del derecho del trabajo están en la subordinación, que es lo que “*transformó*” la contratación de los servicios en el contrato de empleo.<sup>391</sup>

Es necesario ampliar el concepto del trabajo subordinado<sup>392</sup>. No sólo debe estar vinculado a la actividad-fin de la empresa sino incluso al estado de sujeción de las órdenes, como vamos a presentar en este estudio.

Para que se construyen los instrumentos para la “*defensa de la libertad de la clase de los trabajadores*”,<sup>393</sup> hay que partir de un nuevo marco de la

<sup>389</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 128.

<sup>390</sup> RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 219.

<sup>391</sup> RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, *Relação de emprego (...)*, cit., p. 220.

<sup>392</sup> VASCONCELOS PORTO, Lorena, “A relação de emprego e a subordinação – a matriz clássica e as tendências expansionistas”. En: *Revista LTr. Legislação do trabalho*. São Paulo: LTr, Ano 72, no. 7, julho de 2008, p. 826.

<sup>393</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*, São Paulo: LTr, 2003, p. 74.

argumentación jurídica y hermenéutica, analizando las normas, poniendo de manifiesto los intereses y los valores constantes que figuran en ellas, sin dejar de lado la cuestión de la democracia contenida en dichas normas, fruto de las constituciones occidentales modernas, y añadiendo nuevos valores culturales y éticos en la interpretación.

El objetivo de esta investigación es el de hacer un análisis justo y adecuado sobre este tema. Por consiguiente, comenzamos con el concepto de subordinación jurídica y su ubicación en el ordenamiento jurídico brasileño. Seguidamente, analizaremos el alcance del concepto de subordinación jurídica para, al final, tejer las consideraciones sobre los efectos de la tercerización y su constitucionalidad.

Subordinación, de acuerdo con el Diccionario Jurídico de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas, deriva del latín, *subordinatio*, y es el “estado de dependencia de una persona a otra, por motivos de sujeción a las reglas de derecho o como consecuencia de una obligación asumida. Cognato: ‘subordinado’ (adj. Y s.m.) que o quien está subordinado o sujeto”.<sup>394</sup>

Para el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, subordinación es “sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”. Pues, la palabra subordinado, consta en la respectiva obra y significa estar bajo las órdenes de otra persona.<sup>395</sup>

Para la gramática, la subordinación establece un tipo de unión dependiente entre proposiciones. “Las proposiciones que se subordinan tienen una relación de dependencia, siendo una la principal (no lleva nexos) y la otra la subordinada (va introducida por un nexos), que es la que depende de la principal”.<sup>396</sup>

Para la legislación brasileña el concepto de subordinación jurídica se encuentra descrito en el artículo 3º de la *Consolidação das Leis do Trabalho* que define lo que es empleado. Observa el artículo que “se Considera empleado toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo la **dependencia** de éste y mediante salario. Párrafo único - No habrá distinciones relativas a la especie de empleo y a la condición del trabajador, ni entre el trabajo intelectual, técnico y manual”. (Destaque).

La norma, cuando utiliza “dependencia”, lo hace refiriéndose a la subordinación jurídica. En el caso brasileño se puede afirmar una cierta

<sup>394</sup> OTHON SIDOU, J. M., *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 9ª ed., 2004, p. 821.

<sup>395</sup> “Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española”. Tomo II, Madrid: Editorial Espasa Calpe, 22ª ed., 2001, p. 2100.

<sup>396</sup> ABRIL-MARTÍN, Paula Arenas, *Gramática de la lengua española*, Madrid: Edmart Libros. Colección Manuales de la lengua española, 2006, p. 227.

equivalencia entre “*dependencia*” y “*subordinación*”, por lo que consta en la letra “h” del artículo 482 de la *Consolidação das Leis do Trabalho*<sup>397</sup>.

Tal disposición determina que uno de los motivos para la rescisión del contrato de empleo por justa causa, por parte del empleador es la “*in subordinación*”, de donde se puede concluir que es deber del trabajador mantenerse subordinado al patrón y a las normas estructurales de la empresa. Para una correcta comprensión del artículo 3º de la CLT, por tanto, resulta necesaria la lectura también del artículo 482, “h”, del mismo texto, de donde se puede concluir que se trata de la expresión “*dependencia*”, del artículo 3º, referente a la subordinación jurídica.

En España, se hace referencia expresa a la subordinación en el artículo primero del “*Estatuto de los Trabajadores*”, cuando la norma se refiere a los trabajadores que presten trabajo “[...] *dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona [...]*”. La norma española dice que: “*Ámbito de aplicación. 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”.

En Portugal, el artículo 10º de la *Lei do Contrato de Trabalho*, Ley 99/2003, establece que se entiende por contrato de trabajo la sujeción de una persona a las órdenes y dirección de la otra, o mejor, a la autoridad de la otra, que es quien remunera.<sup>398</sup>

Con estas referencias, hemos querido situar la discusión y facilitar su comprensión. Por consiguiente, vamos a comenzar con el análisis propiamente dicho de la *subordinación jurídica* estudiada por la doctrina, dejando para el final la elaboración de su concepto.

Para Manoel Alonso Olea y Maria Emilia Casas Baamonde la subordinación está relacionada con la dependencia, puesto que es el empleador quien da las órdenes al empleado en el ambiente y sobre cuestiones de trabajo. Estas órdenes se refieren al lugar, al tiempo y al modo de producción, conforme a sus criterios y a su empresa.<sup>399</sup>

<sup>397</sup> Artículo 482. Constituyen justa causa para la rescisión del contrato de trabajo por el empleador. (...); h) acto de indisciplina o de *in subordinación*. (Destacase).

<sup>398</sup> “Artículo 10º contrato de trabajo es aquél por el cual una persona se obliga, mediante retribución, a prestar su actividad a otra o a otras personas, *bajo la autoridad y dirección* de éstas”.

<sup>399</sup> ALONSO OLEA, Manuel e CASAS BAAMONDE, Maria Emilia, *Derecho del trabajo*, Navarra: Thompson Civitas, 24ª ed., 2006, p. 59.

La subordinación jurídica es el “*concetto centrale nel diritto del lavoro*”. Es también una “*costruzione giuridica continuamente in formazione*”.<sup>400</sup> Es por ello que es muy importante tratar este tema. El núcleo, en la estructura del capitalismo, está en el trabajo subordinado, concepto éste que evoluciona día a día y que merece una interpretación un poco distinta de la que viene siendo presentada actualmente

Para Supiot, la tendencia general de la jurisprudencia es la de no excluir de la aplicación del derecho del trabajo los contratos típicamente subordinados, aun cuando formalmente sean contratos denominados como autónomos. Sostiene que la ampliación del concepto de subordinación, permite el “*salario*” de diversos trabajadores antes apartados de los derechos sociales laborales.<sup>401</sup>

Alain Supiot, citando el derecho alemán, apunta que en este país una parte de la doctrina propone la ampliación del concepto de subordinación para detener la fuga del derecho del trabajo Según sus palabras “*è in Germania che questo dibattito sembra oggi più sviluppato. Una parte della dottrina propone di allargare la nozione di subordinazione per arrestare la fuga dal diritto del lavoro*”.<sup>402</sup>

Es por las razones expuestas por Alain Supiot, y otros que aparecen en el texto, que resulta importante para la conceptualización del tema. Hay varias teorías que explican la subordinación jurídica. Teorías, explicadas por diversos autores, que reflexionan acerca del derecho laboral, pero arriesgándose en el momento de formular un concepto. Autores, que pertenecen a diversos países, que intentan examinarlo, para, después, siguiendo el tema, tratar de abordar el alcance de su concepto.

Para Ferrari, el derecho del trabajo se ocupa exclusivamente del trabajo subordinado. El hombre siempre ha conocido la forma subordinada de prestación de servicios. En todas las épocas de la historia y en todas las formas de organización económica, el trabajador ha soportado una situación de prestación de trabajo en un estado de dependencia. La primera manifestación de ello, se produjo con la esclavitud, después con la relación servil feudal y, actualmente, con el régimen de trabajo asalariado.<sup>403</sup>

El autor añade:

“El hombre conoció siempre esa forma de prestación de servicios. Se sabe, en efecto, que en todas las épocas de la historia y en todas las formas de organización económica anteriores a la actual, el trabajador soportó una situación de dependencia. La primera manifestación de este

<sup>400</sup> SUPIOT, Alain, *Il futuro del lavoro*. Traduzione Lorenzo Giasanti, Giovanna Fullin, Laura Centemeri e Andréa Allamprese, Roma: Carocci Editore, 2003, p. 25 y 32.

<sup>401</sup> SUPIOT, Alain, *Il futuro del lavoro*, cit., p. 25 y 27/28.

<sup>402</sup> SUPIOT, Alain, *Il futuro del lavoro*, cit., p. 25 y 30.

<sup>403</sup> DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabajo*, Montevideo; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, Tomo I, 1961, p. 357.

hecho puede encontrarse en la esclavitud, más tarde en la relación señorial y actualmente en el régimen salarial”.<sup>404</sup>

El jurista uruguayo continúa apuntando que, a lo largo de la historia, la subordinación estuvo al principio basada más bien en la idea de propiedad, como un aspecto de la organización política de la sociedad. Esta noción esclavista de la subordinación, se produce en las codificaciones civiles del siglo XIX<sup>405</sup> y se utiliza como base primera para la legislación laboral contemporánea.<sup>406</sup>

La idea de subordinación que creaba el contrato de empleo se convirtió en el elemento esencial e irreducible de la relación contractual, transformándose en un nuevo concepto jurídico, que llegaría a tener una gran trascendencia. La subordinación ha resultado útil para la aplicación e interpretación de las leyes laborales, como un elemento especulativo insustituible.<sup>407</sup>

Además, si alguien opta por subordinarse a otra persona, dejando que ésta dirija sus actividades, estará ante un contrato de empleo. El objetivo de esta forma contractual es el de dejarse subordinar; es decir, dejarse subordinar por un determinado precio, permitir que otra persona dirija su actividad profesional y la utilice en su beneficio. La esencia del contrato de empleo es la creación de un estado de subordinación. Estar subordinado, sujeto a las órdenes de otros, que es quien paga el salario.<sup>408</sup>

En palabras del profesor uruguayo:

“Si optamos por subordinar nuestra actividad y dejar que otro la dirija, ajustamos un contrato de trabajo, porque el objeto de este contrato no es más que eso: dejar que, por un precio determinado, otra persona dirija nuestra actividad profesional y la utilice en su beneficio.

(...)

Como se ve, lo esencial del contrato de trabajo es la creación de un estado de subordinación, una relación jurídica de poder, como dice

<sup>404</sup> DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabajo*, cit., p. 357.

<sup>405</sup> DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabajo*, cit., p. 357.

<sup>406</sup> En relación a la esclavitud, la legislación de la época romana y medieval, aplicable a las colonias holandesas y francesas, fue actualizada en el siglo XVII, tratando a los esclavos como propiedad privada y amenaza para el orden civil. Eran considerados más perezosos y rebeldes que los siervos y comparados con los animales de carga. Es cierto que los esclavos y los animales eran tratado de forma similar, recibiendo, los primeros, los nombres que se daban a los animales domésticos. Incluso con esta forma de tratamiento, los esclavos eran esenciales en el desarrollo económico europeo. Su forma de trabajo proporcionaba una mayor competitividad en las fincas o en el comercio. (BLACKBURN, Robin, *A construção do escravismo no novo mundo. Do barroco ao moderno – 1492-1800*. Traducción de Maria Beatriz de Medina, Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 393). Este pasaje muestra la esencia del trabajo en el período de la esclavitud, además de indicar la supremacía económica sobre la social. Como ha apuntado De Ferrari, de esta esclavitud deriva el trabajo asalariado que, por supuesto, depende de la modificación de todo el modo de producción para el capitalista.

<sup>407</sup> DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabajo*, cit., p. 359.

<sup>408</sup> DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabajo*, cit., p. 113.

Jacobi. Dicho contrato, da a una de las partes, la posibilidad de dirigir la actividad ajena e impone a la otra la obligación de acatar las órdenes".<sup>409</sup>

El autor añade que el contrato de empleo, fruto de la subordinación, interesa jurídicamente al poder que impone a una de las partes de dirigir la prestación laboral de la otra, importando poco los actos materiales producidos que son de interés para la sociedad y la economía. Eso quiere decir, que cada vez que algún autor, jurista o incluso magistrado hace referencia al estado de subordinación jurídica se está refiriendo a la facultad que el derecho da a una de las partes de imponer una determinada forma de hacer a otra persona que tiene la obligación de obedecer. La subordinación crea un estado jurídico y no de hecho. Es siempre un poder de dirección sobre el trabajo de terceros.<sup>410</sup>

José Martins Catharino, apunta que subordinación es estar bajo las órdenes de otros, de uno que manda. El agente subordinado se pone, sin embargo, bajo las órdenes de forma voluntaria, prestando trabajo por cuenta ajena y libre.<sup>411</sup>

Incluso para Catharino, la subordinación es jurídica porque no se trata sólo de la obligación de prestar trabajo, sino de estar sujeto a las órdenes de otros, el empleador. "*Así, el empleado está obligado a prestar 'servicios dirigidos', según el contrato y normas laborales. Y el derecho del empleador de dirigir, correlativo a la obligación del empleado de obedecer, encuentra su corolario en el 'supervisar' o seguimiento, ya sea ejercido directamente o no*".<sup>412</sup>

Para Tarso Fernando Yerno, la dependencia jurídica determina las relaciones subordinadas, siendo subordinado aquel trabajador que esté integrado en la estrategia de la producción desarrollada por el empresario. La subordinación jurídica, para T. F. Yerno, pone de manifiesto el dominio de los propietarios de los bienes y de los medios de producción sobre el conjunto de la sociedad, a través de un orden jurídico amparado en la dominación burguesa, sobre el grupo de los trabajadores asalariados. La subordinación, por tanto, se da por la propia lógica del sistema capitalista de producción.<sup>413</sup>

La subordinación no es siempre la obediencia a las órdenes del patrón. Puede ser la inserción del trabajador en un sistema coordinado en función de los intereses del empleador, donde los actos de prestación de servicios no son actos de elección, sino de integración en el proceso productivo o en los servicios de la empresa. Esta subordinación jurídica se opone a la autonomía jurídica. Esta última autoriza al trabajador autónomo a escoger la forma de prestación de servicios, de

<sup>409</sup> DE FERRARI, Francisco, *ibidem*.

<sup>410</sup> DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabajo*, cit., p. 114/7.

<sup>411</sup> MARTINS CATHARINO, José, *Compêndio de direito do trabalho*, São Paulo: Saraiva, 2ª Ed; 1981, p. 205.

<sup>412</sup> MARTINS CATHARINO, José, *Compêndio de direito do trabalho*, cit., p. 205/6.

<sup>413</sup> GENRO, Tarso Fernando, *Direito individual do trabalho. Uma abordagem crítica*, São Paulo: LTr, 2ª ed., 1994, p. 98/99.

manera que sus actos no se insertan en un sistema coordinado que, por sí, subordina al prestador, independientemente de su voluntad.<sup>414</sup>

Barata Silva apunta que para muchos la subordinación es la característica del contrato de empleo, relegando a la personalidad jurídica, otro elemento caracterizador del contrato de empleo, a un segundo plano. Para el autor, sin embargo, aunque la subordinación sea importante, no tiene la condición de restar relevancia a la personalidad jurídica. Cuanto menos cualificado sea el trabajo y menor la confianza, mayor será la subordinación. Al contrario, cuanto mayor es la confianza, será menor, como consecuencia de la elevada confianza, pero sin eliminar el elemento de subordinación.<sup>415</sup>

Sin embargo, para Barata Silva, la subordinación es esencialmente voluntaria y depende del consentimiento del empleado. Tal subordinación se produce en el momento de la celebración del contrato, frente al empleador que es quien detenta el poder de mando y organiza los factores de producción. *“Por esa razón que se dice que la subordinación es jurídica. Es un status al que voluntariamente se somete el empleado”*.<sup>416</sup>

Como podemos ver hasta ahora, incluso de forma superficial, la subordinación no es sólo una vinculación voluntaria por parte del empleado que está sujeto a las órdenes del empleador. Es más que eso. No referimos, pues al hecho de que este trabajador esté ligado también a la estructura productiva del empleador, prestando por tanto servicios de forma permanente, sin los cuales la empresa no alcanzaría las finalidades que se ha fijado.

Para Carmen Camino, la subordinación jurídica, en el ordenamiento brasileño, se vincula a la no-eventualidad. Sostiene que la subordinación jerárquica para ella es consecuencia del trabajo no-eventual; es decir, cada vez que el prestador de empleo trabaja vinculado a una actividad-fin de la empresa, lo hace, necesariamente, de forma subordinada frente al tomador de los servicios.<sup>417</sup>

Subraya que la cuestión de la no eventualidad, elemento característico de la relación de trabajo, se refiere al hecho de que el trabajador esté vinculado con la actividad-fin de la empresa, de donde deriva la subordinación jurídica.<sup>418</sup>

En relación a la no-eventualidad, hay quienes defienden, en Brasil, que el concepto no se refiere al hecho de que el trabajador esté vinculado a la actividad-fin de la empresa. Para éstos, entre ellos Sérgio Pinto Martins, la no eventualidad está ligada a la continuidad en la prestación de los servicios. El autor no comparte la teoría expuesta en el párrafo anterior y apunta, que trabaja de forma no-

<sup>414</sup> GENRO, Tarso Fernando, *Direito individual do trabalho (...)*, cit., p. 99.

<sup>415</sup> BARATA SILVA, Carlos Alberto, *Compêndio de direito do trabalho: parte geral e contrato individual de trabalho*, São Paulo: LTr, 1976, p. 158.

<sup>416</sup> BARATA SILVA, Carlos Alberto, *Compêndio de direito do trabalho (...)*, cit., p. 159.

<sup>417</sup> CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, Porto Alegre: Síntese Editora, 1999, p. 82/83.

<sup>418</sup> CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, cit., p. 82/83.

eventual la persona que lo hace de forma continua. Reconoce, sin embargo, una cierta división en la doctrina brasileña.<sup>419</sup>

Antes de volver al tema de la subordinación, recordamos que más adelante analizaremos este tema de la no-eventualidad y subordinación. Sin embargo, parece que la no eventualidad está ligada a la continuidad en la prestación de trabajo. Se refiere a los trabajos necesarios, independientemente de que el trabajador preste o no un servicio relacionado con el objeto social de la empresa. Una vez que presta servicios, que no sean de naturaleza civil, pero permanentes y necesarios, estará relacionado con el empleo, objeto de ese estudio, continuo y oneroso

Para el chileno Francisco Walker Errázuriz, “*la subordinación o dependencia surge del hecho de que alguien trabaje para otro. Esta simple circunstancia tipifica al contrato de trabajo y lo diferencia de otros contratos*”. El vínculo, según el autor, podría resumirse en la sencilla idea de someterse a otros, que puede ser una persona natural o un gran conglomerado de empresas. Lo que caracteriza a la subordinación es el hecho de que el trabajador forme parte de una organización, por simple que sea, y realice las tareas determinadas por la otra persona y dependa, el prestador, económicamente del tomador.<sup>420</sup>

Afirma que la jurisprudencia administrativa, analizando la situación que implica la licitación de transporte público y la relación de las empresas ganadoras y sus empleados, define como empleadores a los conductores de vehículos, a las empresas cada vez que reciben y utilizan los servicios personales de estos profesionales, de los cuales obtienen beneficios y logran sus objetivos sociales<sup>421</sup>. Combinando, por tanto, los conceptos de la doctrina y de la jurisprudencia, tenemos una definición muy cercana a la que se ofrece hoy en día.

António Monteiro Fernandes, autor portugués, afirma que la subordinación jurídica es una relación de “*dependencia necesaria de la conducta personal del trabajador en la ejecución del contrato pese a las órdenes, reglas u orientaciones dictadas por el empleador, dentro de los límites del mismo contrato y de las normas que lo rigen*”. En una nota a pie de página, haciendo referencia a la doctrina alemana, apunta que el elemento personal de la subordinación está relacionado con una “*dependencia personal*”, aunque estos mismos alemanes no hagan una distinción segura entre el trabajo autónomo y el subordinado.<sup>422</sup>

Para este autor, la subordinación puede no manifestarse en determinados casos, no dejando, sin embargo, que haya efectivamente un trabajo subordinado. A menudo, la relación fáctica aparenta una cierta autonomía, aunque exista una

<sup>419</sup> PINTO MARTINS, Sérgio, *Direito do trabalho*, São Paulo: Atlas, 23ª ed., 2007, p. 93.

<sup>420</sup> WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, Santiago: Editorial Universitária, 2003, p. 263.

<sup>421</sup> WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales (...)*, cit., p. 264.

<sup>422</sup> MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos, *Direito do trabalho*, Coimbra: Almedina, 13ª ed., 2006, p. 136.

verdadera subordinación jurídica. Cuanto más se avanza en la sofisticación y diferenciación de las calificaciones profesionales, menor es la apariencia de la subordinación. El autor hace referencia a una decisión judicial de 1943, cuando los magistrados sostienen que existe una subordinación jurídica del empleado con el empleador, cuando éste tiene derecho de dar órdenes, dirigir o supervisar los servicios prestados, no exigiendo, sin embargo, que lo hagan de forma permanente.<sup>423</sup>

En palabras de Monteiro Fernandes, citando a Mazzoni:

“En la medida en que el trabajo sea más refinado y asuma un carácter intelectual, más difícil será establecer una clara diferenciación, porque la subordinación tiende a suavizarse cada vez más, en la relación de trabajo subordinado, aproximándose a aquella genética de supervisión, por parte del empleador, que se encuentra también en una relación de trabajo autónomo y que corresponde a un derecho del empleador”.<sup>424</sup>

Incluso sin la dependencia económica o técnica, puede haber subordinación. Un médico, ejemplo utilizado por Monteiro Fernandes, que trabaja como contratado por parte de un hospital, como trabajador empleado, puede, por tener también una consultoría privada, no depender económicamente de su empleador.<sup>425</sup> Del mismo modo, los grandes ingenieros. Éstos, en muchos casos, técnicamente no son dependientes de sus empleadores, aunque haya, sin lugar a dudas, una subordinación jurídica.

En cuanto a la dependencia económica como elemento principal de la relación de empleo, Ribeiro de Vilhena, aunque no esté de acuerdo con eso, apunta que hay un autor de la escuela francesa, D’Ollier, para quien la subordinación económica tiene un carácter de relevancia, enunciando la subordinación jurídica como símbolo de la subordinación económica.<sup>426</sup> Nos limitamos a dejar constancia de ello, aunque no se pueda aceptar esta tesis por los motivos aducidos en el párrafo anterior.

La subordinación jurídica, por tanto, no es lo mismo que la dependencia técnica o económica. La subordinación jurídica da lugar a que el trabajador actúe en el seno de una organización productiva ajena – medios de producción de propiedad de los demás – dirigida a la obtención de sus fines en provecho ajeno, quedando sometido a las reglas que expresan el poder empresarial, derivado de su posición en las relaciones de producción.<sup>427</sup>

<sup>423</sup> MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos, *Direito do trabalho*, cit., p. 137.

<sup>424</sup> MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos, *ibidem*.

<sup>425</sup> MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos, *Direito do trabalho*, cit., p. 138/139.

<sup>426</sup> RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, *Relação de emprego (...)*, cit., p. 224

<sup>427</sup> MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos, *Direito do trabalho*, cit., p. 139.

Efectivamente, como ya dicho anteriormente, a diferencia de lo que apunta parte de la doctrina brasileña, se puede distinguir o clasificar el concepto de no-eventualidad, definiéndolo como trabajo vinculado a la actividad-fin del empleador, más que por el hecho de que el mismo trabajador esté integrado en la empresa capitalista, que depende de él para la ejecución de sus actividades. La persona que presta servicios en un cuadro permanente de la empresa, pero no como trabajador autónomo o socio, tendrá una relación de empleo, de donde se deduce la subordinación.

El deber de obediencia del trabajador, y de ahí se deduce también la subordinación, el estar subordinado, tiene límites. En el caso portugués, por ejemplo, el artículo 121º/1-d de la *Lei do Contrato de Trabalho*, establece los límites a la sujeción del trabajador al estar subordinado. Esta disposición lo autoriza a la legítima desobediencia, lo que “*implica la idea de que hay una área demarcada de subordinación y de que el poder patronal tiene límites fijados por la propia ley y por los instrumentos normativos de grado inferior*”. Eso significa que el trabajador estará en los límites y tan sólo en los límites del contrato de empleo, además de la reglamentación colectiva.<sup>428</sup>

El caso español y brasileño, no son diferentes. La subordinación también tiene sus límites. Y estos límites incluyen, además del contrato y de la norma jurídica, la negociación colectiva, como sucede en Portugal. Ello se explica también por qué la subordinación es un estado de sujeción al poder de terceros y de ella resulta el contrato de empleo, de donde se origina la “*plusvalía*” y la alienación, institutos éstos que deben considerarse de forma restrictiva, interpretados siempre en provecho de quien preste el trabajo

Más adelante, en la obra de Monteiro Fernandes, apunta, como ya hemos mencionado anteriormente, y que aquí reforzamos, que la subordinación consiste, además de en la sujeción a las órdenes, vinculación al horario, modo de prestación del trabajo, en el hecho de que el trabajador esté integrado en la organización técnico-laboral predispuesta y regida por una tercera persona, que detenta los medios de producción y que remunera por el trabajo prestado.<sup>429</sup>

El autor complementa, en la nota a pie de pagina, que en el caso de Gran Bretaña, en el sistema de la “*common law*”, el criterio dominante para la identificación del contrato de empleo, hoy en día parece ser el *indiciário* o el múltiple. Este criterio surgió por las dificultades de aplicación del criterio de la subordinación o del control. El autor toma nota del avance reciente de otra propuesta, que es la existencia o no de la incorporación de la organización técnico-laboral ajena en la empresa.<sup>430</sup>

---

<sup>428</sup> MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos, *Direito do trabalho*, cit., p. 140.

<sup>429</sup> MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos, *Direito do trabalho*, cit., p. 148.

<sup>430</sup> MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos, *ibidem*.

Jorge Luiz Souto Mayor apunta que no es de hoy que la doctrina viene ampliando el concepto de subordinación desde hace tiempo. La subordinación es algo dinámico, puesto que no pierde el contacto con la realidad. Citando a Ribeiro de Vilhena, el autor afirma que el concepto de subordinación debe elaborarse de forma objetiva y ser fijado así.<sup>431</sup>

El autor brasileño explica que para Maurício Godinho Delgado la subordinación se pauta a través de la inserción estructural del trabajador en la dinámica del tomador de los servicios. Es estructural la subordinación que se manifiesta por la inclusión del prestador de trabajo en la dinámica del tomador de los servicios, independientemente del hecho de que reciban o no las órdenes directas, siempre que esté estructuralmente vinculado al tomador de los servicios.<sup>432</sup>

Souto Mayor afirma que la no-eventualidad, ligada a la subordinación no exige la prestación de servicios diarios. La continuidad se refiere a algo habitual, “*algo que se repite en el tiempo y que genera la previsión de la conducta*”. Será empleado, por tanto, quien preste servicios, incluso una vez por semana, pero en un día determinado, recibiendo, además de las órdenes, el pago del salario.<sup>433</sup>

La subordinación no consiste sólo en recibir órdenes de otros. No se restringe ni siquiera al hecho de que el trabajador preste trabajo ligado a la actividad-fin de la empresa, de donde deriva la subordinación. El concepto es más amplio.

Ribeiro de Vilhena afirma que en el contrato de trabajo, el objeto de la prestación es la función que ejercerá el trabajador, la tarea que será su competencia y que integrará el marco total del tomador del trabajo. Toda la tarea que compone la dinámica de la empresa, ya sea realizada por un director, por un operador de máquina o por un encargado, formará parte de la dinámica general de la empresa, en su proceso productivo o de suministro de bienes y servicios.<sup>434</sup>

Ribeiro de Vilhena sustenta:

“En el contrato de trabajo, el objetivo de la prestación es la función que debe de ejercer el empleado, es decir, la tarea que debe ejecutar y que se integrará o que se incorporará en el marco total de la empresa en movimiento. O mejor, esa tarea, como la tarea entregada por otro trabajador, como el desempeño de una máquina o la actividad de un encargado, de un director, integrará la dinámica general de la empresa, en su proceso productivo o de suministro de bienes y servicios. El encuentro de energías, la del trabajador y la de los demás elementos componentes de la empresa en su dinámica, así como la garantía de

<sup>431</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto, *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*, Volume II, São Paulo: LTr, 2008, p. 51/52.

<sup>432</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto, *Curso de direito do trabalho (...)*, cit., p. 52.

<sup>433</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto, *Curso de direito do trabalho (...)*, cit., p. 53/54.

<sup>434</sup> RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, *Relação de emprego (...)*, cit., p. 227.

ese encuentro forman el punto de intersección entre el mundo libre, de la *actividad incondicionada, autónoma*, y el mundo de la *subordinación*, de la *actividad vinculada y/o esperada*, que garantiza el funcionamiento regular y continuo de una empresa”.<sup>435</sup>

Lo que se debe suprimir del concepto “*anterior*” es que la subordinación no es necesariamente técnica. La actividad técnica de los trabajadores debería formar parte de la rotación de la empresa, de la estructura de la empresa para que alcance sus fines. La actividad del prestador se convierte en actividad de la empresa, para que ésta pueda lograr los resultados deseados. Lo que anhela el agente subordinante no es el hombre trabajador, sino el trabajo prestado por este hombre, la energía que deriva del mismo, modificando la naturaleza, es decir, produciendo. Es la actividad del trabajador la que se integra en la empresa y no la persona del trabajador.<sup>436</sup>

Ribeiro de Vilhena defiende que la “*sustancia de la relación de trabajo, como el objetivo al que se dirige el empleador, es la ‘actividad’, y ésta debe ser personal*”. Lo que vincula al empleado con el empleador es la actividad del prestador de trabajo y que acaba por caracterizar la relación de empleo. Solamente la actividad autorizará la intervención del tomador del trabajo, así como la ejecución de determinadas tareas. Es la subordinación, por tanto, la participación integrativa de la actividad del trabajador en la actividad del tomador del trabajo.<sup>437</sup>

Lorena Vasconcelos Porto expone que, según las enseñanzas de Fayol, la dirección de la empresa se articula en acciones complejas que se clasifican en previsión, organización, mando, coordinación y control, de donde se puede concluir que el poder directivo no se limita sólo al mando y al control, revelándose también en la coordinación y en la organización. Existiendo la prestación de trabajo de forma personal a una empresa, con la cual cuenta el empleador, existe también el poder directivo sobre este trabajador, puesto que su prestación integra, de forma necesaria y continua, la actividad general de la empresa. “*En efecto, el empleador cuenta con su continuidad y regularidad para la consecución de los fines empresariales*”.<sup>438</sup>

Para Lorena Vasconcelos:

“(…) el ejercicio del poder directivo se revela también de manera objetiva cuando el empleador cuenta permanentemente con el trabajo del individuo que participa en las actividades de la empresa. Esa disponibilidad es jurídica, es decir, aunque el trabajador no esté de hecho prestando servicios o ejecutando las directrices del empleador, él las aguarda (como prevé expresamente el art. 40º de la CLT), o, objetivamente, sabe cuándo, cómo y dónde ejecutar las tareas que

<sup>435</sup> RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, *ibidem*.

<sup>436</sup> RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, *Relação de emprego (...)*, cit., p. 228/229.

<sup>437</sup> RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, *Relação de emprego (...)*, cit., p. 230/232.

<sup>438</sup> VASCONCELOS PORTO, Lorena, *A relação de emprego e a subordinação (...)*, cit., p. 823.

desarrolla en la empresa o para la misma. La dirección del empresario es excluida caso haya inobservancia, es decir, si la prestación laboral del trabajador no se integra o no participa, en términos de previsión, en la actividad empresarial; debe haber, por tanto, un mínimo de integración de la actividad personal en esta última”.<sup>439</sup>

La autora continúa afirmando que es por eso que la visión tradicional de subordinación como control o subjetiva no es suficiente, debiendo ser sustituida por la de subordinación-integración u objetiva. Las actividades desempeñadas por el trabajador, por tanto, se incorporan a la actividad del empresario, componiendo la dinámica general del tomador del trabajo en su proceso productivo o de suministro de bienes y servicios. La actividad del trabajador, por tanto, es “*crucial para la consecución de los objetivos de la empresa, sean económicos, técnicos, operacionales o administrativos*”.<sup>440</sup>

Para el jurista Reginado Melhado, la subordinación no es un elemento de la relación de empleo, sino un resultado de la relación social que encuentra su singularidad en el contrato de empleo. Para él, en base a Oscar Correas, la subordinación es consecuencia de la relación de empleo y no causa o sustancia. El empleado vende su fuerza de trabajo al capitalista como mercancía, a través de un contrato típico de compra y venta, de la misma forma que se vende cualquier otra cosa, con la peculiaridad de que no se separe de la mercancía que vende. El empleado permanece en un estado de sometimiento, puesto que no puede separarse de la mercancía vendida en el momento en que el tomador del trabajo hace uso de esta mercancía. Es necesario que siga los consejos (órdenes) de quien compra la mercancía. “*Eso es subordinación: una consecuencia del acto de compra y venta de la fuerza de trabajo*”.<sup>441</sup>

Seguidamente Melhado apunta que:

“La subordinación es así la forma como el trabajador materializa el módulo, la dirección y el sentido de que su capacidad de trabajo debe ser dotada – de acuerdo con la voluntad de aquél que la compró – como fuerza capaz de influir sobre los factores del sistema de producción. Si se analiza desde su aspecto más elemental, como si fuera analizada con las lentes del microscopio, la subordinación se presenta, bajo forma de un efecto mecánico, como una consecuencia estructural y necesaria derivada de la naturaleza del contrato de compra y venta de la capacidad del trabajador.

(...)

Por analogía, la relación de trabajo subordinado deriva de la localización de una sustancia aparentemente distinta de aquella forma con que se presenta a nuestros ojos originariamente: en su esencia más elemental, es sólo un intercambio de capacidad de trabajo por dinero”.<sup>442</sup>

<sup>439</sup> VASCONCELOS PORTO, Lorena, *ibidem*.

<sup>440</sup> VASCONCELOS PORTO, Lorena, *A relação de emprego e a subordinação (...)*, cit., p. 824.

<sup>441</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 90/1.

<sup>442</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 166.

Un empleado subordinado será, por tanto, aquél trabajador obligado por un contrato a prestar servicios por cuenta ajena, de forma continua y con previsibilidad de conducta, independientemente del número de días de trabajo prestado, siempre que a este trabajador se le quite o se elimine la “*plusvalía*”. El hecho de trabajar ligado a la actividad-medio o actividad-fin del tomador del trabajo, no influye en cuanto a la subordinación. Se presume, cuando se constata que a aquél trabajador se le quita la “*plusvalía*”<sup>443</sup>, después del trabajo prestado de forma previsible<sup>444</sup>, continua y permanente<sup>445</sup>, de donde depende el tomador de los servicios, aun que sea de forma indirecta, la consecución de sus fines y objetivos. Este concepto, queda lejos de los contratos de naturaleza civil típicos, elaborados y ejecutados de forma lícita, comprometiéndose el prestador con el resultado y no con el trabajo.

Este concepto supera parcialmente al de una parte de la doctrina brasileña a la que ya hemos hecho referencia, que apunta que es trabajador subordinado, además de la persona que recibe órdenes directas del tomador, aquél que presta trabajo ligado a la actividad-fin de la empresa. También es relevante la cuestión de la subordinación estructural, que defiende que será empleado subordinado el trabajador ligado a la dinámica del tomador de trabajo, independientemente de recibir o no órdenes de su tomador.

Por estar el prestador de trabajo subordinado a la actividad del tomador, deberá ser considerado acreedor, de forma directa, de éste. Que el producto es el resultado de la actividad es lo que garantiza al final de cada mes, el pago del salario. No hay forma de romper esta lógica, salvo en situaciones expresamente previstas por la ley y de interpretación restrictiva (ya que son excepción). No se puede, -será objeto de análisis más adelante,- aceptar y considerar lícita, en el caso brasileño, la subcontratación, conocida como tercerización.

### 3.3 Subordinación y no-eventualidad (continuidad)

Este apartado se refiere a la relación entre la subordinación y la no-eventualidad, elemento característico de la relación de empleo en el derecho brasileño, tal como establece el artículo 3º de la *Consolidação das Leis do Trabalho*<sup>446</sup>.

<sup>443</sup> MARTINS CATHARINO, José, *Compêndio de direito do trabalho*, cit., p. 205. El autor confirma en parte la tesis indicada en el párrafo anterior cuando afirma que “en el régimen capitalista, el dominio de los medios de producción explica la posición subordinante del empleador (...)”.

<sup>444</sup> RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, *Relação de emprego (...)*, cit., p. 187. El autor hace referencia expresa a las expectativas con el elemento que hace que el trabajo sea permanente y necesario en la empresa, independientemente del tiempo de duración de la prestación de servicios.

<sup>445</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 6º ed., 2007, p. 297. El autor plantea, como se afirma en el texto, que “(...) si la prestación es discontinua, pero permanente, ya no es posible la eventualidad”, caracterizándose, por tanto, la no-eventualidad de dónde se presume la subordinación y la relación de empleo.

<sup>446</sup> Art. 3º - Se considera empleado toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo la dependencia de éste y mediante salario.

Una vez comprobada la no-eventualidad, se presume, de forma absoluta, la subordinación, la sujeción a las órdenes. Esta relación jurídica podrá, en conformidad con el artículo 3º de la CLT, de empleo, protegerse por la legislación laboral brasileña.

Lo que se pretende, por tanto, es establecer la relación entre los dos institutos de la no-eventualidad y de la subordinación, con el fin de no confundirlos.

Posible es lo que resulta meramente ocasional, esporádico. Para que se caracterice la relación de empleo, el trabajo debe ser habitual. Debe haber, por tanto, un propósito de permanencia incluso cuando se ejecutan los servicios, aunque esta idea no sea absoluta, y se produzca durante un breve período de tiempo. El trabajo ocasional no genera el vínculo de empleo. Pero el permanente sí.<sup>447</sup>

La eventualidad, para el derecho laboral, no corresponde a la intermitencia de la prestación del trabajo. En el caso de que el trabajo sea discontinuo, pero permanente, habrá un vínculo de empleo, por tratarse de trabajo no-eventual. Trabajo eventual es aquél “*intrínsecamente transitorio*”.<sup>448</sup>

Para una parte de la doctrina, la no-eventualidad está relacionada con la actividad de los prestadores de trabajo, ligada al fin de la empresa. Para éstos, eventual sería el trabajo realizado en tareas no-ligadas con el fin pretendido por la empresa. El problema es saber lo que es actividad-medio y lo que es actividad-fin en la esfera empresarial. Toda la actividad desempeñada por la empresa es fin, puesto que deriva de ella el riesgo del negocio, como establece el artículo 2º de la CLT.<sup>449</sup>

En España no existe esta diferenciación. El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores establece que no es posible la subcontratación, independientemente de la rama de actividad de la empresa, y de la naturaleza de los servicios prestados<sup>450</sup>, haciendo, sin embargo, distinción en cuanto a la forma de responsabilización, siendo solidaria para los casos de tercerización de la “*propia actividad*” de la empresa tomadora.

---

<sup>447</sup> GARCIA SCHWARZ, Rodrigo, *Direito do trabalho*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2ª ed., 2009, p. 26/27.

<sup>448</sup> GARCIA SCHWARZ, Rodrigo, *Direito do trabalho*, cit., p. 27.

<sup>449</sup> GARCIA SCHWARZ, Rodrigo. *ibidem*.

<sup>450</sup> **Artículo 42.** Subcontratación de obras y servicios. 1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

La norma jurídica española, en comparación con la jurisprudencia brasileña citada anteriormente, *Súmula* 331 del TST, sólo demuestra que es demasiado difícil definir la actividad-medio y la actividad-fin. El concepto de la no-eventualidad, por tanto, previsto en la ley brasileña, no es más que un servicio permanente, no necesariamente continuo, sino que depende de la empresa para la ejecución de sus tareas.

Rodrigo Garcia Schuwarz apunta que:

“La idea de que la no-eventualidad está relacionada con el propósito de permanencia en la ejecución de los servicios, aunque esa idea de permanencia no sea absoluta, fijándose durante un breve período determinado, sólo cuando es eventual el trabajo el trabajo ocasional, o esporádico. El objeto del Derecho del Trabajo es la situación fáctico-jurídica continua que corresponde a una actividad prestada por cuenta ajena y de forma subordinada. Se exige, así, el elemento de la no-eventualidad más en cuanto al vínculo que en cuanto a las prestaciones”.<sup>451</sup>

Por tanto, puede entenderse que no-eventual es el trabajo prestado de forma permanente, ligado a la actividad de la empresa, independientemente de haber o no continuidad. De ahí se deduce la subordinación jurídica, elemento principal para la fijación de la relación laboral, siendo necesariamente el empleado quien debe prestar trabajo a otros de forma permanente, integrándose en el proceso productivo del tomador del trabajo.

Carmen Camino confirma la tesis expresada en el párrafo anterior en cuanto al hecho de que la no-eventualidad derive de la subordinación. La “*no-eventualidad y la subordinación se entrelazan*”. Y, además, “*es perfectamente posible asociar el estado subordinado del empleado a la no-eventualidad de los servicios por el mismo prestados, porque la regla es que esos dos atributos vayan siempre juntos*”. La subordinación es, por tanto, la consecuencia natural de la no-eventualidad de los servicios prestados por el empleado.<sup>452</sup>

### 3.4 Subordinación estructural

Como hemos visto en uno de los párrafos anteriores, para una parte de la doctrina, la subordinación no se refiere sólo al hecho de que el trabajador reciba o no órdenes del empleador. También se trata de que será subordinado el trabajador que presta servicios, ligado a la actividad-fin de la empresa. Para algunos, con mayor relieve en Brasil, entre estos Maurício Godinho Delgado, la subordinación se presenta de forma estructural, es decir, cuando el trabajador presta trabajo dentro de la dinámica de la empresa, independientemente de recibir o no órdenes directas o indirectas.

<sup>451</sup> GARCIA SCHWARZ, Rodrigo, *Direito do trabalho*, cit., p. 28.

<sup>452</sup> CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, Porto Alegre: Síntese Editora, 4ª ed., 2004, p. 189.

Godinho Delgado comienza refiriéndose a la subordinación como un elemento más importante en la formación de la relación de trabajo. Es el principal elemento que diferencia el trabajo autónomo del vínculo de empleo.<sup>453</sup>

Antes de entrar en el tema de la subordinación estructural, es interesante poner de manifiesto lo que apunta Godinho Delgado con respecto a la subordinación. Para él la subordinación corresponde al:

“Polo antitético y combinado del poder de dirección existente en el contexto de la relación de empleo. Consiste, así, en la situación jurídica derivada del contrato de trabajo, por la cual el empleado se compromete a acoger el poder de dirección empresarial en el modo de realización de su prestación de servicios. Se traduce, en suma, en la ‘situación en la que se encuentra el trabajador, consecuencia de la limitación contractual de la autonomía de su voluntad, con el fin de transferir al empleador el poder de dirección sobre la actividad que desempeñará’”.<sup>454</sup>

La subordinación se percibe bajo una óptica objetiva y no subjetiva. Actúa sobre el modo de prestación del trabajo y no sobre la persona de quien trabaje. Bajo la óptica subjetiva jamás se captaría un trabajo subordinado prestado por altos empleados. El trabajador recibe la dirección del tomador de los servicios, así como de la prestación de trabajo, dando relieve, por tanto, al objetivo de la subordinación.<sup>455</sup>

Sobre la subordinación estructural, también llamada integrativa o reticular, resulta interesante la sentencia del *Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, Minas Gerais*. En la sentencia, el relator apunta que ya no hay necesidad de órdenes directas por parte del tomador de los servicios. Basta que ordene la producción, por lo que puede concluirse que el trabajador se subordina a la estructura productiva del tomador, independientemente de la actividad desempeñada.<sup>456</sup>

En el sumario de la sentencia consta lo que sigue:

“SUMARIO: 'SUBORDINACIÓN RETICULAR' - TERCEIRIZAÇÃO - EXTERNALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES ESENCIALES - RED - VÍNCULO DE EMPLEO CON BANCO - 1. La nueva organización productiva concibió la red que se extiende mediante un proceso aparentemente paradójico, de expansión y fragmentación que, a su vez, tiene la necesidad de desarrollar una nueva forma correlativa de subordinación: la 'reticular'. 2. El poder de organización de los factores de la producción es, sobre todo, poder, e incluso poder de trabajo de ordenación del factor-trabajo. Y a todo poder corresponde una antítesis

<sup>453</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 302.

<sup>454</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *ibidem*. Texto de la cita entre comillas por Amauri Mascaro Nascimento, citado en la nota a pie de página en la obra de Delgado.

<sup>455</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 303.

<sup>456</sup> Proceso: 01251-2007-110-03-00-5 RO - Fecha de Publicación: 11/04/2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Juiz Relator: Juiz Convocado Jose Eduardo de RC Junior. En: [www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br) - acceso el 20 de junio de 2008, a las 12h32min.

necesaria de subordinación, ya que no existe poder, en cuanto tal, sin una contrapartida de sujeción. De ahí que sea una consecuencia lógica concluir que el poder de trabajo de la iniciativa financiera subsiste, aunque aparentemente obstaculizado por la interposición de empresa prestadora de servicio. La primacía de la realidad productiva contemporánea debe reconocer la latencia y el aplazamiento de subordinación directa”.<sup>457</sup>

Más adelante, el ponente hace referencia expresa a Godinho Delgado y apunta, que la *“subordinación estructural es ‘la que se manifiesta por la inserción del trabajador en la dinámica del tomador de sus servicios, independientemente de recibir (o no) sus órdenes directas, sino acogiendo, estructuralmente, su dinámica de organización y funcionamiento’ ”*.<sup>458</sup>

Y termina el ponente, también, con Godinho Delgado:

“Y sigue el eminente Profesor precisando ese nuevo concepto de relación de trabajo, subrayando que la ‘subordinación estructural supera las dificultades de elaboración de situaciones fácticas que el concepto clásico de subordinación ha demostrado, dificultades que se agravan, especialmente, a causa del fenómeno contemporáneo de la tercerización laboral. En esta medida se prevé no sólo ampliar el alcance de los efectos del Derecho del Trabajo, sino también conferir una respuesta normativa eficaz a algunos de sus más recientes instrumentos de desestabilización - concretamente la tercerización’ ”.<sup>459</sup>

Lo que debe quedar claro es que la adaptación del concepto de subordinación, intentando no perder su base, para adaptar mejor este tipo jurídico-legal a las características actuales del mercado de trabajo, *“atenúa el enfoque sobre el mando empresarial directo, haciendo hincapié, como punto de énfasis, en la inclusión estructural del trabajador en la dinámica del tomador de sus servicios”*.<sup>460</sup>

Por tanto, estructura es la subordinación que se manifiesta *“por la inserción del trabajador en la ‘dinámica’ del tomador de sus servicios, independientemente de recibir (o no) sus órdenes directas, ‘sino acogiendo, estructuralmente, su dinámica de organización y funcionamiento’ ”*<sup>461</sup>, como ya hemos apuntado.

<sup>457</sup> Proceso: 01251-2007-110-03-00-5 RO - Fecha de Publicación: 11/04/2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Juiz Relator: Juiz Convocado Jose Eduardo de RC Junior. En: [www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br) - acceso el 20 de junho de 2008, a las 12h32min.

<sup>458</sup> Proceso: 01251-2007-110-03-00-5 RO - Fecha de Publicación: 11/04/2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Juiz Relator: Juiz Convocado Jose Eduardo de RC Junior. En: [www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br) - acceso el 20 de junho de 2008, a las 12h32min.

<sup>459</sup> Proceso: 01251-2007-110-03-00-5 RO - Fecha de Publicación: 11/04/2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Juiz Relator: Juiz Convocado Jose Eduardo de RC Junior. En: [www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br) - acceso el 20 de junho de 2008, a las 12h32min.

<sup>460</sup> GODINHO DELGADO, Mauricio, “Direitos fundamentais na relação de trabalho”, cit., p. 667.

<sup>461</sup> GODINHO DELGADO, Mauricio, “Direitos fundamentais na relação de trabalho”, cit., p. 667.

Conviene hacer referencia a Engels, citado por Reginaldo Melhado. Para el filósofo, compañero intelectual de Marx, no se puede concebir la organización empresarial sin la autoridad, de donde deriva la subordinación. Las actividades en una gran industria deben ser coordinadas y unas se subordinan a otras. Unos ponen las máquinas en movimiento, algunos hacen cálculos, otros se dedican a la planificación, sin olvidarnos de los encargados de la logística y del mantenimiento y de la limpieza. Si todas estas personas no se someten a una cierta subordinación, habrá un caos absoluto.<sup>462</sup>

De ahí se deduce, también, la existencia de la subordinación entre las actividades de la empresa, que genera, por supuesto, una subordinación estructural del prestador de los servicios a la rotación empresarial, puesto que las actividades son realizadas por estos trabajadores, que dependen, de su patrón, para la ejecución de las tareas de forma ordenada y para que puedan realizar las propias.

El trabajador que presta trabajo, incluso sin que reciba órdenes directas, se vincula a la dinámica del tomador de los servicios, y lo hace de forma subordinada, siendo, por tanto, un empleado. Este trabajador “*acoge*” la dinámica funcional y estructural de la empresa, pasando a formar parte de su “*contexto total*”. De empleado, el tomador coge parte de su lucro. Compra este trabajo por un precio más bien bajo con respecto a lo que vende (“*plusvalía*”), puesto que este prestador no es más que una parte de la estructura formada por el tomador y que se proyecta, mediante un contrato civil, a sus clientes.

Seguidamente analizaremos la subordinación en el modo de producción capitalista. Tomaremos como principal referencia a Marx.

### 3.5 Subordinación y capitalismo

El trabajo subordinado y libre ya existía en Roma y continuó existiendo incluso en la Edad Media. Lo que diferencia el trabajo subordinado de hoy del entonces, es que el modo de producción capitalista se centra en el trabajo subordinado, lo que no sucedía en Roma, cuya base era el trabajo esclavo, o en la Edad Media, que se basaba en la relación entre soberano y vasallo, vinculado a la tierra (al feudo). Por tanto, la economía actual depende, como ninguna otra en la historia, del trabajo subordinado. Éste forma parte de su columna vertebral. Una vez que se rompe esta lógica, se pone en riesgo todo el modo de producción.<sup>463</sup>

El final de la esclavitud interesa especialmente al capital. El capitalista no tiene porqué sustentar al trabajador, le basta con comprar su fuerza de trabajo, obligándole sólo a los cometidos secundarios tales como de la supervivencia material del esclavo y de su familia. La superación del trabajo servil y esclavo y el triunfo del trabajo libre y contractual, es el resultado de la lógica capitalista y

<sup>462</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 13/14.

<sup>463</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 107 e 120.

concluye en su totalidad sus necesidades de coste de producción y precio del trabajo.<sup>464</sup>

Para De Ferrari, la situación de dependencia que establece el contrato de empleo, que da el poder de una persona sobre a otra, supuso cierto grado de desmoralización para el trabajador. No es precisamente una persona subordinada a otra, porque el concepto que apunta a la dependencia o a la sujeción al poder de terceros deriva de la norma legal correspondiente. No se puede, por tanto, hablar de poder sobre otra persona, ya que eso podría herir la dignidad humana y molestar al trabajador.<sup>465</sup>

Para De Ferrari, también, lo que el contrato de empleo concede es la posibilidad de dirigir una actividad ajena para lograr un determinado efecto, en un plano estrictamente profesional, lo que no crea un estado de subordinación o supone una lesión para el trabajador.<sup>466</sup>

A diferencia de lo defendido por Ferrari, el hecho de que el trabajador esté subordinado no lo hace efectivamente esclavo. Hay límites, indudablemente, para la sujeción a las órdenes del empleador. Los límites del pacto laboral derivan no sólo del contrato de empleo, sino especialmente de las constituciones, de las leyes y de los convenios colectivos. La sujeción a las órdenes de terceros, la subordinación en su aspecto clásico, dio lugar a la toma de la conciencia de clase.

De Ferrari, sin embargo, más adelante, afirma que la situación de subordinación jurídica no debe desmoralizar al trabajador ni tampoco afectar a su dignidad.<sup>467</sup>

La situación de subordinación no afecta sólo al trabajador. Por el contrario, le ayuda a entender quien es. Los límites de la ejecución normal del contrato, ayuda a que sea, cada día, consciente de su realidad material, y busque la emancipación económica y social.<sup>468</sup>

Seguidamente analizaremos el concepto de subordinación, es decir, la subordinación en el modo de producción capitalista de forma más detallada y específica.

### 3.5.1 – Breves consideraciones sobre el trabajo en Locke, Smith y Riccardo

Para John Locke, Dios le dio al hombre la tierra para que hiciera el mejor uso posible. Esto requiere la propiedad de los frutos de la tierra y la propia tierra, en un

<sup>464</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 122/123.

<sup>465</sup> DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabajo*, cit., p. 364.

<sup>466</sup> DE FERRARI, Francisco, *ibidem*.

<sup>467</sup> DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabajo*, cit., p. 110, nota a pie de pagina.

<sup>468</sup> Este párrafo, de hecho, pone de manifiesto una situación ideal. Los aparatos ideológicos de Estado y de la ideología, presente en la superestructura no permiten o dificultan que el trabajador tenga total conciencia de su papel e importancia dentro de la sociedad capitalista.

ámbito individual. Esa apropiación se basa en el trabajo del hombre y está limitada por la capacidad que este hombre tiene que consumir. El hombre, como propiedad, puede tener todo lo que pueda cultivar con su fuerza y consumir.<sup>469</sup>

Cada hombre en estado natural tiene la propiedad de su persona. El trabajo de cada hombre y los frutos de este trabajo pertenecen a este hombre y ninguno otro tiene derecho a lo que logra el trabajador fruto de su trabajo. El hombre, por tanto, en el estado natural, no necesita ningún consentimiento para ser el legítimo propietario de lo que cogió o del fruto de su trabajo. Si así fuera, moriría de hambre hasta lograr el consentimiento de los demás. Esta propiedad está, por tanto, dentro de la condición del ser humano. Por este trabajo el hombre saca la cosa de la naturaleza, del poder de todos, y la convierte en propiedad.<sup>470</sup>

La ley que da acceso a la propiedad (ley natural) da acceso también a la limitación de la propiedad, puesto que impide el robo de lo que no se debe coger o de lo trabajado. La extensión de tierras que cada uno tiene o puede llegar a tener se adquiere así como la cosecha y las demás cosas<sup>471</sup>, por el trabajo o producción en ella.<sup>472</sup> El trabajo sería el fundamento de la propiedad individual.<sup>473</sup>

Locke afirma más adelante que es el trabajo el que atribuye el valor de las cosas y que atribuye la mayor parte del valor de las cosas. El hombre adquiere la propiedad de todo lo que sea fruto de su trabajo. Como lo que la naturaleza proporciona, en principio, es de todos, lo que sea fruto del trabajo humano pertenece al individuo trabajador.<sup>474</sup>

El hombre, sin embargo, debe servirse de todo lo que acumula antes de que las cosas se estropeen, para no generar perjuicio a terceros. Resulta deshonesto guardar o utilizar más de lo que necesite. Puede cambiar cosas o productos con otros hombres, siempre que estas cosas (excedentes) no se estropeen y cubran sus necesidades. Tener más de lo que se puede consumir genera perjuicios a terceros. Con el fin de evitar la acumulación de bienes y que pueda generar perjuicio a terceros, se crea el dinero. Este dinero, como mercancía, se multiplica, sin causar, en cuanto a los bienes "*in natura*", perjuicios a terceros, ya que la acumulación de dinero no genera perjuicio a terceros<sup>475</sup>. La transformación de los

---

<sup>469</sup> CHEVALLIER, Jean-Jaques, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Traducción Lydia Cristina, Rio de Janeiro: Agir, 8ª ed., 2002, p. 109.

<sup>470</sup> LOCKE, John, *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2006, p. 38/39.

<sup>471</sup> LOCKE, John, *Segundo tratado sobre o governo*, cit., p. 40.

<sup>472</sup> El autor ofrece un concepto específico a la propiedad, es decir, es legítima en la medida en que refleja la producción por parte del trabajador. Este concepto de propiedad cualificada es la que consta hoy en la Constitución brasileña de 1988.

<sup>473</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, "Locke, John". En: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto (org.), Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006, p. 543/544.

<sup>474</sup> LOCKE, John, *Segundo tratado sobre o governo*, cit., p. 45/48

<sup>475</sup> LOCKE, John, *Segundo tratado sobre o governo*, cit., p. 48/49.

bienes transitorios en dinero acaece, como dice Silva Filho, según Locke, para evitar el desaprovechamiento<sup>476</sup>.

Lo que debe recordarse es que las cosas, así, pasan a tener no solamente el valor de uso, sino el valor de cambio. Este valor de cambio da origen al concepto de mercancía, elemento-núcleo del modo de producción capitalista. No se pueden acumular bienes, puesto que eso conlleva perjuicios a terceros si no se puede consumir. Sin embargo, se puede acumular dinero, sin causar perjuicio a terceros. Por ello, una de las formas de protesta y de lucha contra el modo de producción capitalista es el de atacar el concepto de valor de cambio. Es este concepto de valor de cambio el que transforma todas las cosas, incluso la conciencia humana y el ser humano *en el mundo* en mercancía y que sería unos de los orígenes del movimiento nacional socialista en Alemania.<sup>477</sup>

Adam Smith concebía el trabajo como unidad de fuente y valor, y rechazaba la tesis de que la riqueza estaba en los metales. Sin embargo, no consideraba el trabajo como un elemento definidor del precio del producto. David Ricardo, introduce la idea de que los precios dependen del trabajo materializado en los bienes y servicios. Marx, sin embargo, critica esta teoría. Defiende que el precio del producto no está en el salario, lucro y renta del suelo como quieren los economistas clásicos. Para el autor alemán, el capital no es un elemento de la producción. El capital es trabajo *“objetivado que se manifiesta a los ojos del hombre como una especie de mercancía de características particulares, precisamente porque se utiliza por su propietario para la producción de otras mercancías; es el valor que genera valor mediante su activación por el ‘trabajo vivo’, como proceso productivo”*. No hay transferencia de valor de las máquinas hacia la mercancía, sino como una forma de desgaste medio. Eso permite que se concluya que los instrumentos de producción aparecen sólo como factor coadyuvante en la determinación del valor de la mercancía. El valor de las mercancías, por tanto, corresponde, en gran parte (no hay que olvidar el desgaste de la mercancía y el trabajo utilizado en la construcción de la máquina), a una determinada cantidad de trabajo socialmente necesaria para producirlo.<sup>478</sup>

### 3.5.2 El trabajador en el modo de producción capitalista

El trabajador presta servicio, a su empleador, de forma alienada. Ésta es una de las características del trabajo en el modo de producción capitalista.

La alienación en el trabajo no es más que el resultado de la evolución del feudalismo al capitalismo en el que el trabajador, por la división del trabajo, empezó a disponer cada vez menos del producto de su trabajo, perdiendo, también, contacto con la técnica de elaboración. El trabajador se constituyó en el

<sup>476</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, “Locke, John”, cit., p. 544.

<sup>477</sup> Parte final conforme o romance de FEINMANN, José Pablo, *A sombra de Heidegger*. Tradução Márcio Vilela, São Paulo: Planeta do Brasil, 2006.

<sup>478</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 152/154.

mero engranaje del sistema, donde el capitalista, que detenta los bienes y medios de producción, a cambio del salario, aliena al trabajador y se apropia de la diferencia entre el valor utilizado en la confección del producto y su valor de cambio en el mercado. El trabajador pasó a formar parte, como pieza, del mercado. Desde los inicios del capitalismo, y hasta hoy en día, cuando el prestador del trabajo ya no está en condiciones de servir a su “señor”, es sustituido por otro, como si se tratara de un tornillo en una gran máquina de tejer.

Capella apunta:

“El valor de la capacidad para trabajar durante una unidad de tiempo de trabajo es el de la masa de medios de vida necesarios para que consumiéndolos, el trabajador recupera de nuevo capacidad para trabajar y vender a la unidad de tiempo de trabajo siguiente: por debajo de unos mínimos, la fuerza de trabajo no podría reproducirse y cesaría la producción”.<sup>479</sup>

El valor que se paga al trabajador sirve sólo para que se produzca como pieza de producción. Como medio de ganancia de su patrón capitalista. El salario paga equivale al mínimo necesario para que viva y continúe pudiendo ser utilizado como mano de obra, sin tener en cuenta la cuestión de la dignidad del trabajador o incluso su existencia y felicidad.

Más adelante Capella habla de la “*plusvalía*”. Defiende que el concepto de “*plusvalía*” y la explotación capitalista pueden ser percibidos fácilmente en términos de teoría del valor-trabajo. Habrá “*plusvalía*” cuando los trabajadores vendan su capacidad de trabajo durante un cierto período de tiempo a cambio de dinero que permita comprar el equivalente, en horas de trabajo, menor de lo que se produjo “*La plusvalía así entendida es la forma que adquiere el sobre trabajo en la sociedad capitalista*”.<sup>480</sup>

Volviendo a Marx, para él el trabajador se convierte en más pobre cuanto mayor riqueza produce, al aumentar su producción en poder y extensión. El trabajador se convierte en una mercancía más barata, cuanto mayor es el número de bienes que produce. “*Con la ‘valoración’ del mundo de las cosas, aumenta en proporción directa la ‘desvalorización’ del mundo de los hombres. El trabajo no produce sólo mercancía; se produce también a sí mismo y al trabajador como una ‘mercancía’, y precisamente en la misma proporción con que produce bienes*”.<sup>481</sup>

Tal hecho implica sólo que lo que se produce por el trabajo (objeto), se opone al trabajador como un ser extraño, como un poder independiente del productor. “*El producto del trabajo es el trabajo que se fijó en un objeto, que se transformó en cosa física, es la objetivación del trabajo. La realización del trabajo constituye*

<sup>479</sup> CAPELLA, Juan-Ramón, *Los ciudadanos siervos*, Madrid: Trotta, 1993, p. 86.

<sup>480</sup> CAPELLA, Juan-Ramón, *Los ciudadanos siervos*, cit., p. 87.

<sup>481</sup> MARX, Kart, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 111.

*simultáneamente su objetivación. Cuanto más bienes produce el trabajador tanto menos podrá poseer y el mismo se somete al juego del capital*".<sup>482</sup>

Continúa Marx afirmando que *"la realización del trabajo aparece en la esfera de la economía política como una no realización del trabajador, la objetivación como 'pérdida y servidumbre del objeto', la apropiación como 'alienación'"*.<sup>483</sup>

Eso quiere decir que por el valor que recibe de su patrón tendrá que, como en un círculo vicioso, trabajar mucho más para adquirir aquello que él mismo produjo, siendo cada vez más esclavo del sistema capitalista. El trabajador produce no sólo el producto, sino su propio salario, dejando una parte, la *plusvalía*, al tomador del trabajo.

Para Marx, *"La 'alienación' del trabajador en su producto, significa no sólo que el trabajo se transforma en objeto, asume una existencia 'externa', sino que existe independientemente, 'fuera de él' y le es extraño, y se convierte en un poder autónomo opuesto a él; la vida que dio al objeto se convierte en una fuerza hostil y antagónica"*.<sup>484</sup>

La alienación del trabajador en un objeto se revela así, en las leyes de la economía política:

"cuanto más produce el trabajador, menos tendrá para consumir; cuanto más crea valores, más se quedará sin valores y se convertirá en insignificante; cuanto más refinado es su producto, más desfigurado será el trabajador; cuanto más civilizado es el producto, más inhumano será el trabajador; cuanto más potente es el trabajo, más imponente será el trabajador; cuanto más bella y completa es la inteligencia del trabajo, más disminuirá el trabajador en inteligencia y se convertirá en el esclavo de la naturaleza".<sup>485</sup>

*"La economía política oculta la alienación en la característica del trabajo ya que no analiza la inmediata relación entre el trabajador (trabajo) y la producción"*. El trabajo produce cosas buenas para los ricos y escasez para el trabajador. Supone belleza para los capitalistas, pero deformidad para el trabajador. Produce inteligencia, pero también estupidez en el trabajador.<sup>486</sup>

La alienación no se produce sólo en el resultado del trabajo, sino también en el *proceso de producción*, en el seno de la propia *actividad productiva*. Recuerda Marx que no podría el trabajador estar alienado en una relación con el producto de su producción y no estarlo con respecto al acto de producción del mismo producto. *"El producto constituye sólo el resumen de la actividad, de la producción. Como consecuencia, si el producto del trabajo es la alienación, la producción en sí tiene que ser la alienación activa – la alienación de la actividad y la actividad, de la*

<sup>482</sup> MARX, Kart, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 111/112.

<sup>483</sup> MARX, Kart, *ibidem*.

<sup>484</sup> MARX, Kart, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 112.

<sup>485</sup> MARX, Kart, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 113.

<sup>486</sup> MARX, Karl, *ibidem*.

*alienación. En la alienación del objeto del trabajo, se condensa sólo la alienación en la propia actividad del trabajo*".<sup>487</sup>

En el modo de producción capitalista, el trabajo es externo al trabajador. En el trabajo, el trabajador no se afirma, sino que se niega a sí mismo, acumulando infelicidad y no desarrolla libremente sus energías físicas y mentales, agotando y arruinado su espíritu. Por esta razón, el trabajador recupera su propio ser sólo fuera del trabajo, fuera de la línea de producción capitalista. El trabajo alienado es un trabajo sacrificado, no vendido.<sup>488</sup>

Marx apunta que el trabajo aliena la naturaleza del hombre, "*aliena al hombre en sí mismo, su papel activo, su actividad fundamental, aliena del mismo modo al hombre con respecto a la especie; transforma la vida genérica en un medio de vida individual*".<sup>489</sup>. Este trabajo, sin embargo, permite en el modo capitalista que el trabajador y la persona en general se mantenga en el aspecto físico, viva, aunque, conforme a los relatos de Marx, ya haya muerte del alma.

"*El trabajador es la manifestación subjetiva del hecho de que el capital es el hombre absolutamente perdido en sí mismo, así como el capital es la manifestación objetiva del hecho de que el trabajo es el hombre integralmente perdido*". Sin embargo, el trabajador tiene la mala suerte de ser un capital vivo y con necesidades y en cada momento de no-trabajo pierde sus intereses y, por tanto, su existencia.<sup>490</sup>

Continúa:

"En cuanto al capital, el *valor* del trabajador varía conforme a la oferta y la demanda, y su *existencia física*, su *vida*, fue y es evaluada como una oferta de *mercancía*, parecida a cualquier otra mercancía. El trabajador produce el capital, el capital produce el trabajador. Además, él se produce a sí mismo, y el hombre, como *trabajador*, como *mercancía*, constituye el objeto de todo el proceso. (...) Así que el capital – por suceso necesario o voluntario – deja de existir para el trabajador, éste también cesa de existir en sí mismo, *no* tiene trabajo, *ni* tampoco salario, y una vez que exclusivamente existe como *trabajador* y no como hombre, puede así dejarse sucumbir al hambre, enterrarse, etc. El trabajador sólo existe como trabajador a partir del momento en que existe como capital *para sí mismo*, y sólo existe como capital cuando hay un *capital para él*. La existencia del capital es su existencia, su *vida*, ya que éste, independientemente de él, determina el contenido de su vida".<sup>491</sup>

Recordamos un pasaje de Codo, ya transcrito anteriormente pero que, por su relevancia, merece una nueva referencia:

<sup>487</sup> MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 114.

<sup>488</sup> MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 114.

<sup>489</sup> MARX, Karl, *ibidem*.

<sup>490</sup> MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 123.

<sup>491</sup> MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 123/124.

“En la fase actual del capitalismo, el trabajo ya se encuentra *colectivizado* pero la posesión de los medios de producción se encuentra *individualizada*, es decir: el trabajo social es expropiado por el dueño solitario de los medios de trabajo. Esto se produce a través de la forma-mercancía, el valor de uso se convierte en valor de cambio. La transformación del producto en mercancía que genera beneficios (plusvalía) demanda la transformación del propio trabajo en mercancía, vendida y adecuada como cualquier otra. El reino de la alienación: el producto se separa del productor, ‘lo ve como un ser extraño’, mi trabajo, mi modo de ser en el mundo no me pertenece. De este modo yo me separo de mí mismo, del otro, de la historia. Donde el capital imponga relaciones entre mercancías, la alienación se manifiesta; es la relación social generada por el capital, su forma de ser humano”.<sup>492</sup>

Esta práctica tuvo como consecuencia que el trabajador, que antes trabajaba para lograr sus demandas<sup>493</sup>, empezara a prestar servicios en favor de un empleador sujeto a las leyes de mercado donde él, como prestador de servicios, se convierte en una mera pieza de este sistema. Actualmente, el trabajo ya no es un factor de existencia humana y se convierte en un elemento de existencia humana alienada. Cada vez que el trabajador presta servicios a su empleador aliena su existencia a este mismo empleador, a cambio de un salario que, en la mayoría de los casos, sólo permite que él y algunos de sus familiares sigan existiendo, con el fin de que el sistema continúe y tenga a quién explotar su mano de obra.

Por consiguiente. cada vez que el trabajador presta su trabajo al empleador capitalista, lo hace de forma alienada. Esta alienación no implica sólo el aspecto del trabajo en sí y de los bienes que haya producido o el aspecto de la desconexión con el bien elaborado y las técnicas de elaboración de este bien, sino también la parte existencial. El trabajo, en las comunidades primitivas, no era alienado. Había trabajo para satisfacer las necesidades inmediatas y demandas. Las personas trabajaban para justificar su existencia, repitiendo lo que sus antepasados hacían y que dominaban<sup>494</sup>, en la mayoría de los casos, las técnicas de producción en su conjunto.

En el modo de producción capitalista eso ya no existe. El trabajador aliena su trabajo, el producto de su trabajo, su existencia y su vida a su empleador. También aliena su conciencia, ya que no llega a comprender correctamente qué le está sucediendo. El dinero fruto de la alienación de esta misma existencia no se revierte, sino que va a quien detiene el capital. El capital se convierte en el centro de la sociedad, el principal elemento en detrimento de la vida humana, de la condición humana.

---

<sup>492</sup> CODD, Wanderley, *O que é alienação*, cit., p. 93/94.

<sup>493</sup> MARCUSE, Herbert, *Cultura e sociedade*, cit., p. 7/50.

<sup>494</sup> MARCUSE, Herbert, *ibidem*.

El trabajador es sólo una pieza en el sistema, una mercancía.<sup>495</sup> El valor de la mercancía es equivalente al tiempo de trabajo socialmente necesario para producirla. La fuerza de trabajo, sin embargo, es una mercancía con una sola peculiaridad, cuyo uso consiste en la creación de valor y de *plusvalía*<sup>496</sup>.

¿Pero que es la mercancía? Marx adopta la teoría del valor desarrollada por los clásicos por la cual el valor de una mercancía es determinado por el tiempo de trabajo socialmente necesario para su producción, pero lo hace integrándola en un contexto diferente, donde la dialéctica hegeliana, el jefe final, debe dominar la trama de las teorías. Desde este punto de vista, la mercancía es vista como una contradicción ya que, al mismo tiempo es un objeto útil, con un valor de uso, y como un objeto útil para los demás, lo que le garantiza también un valor de cambio.

Explicar que el dinero se convierte en mercancía que tiene una posición muy especial dentro del sistema de cambio: todas las mercancías se refieren al hecho de que encuentren una expresión de su valor. Lo que produce el trabajador es una utilidad, un valor de uso, no producen por sí mismo, sino para otros, y deberá poseer otra utilidad con la que cambiará el resultado del trabajo. En el mercado se encuentra una mercancía muy especial, la fuerza de trabajo que, como valor de cambio, tiene su valor determinado por el tiempo socialmente necesario para su producción, pero como valor de uso sólo puede ejercer concretamente, el agricultor, el artesano y así sucesivamente. El producto, sin embargo, cae en las manos de aquellos que han adquirido el trabajo. Quien compró el trabajo, vendiendo el producto, por un lado, recibe el valor que ha invertido y por otro, una *plusvalía*, un excedente que procede del resultado del trabajo. De ahí la definición del capital como propiedad que garantiza al capitalista la posibilidad de explotar el trabajo ajeno. Como este capital crece por sí mismo, asume un carácter de explotación. El sistema capitalista se queda orientado hacia la explotación de la *plusvalía*.<sup>497</sup>

---

<sup>495</sup> “La economía política analiza el trabajo abstractamente como una cosa. El trabajo es una mercancía: si el precio es elevado, la demanda es grande, si el precio es bajo, la oferta es grande. Igual sucede con otras mercancías. El precio del trabajo debe disminuir; es en parte la competencia entre el capitalista y el trabajador, y en parte la competencia entre los propios trabajadores que provoca este descenso. ‘La población trabajadora, que vende su trabajo se queda necesariamente con la menor parte del producto ... ¿Será la teoría del trabajo como mercancía diferente con respecto a una teoría disfrazada de servidumbre?’ ‘¿Porque se ve el trabajo sólo como un valor de cambio?’ (...) El trabajador, con relación al patrón, no se encuentra en algun modo en la situación de un vendedor libre... El capitalista es siempre libre para emplear el trabajo y el obrero se ve obligado a venderlo. (...) El trabajo es vida, y si la vida no se permuta todos los días por alimento, sufre daños y muere. Para que la vida del hombre sea una mercancía, debe entonces admitirse la esclavitud. Por esa razón, si el trabajo es una mercancía, surge como mercancía de la más miserable especie”. (MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 77/8).

<sup>496</sup> GORENDER, Jacob, “Introdução”. En: *Para a crítica da economia política; salário, preço e lucro; o rendimento e suas fontes: a economia vulgar*. Karl Marx. Tradução de Edgard Malagodi, São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. XIX.

<sup>497</sup> GIANNOTTI, José Arthur, “Introdução”. En: *Marx*, São Paulo: Nova Cultural, 2006, p.15/16.

Marx, en cuanto al ciudadano, dice que la “*emancipación política, es la reducción del hombre, por una parte, a miembro de la sociedad civil, individuo ‘independiente y egoísta’ y, por otra, ‘ciudadano’, una persona moral*”. La plena capacidad humana alcanzará, cuando el hombre real e individual contenga en sí, al ciudadano abstracto, “*cuando el hombre individual, en su vida empírica, en el trabajo y en las relaciones individuales, se ha ya convertido en un ser genérico; y cuando reconozca y organice sus propias fuerzas (fuerces propias) como fuerzas sociales a fin de no separarse nunca de su fuerza social como fuerza política*”.<sup>498</sup>

Según Hannah Arendt, para los griegos de la Antigüedad Clásica la acción es la prerrogativa sólo de los hombres, excluyendo a los animales y a los dioses. Con la palabra los griegos se insertaban en el mundo humano, es decir, esta inserción era un segundo nacimiento de su individualidad. Con la palabra nacía la importancia del “*nosotros*”, de todo acto conjunto, de donde nace el poder, entendido como un recurso generado por la capacidad de los miembros de una comunidad sobre un curso de acción. La libertad, para los griegos, no es la libertad moderna y la no injerencia, sino la pública participación democrática.<sup>499</sup>

Marx se detuvo en el análisis del *fetichismo de la mercancía*. Este fetichismo representa una visión concreta del concepto de alienación: una vez en el mercado, la mercancía tiene vida propia, separada de su creador. El destino del creador va a depender de lo que suceda con la mercancía, que asume una característica fetiche, con misteriosos poderes, de manera que puede suponer felicidad, si se vende con beneficio, a la vez que también puede arruinar al productor.<sup>500</sup>

Marx, haciendo referencia a Hegel, apunta que:

“Para Hegel el *ser humano*, el *hombre*, es equivalente a la *autoconciencia*. Por consiguiente, toda la alienación del ser humano se reduce a la *alienación de la autoconciencia*. La alienación de la autoconciencia no se considera como la *expresión*, reflejada en el saber y en el pensamiento, de la alienación *real* del ser humano. La alienación *efectiva*, que se revela como real, es previamente, según su *más íntima* naturaleza oculta – y sólo destinada por la filosofía – un simple *ser fenomenal* de la alienación de la vida humana real, de la *autoconciencia*. La ciencia que se ocupa de él se llama, por tanto, *fenomenología*. Asimismo, toda la reapropiación del ser objeto alienado surge como una incorporación en la autoconciencia. El hombre que toma posesión de su ser es sólo la autoconciencia que se apropia del ser objetivo; el retorno del objeto al Sí constituye incluso así la reapropiación del objeto”. (Cursiva en el original).<sup>501</sup>

<sup>498</sup> MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 37. Anteriormente, en la página 36, Marx hace referencia a la no emancipación del hombre de la religión, de la propiedad privada y del egoísmo, para concluir que la emancipación, conforme al texto anteriormente transcrito, se produce sólo cuando el hombre haya conocido sus propias fuerzas como fuerzas sociales, convirtiéndose en un ser genérico, haciendo de estas fuerzas, las fuerzas políticas.

<sup>499</sup> STEILTJES, Cláudio, *Jürgen Habermas. A desconstrução de uma teoria*, cit., p. 16/17.

<sup>500</sup> GORENDER, Jacob, “Introdução”, cit., p. XXI.

<sup>501</sup> MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 180.

La propiedad privada hace al hombre tan estúpido y parcial que un objeto sólo es de él cuando efectivamente lo tiene, cuando existe como capital o cuando es utilizado. Todos los sentidos físicos e intelectuales fueron sustituidos por la simple alienación de todos los sentidos por el sentido del tener. La supresión de la propiedad privada constituye, de este modo, la emancipación total de todos los sentidos y calidades humanas.<sup>502</sup> Marx apunta que la propiedad es el poder de disponer de la fuerza de trabajo ajena.<sup>503</sup>

Melhado, citando a Ortega Y Gasset y Fernando Coelho, resalta la importancia del saber no especializado sino interrelacionado. No basta con que el jurista sepa sólo acerca del derecho y el economista de la economía. Eso crea el “*sabio-ignorante*”. El profesional debe avanzar y superarse, dejándose contaminar por otras ciencias y áreas del conocimiento.<sup>504</sup>

En palabras de Melhado, citando a los dos autores antes mencionados

“La especialización es causa de un “saber” desarticulado y ya fue identificado como uno de las grandes enfermedades de la ciencia moderna. Fue Forjado el “sabio-ignorante”, al que se refería *Ortega y Gasset*: el hombre de la ciencia que es el profundo conocedor en el universo de la *Porciúncula*<sup>505</sup> y nada más que eso. “Así” – decía el filósofo español – “la mayoría de los científicos impulsó el progreso general de la ciencia, encerrado en la celda de su laboratorio, así como la abeja en su colmena o *el Alsador Pachón en su cajón*”. Fernando Coelho observa que se ha propagado en el pensamiento jurídico occidental hodierno, la idea de un jurista fuera de las preocupaciones políticas, sociales, éticas y filosóficas. Para él, el jurista debe ser “al mismo tiempo científico político, sociólogo y filósofo, y es precisamente la noción de los posibles conocimientos jurídicos lo que va a patrocinar el reencuentro de estas dos unidades de conocimiento”, el derecho y el Estado”.<sup>506</sup>

Como podemos percibir, el trabajador, en el modo de producción capitalista, pasa a depender, en su existencia, del capital. Aliena su propia vida al propio capital. Sin capital hay hambre y miseria. Con el capital hay alienación y miseria espiritual. Es sólo una pieza del engranaje capitalista, la mercancía que genera

<sup>502</sup> MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 142.

<sup>503</sup> MARX, Karl, *A ideologia alemã*, cit., p. 59.

<sup>504</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 118.

<sup>505</sup> “La **Porciúncula** (en latín, *Portiuncula*; en italiano, *Porziuncola*), es una pequeña iglesia incluida dentro de la Basílica de Santa María de los Ángeles, en la *frazione* de Santa Maria degli Angeli (municipio de Asís), ubicada aproximadamente a 4 km de la capital municipal, en Umbría (Italia). Es el lugar donde comenzó el movimiento franciscano.

El nombre Porciúncula significa «pequeña porción de tierra» y fue mencionado por primera vez en un documento que data de 1045, actualmente en los archivos de la Catedral de San Rufino, en Asís. Con este nombre también se denomina a la indulgencia plenaria que pueden ganar los fieles católicos el 2 de agosto (u otro día que designe el ordinario local para aprovechamiento de los fieles).” En: <http://es.wikipedia.org/wiki/Porci%C3%BAncula> - acceso el 25 de mayo de 2009 a las 18h36min.

<sup>506</sup> MELHADO, Reginaldo, *ibidem*.

otras mercancías y necesita algunas otras mercancías para continuar produciendo mercancía, el trabajador se relaciona con el modo de producción del capital, convirtiéndose casi en su propiedad, esclavizado por el sistema. Sus cualificaciones desaparecen. Su vida se rige exclusivamente por este elemento externo llamado dinero, garantizado por una ideología liberal y por un poder administrativo que privilegia las élites y la acumulación de la riqueza en manos de muy pocos.

Lenin recuerda que:

“(…) habiendo comprado la fuerza de trabajo, el poseedor de la moneda tiene el derecho a consumir, es decir, está obligado a trabajar todo el día, digamos doce horas. Sin embargo, en seis horas (tiempo de trabajo ‘necesario’), el trabajador crea un producto que cubre el costo de su sustento, y, durante las otras seis horas (tiempo de trabajo ‘añadido’) crea un producto ‘extra’, no-retribuido por el capitalista, que es la plusvalía”.<sup>507</sup>

Más tarde Lenin muestra que la aparición del capital requiere condiciones históricas previas, la acumulación de una suma de dinero en manos de particulares, en una etapa relativamente elevada de la producción de mercado; y la existencia de trabajadores “libres” bajo los siguientes puntos de vista: a) libres de cualquier coacción y restricción en cuanto a la venta de su fuerza de trabajo; b) libres porque se les despoja de las tierras y no cuentan con ningún medio de producción. Son trabajadores que sólo pueden vender su mano de obra.<sup>508</sup>

Los trabajadores están sujetos a las órdenes del empleador a cambio de un poco de dinero, que no recompensa el trabajo efectivamente prestado. No poseen más y deben recibir el pago sólo para seguir viviendo, con el fin de servir como mano de obra y dar continuidad del sistema capitalista de producción.

El problema también radica en la manera en que el capitalismo se reproduce. Las personas, especialmente los trabajadores, son sus propios verdugos. Se controlan a sí mismos, mediante una ética dedicada al trabajo sin ninguna conciencia emancipatoria. La sociedad moldea su vida considerando en primer lugar el trabajo, en la mayor parte de las ocasiones asalariado, pero siempre alienado. Controlando su propia prestación de servicio, en una actitud contraria a la propia existencia humana, el sufrimiento es cada vez mayor y también las condiciones para sean efectivamente humanas, se deshacen, en favor de una lógica perversa que deja sólo los medios de subsistencia.

El actual modo de producción es el capitalista. Basta la lectura, incluso sin concesiones, del artículo 1º, IV, segunda parte<sup>509</sup> y del inciso XXII del artículo 5º,

<sup>507</sup> LÊNIN, *Karl Marx*, cit., p. 31.

<sup>508</sup> LÊNIN, *Karl Marx*, cit., p. 32.

<sup>509</sup> Art. 1. La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y de Distrito Federal, se constituye en un Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...); IV – el valor social del trabajo y de la libre iniciativa.

ambos de la CF/88<sup>510</sup>, que garantiza al país la libre-iniciativa y la propiedad privada. En el caso de España, basta remitirse al artículo 38 de la Constitución<sup>511</sup>, entre otros.

El trabajador, cuando presta servicios a su empleador, lo hace de forma alienada, separándose del producto de su trabajo, de las técnicas de elaboración de este producto y, especialmente, de su existencia, de manera que se le considera como una mera pieza dentro del sistema productivo<sup>512</sup>, además de ser ampliamente protegido por el sistema actual. Al final es el trabajador quien garantiza, con su trabajo y la estructura capitalista, la acumulación de capital que puede estar sujeta sólo al poder del empleador en los límites estrictos previstos por la norma jurídica.

Forma parte del contrato del trabajo, por sí mismo, la sujeción del trabajador al poder del tomador de trabajo, lo que nos remite a una interpretación y aplicación de la norma jurídica en relación al poder del empleador sobre el empleado. Tenemos el primero de los límites de la norma legal, sin que se permita, conforme a la interpretación jurisprudencial, ninguna ampliación de los conceptos de alienación, sujeción o incluso relación de trabajo por cuenta ajena, a través del intermediario de la mano de obra.

Bray, citado por Marx, apunta que es el trabajo por sí sólo lo que produce el valor. Cada hombre tiene un derecho indudable con respecto a todo aquello que trabaja y produce honestamente. Ello significa que el propio hombre se aproxima a los frutos de su trabajo, sin cometer ninguna injusticia en relación a otros hombres, puesto que no limita el acceso de otros hombres para que actúen de esta misma forma. Todas las ideas de superioridad y de inferioridad, de maestro y de trabajador, nacen por el hecho de haber descuidado los primeros principios de la desigualdad que se ha introducido en la posesión. Mientras esta desigualdad se mantenga, será imposible erradicar la desigualdad basándose en estas ideas. El gobierno no es una causa, sino un efecto, no crea la desigualdad, sino que es creado por ella, siendo, por tanto, resultado de esta desigualdad. *“El beneficio del empresario nunca dejará de ser una pérdida para el trabajador, hasta el momento en que el comercio entre las partes sean iguales y el intercambio no puede ser lo mismo mientras la sociedad esté dividida entre capitalistas y productores, mientras*

---

<sup>510</sup> Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: (...) XXII – se garantiza el derecho de propiedad.

<sup>511</sup> Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

<sup>512</sup> “(...) Por esa razón, si el trabajo es una mercancía, surge como mercancía de la más miserable especie. (...). El sistema económico actual ‘reduce al mismo tiempo el precio y la remuneración del trabajo, perfecciona el trabajador y degrada al hombre’”. (MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-filosóficos*, cit., p. 78). Lo que hace que se concluya que el trabajador no es más que una pieza del engranaje del modo de producción capitalista, sustituible por dinero y que, con respecto al gasto, es susceptible de desprecio.

*los últimos vivan de su trabajo a la vez que los primeros engordan los beneficios de este trabajo”.*<sup>513</sup>

El trabajo asalariado, capitalista, además de alienar al trabajador, acumula beneficio sobre beneficio en manos de quien explota el trabajo. El gobierno no crea esta situación. Es la situación (explotación del trabajo por el capitalista y necesidad de preservación del beneficio y de la propiedad) la que crea el gobierno con el fin de limitar, por el concepto de libertad y de propiedad, el acceso por parte del trabajador al fruto de su trabajo. Por este motivo, cada vez que el trabajador trabaja, y lo hace de forma alienada, alejándose de los bienes que producen, estas horas de trabajo deben ser tratadas como excepción, sin ningún margen a servicio además del legal, límite éste que el propio Estado, creado por la propiedad, permite que el ciudadano trabajador sea expoliado.

La subcontratación o tercerización, incluso la “lícita”, no es más que la posibilidad de que no sólo una, sino dos personas exploten la actividad de terceros (trabajadores), acumulando el capital fruto de este trabajo. Sin embargo, si la alienación por el trabajo ya es (por lo menos debería ser) un elemento de excepción, que existe en la tercerización, donde el agente alienante es más de una persona, qué se podrá decir donde haya tercerización. La expoliación llega a niveles tan extremos que dos estructuras jurídicas privadas se benefician del lucro, del trabajo de un ser humano. La humillación es tan grande, que llega a un extremo de miseria total, hiriendo a uno de los pilares del modo de producción capitalista: lo que el salario debe dar para que el trabajador pueda, al menos mínimamente, alimentarse y vestirse, con el fin de permanecer dentro del engranaje capitalista (pieza) y generar un beneficio. El trabajador no llega a una situación de miseria total por el interés del modo de producción del capital puesto que, si fuera así, la mano de obra se extinguiría y, por consiguiente, también el modo de producción.

Melhado destaca que el modo de producción capitalista no debe confundirse con la detentación privada de los medios de producción. *“Una de las más importantes transformaciones operadas por el capitalismo, fue la desprofesionalización del trabajador”.* Y continúa apuntando que *“más que encontrarse separado del aparato productivo, de los elementos materiales como la materia prima, de los materiales auxiliares etc., el trabajador, en el régimen de producción capitalista, no posee conocimiento técnico necesario para poner en marcha el proceso de producción”.*<sup>514</sup>

El autor añade:

“El poder del capital sobre el trabajo, tiene también uno de sus orígenes arraigados en el desmantelamiento de la antigua ciencia de oficio, conocida sólo por el artesano de la corporación medieval, y su sustitución

<sup>513</sup> MARX, Karl, *A miséria da filosofia*. Tradução José Carlos Orsi Morel, São Paulo: Ícone Editora, 2004, p. 65/68.

<sup>514</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 181.

por el dominio del conocimiento técnico necesario para la producción y reproducción de la sociedad capitalista. Su presupuesto es la distinción entre la planificación y la dirección de la empresa, por un lado, y la ejecución de los trabajos, por otro”.<sup>515</sup>

El taylorismo propone la institución de nuevas relaciones sociales de producción, con el papel de la esfera de la ciencia, “*como agente de catálisis productiva e impulso de legitimidad a la ‘jerarquía técnica’*”. Para que eso funcione, apunta Taylor, deben utilizarse los tiempos elementales de ejecución de las tareas de los trabajadores por una empresa que cree, al mismo tiempo, las formas de mando y de disciplina y, por tanto, “*las formas de ‘jerarquía’ capaces de lograr su aplicación*”. El administrador se sirve de varios instrumentos. La autonomía del maquinismo, la perfecta adjudicación de las tareas, estandarización de los tiempos y movimientos, sistema interactivo y recíprocamente vinculante del trabajador colectivo, además de la remuneración en cuestión. Para que todo funcione, el administrador debe tener el conocimiento científico de la dirección de la empresa. Debe conocer tanto lo que se refiere a la ejecución de la producción, como lo relativo a la dirección del proceso productivo.<sup>516</sup>

No fue Taylor, sin embargo, quien primero separó el trabajo intelectual del físico. Ello es herencia del capitalismo. “*En Taylor, sin embargo, el concepto de planificación de la ejecución de cada una de las funciones y etapas del proceso productivo apunta hacia la instauración de una nueva ‘ciencia’, digna de este título por tener un objeto propio, un método y un conjunto, principios fundamentales que subordinarían todo su desarrollo posterior*”.<sup>517</sup>

Esta teoría derivó de la necesidad de ampliación de la *plusvalía* absoluta y de la necesidad de explotación de nuevos mercados y territorios por parte de los países de capitalismo adelantado. Paralelamente a esto, los trabajadores empiezan a organizarse en sindicatos. Los partidos de izquierda empiezan a aparecer en la escena política, surgiendo las primeras legislaciones que tratan sobre la cuestión laboral.<sup>518</sup>

Taylor entiende que la organización de la fabricación está desfasada. Continúa gestionándose en el período pre-capitalista y tiene como base la organización familiar o incluso militar. Propone, entonces, la ciencia en lugar del empirismo. “*Era preciso ‘conocer’ para planear. Separando planificación y ejecución, introduciendo el cronómetro en la fábrica, fraccionando el ciclo de producción, firmando tareas específicas, educando y adiestrando al trabajador, la gestión científica o ‘scientific management’ elevaría su objetivo de lograr la eficiencia, incrementar la productividad y la ‘prosperidad’*”.<sup>519</sup>

<sup>515</sup> MELHADO, Reginaldo, *ibidem*.

<sup>516</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 182.

<sup>517</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 182/183.

<sup>518</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 183.

<sup>519</sup> MELHADO, Reginaldo, *ibidem*.

De la propuesta de Taylor, surge la idea de un órgano de planificación dentro de las empresas. Esta planificación requiere un conocimiento técnico y, al mismo tiempo, una técnica en sí. A este órgano le incumbe concebir cada uno de los papeles, a partir de la división y la especialización, que debe llevarse al límite extremo. Aparece el concepto de empresa como un organismo compuesto de órganos interconectados. Surge el organigrama, fijando la disposición de las más diversas piezas dentro del complejo sistema, con los trabajadores por un lado y, por otro, los que ejercen un poder de mando dentro de esta estructura. Destaca Melhado, que en “*todos los poros del organismo, la subordinación al capital, es interiorizada convirtiéndose en natural como el automatismo de la máquina. ‘Solo la objetividad de la técnica supone una interiorización ‘previa’ a la sumisión, a la servidumbre voluntaria’, y el ‘triumfo de la objetividad del número sobre la subjetividad de la relación social’*”.<sup>520</sup>

Melhado añade, citando a J.-P. Gaudemar, a H. Fayol y a I. Ramonet que:

“Las funciones de obedecer y de mandar están fragmentadas de tal forma que la autoridad ya no tiene nombre ni apellido. El poder es mediado por interrelaciones de unidades y ejercicio en el límite de las competencias de cada una. ‘La disciplina’ – apunta un Fayol extremadamente didáctico – ‘es el respeto de los contratos que tienen por objeto la *obediencia*, la *asiduidad*, la *actividad* y los *signos exteriores con los que se manifiesta el respeto*. Se impone tanto a los más altos jefes como a los agentes más modestos. Los medios más eficaces para establecer y mantener la disciplina son buenos jefes en todos los grados jerárquicos, contratos tan claros y equitativos como sea posibles, sanciones penales aplicadas con prudencia’. El organismo controla la producción y la disciplina. Más incluso: el *organismo* es la disciplina. La administración de personal se legitima como ciencia – *la ciencia del capitalismo* – basada en la más fría *aritmética política*. La ciencia es instrumentalizada por el poder. ‘El saber’ – afirma Ramonet – ‘sirve con demasiada frecuencia a los poderes y a los detentadores privilegiados, en lugar de destinarse prioritariamente a elevar el bienestar de los ciudadanos’.<sup>521</sup>

Finalmente, Melhado apunta que el trabajador capitalista no posee el conocimiento. Incluso el trabajador más cualificado sólo es dueño de una parte del conocimiento, insuficiente para poner en marcha cualquier proceso productivo por sí mismo.<sup>522</sup>

El trabajador, independientemente de la actividad desempeñada dentro de la empresa, aun cuando sea a través de “*persona intermediaria*” y ligado a la “*actividad-medio*”, será necesariamente un empleado. En efecto, él mismo forma parte del inmenso engranaje productivo, sin ningún conocimiento de todo el proceso. El hecho de vincularse a la actividad-fin o medio, no importa, puesto que en una o en otra, no tendrá contacto con el objeto fruto de su trabajo y ni tampoco

<sup>520</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 183/184.

<sup>521</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 184.

<sup>522</sup> MELHADO, Reginaldo, *ibidem*.

con la técnica de producción. Su vinculación se llevará a cabo, por contrato, con una empresa y la garantía de pago del salario estará en el producto que haya producido, ya que su técnica no le garantiza nada.

La división del trabajo es una forma de control por parte del capitalista sobre el empleado. Esta forma de control se revela como un control técnico de la producción y poder privado del capital sobre el trabajo. *“La simple segmentación de las tareas encomendadas a cada trabajador, en la industria, en la agricultura, en el campo, y su interacción con todos los demás trabajadores, en efecto, representa uno de los centros del poder”*. No hay que confundir este poder con el de la máquina sobre el hombre. *“El control de la división del trabajo en el paradigma de la sociedad burguesa, con diferencia, puede incluso prescindir de la maquinaria industrial y sin es capaz de cumplir el mismo objetivo de poder”*.<sup>523</sup>

Con Taylor la idea de la división del trabajo se sintetizó de forma académica. El sistema antes existente se basaba en la supervisión directa, con una forma de jerarquía rígida y primaria. La organización científica del trabajo, de las ideas de Taylor, puede prescindir de la discrecionalidad y el autoritarismo, *“de la relación directa del capitalista con cada uno de los trabajadores, sustituyendo la vieja carcasa de la estructura personificada en el ‘padre autoritario’, por un conjunto de gestos medidos, pesados, planificados, ‘crono-analizados’ desde la inercia hasta el clímax productivo y la fatiga”*. Todo pasa por el tamiz del tiempo. Los trabajadores son hábiles y se convierten en especialistas, cada uno con su función. Todo está planificado y pensado. Sólo el jefe que ejerce el seguimiento puede detener el proceso, en el caso de que se presenten problemas. El taylorismo inicia un nuevo régimen de acumulación que más tarde será perfeccionado por el fordismo.<sup>524</sup>

El estudio de Taylor tiene como objetivo práctico aumentar la productividad dentro de la empresa capitalista. Hay una especie de racionalización de la producción, adaptada a un ritmo tal que cada uno de los trabajadores acaba por convertirse en supervisor de toda la línea de producción. Si hay un problema con un trabajador, lo habrá también con los demás.

La división del trabajo es, por tanto, *“un método de dominio de la intensidad del trabajo y al mismo tiempo un mecanismo de dominio privado: ‘las disputas, pactos o regateos debían dar lugar a la investigación científica, que era, en última instancia, la que debía decidir sobre las relaciones laborales’”*, dice Finkel, citado por Melhado, haciendo que la negociación colectiva sea algo ya no necesario. Con el tiempo, es posible llevar a las últimas consecuencias la división del trabajo. Difundiendo las funciones de previsión, organización, mando y coordinación, es decir, dominando todas las *‘funciones de la autoridad de una manera global, ‘de tal forma que se apoyen y se reafirmen mutuamente’*, en palabras de Gaudemar.<sup>525</sup>

<sup>523</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 185.

<sup>524</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 185/167.

<sup>525</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 189/190.

Añadimos, para reforzar la opinión de Melhado, que la relación de empleo es una relación de poder, donde el capitalista ejerce sobre el trabajador todo su poder de sujeción y de donde deriva la subordinación. Existe autorización legal para esta forma de sujeción y acto de poder, pero de ella deriva, necesariamente, la relación de empleo. El poder del capitalista sobre el trabajador hace que éste, sujeto a los mandos del patrón, pase a mantener un contrato de trabajo de forma subordinada, del que depende su subsistencia; a través de esta relación de poder, el trabajador entrega al tomador de los servicios el único bien que posee, su fuerza de trabajo. De la relación social capitalista empleado y empleador, surge la relación de sujeción del trabajador con relación al tomador del trabajo, llamada subordinación o relación de empleo.

De esta teoría, basada en Taylor y en Fayol, y apoyada en Marx, podemos concluir que el capitalista, a través del poder que ejerce sobre el trabajador, hace que aliene su capacidad de trabajo en provecho del primero, de manera que el trabajador tiene sus movimientos controlados por el ritmo de las máquinas, el ritmo del capital. Se subordina a esta lógica, repitiéndola como algo mecánico. De ello se deduce, citando a Melhado, que la subordinación no es un elemento del contrato de empleo sino una consecuencia de quien se vincula al empleador mediante salario.

La teoría de Taylor, en un primer momento puede parecer acertada, pues aumenta la productividad, convirtiendo al trabajador en un esclavo de la línea de producción. Queda tan apegado a la lógica capitalista que no le permite desarrollar por sí mismo toda actividad que no sea la que aprendió dentro de esta estructura. Como hemos dicho antes, es un “*sabio-ignorante*”. Va a prestar trabajo siempre de forma alienada y jamás se separará de esta condición, constituyendo una pieza del sistema económico.

El taylorismo, del que es sucesor el fordismo, constituye la base del toyotismo. La completa alienación del hombre dio lugar a situaciones absurdas como la tercerización, en aras de la optimización y reducción de los costes. Esta lógica hace caso omiso de los riesgos asociados a un sistema “*jus in time*” y los efectos perversos sobre la salud de los trabajadores.

Las normas permiten la utilización del hombre como medio y deben interpretarse para favorecer al hombre y no a la máquina o al capital. Sin una norma que prevea la posibilidad de la subcontratación o tercerización, no se puede tolerar.

De la alienación, fruto del contrato de empleo, deriva la subordinación. Dentro de esta estructura se mantiene al empleado. Independientemente del número de puestos de trabajo, el trabajador estará subordinado a la estructura, puesto que su trabajo es permanente y del que depende el tomador de los servicios, aun cuando sea “*tercero*”. Es, por tanto, el trabajo de forma alienada para otros, del que este “*otro*” obtiene la “*plusvalía*”, que conlleva la subordinación. No existe trabajo

alienado que no sea subordinado. De donde se extrae la “*plusvalía*” habrá subordinación, vinculada a toda la estructura, derivada de la necesidad del trabajo permanente prestado por persona física.

El derecho brasileño no prohíbe la tercerización de forma expresa. Nuestro trabajo de investigación, se propone ser un ensayo. La interpretación de los preceptos jurídicos, apoyada en la filosofía principalmente marxista y que se basa en la cuestión de la subordinación, permite concluir que no es posible la tercerización en Brasil. Sin embargo, el Tribunal Superior del Trabajo, por la *Súmula* 331, permite que se contrate el trabajo por intermedio de terceros siempre que no se trate de actividad-fin del tomador, manteniendo la personalidad jurídica y la subordinación con relación al prestador de los servicios. El texto es una crítica a esta *Súmula* y a las diversas decisiones existentes sobre el tema

### 3.6 Trabajo subordinado, democracia y dignidad humana

Como ya hemos subrayado anteriormente, el trabajo, en el modo de producción capitalista, se convierte en el epicentro de la organización social, política y económica. Teniendo el trabajo como centro de la vida de la mayoría de las personas y de las familias, se va creando una estructura para la sociedad y un pensamiento que favorece un mundo un poco más democrático.

El trabajo se convierte así en el vehículo de una mayor afirmación económica y social de la inmensa mayoría de las personas dentro de la lógica capitalista y una de las mayores afirmaciones de la democracia. La democracia se va ampliando incluso a quienes no poseen riqueza, conquista derivada principalmente de la Revolución Francesa con el Estado de Derecho. El trabajo se eleva al garante de este mínimo de democracia y la valoración del trabajo humano se convierte en uno de los pilares de la estructura social del Estado basada en la democracia.<sup>526</sup>

En relación al trabajo regulado y subordinado, Godinho Delgado establece que:

“El empleo, regulado y protegido por normas jurídicas, se presenta, de ese modo, como el principal vehículo de integración del trabajador en el ámbito socioeconómico capitalista, para proporcionar un nivel de afirmación individual, familiar, social, económica e incluso ética. Es evidente que no se trata de un único vehículo de afirmación económico-social de la persona física prestadora de servicios, ya que, como se ha visto, el trabajo autónomo especializado y valorado también tiene este carácter. Pero, sin duda, es el principal y más completo vehículo de afirmación socio-económica de la gran mayoría de las personas humanas en la desigualdad de la sociedad capitalista”.<sup>527</sup>

<sup>526</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*, São Paulo: LTr, 2006, p. 29.

<sup>527</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Capitalismo, trabalho e emprego (...)*, cit., p. 30.

La estabilización democrática se logra a través de la valorización del trabajo. No hay democracia sin trabajo regulado y remunerado de forma adecuada y satisfactoria. La emancipación, los conceptos básicos del Estado Democrático de Derecho que van más allá del Estado meramente prestador, necesita de personas bien remuneradas y con cierto tiempo libre. La conciencia de clase, como ya hemos dicho en el apartado 1.4.2.2, depende, también, del factor trabajo. No hay capitalismo sin trabajo subordinado. No es democrático un país que admite la desigualdad social brutal. Y el trabajo permite la superación de este problema

Los inconvenientes surgen a partir de una matriz teórica de la deconstrucción de la primacía del trabajo como centro democrático del modo de producción capitalista. El trabajador, por bien remunerado que está, no pertenece a la clase del tomador del trabajo. Siempre existirá la apropiación de la “*plusvalía*”. Siempre pertenecerá a la clase diferente de su patrón y siempre tendrá menos condiciones económicas que él. Por ello, se busca la destrucción del principio de que el trabajo subordinado es el núcleo y el motor del modo de producción capitalista.

No sólo los medios de comunicación, sino los juristas y economistas defienden, además de la reducción del Estado (algo que actualmente es muy discutible, con respecto a la crisis económica), la desregulación y la flexibilización de las normas de protección y tutela del trabajo. En Brasil, por ejemplo, desde la década de los años sesenta se ha verificado un retroceso en materia laboral, que culminó con la adopción del sistema de “*banco de horas*”<sup>528</sup> y del contrato a plazo determinado, ambos previstos en la ley 9.601/98.<sup>529</sup>

Además, ya en el siglo XXI, todavía bajo el gobierno de Fernando Enrique Cardoso, se celebró un debate acerca de la derogación del artículo 618 de la *Consolidação das Leis do Trabalho*<sup>530</sup> para hacer cumplir el acuerdo entre sindicatos en lugar de legislar. Esta norma perversa y ampliamente flexibilizadora fue rechazada por el Congreso Nacional brasileño, pero sigue viva en la memoria de los sindicatos y de los juslaboristas brasileños.

---

<sup>528</sup> Sistema de compensación de las horas trabajadas, además de lo legalmente permitido en un día en el período de hasta un año, sin la contraprestación del añadido legal del 50% o normativo, éste siempre mayor

<sup>529</sup> En: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) - acceso el 27 de abril de 2009 a las 23h56min.

<sup>530</sup> Art. 618. Las empresas e instituciones que no estén incluidas en el encuadramiento sindical al que se refiere el artículo 577 de esta *Consolidação* podrán celebrar Acuerdos Colectivos de Trabajo con los Sindicatos representativos de los respectivos trabajadores, en los términos de este Título. (Actual redacción).

Art. 618. En ausencia de convención o acuerdo colectivos, firmados por manifestación expresa de la voluntad de las partes y observadas las demás disposiciones del título VI de la *Consolidação*, la ley regulará las condiciones de trabajo. Párrafo primero. La convención o acuerdo colectivo, respetados los derechos laborales previstos en la Constitución Federal, no puede resultar contraria a la ley complementar, las Leyes N. 6.321, de 14 de abril de 1976, y N. 7.418, de 16 de diciembre de 1985; la legislación tributaria, la previdenciaria y la relativa al Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio – FGTS, así como las normas de seguridad y salud del trabajo. (Propuesta de redacción).

Lo que debe estar presente es que la dignidad humana, la dignidad del trabajador, del ser humano que trabaja, como principio central de la Constitución Federal, es uno de los pilares de la democracia. No hay ningún país que tenga un desarrollo económico y social razonable en el sentido de que no proteja a los trabajadores. La estabilización de un país democrático pasa por la acomodación en favor del trabajador en las relaciones de producción. Debe darse al trabajador, también, como norma de dignidad humana y democracia, la oportunidad de entender y comprender el mundo que lo rodea y optar, incluso, por algo mucho mejor.

Hay estudios que comprueban que con el aumento del desempleo, y ahí se suma la precariedad del trabajo, aumentan también los índices de violencia urbana. La falta de perspectiva y el aumento desenfrenado de la “*exigencia de consumo*”, hace que las personas, empleadas o dignamente empleadas, que no cometerían ciertos delitos, acaban por buscar el mundo del crimen.<sup>531</sup>

Esta desconexión del trabajo con el mundo democrático acaba por generar estas distorsiones. Permite que los individuos emigren, cada vez más, hacia otros lugares. Pierden su dignidad, sus condiciones de agentes sociales. No tienen esperanza de emancipación de desarrollo adecuado, y acaban por cometer los delitos más diversos, comprometiendo el orden democrático y social.

### **3.7 Subordinación y tercerización**

#### **3.7.1 La tercerización**

Sérgio Pinto Martins apunta que el término “tercerización” es un neologismo y deriva de la palabra tercero. Tercerización es la posibilidad de contratar a terceros para la realización de actividades que no constituyen objeto principal de la empresa tomadora de los servicios. Añade que esta contratación puede implicar la producción de bienes y/o servicios, como son los casos de vigilancia, limpieza o

---

<sup>531</sup> Destacamos una parte de un texto de la Revista brasileña *Época*, de 04 de abril de 2004 y que aborda el tema: “*Violência Urbana - Pesquisa liga desemprego a aumento de crimes*”.

(...). La imagen cada vez más común de colas de desempleados provoca un frío en la espina de los brasileños, que ven peligrar ocho años de cosecha en relación a las cartillas de trabajo. El efecto más aterrador de la crisis, sin embargo, solo ha sido contabilizado ahora. Una investigación inédita realizada por la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de São Paulo ha observado lo que la población brasileña temía más: el estancamiento económico ya ha tenido impacto directo sobre el aumento de la criminalidad. El estudio fue hecho en el municipio de São Paulo, analizando los 33 tipos de intervención policial más frecuentes. Una buena parte de ellas acompaña casi mes a mes la variación en las tasas de desempleo y las caídas en el padrón de renta del brasileño. De 2001 a 2003, la ganancia media de los paulistas cayó el 18,8% y la oferta de trabajo el 22%, así como en las calles hurtos y robos a transeúntes aumentaron casi en la misma proporción, el 23%. 'Al cruzar datos socioeconómicos y criminales ha sido posible probar que la extrema necesidad puede ser un incentivo al crimen', apunta el profesor Leandro Piquet Carnero, de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de São Paulo (Usp), uno de los cinco investigadores responsables del estudio(...). En: [http://www.viaseg.com.br/noticia/2255-violencia\\_urbana\\_pesquisa\\_liga\\_desemprego\\_a\\_aumento\\_de\\_crimes.html](http://www.viaseg.com.br/noticia/2255-violencia_urbana_pesquisa_liga_desemprego_a_aumento_de_crimes.html) - Acceso el 20 de febrero de 2009, 11h16min.

servicios de carácter temporal. Continúa y concluye que el Tribunal Superior del Trabajo, en virtud de la *súmula* 331, admite la tercerización solamente en la actividad-medio y no en la actividad-fin de la empresa tomadora de los servicios.<sup>532</sup>

Maurício Godinho Delgado apunta que “*para el Derecho del Trabajo, tercerización es el fenómeno por el que se disocia la relación económica de trabajo de la relación iuslaborista correspondiente*”. Por este fenómeno se inserta el trabajador en el proceso productivo del tomador de servicios sin que se le proporcionen vínculos laborales que, sin embargo, mantiene la entidad interventora.<sup>533</sup>

En efecto, según Godinho Delgado:

“la tercerización conduce a una relación trilateral con respecto a la contratación de la fuerza de trabajo en el mercado capitalista: el trabajador, el prestador de servicios, que realiza sus actividades materiales e intelectuales junto con la empresa tomadora de servicios; la empresa tercera, que contrata a este trabajador, firmando con él los vínculos jurídicos laborales pertinentes; la empresa tomadora de servicios, que recibe la prestación del trabajo, pero no asume la posición clásica de empleadora de ese mismo trabajador implicado”.<sup>534</sup>

Este modelo, apunta Godinho Delgado, difiere del modelo clásico laboral, ya que tiene una proporción de tres puntos en lugar de dos. Esta disociación entre la relación económica de trabajo firmada entre la empresa que contrata los servicios y la normativa laboral, en relación al tercero, supone graves desajustes en relación a los objetivos tradicionales de protección de la legislación laboral.<sup>535</sup>

La posibilidad prevista para la subcontratación existente en la *Consolidação das Leis do Trabalho* de 1943, es la del artículo 455<sup>536</sup> que incluye la figura del contrato, no estando previsto en el cuerpo de la *Consolidação* ninguna forma de contratación triangular de trabajo.<sup>537</sup>

Para Gustavo Filipe Barbosa Garcia, la tercerización “*puede ser entendida como la transferencia de ciertas actividades del tomador de servicios que serán ejercidas por empresas distintas*”. Lo que importa, a efectos del derecho del trabajo, es disponer de un trabajador que preste servicios al tomador, pero con

<sup>532</sup> PINTO MARTINS, Sérgio, *Direito do trabalho*, cit., p. 171/172.

<sup>533</sup> PINTO MARTINS, Sérgio, *Direito do trabalho*, cit., p. 430.

<sup>534</sup> PINTO MARTINS, Sérgio, *ibidem*.

<sup>535</sup> PINTO MARTINS, Sérgio, *Direito do trabalho*, cit., p. 430/431.

<sup>536</sup> Art. 455 - En los contratos de subcontratación responderá el subcontratado por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo estipulado, cabiendo, todavía, a los empleados, el derecho de recurso contra el contratista principal por incumplimiento de esas obligaciones por parte del primero. Párrafo único - Al contratista principal se le reconoce, en los términos de la ley civil, la acción regresiva contra el subcontratista y la retención de fondos debida a éste, para la garantía de las obligaciones previstas en este artículo.

<sup>537</sup> PINTO MARTINS, Sérgio, *Direito do trabalho*, cit., p. 431.

una relación jurídica a la empresa prestadora de servicios. La relación, en estos casos, es trilateral o triangular.<sup>538</sup>

Barbosa Garcia añade:

“Entre el empleado y el empleador (que es una empresa prestadora de servicios) se verifica la *relación de empleo*, es decir, *el contrato de trabajo* (art. 442, *caput*, de la CLT). El vínculo entre el tomador (que ha dado a terceros alguna de sus actividades) y la empresa prestadora de la que deriva el otro contrato, cuyo objeto es la prestación del servicio empresarial.

(...)

se trata de un panorama diferenciado, ya que, tradicionalmente, la relación jurídica de empleo es bilateral, es decir, tiene como sujetos sólo al empleado y al empleador, que también es el tomador o titular de los servicios prestados”.<sup>539</sup>

La tercerización es cada vez más común hoy en día, como una manera de reducir los costes, proporcionar servicios con mayor eficiencia, productividad y competitividad, que son objetivos evidentes en tiempos de globalización. Sin embargo, hay límites a esta forma de contratación, para proteger las garantías del contrato de empleo.<sup>540</sup>

Manoel María Sánchez Álvares, sostiene que en efecto la tercerización, o subcontratación tiene por objetivo la reducción de los costes de producción para la empresa tomadora que opera en el mercado.<sup>541</sup>

En el caso brasileño, la jurisprudencia ha entendido que es lícita la tercerización en los casos de actividad-medio del tomador de servicios, sin llegar a formar un vínculo jurídico directo con este último. Su responsabilización, en el caso de un eventual incumplimiento por parte del prestador es subsidiaria; es decir, determina si conviene agotar las posibilidades de cobrar al deudor principal, al prestador (empleador) para, después de la ejecución, tomar las medidas frente a quien contrate los servicios.

En este sentido, establece la *súmula* 331 del Tribunal Superior del Trabajo:

“CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LEGALIDAD (establecida) – res. 121/2003, DJ 19, 20 y 21.11.2003 I - La contratación

<sup>538</sup> BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe, “Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 291, Porto Alegre: HS Editora, março de 2008, p. 7.

<sup>539</sup> BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe, “Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular”, cit., p. 7/8.

<sup>540</sup> BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe, “Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular”, cit., p. 8.

<sup>541</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, “Nuevas formas de organización empresarial. Deslocalización, descentralización y externalización. Empresa principal, contrata y subcontrata”. En *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación General. Cuadernos de Derecho Judicial, XV – 2005, 2006, p. 109/110.

de trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, formándose el vínculo directamente con el tomador de los servicios, salvo en el caso de trabajo temporal (Ley nº 6.019, de 03.01.1974). II - La contratación irregular de trabajador, mediante empresa interpuesta, no genera vínculo de empleo con los órganos de la administración pública directa, indirecta o fundacional (art. 37, II, de la CF/1988). III - No forma vínculo de empleo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia (Ley nº 7.102, de 20.06.1983) y de conservación y limpieza, así como la de servicios especializados ligados a la actividad-medio del tomador, ya que resulta inexistente la personalidad jurídica y la subordinación directa. IV - El incumplimiento de las obligaciones laborales, por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios, en cuanto a aquellas obligaciones, también con respecto a los órganos de la administración directa, de las autarquías, de las fundaciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta, siempre que hayan participado de la relación procesal y consten también del título ejecutivo judicial (art. 71 de la Ley nº 8.666, de 21.06.1993).<sup>542</sup>

En el caso español, existe la cesión de obras y servicios, llamadas “*contratas*” y “*subcontratas*”. Las “*contratas*” de España son diferentes a las del derecho brasileño. Serían similares a la tercerización de servicios, por ejemplo, aquellas “*contratas*” que actúan en la actividad de vigilancia y limpieza. Sin embargo, las contrataciones y subcontrataciones en España van más allá de esas posibilidades, pudiendo caer tanto en la dicha actividad-medio, como en la actividad-fin de la empresa tomadora. Sin embargo, es bueno resaltar que las “*contratas*” cuyos empleados reciben la protección de la norma jurídica laboral, tal como en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, son las que se refieren a la propia actividad de la empresa principal, ligadas directamente al proceso productivo.<sup>543</sup> Esta cuestión, sin embargo, es de interpretación controvertida en los tribunales españoles.<sup>544</sup> En España, las normas de descentralización productiva tienen como base el artículo 38 de la Constitución Española.<sup>545</sup>

Sobre la cuestión de la libertad de empresa Sánchez Álvarez, siguiendo la decisión del TSJ de Andalucía, apunta que:

“Comenzando por su fundamento, este se encuentra, desde luego, en el principio de libertad de empresa, recogido como derecho en el art. 38 de la Constitución Española. De las dos posibles acepciones de este principio – derecho a la iniciativa económica y capacidad del empresario para dirigir y organizar la empresa – nos interesa este último, que

<sup>542</sup> En: <http://www.tst.jus.br> - acceso el 22 de febrero de 2009, 21h25min.

<sup>543</sup> MOTTECY OLIVEIRA, Carmela, “O elemento subordinação na distinção entre “*contratas*” e cessão ilegal de mão-de-obra no direito espanhol”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 285, Porto Alegre: HS Editora, setembro de 2007, p. 71/72.

<sup>544</sup> Sobre la responsabilidad empresarial en el caso de la contratación por persona interpuesta de forma lícita, ver también LLANO SÁNCHEZ, Mónica. *Responsabilidade empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid: La Ley, 1999, donde la autora realiza un profundo análisis del tema debatido.

<sup>545</sup> “Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

consistiría en “los poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas las medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo”. La partir de ello es fácil llegar a la conclusión de que el mencionado derecho permite al empresario reorganizar total o parcialmente la actividad empresarial tantas veces como sea necesario o, incluso, aunque sólo sea conveniente u oportuno para hacer frente a las necesidades que el mercado le impone a la empresa, pues “la facultad de establecer el contrato de trabajo en orden a adecuar la prestación servicial del trabajador a la estructura organizativa y necesidades de la empresa, corresponde al empresario” (STSJ Andalucía 168/2003, Málaga, de 30 de enero).<sup>546</sup>

El ordenamiento jurídico español, sin embargo, prohíbe las “contratas” para el suministro de mano de obra. Deben tener por objetivo la obligación de hacer que resulte en la prestación de una obra o servicio determinado para la empresa contratante, que “debe, también, contar con los medios propios para la ejecución de los servicios u obra contratada. También debe permanecer con el poder de dirección sobre sus empleados utilizados en la “contrata”, ya que es el verdadero empleador y tiene obligaciones que cumplir con la empresa principal”.<sup>547</sup>

La verdadera empleadora del trabajador de una “contrata” es la propia “contrata” a quien el prestador de trabajo ésta vinculado y de quien recibirá órdenes. La “contrata” debe estar formal y materialmente constituida, con los medios necesarios para cumplir las obligaciones a las que se propone, asumidas con carácter empresarial. Entre la prestadora y la tomadora tendrá que constar un resultado, no pudiendo ser sólo un suministro de mano de obra, lo que generaría el fraude.<sup>548</sup>

A. Pedrajas Moreno, afirma que “resulta de radical importancia que sea la contratista (y nunca la principal), la que asuma realmente la ‘dirección y ejecución’ de la obra o servicio contratados. Y, además, estar ‘en condiciones de demostrarlo’”. El autor sigue y apunta que las relaciones entre la empresa principal y la contratada deben darse siempre entre administradores o incluso gerentes. Nunca directamente entre empleados de la primera y trabajadores de la segunda”.<sup>549</sup>

Así, en el caso español, que en este punto incluso se aproxima al brasileño, al haber una mera intermediación de mano de obra o incluso estando los trabajadores sólo formalmente vinculados a la “contrata”, habrá fraude a los

<sup>546</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, “Nuevas formas de organización empresarial (...)”, cit., p. 123.

<sup>547</sup> MOTTECY OLIVEIRA, Carmela, “O elemento subordinação (...)”, cit., p. 73/74.

<sup>548</sup> MOTTECY OLIVEIRA, Carmela, “O elemento subordinação (...)”, cit., p. 74/75.

<sup>549</sup> PEDRAJAS MORENO, Abdón, “La cesión ilegal de trabajadores”. En Autores Varios. *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*. Abdón Pedrajas Moreno (dir.). Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 239/240.

derechos de los trabajadores y vínculo de empleo para la tomadora. En España estas situaciones son llamadas “pseudcontratas”.<sup>550</sup>

En un principio, esto es lo que se puede decir acerca de la tercerización. La cuestión de su legalidad y la diferencia con la subcontratación empresarial, así como su constitucionalidad, será tratada en los apartados que siguen. Ahora, basta saber lo que normalmente se entiende por tercerización. En cuanto a la subordinación, como ya ha sido objeto de análisis en páginas anteriores, no es necesario hacer nuevas referencias.

### **3.7.2 Casos de tercerización admitidos por la legislación brasileña**

La legislación brasileña prevé la tercerización. Hay casos, sin embargo, donde se presenta un carácter fraudulento, en que hay intermediación de mano de obra en lugar de contrato de tercerización. Son los contratos triangulares considerados lícitos y que vamos a analizar ahora.

#### **3.7.2.1 Descentralización del servicio público**

La tercerización en el servicio público se debe utilizar para la planificación, coordinación, supervisión y control, con el objetivo de impedir el crecimiento desmesurado de la máquina administrativa, recurriendo, en estos casos, a la ejecución indirecta, pasándola a la iniciativa privada mediante contrato.

Lo que autoriza la tercerización en el servicio público es el Decreto-Ley 200/67, artículo 10, enunciado, que establece que “*la ejecución de las actividades de la Administración Federal deberá ser ampliamente descentralizada*”, además del párrafo séptimo del mismo artículo, donde consta que “*para liberarse mejor de las tareas de planificación, coordinación, supervisión y control y con el objetivo de impedir el crecimiento desmesurado de la máquina administrativa, la Administración intentará quedar libre de la realización material de las tareas directivas, recurriendo, siempre que sea posible, a la ejecución indirecta, mediante contrato, en el momento en que exista en el área una iniciativa privada suficientemente desarrollada y capaz para desempeñar los encargos de ejecución*”. Ambas disposiciones están reforzadas por el artículo 3º, párrafo único, de la ley 5.645/70, donde constaba (ya que fue revocado por la ley 9.527/97) que “*las actividades relacionadas con el transporte, la conservación, la custodia, la operación de ascensores, la limpieza y otras similares serán, preferentemente, objeto de ejecución indirecta, mediante contrato, de acuerdo con el artículo 10, párrafo 7º, del decreto-ley número 200, de 25 de febrero de 1967*”.<sup>551</sup>

Esta última norma que, según Godinho Delgado, constituye un ejemplo de la posibilidad de tercerización y lo hace a modo de ejemplo, considerando también la

<sup>550</sup> MOTTECY OLIVEIRA, Carmela, “O elemento subordinação (...)”, cit., p. 78/79.

<sup>551</sup> En: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) - Acesso el 27 de abril de 2009, a las 23h58min.

actividad-medio, sirve como base y justifica la tercerización en el servicio público<sup>552</sup>.

Se podría pensar que tales disposiciones legales, por analogía, se aplicarán a la iniciativa privada. Sin embargo, resulta engañosa esta conclusión. Este artículo, que se refiere sólo a la descentralización administrativa, prevé la excepción, la contratación por persona interpuesta, que debe interpretarse de forma restrictiva. La norma crea, como veremos más adelante, una excepción a la regla general, excepción ésta que por una cuestión hermenéutica debe tener una interpretación restrictiva.

Por otro lado, la interpretación extensiva a la actividad privada general de esta norma encuentra un obstáculo en el artículo 7º, enunciado y I, de la CF/88. Este artículo dispone que “*son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que apunten a la mejora de su condición social: I – relación de empleo (...)*”, entendiéndose, como interpretación más beneficiosa, la relación de empleo directa.

En el caso de las empresas públicas que exploten las actividad económica, por estar sujetas al régimen de las empresas privadas<sup>553</sup>, basándose en el artículo 7º, enunciado y I, de la CF/88 no es posible la tercerización, de manera que no se permite el trabajo tercerizado, salvo en los casos en los que haya permiso para las empresas privadas (servicio de vigilancia y transporte de valores, ley de las telecomunicaciones y trabajo temporal).

El hecho de que existe la disposición en la ley de licitaciones, artículo 71 y párrafo primero, ley 8.666/93<sup>554</sup>, que exonera al ente público en los casos de tercerización, no se debe aplicar por inconstitucionalidad, tal como dispone el artículo 37, párrafo sexto, de la CF/88<sup>555</sup>, norma ésta en parte repetida por el inciso IV de la *Súmula* 331 del TST, y la *Súmula* 11 del TRT de la Cuarta Región, Rio Grande do Sul, Brasil, enunciado éste que observa:

“RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA DIRECTA E INDIRECTA. CONTRATOS DE PRESTACIÓN

<sup>552</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 435.

<sup>553</sup> Artículo 173, párrafo primero, II, de la CF/88.

<sup>554</sup> Art. 71. El contratado es responsable por los encargos laborales, de la seguridad social, fiscales y comerciales, resultantes de la ejecución del contrato. § 1º El incumplimiento del contratado, con referencia a los encargos laborales, fiscales y comerciales no transfiere a la Administración Pública la responsabilidad por su pago, ni podrá cumplir el objeto del contrato o restringir la regularización y el uso de las obras y edificaciones, incluso ante el Registro de Inmuebles.

<sup>555</sup> Art. 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, al siguiente: (...) § 6º - Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en calidades tales, causen a terceros, asegurado el derecho al reintegro contra el responsable en los casos de dolo o culpa.

DE SERVICIOS. LEY 8666/93. La norma del art. 71, par. 01, de la L 8666/93 no suprime la responsabilidad subsidiaria de las entidades de la administración pública, directa e indirecta, tomadoras de los servicios. Resolución Administrativa no.007/99. Publicado en el DJE de 11/05/99".<sup>556</sup>

Como hemos visto, es posible la tercerización de ciertas actividades por el poder público, transferidas a la iniciativa privada mediante contrato de licitación. Sin embargo, la respectiva esfera de la administración será responsable de forma subsidiaria por eventuales parcelas no-pagadas, como han puesto de manifiesto reiteradas decisiones de los tribunales laborales.

### 3.7.2.2 Ley del trabajo temporal – ley 6.019/74

Esta legislación se refiere a la oferta de mano de obra temporal en situaciones especiales. Determina la norma que las empresas pueden contratar, con una empresa de trabajo temporal, empleados que prestan servicios de actividad ordinaria, siempre que se justifiquen en la contratación las vacaciones y los permisos de maternidad, entre otros.

Esta forma de contratación trilateral implica para la empresa de trabajo temporal (ETT) o la empresa tercera, al trabajador temporal y a la empresa tomadora de los servicios (ETS) o cliente. El vínculo laboral se establece entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal, aunque preste su trabajo con la tomadora. Esta relación, según Godinho Delgado, rompe con el modelo de la *Consolidação das Leis do Trabalho* de contratación directa, y resulta del proceso de “tercerización” de la legislación laboral brasileña.<sup>557</sup>

El trabajo temporal es, en virtud del artículo 2º de la ley 6.019/74, el “*prestado por una persona física a una empresa, para atender a la necesidad transitoria de sustitución de su personal regular y permanente o al incremento extraordinario de servicio*”.

Por otro lado, la empresa de trabajo temporal es la “*persona física o jurídica urbana, cuya actividad consiste en poner a disposición de otras empresas, temporalmente, trabajadores debidamente cualificados, remunerados y asistidos por ellas*”.

En España, en virtud de la Ley 14/94, artículo 1º, “*Se denomina empresa de trabajo temporal aquélla cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley*”.

<sup>556</sup> En: [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br) - acceso el 27 de abril de 2009, 23h47min.

<sup>557</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 452.

En los dos países, el sistema es similar, pero no idéntico. Se parece más al caso brasileño lo contemplado en el artículo 43, 1, del Estatuto de los Trabajadores. La referencia sirve para situar al lector y enriquecer el debate al que nos referiremos más adelante.

Maurício Godinho Delgado acaba por definir el trabajador temporal:

“Trabajador temporal es aquél que, jurídicamente vinculado a una empresa de trabajo temporal, de quien recibe sus correspondientes contratos, presta servicios a otra empresa, para atender a la necesidad transitoria de sustitución del personal regular y permanente o el incremento extraordinario de los servicios de la empresa tomadora”.<sup>558</sup>

Como podemos observar, las posibilidades de incidencia de este contrato son restrictivas. Estas son las necesidades transitorias de sustitución del personal regular y permanente de la empresa tomadora o necesidad que resulta del incremento extraordinario de servicios por parte de la misma empresa tomadora, artículo 2º de la ley 6.019/74. Estas hipótesis se refieren a la legalidad del contrato. De no ser observada, existirá un vínculo jurídico de empleo directamente entre el trabajador y el tomador de los servicios, de conformidad con el inciso I de la *súmula* 331 del TST.<sup>559</sup>

La duración de este contrato es de tres meses y deberá formularse por escrito, artículos 10 y 11, enunciado, de la ley 6.019/74<sup>560</sup>. La norma jurídica brasileña prevé, además, el pago del salario igual entre el sustituido y substituto.

En la legislación brasileña existe una forma de tercerización de la actividad-fin. Este estudio tiene como objetivo analizar la subordinación, dejando a un lado la cuestión de la diferenciación entre actividad-medio y actividad-fin. Sin embargo, con el fin de situar al lector y para que se familiarice con la legislación, jurisprudencia y doctrina mayoritaria brasileña, se hace referencia a estos conceptos.

### **3.7.2.3 Servicios de seguridad, vigilancia y transporte de valores – ley 7.102/83**

<sup>558</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 453.

<sup>559</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *ibidem*.

<sup>560</sup> Art. 10 - El contrato entre la empresa de trabajo temporal y la empresa tomadora o cliente, con relación a un mismo empleado, no podrá exceder de tres meses, salvo autorización conferida por el órgano local del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, según instrucciones del Departamento Nacional de Mano de obra.

Art. 11 - El contrato de trabajo celebrado entre empresa de trabajo temporal y cada uno de los asalariados puestos a disposición de una empresa tomadora o cliente será, obligatoriamente, escrito y deberán constar, expresamente, los derechos conferidos a los trabajadores por esta Ley. Párrafo único. Será nula de pleno derecho cualquier cláusula de reserva, prohibiendo la contratación del trabajador por la empresa tomadora o cliente al fin del plazo en el que haya sido puesto a su disposición por la empresa de trabajo temporal.

El artículo 10, párrafo segundo, de la ley 7.102/83 contempla otras formas de tercerización previstas en el ordenamiento jurídico brasileño.

Dispone el citado artículo y párrafo:

“Art. 10. Son considerados como seguridad privada las actividades referentes a las prestación de servicios con la finalidad de: I - proceder a la vigilancia patrimonial de las instituciones financieras y de otros establecimientos, públicos o privados, así como la seguridad de las personas físicas; II - realizar el transporte de valores o garantizar el transporte de cualquier otro tipo de carga. (...) § 2º Las empresas especializadas en prestación de servicios de seguridad, vigilancia y transporte de valores, constituidas bajo la forma de empresas privadas, además de las hipótesis previstas en los incisos del *caput* de este artículo, podrán prestarse al ejercicio de las actividades de seguridad privada para personas; para establecimientos comerciales, industriales, de prestación de servicios y residencias; para entidades sin fines de lucro; y órganos y empresas públicas”.

Se trata de la posibilidad de contratación, por instituciones financieras, establecimientos públicos o privados, así como por personas físicas, de servicios de seguridad, vigilancia y transporte de valores a través de empresas especializadas.

Son empresas especializadas de seguridad privada las que están destinadas a la vigilancia patrimonial de las instituciones mencionadas y/o que realizan transporte de valores para estas mismas empresas, tal como se contempla en los incisos I y II del artículo 10, de la ley 7.102/83.

Esta forma de tercerización lícita aparece en la Sección III de la *súmula* 331 del TST y excluye el vínculo laboral para el tomador de los servicios, aunque resultando éste, sin embargo, responsable de forma subsidiaria.

#### **3.7.2.4 Régimen de concesión y permiso de la prestación de servicios públicos - ley 8.987/95**

El artículo 25, párrafo primero, de la ley 8.987/95 establece que “*la concesionaria podrá contratar con terceros el desarrollo de actividades inherentes, accesorias o complementarias al servicio concedido, así como la implementación de proyectos asociados*”.

Hay que destacar que el artículo mencionado prevé la tercerización de las actividades *inherentes* del tomador de los servicios. De ahí se podría interpretar que el ordenamiento jurídico brasileño prevé la posibilidad de la tercerización de

actividad-fin del tomador de los servicios. Eso es, sin embargo, contraria a los términos de la *súmula* 331 del TST <sup>561 562</sup>.

En cualquier caso, esta forma de tercerización depende del contrato entre el prestador del servicio y la concesionaria del servicio público. Una vez que los trabajadores de la prestadora estén sujetos a las órdenes de la tomadora, en cualquier forma de tercerización, incluso la presente, habrá vínculo de empleo con ésta.

Aquí, como en el apartado anterior, no se está teniendo en cuenta el concepto de subordinación defendido en este estudio, sino sólo el habitual.

Se hace el registro que el 28 de mayo de 2009, el Tribunal Superior del Trabajo de Brasil ha decidido que la terceirización en actividad-fin de las empresas de energia eletrica es ilegal, ello porque la *Súmula* 331 del TST tiene un carater protectivo y restrictivo cuanto a la terceirización <sup>563</sup>.

Hemos subrayado la existencia de esta forma de tercerización legal prevista en la legislación brasileña.

### **3.7.2.5 Ley general de las telecomunicaciones - ley 9.472/97**

Al igual forma que en el apartado anterior, establece el artículo 94, II, de la ley 9.472/97 que trata de las telecomunicaciones, que las empresas concesionarias de telecomunicaciones podrán *“contratar con terceros el desarrollo de actividades inherentes, accesorias o complementarias al servicio, así como la implementación de proyectos asociados”*.

---

<sup>561</sup> “*Súmula* Nº 331 del TST - Contrato de prestación de servicios. Legalidad - Inciso IV modificado por la Res. 96/2000, DJ 18.09.2000 I - La contratación de trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, formándose el vínculo directamente con el tomador de los servicios, salvo en el caso de trabajo temporal (Ley nº 6.019, de 03.01.1974). II - La contratación irregular de trabajador, mediante empresa interpuesta, no genera vínculo de empleo con los órganos de la administración pública directa, indirecta o fundacional (art. 37, II, de la CF/1988). III - No forma vínculo de empleo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia (Ley nº 7.102, de 20.06.1983) y de conservación y limpieza, así como la de servicios especializados ligados a la actividad-medio del tomador, siempre que no exista la personalidad y la subordinación directa. IV - El incumplimiento de las obligaciones laborales, por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios, como obligaciones, incluso con respecto a los órganos de la administración directa, de las autarquías, de las fundaciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta, siempre que hayan participado en la relación procesal y consten también del título ejecutivo judicial (art. 71 de la Ley nº 8.666, de 21.06.1993)”.

<sup>562</sup> Ver apartado siguiente donde consta que la materia objeto del análisis “actividad inherente” está siendo discutida en lo que se refiere a la ley de las telecomunicaciones.

<sup>563</sup>

[http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_cod\\_noticia=9288](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=9288) aceso el 29 de mayo de 2009, a las 12h58min.

El artículo mencionado prevé la tercerización de las actividades *inherentes* al tomador de los servicios, por lo que se podría considerar lícita la tercerización de actividad-fin de este tomador.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Superior del Trabajo, en el proceso 4661-2002-921-21-00-4, debate si efectivamente la tercerización prevista por la ley en discusión en este apartado, pueda alcanzar no sólo la actividad-medio del tomador, sino también la actividad-fin. Sin embargo, el Ministro Lélío Bentes Corrêa advierte del peligro de tercerizar toda la estructura de la empresa, lo que no está permitido por la jurisprudencia del TST<sup>564 565</sup>.

En estos casos, una vez más, siempre que no haya la subordinación jurídica, el vínculo se producirá entre el empleado y la empresa prestadora, resultando la tomadora como responsable subsidiaria como consecuencia de la tercerización. Se aplica también a las concesionarias de servicio público de la ley 8.987/95, tal como se prevé en el inciso IV, de la *súmula* 331 del TST<sup>566</sup>.

### 3.7.2.6 Actividad-fin y actividad-medio

Gustavo Filipe Barbosa Garcia considera la actividad-medio como siendo *“aquella de mero soporte, que no integra el núcleo, es decir, la esencia de las actividades empresariales del tomador”*. La actividad-fin es la que compone el núcleo o la esencia de las actividades empresariales del tomador.<sup>567</sup>

Como hemos dicho en los párrafos anteriores, no hay necesidad de discutir nuevamente acerca de lo qué sea actividad-medio y actividad-fin. Lo hemos analizado en los apartados sobre subordinación. Conviene, sin embargo, subrayar que no estamos de acuerdo con esta nomenclatura o discriminación, pero, con el fin de comprender qué es y cuáles son los límites de la tercerización en Brasil, es necesario hacer una referencia explícita.

Arnaldo Sússekind, apunta que lo que importa es que los trabajadores, en el caso de la tercerización lícita, no estén jurídicamente subordinados a la empresa contratante, en una operación triangular que sólo se admite en los casos de trabajo temporal, prestando los respectivos servicios bajo la dirección y disciplina de la empresa de trabajo temporal. Esta empresa es la responsable primaria de

<sup>564</sup>

[http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_cod\\_noticia=9006](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=9006) - acceso el 09 de marzo de 2009, 14h.

<sup>565</sup> No hay fallo definitivo todavía.

<sup>566</sup>“*Súmula* Nº 331 del TST – (...) IV - El incumplimiento de las obligaciones laborales, por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios, como obligaciones, incluso en cuanto a los órganos de la administración directa, de las autarquías, de las fundaciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta, siempre que hayan participado en la relación procesal y consten también del título ejecutivo judicial (art. 71 de la Ley nº 8.666, de 21.06.1993)”.

<sup>567</sup> BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe, “Equiparação salarial na terceirização de serviços”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 296, Porto Alegre, HS Editora, agosto de 2008, p. 61/62.

las partes y del pago al trabajador, resultando la tomadora como responsable subsidiaria.<sup>568</sup>

Para Süssekind, la “tercerización es la contratación de empresas especializadas en seguimientos de producción no correspondientes al objeto final de la contratante o para la ejecución de actividad-medio no fundamentales para el funcionamiento de la empresa”. Continúa y añade que para la jurisprudencia es posible la tercerización de servicios de restauración o de preparación de alimentos, de seguridad, conservación y limpieza, conservación y asistencia de máquinas, ascensores y otros equipos, asistencia médica, contable o jurídica, transporte y selección de personal.<sup>569</sup>

Una vez aclarado lo que es actividad-fin y actividad-medio, será posible, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo, *Súmula* 331, III, la tercerización de las actividades de conservación y limpieza, vigilancia, así como aquéllas ligadas a la actividad-medio del tomador, ya que no existe la personalidad jurídica y la subordinación con respecto a la prestación de los servicios<sup>570</sup>.

La jurisprudencia relativa a la *súmula*, si se terceriza la actividad-fin del tomador, o incluso si existe tercerización de la actividad-medio, en este último caso se mantiene la personalidad jurídica y/o la subordinación jurídica con respecto al tomador de los servicios. En este caso, el vínculo se declarará de forma directa para este último, conforme al inciso I de la *súmula* 331 del TST. Además, en casos de fraude a la ley, conforme al artículo 9º de la CLT y 942, enunciado y párrafo único, del Código Civil brasileño<sup>571</sup>, será la empresa prestadora de los servicios responsable de forma solidaria.

En el caso de la tercerización lícita, un eventual incumplimiento de derechos laborales por parte de la empresa prestadora con relación a sus empleados, genera la responsabilidad subsidiaria (con beneficio de orden) de la empresa tomadora, siempre que haya participado en la relación procesal y conste del título ejecutivo en el caso de que demande en la justicia laboral; eso conforme al inciso IV de la *súmula* 331, del TST<sup>572</sup>.

<sup>568</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo, *Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.203.

<sup>569</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo, *Curso de direito do trabalho*, cit., p.204.

<sup>570</sup> “*Súmula* Nº 331 del TST – (...) III - No forma vínculo de empleo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia (Ley nº 7.102, de 20.06.1983) y de conservación y limpieza, así como la de servicios especializados ligados a la actividad-medio del tomador, siempre que no exista la personalidad jurídica y la subordinación directa”.

<sup>571</sup> “Artículo 9º. Serán nulos de pleno derecho los actos practicados con el objetivo de desvirtuar, impedir o falsificar la aplicación de los preceptos contenidos en la presente *Consolidação*”.

“Artículo 942. Los bienes del responsable por la ofensa o violación del derecho de otros quedan sujetos a la reparación del daño causado; y, si la ofensa tiene más de un autor, todos responderán solidariamente por la reparación. Párrafo único. Son solidariamente responsables con los autores los coautores y las personas designadas en el artículo 932”.

<sup>572</sup> “*Súmula* Nº 331 del TST - (...) IV - El incumplimiento de las obligaciones laborales, por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios, como obligaciones, incluso con respecto a los órganos de la administración directa, de las autarquías, de las

El hecho de que exista una cláusula contractual que exonera a la empresa tomadora de cualquier responsabilidad por parcelas no-pagadas por la prestadora, no tiene eficacia frente al trabajador, puesto que la responsabilización deriva de la norma de orden público, que se basa en el artículo 455 de la CLT, norma esa irrevocable por las partes<sup>573</sup>.

Sin embargo, Rodrigo Coimbra Santos considera que la responsabilización subsidiaria del tomador, en el caso de tercerización lícita no se justifica. Apunta que no se puede pensar de forma tan paternalista y que no hay considerar responsable a un tomador de servicios cuando lo hace a través de una tercerización lícita.<sup>574</sup>

Finalmente, resulta interesante lo que apunta Godinho Delgado sobre la forma de remuneración del trabajador en el caso de tercerización. Para él los trabajadores tercerizados deben recibir el mismo salario de los empleados de la empresa tomadora de los servicios, en virtud del artículo 12 de la Ley 6.019/74<sup>575</sup>, norma que se aplica por analogía.<sup>576</sup>

### 3.7.3 Tercerización y subcontratación empresarial

---

fundaciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta, siempre que hayan participado de la relación procesal y consten también del título ejecutivo judicial (art. 71 de la Ley nº 8.666, de 21.06.1993)".

<sup>573</sup>BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe, "Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular", cit., p. 12. "RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. La CEF recibió la fuerza de trabajo mediante recurso, debiendo responder subsidiariamente en cuanto a las obligaciones laborales, en los términos del Enunciado 331, IV, del TST. Revista conocida y distribuida". (Proc. nº RR-274292/1996-9 - 6ª Região - AC. 2ª Turma, Rel. Min. Moacyr Roberto Tesch Auersvald. Recorrente: Maria Izabel de Lira Neto. Fuente: Caixa Econômica Federal - CEF. TST, un., DJU 30.10.98, p. 123).

<sup>574</sup> COIMBRA SANTOS, Rodrigo, "Repensando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizados nas atividades lícitas". En: *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, número 288, diciembre de 2007, p. 75.

<sup>575</sup> Art. 12 - Quedan asegurados al trabajador temporal los siguientes derechos: a) remuneración equivalente a la percibida por los empleados de la misma categoría de la empresa tomadora o cliente calculados con base horaria, garantizada, en cualquier hipótesis, la percepción del salario mínimo regional; b) jornada de ocho horas, remuneradas las horas extraordinarias no excedentes de dos, con añadido del 20% (un veinte por ciento); c) vacaciones proporcionales, en los términos del artículo 25 de la Ley nº 5107, de 13 de septiembre de 1966; d) descanso semanal remunerado; e) adicional por trabajo nocturno; f) indemnización por exención sin justa causa o término normal del contrato, correspondiente a 1/12 (un doceavo) del pago recibido; g) seguro contra accidente del trabajo; h) protección previdenciaria en los términos de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Seguridad Social, con las modificaciones introducidas por la Ley nº 5.890, de 8 de junio de 1973 (art. 5º, apartado III, letra "c" del Decreto nº 72.771, de 6 de septiembre de 1973). § 1º - Se registra en la Cartera de Trabajo y Seguridad Social del trabajador su condición de temporal. § 2º - La empresa tomadora o cliente queda obligada a comunicar a la empresa de trabajo temporal de todo accidente cuya víctima sea un asalariado puesto a su disposición, considerándose lugar de trabajo, para los efectos de la legislación específica, tanto aquél donde se efectúa la prestación del trabajo, como la sede de la empresa de trabajo temporal.

<sup>576</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., 447.

Las grandes empresas, con el fin de acelerar la producción y la gestión y con el objetivo de reducir los tiempos de producción y disminuir las existencias, abandonan, o al menos restringen, el antiguo criterio de organización vertical y concentrado del sistema productivo, transfiriéndolo a otras empresas. Hay una especie de delegación por una parte de los implementaciones necesarias para su producto final o incluso con etapas completas de su ciclo productivo tradicional. “La empresa líder reduce, en consecuencia, su propia dimensión estructural y operacional, sin perjuicio de poder aumentar su producción final en el mismo (o menor) período de tiempo”.<sup>577</sup>

En este caso, las empresas organizadas en forma de redes, adquieren protagonismo, desfigurando la clásica concentración y centralización capitalista, transfiriendo ciertos elementos de la cadena productiva a empresas pequeñas, medias y grandes. Eso, sin embargo, según Godinho Delgado, debilita los movimientos sindicales, ya que son más fuertes en grandes empresas, fraccionando el movimiento sindical.<sup>578</sup>

Fernando Valdés Dal-Ré, llama la atención sobre el hecho de que el sistema de empresas en una red está cambiando. Hay una nueva forma de empresas en red, grandes empresas en red, diferenciándose un poco del modelo de empresas en redes horizontales que añaden pequeñas y medias empresas en una demarcación industrial. Las alianzas estratégicas entre las grandes empresas en red, son distintas a las de la empresa horizontal. Hay, sin embargo, un elemento común que es la forma organizativa socialmente típica de la economía globalizada.<sup>579</sup>

F. Valdés apunta que:

“La descentralización productiva es, hoy, una realidad planetaria, visible en economías de muy distinta estructura y desarrollo y utilizada en los más diversos sectores económicos. El principio de división del trabajo asociado a la externalización no sólo alcanza a las organizaciones empresariales; también tiene renovada traducción en el campo transnacional a través de las empresas maquilladoras, utilizadas actualmente como vehículos de la estrategia descentralizadora de los países desarrollados para reducir de forma drástica los costes laborales. Y la externalización es, además de un fenómeno ampliamente generalizado, una realidad multifuncional, que no afecta solamente a la producción de bienes o servicios; también actúa en su gestión y comercialización, penetrando, incluso, en funciones empresariales básicas o estratégicas, como pueden ser las de dirección”.<sup>580</sup>

<sup>577</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Capitalismo, trabalho e emprego (...)*, cit., p. 42.

<sup>578</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Ibidem*.

<sup>579</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”. En Autores Varios. *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*. Abdón Pedrajas Moreno (org.). Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 29.

<sup>580</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La externalización de actividades laborales (...)”, cit., p. 31.

La nueva organización está produciendo una desorganización en el trabajo, como advierte Valdés Dal-Ré, citando a Spiro Simitis. Sin embargo, el jurista español no es de la opinión de que se llegará al final del trabajo. El derecho del trabajo seguirá, durante mucho tiempo, mediando el conflicto social entre el capital y el trabajo.<sup>581</sup>

Lo cierto es que estas formas de subcontratación, así como la tercerización tradicional, acaban por reducir el valor pagado por el trabajo prestado. Sin embargo, las grandes empresas de la rama automovilística del centro de Brasil, especialmente Sao Paulo, pagan a sus empleados “*directos*”, salarios más altos con respecto a aquellas empresas que les prestan servicios, lo que debilita de forma significativa a la clase trabajadora. Toma de ella la conciencia de clase y acaba dando lugar a una mayor marginación. Han terminado por negociar la reducción de los salarios y de la jornada a cambio del empleo, debilitando a la democracia.

F. Valdés Dal-Ré sostiene que la forma de organización tratada en este apartado modifica la tradicional forma organizativa de los sistemas pluralistas de las relaciones laborales. El proceso de reubicación de las empresas, dificulta la implantación de los sujetos que añaden los intereses colectivos de las categorías de trabajadores. Abren nuevos escenarios para la asociación colectiva, con fronteras funcionales más difusas y frecuentemente privadas de la ya tradicional nota de cohesión social. “*La cohesión social, fundamento de la acción colectiva, tiende a erosionarse*”.<sup>582 583</sup>

Para Spurk, la producción del capitalismo plenamente desarrollado desemboca en una contradicción. Por un lado la durabilidad, estabilidad y solidez del capital y, por otro, la fragilidad e incertidumbre de los trabajadores. “*Los fundamentos de la existencia de los trabajadores son tan precarios como sus funciones parciales en el seno del proceso de trabajo. Los trabajadores pueden ser supernumerarios e inútiles, sin que puedan influir en ese proceso*”.<sup>584</sup> El trabajo se debilita y queda desamparado ante el capitalismo, reforzando el propio capitalismo.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, de 24 de marzo de 2003, establece que la descentralización productiva significa que la empresa principal

<sup>581</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La externalización de actividades laborales (...)”, cit., p. 33.

<sup>582</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La externalización de actividades laborales (...)”, cit., p. 43/44.

<sup>583</sup> Sobre la descentralización y los efectos sindicales ver IGLESIAS CABERO, Manuel, “La descentralización productiva y el derecho colectivo del trabajo. Incidencias y efectos en la relación con las representaciones unitaria y sindical de los trabajadores, con las elecciones sindicales y con los convenios colectivos”, En Autores Varios, *Descentralización productiva*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000; y GONZÁLEZ GONZÁLES, Antonio, “La descentralización productiva. Algunos comentarios desde la perspectiva sindical”, En Autores varios. *Descentralización productiva*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

<sup>584</sup> SPURK, Jan, “A noção de trabalho em Karl Marx”. En: *O trabalho na história do pensamento ocidental*, Daniel Mercure, Jan Spurk (Orgs.). Tradução Patrícia Chittoni Ramos Reulliard, Sônia Guimarães Taborda, Petrópolis: Vozes, 2005, p. 203/4.

confía a una segunda empresa parte de su actividad, un sector o fase de su producción o servicios diferenciados, pagando un precio por la ejecución de estas actividades, aunque no resulte relevante que sea una actividad temporal o permanente. Cabe, sin embargo, a la empresa principal controlar sólo los resultados de la ejecución contractual, quedando la cuestión de administración de las tareas y de los empleados por cuenta de la empresa contratada.<sup>585</sup>

No es objeto de este estudio la subcontratación empresarial, sino la subordinación jurídica y la tercerización. Es notorio, sin embargo, que esta última excluye aún más al trabajador de la sociedad capitalista, especialmente en cuanto a la conciencia de clase. No podemos dejar de subrayar el problema de la subcontratación empresarial y demostrar claramente la diferencia entre ella y la tercerización.

#### **3.7.4 Tercerización y vinculación del trabajador al bien o servicio que producen**

La principal característica de la tercerización, desde el punto de vista del trabajador, es desvincularlo del bien que produce. No es que el trabajo subordinado “*directo*” no lo haga, como hemos visto anteriormente cuando tratamos del fetiche de la mercancía. A diferencia de lo que sucede en esta última situación, hay un “*doble fetiche de la mercancía*”, porque el trabajador, además de producir bienes o servicios en favor de terceros, acaba desconectándose aún más del bien que ha creado o del servicio que ha prestado. Bien o servicio éstos que pasan a destinarse a otra empresa que no es la real empleadora, sin que este bien o servicio pueda garantizar la contraprestación por el trabajo prestado.

El producto elaborado o el servicio prestado por el trabajador deja de pertenecer a su patrón y pasa a formar parte del patrimonio del tomador de los servicios. No es éste bien, producto o cosa, como acaece en la contratación “*directa*”, lo que garantizará, en teoría, el pago del trabajador, sino los frutos de la venta de este bien, producto o cosa, lo que acaba redundando en una garantía de ganancia.

El bien producido es lo que garantiza el cumplimiento del trabajo prestado. Si lo que se produce no pertenece al patrón del trabajador, su garantía de pago por los servicios prestados disminuye de forma significativa, arraigando aún más en quien preste servicios los riesgos de la producción, lo que está prohibido, en el caso brasileño, según el artículo 2º de la CLT<sup>586</sup>.

---

<sup>585</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel Maria, “Nuevas formas de organización empresarial (...)”, cit., p. 115.

<sup>586</sup> Art. 2º - Se considera empleador a la empresa, individual o colectiva, que, *asumiendo los riesgos de la actividad económica*, admite, paga y dirige la prestación personal de servicio.

La tercerización, conforme a lo dicho hasta ahora, afecta no sólo a las disposiciones del artículo 3º de la CLT<sup>587</sup>, norma ésta que no la autoriza, por el concepto de subordinación, sino también a lo que establece el artículo 2º de la CLT, cuando se refiere a los riesgos de la actividad y les remite al empleador. En efecto, quien terceriza viola la dos reglas legales del derecho vigente, aumentando solamente el producto del trabajo como beneficio, limitando en parte los costes de producción y revalorizando las acciones de quien tome este servicio.

Quien acaba por soportar todo el riesgo es quien presta el trabajo. El empleado, la parte más débil de la relación, es quien efectivamente producen el bien o el servicio, de quien depende el modo de producción capitalista, y habiendo prestación de trabajo tercerizado, acaba por sentir todo el peso de la riqueza generada en beneficio de terceros. Él crea, genera y la transfiere, de forma barata, a la empresa prestadora de servicios y a la empresa tomadora. Entrega parte de su ser, de su esencia fruto del trabajo prestado, a coste bajo a quien no corre ningún riesgo y a quien, sin mayores garantías, transfiere este bien a terceros.

La combinación del concepto de subordinación de los apartados anteriores, lo vincula no sólo al trabajo prestado de forma directa, bajo órdenes, sino también dentro de la estructura de la empresa y bajo la condición de previsibilidad, asociado al hecho de que el producto del trabajo se desvincula de forma “*doble*” de quien efectivamente lo produce. Por ello, la tercerización, en el ordenamiento brasileño, no es posible.

La subordinación es una consecuencia de la relación de empleo. En el empleo hay, necesariamente, una relación de poder de donde deriva la subordinación jurídica. Esta relación de poder aparece de forma aún más evidente en los casos de tercerización, donde la acción del trabajador está vinculada no sólo a lo que quiere su “*empleador directo*”, sino también su “*tomador*”.

Para Godinho Delgado, “*la ‘fórmula de la tercerización laboral’ permite la desconexión entre la relación socioeconómica de la real prestación laboral y el vínculo laboral del trabajador que se correspondería con el propio tomador de sus servicios*”. Entre el trabajador y el tomador de sus servicios se inserta una tercera persona, intermediaria, llamada prestadora de servicios y que llega a ser responsable del vínculo con el trabajador. Hay, por tanto, una separación artificial entre el trabajador y el tomador de los servicios, puesto que quien pasa a detentar el vínculo de empleo es el prestador de los servicios<sup>588</sup>.

Más adelante el autor apunta que:

---

<sup>587</sup> Art. 3º - Se considera empleado toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo la *dependencia de éste* y mediante salario.

<sup>588</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Capitalismo, trabalho e emprego (...)*, cit., p. 43/4.

“Tercerización *laboral* (ahora examinada) se refiere al proceso mencionando de disociación del vínculo socioeconómico de prestación laboral en detrimento del respectivo vínculo jurídico-laboral, que actúa con la empresa llamada prestadora de servicios. Por la tercerización laboral, el efectivo tomador de los servicios deja de ser, por medio de ladina fórmula jurídico-administrativa, el real empleador del trabajador”.<sup>589</sup>

Según Reginaldo Melhado,<sup>590</sup> el empleado, a diferencia de lo que defiende Palma Ramalho, no tiene la opción de someterse a la relación de empleo. Para él esta opción es una fantasía.<sup>591</sup>

Como el empleado no tiene la opción de vincularse con el contrato de empleo, lo hace por necesidad, con el fin de negociar la única cosa que posee para la supervivencia, que es su fuerza de trabajo, fuerza de trabajo ésta que produce mercancía, la única cosa que garantiza efectivamente el pago del salario y que es el producto de este trabajo alienado.

Cuando se separa al trabajador de los productos que produce, en que se subcontrata la prestación de trabajo, quien produjo un determinado bien no tendrá acceso al bien, puesto que este bien “*pertenece*” a alguien que no es su empleador (a quien ni siquiera puede dirigirse durante la ejecución del contrato o por una eventual falta de no pago, puesto que no es el *empleador formal*). Esta lógica acaba por aumentar la alienación del trabajador y deriva en que el empleado tenga menos certeza en cuanto a su pago. Esta teoría, por tanto, aleja cualquier posibilidad de subcontratación o tercerización.

El trabajo subordinado, en palabras de Melhado, no es un elemento esencial para caracterizar la relación de trabajo. Es más que eso. Es consecuencia de esta relación de sujeción, donde el agente de poder, empleador, actúa de forma que aborda la prestación del trabajo. Existe una relación de compra y venta. Esto, sin embargo, no elimina los conceptos indicados anteriormente sobre lo que es la subordinación. Por el contrario, sólo los refuerza. Vincula al que toma la “*plusvalía*” hacia el bien que produce o al dueño del bien, ya que eso garantiza, en teoría, una mayor posibilidad de cumplimiento del trabajo prestado.

No se puede tolerar que el trabajo sea utilizado sólo como un medio en una relación de compra y venta. El trabajo subordinado es la regla, el elemento central,

<sup>589</sup> GODINHO DELGADO, Maurício, *Capitalismo, trabalho e emprego (...)*, cit., p. 44.

<sup>590</sup> MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 96.

<sup>591</sup> Efectivamente la opción es una fantasía porque el capitalismo se fundamenta en el poder. La precariedad del empleo, en efecto, es un medio de coacción aplicada por los empleadores sobre los trabajadores. Hay necesidad de subsistir. La oferta de trabajo es menor que la demanda. Así, forma parte del chantaje del empleador, con el fin de reducir el precio de compra del trabajo el hecho de poder rescindir en cualquier momento el pacto. Eso también permite que el empleado se someta de forma más humilde a las reglas del tomador del trabajo, ya que, de lo contrario, podría quedarse sin empleo, perdiendo la posibilidad de vender la única cosa que tiene para su sustento: su fuerza de trabajo. Nota elaborada teniendo como referencia parte del texto de Melhado Reginaldo en MELHADO Reginaldo, *Poder e sujeição (...)*, cit., p. 128/9).

la espina dorsal del modo de producción capitalista. El producto creado por el trabajador es lo que garantizará el pago por el trabajo prestado, la retribución pecuniaria, la contra-prestación del empleador en el contrato de compra y venta.

Este análisis excluye la posibilidad de la subcontratación y la tercerización. El trabajo posee un valor social. Quien vaya a pagar por el trabajo prestado es quien se beneficia por el producto creado y fruto del trabajo prestado. Es este producto, mercancía, convertible en dinero, lo que garantiza el cumplimiento de las obligaciones por parte del empleador.

Quien presta trabajo por cuenta ajena lo hará necesariamente de forma subordinada, vinculándose a quien sea el dueño del producto creado. El dueño de este producto, capitalista, para crear este mismo producto, cuenta con el trabajador, depende de él, creando expectativas en cuanto al trabajo que debe prestarse, con el fin de alcanzar su objeto social. Este producto es el que garantizará la retribución por el trabajo prestado, no pudiendo ser empleador más que aquél a quien pertenece el producto después de él.

Esta teoría también se aplica a los servicios. De la misma forma en lo que se refiere al producto creado, los servicios que deben prestarse, aquellos entregados al público también son productos, entregados al consumidor final o al intermediario. Es acreedor del salario del trabajador, debiendo pagarlo quien se beneficia del producto.

Llegamos a la conclusión de que la tercerización no es posible en el ordenamiento jurídico brasileño. Además, no es un elemento central de reducción de los costes de producción. Lo que proporciona es el aumento de las ganancias de los mercados financieros, tal como ya hemos destacado con la cita de la obra de Thomas Frank<sup>592</sup>.

### **3.7.5 La regla del artículo 7º, inciso I, primera parte, de la Constitución brasileña de 1988**

El artículo 7º, I, de la Constitución brasileña de 1988 establece que “*son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros destinados a la mejora de su condición social: I – relación de empleo (...)*”. Se discute mucho en Brasil con respecto a la concreción de la segunda parte del 7º, I, de la Constitución (garantía contra el despido arbitrario o sin justa causa)<sup>593</sup>. No se ha realizado, sin

---

<sup>592</sup> FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*, cit., p. 443, nota 13, donde consta “Allan Sloan “The Hit Men”, *Newsweek*, 26 de febrero de 1996, p. 44. James J. Cramer, “Let Them Eat Stock”, *The New Republic*, 29 de abril de 1996, pp. 24-25. Otro punto interesante: Cramer describió la valorización de los precios de acciones como una ‘riqueza que ellos [los trabajadores] crearon’ simplemente al ser despedidos”.

<sup>593</sup> Art. 7º (...): I - relación de empleo protegida contra cualquier despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de la ley complementaria, que preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos;

embargo, un análisis real del contenido de la primera parte de dicho inciso del artículo 7º. Es lo que nos proponemos ahora en este apartado.

Sin embargo, si son derechos de los trabajadores urbanos y rurales con respecto a la relación de empleo, no se puede aceptar que haya trabajo por cuenta ajena a través de la intermediación de mano de obra, conocida como tercerización.

La norma constitucional debe interpretarse teniendo como base el Estado Democrático de Derecho<sup>594</sup> y el principio de la dignidad humana. Según Clève, existen dos formas de interpretar los preceptos constitucionales. La primera, indiferente e insensible a los instrumentos que transformaron el nuevo orden constitucional, se denomina *dogmática de la razón del Estado*. La segunda, que trata de estudiar el derecho constitucional teniendo como objetivo la dignidad humana, que se conoce como *dogmática constitucional emancipatoria*.<sup>595</sup>

Si la norma constitucional garantiza la relación de empleo y lo hace en razón de la existencia de la libre iniciativa, artículo 1º, IV, de la Constitución, y la coloca como derecho de los trabajadores, solamente se pueden crear nuevos derechos que tengan como finalidad la mejora de la condición social, y no se puede aceptar que exista relación de trabajo por cuenta ajena que no sea de forma directa para con aquél que toma los servicios, con el dueño del producto creado por el trabajo prestado.

El espacio que la ley permite que una persona se sirva de otro como medio, es la relación de empleo. Este concepto debe interpretarse de forma restrictiva. Una norma no puede autorizar la acumulación de la “*plusvalía*” en las manos de uno o unos, en detrimento de aquéllos que sufren la explotación.

Los seres racionales, como ya hemos dicho, no pueden ser utilizados sólo como un medio para que otros lleguen a los fines que se proponen. Habermas apunta que la acción comunicativa debe ser la regla, ya hace que el otro sea un fin en sí mismo y no simplemente un medio.<sup>596</sup>

<sup>594</sup> “El *Estado Democrático de Derecho* tiene un contenido transformador de la realidad, sin restricciones, como el Estado Social de Derecho, con una adaptación *mejorada* de las condiciones sociales de existencia. Así, su contenido rebasa el aspecto material de concreción de una vida digna para el hombre y actúa simbólicamente como fomentador de la participación pública cuando el elemento *democrático califica al Estado, que extiende los valores de la democracia sobre todos sus elementos constitutivos y, también, sobre el orden jurídico*. La idea de democracia contiene e implica, necesariamente, la cuestión de la solución del problema de las condiciones materiales de existencia”. (STRECK, Lênio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. “Ciência política e teoria geral do estado”, 2004, p. 93).

<sup>595</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin, “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. En: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, número 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 14, janeiro a março de 2006, p. 28/9.

<sup>596</sup> La acción comunicativa es, para Habermas, la acción dirigida al entendimiento, donde al menos dos sujetos actúan de forma coordinada o incluso llegan a superar la coordinación, a través del diálogo, reconociendo, uno frente al otro, las pretensiones de validez del discurso, alejándose del

Si el ser humano trabaja de forma alienada, alienando su propia existencia a su empleador, alienación ésta con el permiso de la Constitución, la interpretación del artículo 7º, I, primera parte, de la Constitución brasileña de 1988, debe ser en beneficio de aquél que está en una situación de explotación.

Principalmente cuando la norma establece que son derechos de los trabajadores, además de los que constan en el cuerpo del artículo 7º de la Carta, otros destinados a la mejora de su condición social. Sin embargo, el trabajo tercerizado no genera mejora en la condición social de los trabajadores. ¿Cómo aceptar, a partir del ordenamiento jurídico brasileño, la contratación a través de un intermediario? ¿Esta forma de contratación mejora la condición social de quién? ¿De los trabajadores o sólo de los tomadores?

Por otro lado, la Constitución brasileña no establece como excepción la relación de empleo como una regla en el caso de trabajo por cuenta ajena. No permite, por tanto, la tercerización, porque toma prestado de la *Consolidação das Leis do Trabalho*, norma sustantiva laboral, los conceptos de empleado y empleador, tal como establecen los artículos 2º y 3º de este título laboral<sup>597</sup>, de donde se deduce el trabajo por cuenta ajena, sin ninguna autorización expresa para la intermediación de mano de obra, salvo en los casos del artículo 455 de la CLT<sup>598</sup>, contrata y subcontratas.

Cualquier cambio en la interpretación o incluso cualquier legislación posterior que permita la subcontratación se considerará inconstitucional, puesto que estará cambiando un concepto constitucional sin la debida legitimación democrática.

En este sentido, se manifestó el voto del Ministro de la Corte Suprema Federal de Brasil, en el caso que examinó el concepto de facturación. El ministro fundamenta el voto, cuya parte esencial ponemos de relieve:

“(…) Cuando un concepto jurídico no pueda expresarse, el intérprete debe ayudarse para una reconstrucción semántica, de los instrumentos disponibles en el propio sistema del derecho positivo, o en los diferentes cuerpos de lenguaje. 6. Como ya hemos expuesto, no hay, en la Constitución Federal, una prescripción de significado del término *facturación*. Si la Constitución no pudo definirlo, debe el intérprete

---

calculado centrado en sí, para compartir los planes con los otros. (HABERMAS, Jürgen, *Teoría de La Acción Comunicativa*, cit.).

<sup>597</sup> Art. 2º - Se considera empleador a la empresa, individual o colectiva que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, paga y dirige la prestación personal de servicio.

Art. 3º - Se considera empleado a toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo la dependencia de éste y mediante salario.

<sup>598</sup> Art. 455 - En los contratos de subcontratación responderá el subcontratado por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo estipulado, cabiendo, todavía, a los empleados, el derecho de recurso contra el contratista principal por incumplimiento de esas obligaciones por parte del primero. Párrafo único - Al contratista principal se le reconoce, en los términos de la ley civil, la acción regresiva contra el subcontratista y la retención de fondos debida a éste, para la garantía de las obligaciones previstas en este artículo.

verificar, primero, si, en el propio ordenamiento, existía entonces algún valor semántico al que pudiera acogerse para la utilización constitucional del vocablo, sin aclaración de significado particular, ni necesidad de una futura reglamentación de ley específica. Si hay un correspondiente semántico en el orden jurídico, la ínfula es lo que se refiere al uso constitucional. Cuando una misma palabra, utilizada por la Constitución sin definición explícita ni contextual, tenga dos o más significados, uno de los cuales ya esté incorporado al ordenamiento jurídico, será pues ése, no otro, su contenido semántico, porque no sería razonable suponer que el texto normativo esté aludiendo a un objeto extrajurídico (...).<sup>599</sup>

La respuesta es obvia y, constitucionalmente, se justifica la imposibilidad de tercerización o subcontratación en Brasil. Eso, sin embargo, no es aceptado por la doctrina y por la jurisprudencia que, por tanto, poco o nada se discute al respecto. Lo que confirma este hecho es la edición de la *Súmula* de jurisprudencia 331 del Tribunal Superior del Trabajo<sup>600</sup>, que acaba sirviendo de legislación en cuanto a la tercerización en Brasil, creando otros casos de tercerización "*lícita*" que no sean los expresados en la ley.

Sin embargo, Carmen Camino apunta también que los servicios de limpieza y aseo están autorizados, para la tercerización conforme al artículo 577, Anexo I, de la CLT<sup>601</sup>. No se justifica esta forma de tercerización, ya sea por los conceptos ya exhaustivamente explicados de subordinación, ya sea por la ausencia, como hemos visto en el apartado anterior, de fundamento legal expreso. Una vez aceptada la tercerización en Brasil, lo que es muy discutible, tal como estamos exponiendo en el presente apartado, debe ser expresamente autorizada por la ley, norma ésta de interpretación restrictiva, en virtud de lo que dispone el artículo 7º, enunciado, e inciso I, de la Constitución de 1988, mejora de la condición social y relación de empleo como regla, respectivamente.

El empleador no está exonerado de su responsabilidad social generando el empleo y el salario para sus empleados. Tiene una responsabilidad para quien le presta servicios y que le propicia el beneficio. En esta responsabilidad se busca la

<sup>599</sup> [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>600</sup> CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LEGALIDAD (continuación) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 y 21.11.2003 I - La contratación de trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, formándose el vínculo directamente con el tomador de los servicios, salvo en el caso de trabajo temporal (Ley nº 6.019, de 03.01.1974). II - La contratación irregular de trabajadores, mediante empresa interpuesta, no genera vínculo de empleo con los órganos de la administración pública directa, indirecta o fundacional (art. 37, II, de la CF/1988). III - No forma vínculo de empleo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia (Ley nº 7.102, de 20.06.1983) y de conservación y limpieza, así como la de los servicios especializados ligados a la actividad-medio del tomador, siempre que no exista la personalidad jurídica y la subordinación directa. IV - El incumplimiento de las obligaciones laborales, por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios, como obligaciones, incluso con respecto a los órganos de la administración directa, de las autarquías, de las fundaciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta, siempre que hayan participado en la relación procesal y consten también del título ejecutivo judicial (art. 71 de la Ley nº 8.666, de 21.06.1993). En: <http://www.tst.jus.br> - acceso el 23 de febrero de 2009, 20h29min.

<sup>601</sup> CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, Porto Alegre: Síntese, 3ª ed., 2003, p. 258/9.

mejora de la condición social de los trabajadores. Sin embargo, la norma descrita en este apartado no debe entenderse como aplicable sólo al poder público, sino también a las relaciones entre privados<sup>602</sup>. Intentar mantener y aumentar puestos de trabajo progresivos y anuales, con una ganancia de poder adquisitivo, por ejemplo, es también obligación del empleador, incluso porque el fomento de la economía es de interés también del empresario.

Los despidos e incluso la tercerización se producen en beneficio sólo de la empresa capitalista. Sus acciones en los mercados internacionales suben cada vez que eso sucede, acumulando el capitalista aún más dinero. Thomas Frank, retrata bien este aspecto en una obra ya citada en este texto, lo que también es confirmado por la noticia que consta a pie de página, publicada por Diario español *El País*<sup>603</sup>.

La representación comercial lícita, en base a la ley 4.886/65<sup>604</sup>, es posible, sin que suponga vulnerar el artículo 7º, I, de la CF/88. Esta forma de trabajo

---

<sup>602</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Los Derechos Fundamentales en la Constitución Portuguesa de 1976*, cit., P. 249 y siguientes. El autor afirma que los derechos fundamentales como principios y valores constitucionales "no pueden dejar de aplicarse en 'todo el orden jurídico y, por tanto, también en las áreas del derecho privado y penal (principio de la unidad del ordenamiento jurídico)". Más adelante, añade que se pone de "manifiesto la necesidad de protección de los particulares no sólo ante el Estado, sino también a través del Estado, ante otros particulares, al menos, ante individuos o entidades privadas que sobre ellos ejercen o están en condiciones de ejercer verdaderos poderes jurídicos o de facto". Y continúa, algunas páginas más adelante afirmando que "bien vistas las cosas, se trata sólo de asegurar, con respecto y en la medida en la que eso se justifique, una protección 'más intensa' para los particulares vulnerables en las relaciones con los privados poderosos – garantía que corresponde, al final, a las preocupaciones puestas de manifiesto por las teorías moderadas del deber de protección -, sin dejar de tener en cuenta la circunstancia de estas entidades privadas poderosas también en el sentido de que sean titulares de derechos fundamentales, aunque, en la mayor parte de los casos, se recuerde una vez más, se trata de personas colectivas que, al final, gozan sólo de esos derechos parcialmente y por analogía". El autor, citando a Sousa Ribeiro, hace referencia en una nota a pie de página, a que la protección civil se destina a los privados en una situación de inferioridad en la negociación.

<sup>603</sup> "Más al norte y en otro sector, el consorcio sueco de defensa y aviación Saab ha anunciado también hoy que recortará empleos tras registrar en 2008 una pérdida neta de 242 millones de coronas suecas (22,5 millones de euros) por depreciaciones en programas de aviación civil. La compañía sueca registró en el tercer trimestre del año pasado las primeras pérdidas, pero en el cuarto los números rojos crecieron hasta 708 millones de coronas suecas (65,8 millones de euros). Las acciones de Saab cayeron en la Bolsa de Estocolmo más de un 20% tras dar a conocer estas cifras. Para hacer frente a estas pérdidas y ahorrar 1.500 millones de coronas suecas anuales hasta finales de 2010 (139 millones de euros), Saab va a reducir 500 empleos en un periodo de dos años que comienza en 2009".

[http://www.elpais.com/articulo/economia/Air/France-KLM/reduce/plantilla/1200/personas/elpepueco/20090213elpepueco\\_4/Tes](http://www.elpais.com/articulo/economia/Air/France-KLM/reduce/plantilla/1200/personas/elpepueco/20090213elpepueco_4/Tes) - acceso el 13 de febrero de 2009, 11h36min.

<sup>604</sup> Art. 1º Ejerce la representación comercial autónoma la persona jurídica o la persona física, sin relación laboral, que desempeña, con carácter no eventual y por cuenta de una o más personas, la mediación para realizar negocios mercantiles, adquirir propuestas o pedidos, para transmitirlos a los representados y practicar o no actos relacionados con la ejecución de los negocios.

acaee por cuenta propia y es una excepción, de interpretación restrictiva, autorizada por ley.

En Brasil, la tercerización depende de la ley que la autorice. Esta norma debe interpretarse de forma restrictiva, sólo siendo constitucionales las anteriores a la edición de la Constitución de 1988, a la vista de lo que establece el artículo 7º, I, de la CF/88, que afirma que es la regla de la relación de empleo. No podemos extendernos en el análisis de la inconstitucionalidad de estas normas anteriores a la Constitución, recibidas o no, por la norma constitucional brasileña, promulgada el 05 de octubre de 1988.

Así, en virtud del artículo 7º, I, de la Constitución brasileña de 1988, que impone como norma la relación de empleo, condicionando la enunciado del mismo artículo las modificaciones legislativas destinados a la mejora de la condición social de los trabajadores, no se puede aceptar la tercerización como constitucional, tomando en consideración las leyes 8.987/95 y 9.472/97, así como con respecto al “*concepto de actividad-medio y actividad-fin*” del inciso III, de la *súmula* 331, del TST.

### **3.8 La tercerización en España**

Conviene que nos ocupemos también de la tercerización en España. Por consiguiente, analizaremos los artículos 42 43 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, antes de exponer el tema, es preciso hacer las siguientes aclaraciones: el término tercerización implica pasar a terceros la ejecución de parte o de toda una obra o servicio, resultando el prestador (contratado) responsable de las reclamaciones laborales. En este trabajo utilizamos la subcontratación como sinónimo de tercerización. La externalización es pasar a terceros la ejecución de parte de la producción de una determinada empresa, siendo ella la responsable de sus empleados.

#### **3.8.1 La subcontratación de obras y servicios**

El artículo 42, del Estatuto de los Trabajados consta de la “*SECCIÓN II. GARANTÍAS POR EL CAMBIO DE EMPRESARIO*”. En esta sección del Estatuto de los Trabajadores se trata no sólo la posibilidad de subcontratación a través de las *contratas* y *subcontratas*, sino también la imposibilidad de intermediación de mano de obra en los casos no autorizados por ley, conforme esta última parte con el artículo 43 del texto legal que estamos comentando.

El artículo 42, del Estatuto de los Trabajadores, establece:

**“Artículo 42.** Subcontratación de obras y servicios.

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas estén al corriente en el pago

de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un enunciado de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

3. Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.

4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64 de esta Ley, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos: Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista. Objeto y duración de la contrata. Lugar de ejecución de la contrata. En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal. Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b a e del apartado 4.

6. Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende.

7. Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley.

La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación”.

El apartado 1, del artículo 42, del Estatuto de los Trabajadores, autoriza la contratación o subcontratación de obras o servicios entre empresas. De ahí se deduce que hay suministro de trabajadores entre las empresas, cediendo una de ellas espacio a otra, para que con sus trabajadores, ejecute las tareas.

Este procedimiento está autorizado por ley y reforzado por el artículo 38 de la Constitución española. El citado artículo de la Carta política española establece que *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*.

En el ordenamiento jurídico español, es posible la contratación o subcontratación de obras o servicios entre empresas, debiendo la prestadora (contratada) proporcionar los trabajadores necesarios para la ejecución de esta tarea, resultando responsable del pago de los salarios, encargos laborales y prevención social.

La contratación o la subcontratación debe producirse teniendo por objetivo la propia actividad del tomador, concepto este equivalente a lo que en Brasil se denomina la “actividad-fin”.

No establece nada la norma española en lo que se refiere a la llamada “actividad-medio”. Sin embargo, se entiende que una vez autorizada la subcontratación de la “actividad-fin”, se tendría más razón para aceptar la elaboración de este tipo de contrato en los casos de “actividad-medio”, puesto que se está autorizado lo más, también, evidentemente, lo menos..

Antonio Martín Valverde apunta que el objetivo del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores tiene como objetivo la protección de los trabajadores en cuanto a los salarios y a la prevención social. La responsabilidad solidaria del apartado 2 del artículo 42, tiene como finalidad la garantía de los intereses de los trabajadores y de la seguridad social frente a un eventual incumplimiento.<sup>605</sup>

---

<sup>605</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”. En Autores Varios, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo VIII, artículos 39 a 44*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª ed., 1998, p. 212.

Martín Valverde llama la atención sobre un problema. A veces resulta muy difícil establecer la diferencia entre una contratación o subcontratación conforme al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, por lo tanto lícita, de una transferencia de mano de obra ilícita.

Añade que:

“La admisión legal *sub condicione* de la descentralización productiva contrasta, como se ha puesto de relieve en más de una ocasión, con la posición adoptada por la ley ante otras prácticas contractuales caracterizadas también por la ‘exteriorización’ del empleo, como la cesión de mano de obra o la actividad de las empresas de trabajo temporal. La línea divisoria entre unos y otros supuestos resulta a veces difícil de descubrir, sobre todo a causa de la tendencia de la práctica contractual a simular bajo la descentralización productiva ‘lícita’ lo que es en realidad una cesión de mano de obra o interposición en el contrato de trabajo prohibido. Pero, sin perjuicio de estas dificultades casuísticas, las fronteras de los conceptos respectivos son, como tendremos ocasión de ver, perfectamente nítidas, pudiendo identificarse con ayuda de varios criterios, entre los que cuenta, en lugar destacado, el criterio de la existencia o no de ‘tráfico de mano de obra’”.<sup>606</sup>

Como podemos ver, no sólo la legislación española sino también la doctrina rechaza cualquier posibilidad de tráfico de mano de obra, estando atenta a los posibles casos de fraude, lo que permite concluir que la contratación y subcontratación, *contratas* y *subcontratas*, deben utilizarse en los estrictos límites de la ley, bajo pena de fraude.

El autor antes citado, así como se ha mencionado anteriormente, apunta que lo que autoriza las *contratas* y las *subcontratas*, además del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, lo podemos encontrar en el artículo 38 de la Constitución española.<sup>607</sup>

En cuanto al término *contrata*, deriva de lo establecido en el Código Civil español, denominado arrendamiento de obra. Su característica principal es la existencia de un contrato de obra, con obligación de resultado. El término *contrata*, que se refleja en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, no es más que un contrato de prestación de obras o servicios entre empresas. Sin embargo, para que considere una *contrata* de hecho, la empresa debe disponer de una organización productiva propia e independiente, desarrollando una actividad lícita, propia y específica, asumiendo los riesgos y las responsabilidades del negocio.<sup>608</sup>

<sup>606</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 213/14.

<sup>607</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 214.

<sup>608</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 231/2

Aunque el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a la subcontratación, se entiende que abarca también la contratación o las *contratas*, sin que exista razón alguna para que haya discriminación entre ellas.<sup>609</sup>

En lo que se refiere a la *subcontrata*, según apunta Martín Valverde, regula un determinado sistema de organización de la producción que se caracteriza por el encargo a otras empresas de parcelas u operaciones del propio proceso productivo. Ese proceso se aproxima mucho a la descentralización productiva, siendo un tipo particular de *contrata* por la cual, una empresa está obligada a realizar parte de una obra o de un servicio que le había confiado otra empresa. No se distingue, por tanto, de la *contrata* en ninguno de sus elementos esenciales.<sup>610</sup>

En el mismo sentido de Martín Valverde, Goerlich Peset apunta que las *contratas* y también las *subcontratas*, son una modalidad de contrato de ejecución de obra, de arrendamiento de obra, según lo dispuesto en el artículo 1544 del Código Civil español.<sup>611</sup>

Las *contratas* o *subcontratas* pueden, por tanto, referirse a la ejecución de obras o servicios. La norma del artículo 42, del Estatuto de los Trabajadores no autoriza, sin embargo la mera intermediación de mano de obra, supuesto que acaba por encajarse en lo que establece el artículo 43, del Estatuto de los Trabajadores, que conlleva el fraude puesto que el “*contratista*” no es un verdadero “*contratista*” sino una persona interpuesta que sólo gana de lo trabajadores lo que gana el empleador real.<sup>612</sup>

En lo que concierne a la responsabilización de la empresa contratante, la tomadora es solidaria, porque ésta, de forma innegable, logra beneficio con la prestación de trabajo por parte de los empleados de la *contrata* o *subcontrata*. La responsabilización, sin embargo, afecta sólo a los salarios y a las obligaciones de la seguridad social. La interpretación, en este caso, es restrictiva.

Llano Sánchez apunta que el régimen de responsabilidad solidaria, del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, es una garantía que va más allá de la acción directa que el Código Civil español reconoce a los trabajadores de la empresa contratada. Este artículo reduce los riesgos que esta forma de descentralización productiva crea, “*sin olvidar que también pretende contribuir a la*

---

<sup>609</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 233, especialmente nota al pie de página.

<sup>610</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 233/234.

<sup>611</sup> GOERLICH PESET, José María, “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, cit., p. 115.

<sup>612</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 235.

*consecución de una finalidad preventiva, estimulando la necesaria prevención y diligencia de los contratantes en la búsqueda de contratistas solventes”.*<sup>613</sup>

Según Martín Valverde:

“En estas condiciones, la responsabilidad solidaria no es sólo un recurso drástico para suscitar su diligencia en la elección y en la vigilancia de empresas auxiliares, sino que es también, y sobre todo, un criterio equitativo de asignación de costos laborales y sociales a todos los que van a participar de los frutos o resultados del trabajo”.<sup>614</sup>

Por tanto, se permite la subcontratación o la tercerización en el ordenamiento jurídico español, en los estrictos casos del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, *contratas* y *subcontratas* lícitas, y tal como hemos expuesto, el tomador de los servicios o empresario principal resulta responsable de forma solidaria de los salarios y obligaciones previdenciarias no-pagadas por el empleador. En los casos de mera intermediación de mano de obra (*pseudocontratas* o *pseudosubcontratas*) habrá fraude, siendo ilegal, con responsabilidad solidaria por parte del tomador, en virtud del artículo 43 de la misma ley.

Para Ramírez Martínez, aunque la ley se refiera sólo a la responsabilidad de la empresa principal, en el caso de *contratas* y *subcontratas*, cuando el contrato trate de la “*propia actividad*” de las tomadoras, esta responsabilidad se debe en los casos en los que no hay trabajo relacionado con la “*propia actividad*”; porque una vez que se excluyen estas actividades, el trabajador estaría desamparado y sin protección, porque es donde existe el mayor riesgo de insolvencia por parte del prestador.<sup>615</sup>

Este mismo autor apunta que la responsabilidad solidaria del tomador, o empresa principal, se restringe a las parcelas salariales en sentido estricto, no extendiéndose a las parcelas extra salariales, las indemnizaciones por despido o fin de contrato, entre otros. La responsabilización, por tanto, además de ser previdenciarias, se refiere sólo a los salarios, no pudiéndose hacer una interpretación más amplia con respecto a lo que consta en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.<sup>616</sup>

<sup>613</sup> LLANO SÁNCHEZ, Mónica. *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, cit., p. 217.

<sup>614</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 264.

<sup>615</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M., “Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas”. En *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Autores Varios. Abdón Pedrajas Moreno (org.). Valladolid; Lex Nova, 2002, p. 150/151.

<sup>616</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M., “Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas”, cit., p. 161.

Además, no existe relación y tampoco mediación entre el empresario principal y los trabajadores de la empresa contratada, puesto que esta última asume todos los encargos. Sin embargo, en el caso de las *pseudocontratas* o de las *pseudosubcontratas*, la clasificación no se produce en relación con el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, sino también con relación al artículo 43 de la misma ley. La norma del artículo 42 sirve sólo para los casos de tercerización lícitos, dejando la intermediación de la mano de obra que acaba por formar parte de lo que establecido en el artículo 43 del Estatuto.

Los contratos de aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, pueden ser tanto de carácter privado como públicos. Goerlich Peset apunta que la posible aplicación de los preceptos laborales “*a la contratación de carácter administrativo ha sido objeto tradicionalmente de discusión, fundamentalmente en atención a que los sujetos contemplados por ellos son empresarios, condición que no sería aplicable a las Administraciones Públicas cuando recurren a la contratación administrativa*”. El autor añade que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de 1996, ha establecido que es posible esta forma de contratación por la Administración pública, quedando sujeta, en estos casos, a las normas laborales que regulan la subcontratación, y se encuadra en el concepto de *contratas*.<sup>617</sup>

### 3.8.2 La cesión de trabajadores

La cesión de trabajadores está prohibida en España, salvo en los casos de contratos firmados con empresas de trabajo temporal, en los estrictos límites de la ley.

El artículo 43, del Estatuto de los trabajadores, establece que:

**“Artículo 43. Cesión de trabajadores.**

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio

---

<sup>617</sup> GOERLICH PESET, José María, “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, cit., p. 120.

de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

Este artículo trata del tráfico de trabajadores y de la cesión de trabajadores. El artículo prohíbe todos los actos que implican la cesión de trabajadores; es decir, el reclutamiento de trabajadores con el fin de cederlos a otro tomador de los servicios; responsabiliza de forma solidaria al cesionista y al cesionario de la mano de obra, así como las contribuciones de seguridad social en lo que se refiere a los créditos derivados de la relación de trabajo; y reconoce como verdadero empleador al que toma los servicios de forma irregular.<sup>618</sup>

El propósito de este artículo se explica porque el tráfico de trabajadores no es más que una deformación en la relación de trabajo subordinado, que hace parecer empleador a quien, efectivamente, no lo es. Esto implica la censura de contrato de empleo para quien no es empleador, lo que conlleva consecuencias sindicales, así como en lo que se refiere a los derechos de los trabajadores y facultades previdenciarias. Eso debilita la capacidad de defensa y de reivindicación de la clase trabajadora, lo que dificulta la construcción de órganos unitarios de representación profesional.<sup>619</sup>

En este mismo sentido, apunta Goerlinch Peset:

“La cesión de trabajadores prohibida implica, como es suficientemente sabido, la existencia de un pacto entre empresas en virtud del cual una de ellas pone sus trabajadores a disposición de la otra. Su único objeto es, pues, la mano de obra de los trabajadores de la empresa cedente, que pasa a ser utilizada, sin otra intermediación que la formal, por la empresa cesionaria. De ahí que la cesión aparezca como tráfico de mano de obra proscrito por el Ordenamiento laboral”.<sup>620</sup>

El objetivo, por tanto, es la defensa de los trabajadores, así como la contratación sobre la ejecución de los servicios.

Conviene que nos detengamos en el análisis de las empresas de trabajo temporal. Este tipo de intermediación de mano de obra, fuera de lo permitido por el

<sup>618</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 281.

<sup>619</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 283/284.

<sup>620</sup> GOERLICH PESET, José María, “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, cit., p. 111.

artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, toma como referencia legal el apartado 1, del artículo 43, del Estatuto de los Trabajadores.

Se entiende por empresa de trabajo temporal aquellas que tienen como objetivo el proporcionar mano de obra, con carácter eventual, temporal o interino a otras empresas que necesiten aumentar su producción por razones transitorias o imprevistas. Se encargan de proporcionar a otras empresas mano de obra para situaciones excepcionales y donde no conviene, por parte de la contratante, en la contratación directa.<sup>621</sup>

Este tipo de contratación es análogo a lo establecido en la ley 6.019/74, en Brasil. Los requisitos y posibilidades de contratación son prácticamente los mismos, necesidades transitorias y excepcionales, con plazo pre-determinado.

En lo que se refiere al valor de los salarios, el Tribunal Supremo ha decidido que es el equivalente a lo que recibe un trabajador permanente, de la siguiente manera: *“los trabajadores cedidos por las ETT tienen derecho a percibir la totalidad de las retribuciones que perciban los trabajadores de la empresa usuaria, en las mismas condiciones y circunstancias que éstos, formen o no parte de la estructura salarial establecida en el convenio colectivo sectorial”*<sup>622</sup>.

De esta decisión del Tribunal Supremo se puede deducir que, aunque sea legal la contratación del trabajo temporal, el objetivo de la norma se dirige también a proteger al trabajador. Si hay que aceptar este tipo de contratación temporal, al menos que no exista discriminación en cuanto a lo que se pague a los trabajadores.

En el caso de que se viole lo dispuesto en este artículo, la responsabilidad entre la empresa cesionista y la tomadora es solidaria en cuanto a los créditos del trabajador y a las contribuciones de prevención social, tal como prescribe el apartado 3, del artículo 43, del Estatuto de los Trabajadores.

Como apunta Goerlich Peset, las normas laborales que regulan la descentralización no son prohibitivas y sí condicionantes. *“Los condicionamientos laborales a la descentralización resultan, en ocasiones, de ciertas normas generales del Ordenamiento laboral, principalmente las vinculadas al principio de estabilidad en el empleo (a); y, otras veces, de las que específicamente regulan la descentralización lícita (b)”*.<sup>623</sup>

### **3.8.3 Empresas de trabajo temporal – ley 14/94, de 01 de junio**

<sup>621</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, cit., p. 316.

<sup>622</sup> <http://www.inmodiario.com/115/4124/el-supremo-concluye-que-trabajadores-temporales-deben-cobrar-lo-mismo-que-plantilla.html> - acceso en 05 de mayo de 2009, a las 16h48min. Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 22 de enero de 2009, de la Sala de lo Social.

<sup>623</sup> GOERLICH PESET, José María, “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, cit., p. 111.

Es empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra, por un tiempo determinado, trabajadores contratados y remunerados por la misma. Estas empresas dependen de la autorización del poder público y la contratación de trabajadores en estas condiciones depende de la intermediación que realicen estas empresas autorizadas, artículos 1º y 2º de la ley 14/94.

Quien detenta el poder de dirección es la empresa tomadora, en el caso la usuaria, conforme al artículo 6º de la ley. El contrato deberá celebrarse por escrito, conforme a la regulación administrativa.

Conforme al artículo 6.2 de la ley 14/04 *“Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”*. Este artículo debe considerarse junto con el artículo 15, del Estatuto de los Trabajadores, donde constan las posibilidades de contratación a plazo determinado.

El artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores establece:

**Artículo 15.** Duración del contrato.

1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.

Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de 6 meses, dentro de un período de 12 meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de 18 meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, 12 meses.

En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa.

c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

Estos son los límites para la adopción de los contratos por empresas de trabajo temporal en España; es decir, observando los límites del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en los mismos límites en los que la empresa usuaria podría contratar directamente a trabajadores a plazo determinado.

Si después del término del contrato a plazo, el trabajador continúa prestando servicios dentro de la empresa usuaria, es con ésta con la que se establecerá la relación de empleo, conforme al artículo 7º, 2, de la ley.

El contrato de trabajo entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal podrá ser por un plazo indeterminado, por escrito y conforme a las normas reglamentarias. No se podrán celebrar contratos de aprendizaje (artículo 10, 1 2, de la ley).

La remuneración será conforme a las normas colectivas de las empresas de trabajo temporal o, en ausencia de ellas, conforme a los criterios colectivos que implican a la empresa usuaria, observando en lo que sea pertinente, lo que consta en el Estatuto de los Trabajadores, artículo 11 de la ley.

Tras el análisis de la tercerización en España, y con el fin de concluir este estudio, conviene realizar una breve reflexión con respecto a la posibilidad o no de esta práctica en el territorio español.

### **3.8.4 La constitucionalidad de la tercerización en España**

En España, la normativa permite la tercerización, imponiendo, sin embargo, sus límites. Eso se deduce de una lectura atenta de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, Ley 14/94, normas consecuentes con lo que establece el artículo 38 de la Constitución española, que garantiza la libertad de empresa.

Este país europeo no posee, a diferencia de Brasil, una norma constitucional que establezca que son derechos de los trabajadores únicamente los destinados a la mejora de su condición social. Tampoco la relación de trabajo encuentra una norma constitucional correspondiente, de donde se pudiera deducir una relación directa, con el fin de evitar una “*alienación dentro de la alienación*”, ya que el espacio para la acción estratégica es el limitado por la ley.

Además, la Carta constitucional brasileña, cuando declara que son derechos de los trabajadores con relación al trabajo, se ha inspirado en el concepto de

relación de trabajo previsto en la legislación ordinaria, en la *Consolidação das Leis do Trabalho*. En esta ley no está prevista la intermediación de mano de obra, con excepción de la subcontratación. Por ello, la aceptación, tanto por la interpretación de la jurisprudencia, como por la modificación legislativa, de la tercerización, encuentra un obstáculo en la norma constitucional, dando lugar, por tanto, a una inconstitucionalidad.

No hay equivalente, en el ordenamiento jurídico brasileño, al artículo 38 de la Constitución española. Aunque haya artículos de la Carta de 1988 que garantizan la propiedad privada y la libertad de iniciativa, lo hacen teniendo como objetivo el valor social del trabajo y la función social del contrato, artículos 1º, IV y 5º, XXIII, de la Constitución brasileña de 1988.

Así, se concluye que la tercerización está permitida en el ordenamiento constitucional español. En el caso de Brasil, sin embargo, resulta inconstitucional.

## **Conclusiones**

Los derechos que surgieron, fruto del principio de igualdad, derechos denominados de segunda dimensión, acabaron por fortalecer la formación del Estado de Derecho con el fin de que, en el mundo de los hechos, evolucionase al nivel deseado del Estado Democrático de Derecho.

La superación del Estado de Bienestar Social, de estabilización capitalista, se hizo necesaria para ir más allá de la idea de un Estado meramente prestacional. No se conceden más derechos de forma paternalista y con el objetivo de preservar la lógica capitalista. El objetivo del derecho vigente es la emancipación social, intelectual, económica y humana del ser. Eso es dignidad humana.

Esta realidad no se aleja de los derechos de los trabajadores. Estos derechos, fundamentales por naturaleza, forman, así como los de primera

dimensión, parte del núcleo de los derechos fundamentales y que se relacionan con la dignidad humana.

En España, el sistema constitucional de garantía de los derechos fundamentales privilegia aquéllos ligados a las libertades en detrimento de aquéllos que tienen relación directa con la igualdad.

Sin embargo, Teresa Vicente Giménez apunta que no hay razón para diferenciar los derechos civiles, políticos y sociales, ni en un sentido conceptual o fomentador y tampoco en un sentido de desarrollo y de límites. Solo habría, para la autora, un sentido para diferenciar estos derechos en la medida en que reflejan dos paradigmas diversos, formados en contextos históricos diferentes.<sup>624</sup>

Fundamentales o no, lo cierto es que la flexibilización de las normas laborales, junto con la desregulación acaecida especialmente a partir de la década de los setenta, alejaron al trabajador de muchas de sus conquistas y, por consiguiente, crearon una condición de miseria que acabó por permitir que sólo ejecutaran sus tareas. Muchos trabajadores se volvieron “terceros”, otros “socios”, perdiendo totalmente la noción de su papel y función dentro de la cadena productiva y dentro de la lógica capitalista.

Y todo ello alejó al trabajador del movimiento sindical. Debilitó a la clase trabajadora hasta el punto de permitir que, mediante acuerdos y convenios colectivos, se redujeran los derechos de los trabajadores, a los que se había llegado tras largos años de reivindicación. Al perder su papel en la historia, así su función dentro del modo de producción capitalista, la consecuencia fue el incremento de la debilidad de la cuestión de clase.

Auxiliados por los aparatos ideológicos y represivos del Estado, las elites dominantes, -entiéndase las grandes empresas transnacionales y sus respectivos ejecutivos y economistas,- comenzaron a tener un total control sobre el movimiento e incluso sobre los deseos de la clase trabajadora. El resultado fue tan pernicioso que, actualmente el trabajador está agradecido a su patrón por darle un trabajo.

Esta lógica perversa, influida directamente por los medios de comunicación y por los aparatos ideológicos del Estado, hizo del trabajador subordinado un “tercero” no subordinado directamente a quien fuera su verdadero empleador. Hizo de él un sujeto pasivo que se conforma con la situación social y económica en que vive, olvidando que alguien necesariamente está obteniendo un beneficio de aquello que debía ser suyo.

La solución a todo este problema se puede buscar en un sistema educativo emancipatorio, más allá del capital. Los aparatos ideológicos del Estado, al

---

<sup>624</sup> VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 102.

servicio de las elites dominantes, no pueden seguir manteniéndose como aquéllos que educan a la sociedad, al trabajador y a los hijos del trabajador.

Resulta imprescindible el desarrollo de un concepto de democracia distributiva, con un mayor número de ventajas para todos, rechazando la idea utilitarista de maximización del placer y minimización del dolor, con el fin de que, a través de un discurso fundamentado y comunicativo, basado en la idea del Estado Democrático de Derecho que tenga por principios los derechos fundamentales y la dignidad humana, el otro sea considerado como un fin en sí mismo, primando el mejor y fundamentado discurso que lleve a la verdad.

Esta norma de democracia, denominada *democracia distributiva-comunicativa-educativa* se complementará a través de la cuestión cultural.

Como subraya Gomes Canotilho, el acceso a la cultura forma parte del rol de los derechos fundamentales. Y el acceso a la cultura, a la verdadera cultura, sólo es posible con una educación que supere al capital. Dejando los principios excluyentes del capitalismo de lado y trayendo el discurso hacia el área del fundamento y de la verdad, se podrá superar la cuestión de la pérdida de la conciencia de clase.

No es objetivo de este trabajo de investigación apoyar la superación del modo de producción capitalista. En un nivel adecuado de derecho del trabajo y derechos sociales, lo que presentamos es una alternativa. Una vez que el trabajador sea consciente de su papel dentro del modo de producción capitalista, es más fácil negociar de forma abierta, justa y coherente, de modo que los progresos en el campo económico no sean sólo de quien emplee, sino también de quien presta los servicios.

No basta, sin embargo, con actuar de forma *distributiva-comunicativa-educativa-cultural*. Para alcanzar este nivel de comprensión y de emancipación, es necesario que la dignidad humana se entienda en sus debidos términos.

El trabajador que presta servicios a su empleador, aliena su existencia con respecto a quien le toma los servicios. Cuando trabaja, el prestador de trabajo lo hace no sólo por cubrir su necesidad de sustento, sino por una cuestión de dignidad y para satisfacer sus demandas de *ser en el mundo*. El hombre siempre ha trabajado. Los antepasados de los seres humanos trabajadores presentes siempre trabajaron.

La diferencia es que hoy el trabajo se presta de forma alienada, quien presta el trabajo no tiene contacto con el bien que produce. Este bien, una vez producido, adquiere vida propia, porque las técnicas de elaboración de este bien no resultan accesibles para el trabajador.

Si el prestador de trabajo aliena su existencia al tomador de servicios<sup>625</sup>, prestando trabajo por cuenta ajena y de forma alienada, esta alienación debe ser de interpretación restrictiva. Esto se justifica por razones de dignidad humana. Es preciso hacer hincapié en que el principio de la dignidad humana es un mega-principio que abarca todas las relaciones humanas, y el ambiente de trabajo no es una excepción.

Por esta razón, no se puede separar al prestador de trabajo del tomador del trabajo, de aquél que recoge los frutos de este trabajo. Sin embargo, el trabajo es permanente. Si el tomador depende de aquel servicio, es porque extrae del mismo la “*plusvalía*”, debiendo soportar con el *onus* de esta elección, el emplear a terceros, remunerándoles de forma directa.

El “fetiche de la mercancía”, provoca que quien preste trabajo subordinado se separa, a causa de la alienación, del bien que produce. Este bien pasa a formar parte del patrimonio de un tercero que lo vende o lo negocia con el fin de lograr beneficios. Lo que garantizará el pago de quien preste servicios es el bien producido por él o el servicio directamente prestado. La vinculación directa del trabajador a todo aquello que produce es una forma de preservar aquél que tiene contra sí la apropiación de la “*plusvalía*” y la alienación.

No se debe de excluir al trabajador de la convivencia social. No se le debe privar del derecho de saber quién es y cuál es su importancia dentro del modo de producción capitalista. Hay que darle lo que es suyo, sin falsos discursos acerca de que las necesidades económicas hicieron que fuera necesaria la tercerización.

Lo que hemos defendidos en este trabajo de investigación no sigue la línea mantenida por los tribunales brasileños y la doctrina brasileña en lo que se refiere a la subcontratación, basada en la *Súmula* 331, del Tribunal Superior del Trabajo, reiteradamente citada a lo largo de nuestro estudio.

Hemos pretendido comprobar con este trabajo de investigación, que la legislación brasileña no autoriza la tercerización.

Ello se justifica en el artículo 7º, I, de la Carta 05 de octubre de 1988. Tal disposición constitucional establece que “son *derechos de los trabajadores urbanos y rurales además de otros los que se dirigen a la mejora de su condición social; I – relación de empleo (...)*”.

Si la norma constitucional declara como regla la relación de trabajo es porque, obviamente, autoriza la explotación de la “*plusvalía*”. Además, ya lo hace

---

<sup>625</sup> SILVA MARQUES, Rafael da, “Trabalho – um elemento mais do que econômico”. En: *Jornal O Sul*, Porto Alegre, Caderno Colunistas, 23 de julho de 2006, pág. 2.

cuando, en su artículo 1º, IV<sup>626</sup>, consagra la libre-iniciativa como fundamento de la República y en el artículo 5º, XXII<sup>627</sup>, cuando reconoce el derecho a la propiedad privada.

En cuanto a eso no hay oposición. Son, ante todo, premisas. Si se garantiza la propiedad privada y la posibilidad de explotación de la “*plusvalía*”; un hombre puede mantener subordinado a sí a otro hombre, extrayendo parte de su existencia, fruto del trabajo alienado, este hombre que se beneficia de este trabajo será el real empleador del otro, y tendrá con él un vínculo directo.

Según el artículo 7º, enunciado, de la CF/88<sup>628</sup>, en Brasil, no es posible la tercerización después de la promulgación de la carta Constitucional. El concepto de trabajador previsto en el artículo 3º de la CLT<sup>629</sup> no permite el trabajo por intermediación de mano de obra, siendo inconstitucional cualquier alteración legislativa que agrave la condición social de los trabajadores, como por ejemplo, la tercerización.

La Constitución no establece regla de excepción con respecto a la relación de trabajo. No permite el trabajo por cuenta “*doblemente ajena*”. No permite “*alienación de la alienación*”. Y no podría. Desde el 05 de octubre de 1988, la regla es la contratación directa, porque se extrae el concepto de empleado y empleador de la *Consolidação das Leis do Trabalho*, que no contempla la subcontratación, salvo en el caso de la subcontratación del artículo 455 de esta misma ley, llamada en Brasil de “*subempreitada*”.<sup>630</sup>

Subrayamos que quien trabaja debe ser utilizado como medio sólo en los estrictos límites de la norma legal. Ampliar una situación de sujeción, equivale a vulnerar el principio de dignidad humana, afectando también a la cuestión normativo-constitucional.

---

<sup>626</sup> Art. 1º La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y de Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...); IV - los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa;

<sup>627</sup> Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: (...);XXII - es garantizado el derecho de propiedad.

<sup>628</sup> Art. 7º Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros destinados a la mejora de su condición social: (...).

<sup>629</sup> Art. 3º - Se considera empleado toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo la dependencia de este y mediante salario.

<sup>630</sup> Art. 455 - Art. 455 - En los contratos de subcontratación responderá el subcontratado por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo estipulado, cabiendo, también, a los empleados, el derecho de recurso contra el contratista principal por incumplimiento de esas obligaciones por parte del primero. Párrafo único - Al contratista principal se le reconoce, en los términos de la ley civil, la acción regresiva contra el subcontratista y la retención de fondos debida a éste, para la garantía de las obligaciones previstas en este artículo.

No entraremos en la discusión en cuanto a la recepción o no de la legislación que trata de la subcontratación editada antes de la promulgación de la Carta. En Brasil, sólo se permite la tercerización en el caso de los entes públicos conforme al decreto-ley 200/67, en la contratación de trabajadores temporales durante tres meses, ley 6.019/74 y en el caso de servicios de seguridad, vigilancia y transportes de valores de la ley 7.102/83.

En los demás casos, principalmente el previsto en la *Súmula* 331, del Tribunal Superior del Trabajo, que autoriza esta práctica en la actividad-medio, régimen de concesión y permiso de servicios públicos de la ley 8.987/95 y ley 9.472/97 que trata de las telecomunicaciones, habrá inconstitucionalidad que deberá ser declarada por el juez, con reconocimiento de la relación de empleo directa con el tomador, resultando el prestador, por el fraude a la ley, responsable solidario, conforme al artículo 942 del Código Civil Brasileño.<sup>631</sup>

Subrayamos, una vez más, que no hemos planteado la superación o modificación del modo de producción. Se podría realizar un estudio en esos términos, pero no ha sido nuestro objetivo ahora.

Lo que hemos pretendido es clasificar lo que le corresponda a cada uno y fijar la importancia de todos y de cada uno dentro del modo de producción. Hemos lanzado las bases y los fundamentos para la erradicación de la tercerización. Nuestra investigación ha tenido la humilde pretensión de colocar un ladrillo en esa construcción de la eterna lucha por la mejora de las condiciones sociales de los trabajadores y de la sociedad en general.

Para la erradicación de la tercerización son necesarias:

1. una educación que supere a la mera idea del capital, que devuelva al trabajador la conciencia de clase y su papel en la historia, lo que fortalecería el movimiento sindical y reivindicativo con el fin de superar las situaciones de extrema explotación del hombre por el hombre;
2. un análisis serio de la cuestión de la tercerización en Brasil, con datos referentes a la situación económica y humana del trabajador tercerizado, así como su realidad sindical;
3. una dogmática constitucional emancipatoria por parte de los agentes administrativos y judiciales, con el fin de que empiecen a interpretar la Constitución de forma que concreten el principio de la dignidad humana y el valor social del trabajo, teniendo presente lo que efectivamente establece el artículo 7, enunciado y I, de la Carta;

---

<sup>631</sup> Art. 942. Los bienes del responsable por la ofensa o violación del derecho de otros quedan sujetos a la reparación del daño causado; y, si la ofensa tiene más de un autor, todos responderán solidariamente de la reparación.

4. una actuación más activa de los juristas y académicos en la búsqueda de soluciones concretas para este problema que resulta obvio, pero que hay poco interés por resolver.

En el caso de España, no se puede sostener la imposibilidad de la tercerización, porque está permitida por el artículo 42, del Estatuto de los Trabajadores,<sup>632</sup> y el artículo 38 de la Constitución española,<sup>633</sup> que consagra la libertad de empresa. El texto constitucional español no guarda analogía con el artículo 7º, enunciado y I, de la Constitución brasileña de 1988. Por ello, no se puede afirmar, en España, la inconstitucionalidad, y que sí está presente en el caso de Brasil. Podríamos estudiar la cuestión de clase y de la alienación, tratados en este trabajo, pero desbordaría los límites que nos hemos impuesto ahora.

Concluimos esta investigación con la esperanza de haber realizado alguna aportación al debate. No se pretende imponer una determinada comprensión o extrañarse de lo que sustenta la doctrina y la jurisprudencia. Quien cree en la democracia, cree en el discurso fundamentado. Exponemos estas ideas con el ánimo de contribuir a que el derecho sea más dinámico y, sobre todo, más justo. Confiamos en un futuro mejor, ya que siempre es fructífero reflexionar acerca del trabajo, del capitalismo, de la democracia, de la cultura, de la educación y de la tercerización.

---

<sup>632</sup> Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios. 1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. (...).

<sup>633</sup> Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

## **Referencias bibliográficas**

### **Libros y revistas jurídicas**

ABRIL-MARTÍN, Paula Arenas, *Gramática de la lengua española*, Madrid: Edmart Libros. Colección Manuales de la lengua española, 2006;

AIRES BRITO, Carlos, *Teoría da constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2006;

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002;

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008;

ALLEN, Woody, *Interiores*. Tradução José Luis Guarner, Barcelona: Tusques Editores, 2002;

ALONSO OLEA, Manuel e CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Navarra: Thompson Civitas, 24<sup>a</sup> ed., 2006;

ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)*. Tradução de Walter André Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Edições Graal, 2<sup>a</sup> ed., 1985;

BARATA SILVA, Carlos Alberto, *Compêndio de derecho do trabalho: parte geral e contrato individual de trabalho*, São Paulo: LTr, 1976;

BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe, "Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular". En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 291, Porto Alegre: HS Editora, março de 2008;

\_\_\_\_\_, "Equiparação salarial na terceirização de serviços". En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 296, Porto Alegre: HS Editora, agosto de 2008;

BARBOSA GROS, Denise, *Considerações sobre o neoliberalismo como movimento ideológico internacional*. En: [www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br);

BARCELLOS, Ana Paula, "Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional". En: *La Nova Interpretação Constitucional*, Luís Roberto Barroso (org), Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

BELLOSO MARTÍN, Nuria, "Del Estado del Bienestar a la sociedad del Bienestar: la reconstrucción filosófico-política de su legitimidad". En *Para que algo cambie en la Teoría Jurídica*. Nuria Belloso Martín, coordinadora, Burgos: Universidad de Burgos, Servicio de Publicaciones, 1999; pp. 203-300.;

\_\_\_\_\_, "El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones". En: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Derecho da PUCRS, Porto Alegre: HS Editora. Ano 2, número 04, julho/setembro de 2008;

BERGER, Cristine, “La flexibilização do derecho do trabalho como meio de retrocesso social”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 299, Porto Alegre: HS Editora, novembro/2008;

BLACKBURN, Robin, *La construção do escravismo no novo mundo. Do barroco ao moderno – 1492-1800*. Tradução Maria Beatriz de Medina, Rio de Janeiro: Record, 2003,;

BOBBIO, Norberto, *El futuro da democracia*, Tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000;

BONNECHÈRE, Michèle, *Le droit du travail*, Paris: Édition La Découverte, 1997;

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz, *La idéia do derecho social: El Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997;

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Derecho Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2004;

CAMINO, Carmen, *Derecho individual do trabalho*, Porto Alegre: Síntese Editora, 1999;

\_\_\_\_\_, *Derecho individual do trabalho*, Porto Alegre: Síntese, 3ª ed., 2003;

\_\_\_\_\_, *Derecho individual do trabalho*, Porto Alegre: Síntese Editora, 4ª ed., 2004;

CAMPOS DOMINIK, Érik. “Mitos e verdades sobre o Risco Brasil e o Custo Brasil”. En: <http://www.espacoacademico.com.br/050/50cdominik.htm>;

CAPELLA, Juan-Ramón, *Entrada en la barbarie*, Madrid: Trotta, 2007;

\_\_\_\_\_, *Los ciudadanos siervos*, Madrid: Trotta, 1993;

CASTAÑEDA SABIDO, Fernando Rafael, *La Tensão entre a Ideologia e a Ciência na Sociologia*. Tradução. Sandra Regina Martini Vial, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004;

CATTANI, Antônio David, *La ação coletiva dos trabalhadores*, Porto Alegre: Editora SMCultura – Palmarinca: 1991;

CHEVALLIER, Jean-Jaques, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução Lydia Cristina, Rio de Janeiro: Agir, 8ª ed., 2002;

CHOMSKY, Noam, “Bush y los años del miedo”, En *Conversaciones con Jorge Halperín*, Buenos Aires: Le Monde Diplomatique, 2003;

\_\_\_\_\_, *La (des) educación*, Barcelona; Crítica, 2007;

CLÈVE, Clémerson Merlin, “La eficácia dos direitos fundamentais sociais”. En: *Revista de Derecho Constitucional e Internacional*. Cadernos de derecho constitucional e ciência política, número 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 14, janeiro a março de 2006;

CODO, Wanderley, *El que é alienação*, São Paulo: Brasiliense, 2004;

COIMBRA SANTOS, Rodrigo, “Repensando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizados nas atividades lícitas”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, número 288, dezembro de 2007;

COSTA, Marli M. M. (da) y BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008;

DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabalho*, Montevideo; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, Tomo I, 1961;

DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de derecho del trabalho*, Montevideo; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, Tomo II, 1962;

ENGISCH, Karl. “Introducción ao pensamento jurídico”. Tradução J. Baptista Machado, Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 9ª ed., 2004;

ERMIDA URIARTE, Oscar, *La Flexibilidade*, São Paulo: LTr, 2002;

FEINMANN, José Pablo, *La sombra de Heidegger*. Tradução Márcio Vilela, São Paulo: Planeta do Brasil, 2006;

FRAGA, Ricardo Carvalho, *Derecho e sonhos. Além dos limites do orçamento*. En: *Derecho e Castelos – Estudos*, São Paulo: LTr, 2002;

FREITAG, Bárbara, *La Teoria Crítica Ontem e Hoje*, São Paulo: Brasiliense, 1988;

FRANK, Thomas, *Deus no céu e o mercado na terra*. Tradução de Maria Luiza X. de La. Borges, Rio de Janeiro: Record, 2004;

GALEANO, Eduardo, “Entrevista a Moisés Mendes”, Porto Alegre, *Jornal Zero Hora*, número 15.776, Caderno Cultura, de 08 de novembro de 2008;

GALEAZZI, Irene, "Precarização do trabalho". En: *Dicionário de trabalho e tecnologia*. Organizadores Antonio David Cattani e Lorena Holzmann, Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006;

GARCIA SCHWARZ, Rodrigo, *Derecho do trabalho*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2ª ed., 2009;

GENRO, Tarso Fernando, *Derecho individual do trabalho. Uma abordagem crítica*, São Paulo: LTr, 2ª ed., 1994;

GIANNOTTI, José Arthur, "Introducción". En: *Marx*, São Paulo: Nova Cultural, 2006;

GIDDENS, Anthony, *Mundo em descontrolo. El que a globalização está fazendo de nós*. Tradução Maria Luiza X. de La. Borges, Rio de Janeiro: Record, 4ª ed., 2000;

GODINHO DELGADO, Mauricio, *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. En: *LTr. Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTr, Ano 70, junho/2006;

\_\_\_\_\_. "Os direitos fundamentais nas relações de trabalho". En: *El MPT como promotor dos direitos fundamentais*, Juliana Vignoli Cordeiro e Sebastião Cordeiro Caixeta (coord.), São Paulo: LTr, 2006;

\_\_\_\_\_, *Curso de Derecho do Trabalho*, São Paulo: LTr, 6º ed., 2007;

\_\_\_\_\_, *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*, São Paulo: LTr, 2006;

GOERLICH PESET, José María, "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico". En Autores Varios, *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Abdón Pedrajas Moreno (dir.). Valladolid: Lex Nova, 2002;

GOMES CANOTILHO, J. J. "Derecho Constitucional e Teoria da Constituição", Lisboa: Almedina, 7ª ed., 2003;

\_\_\_\_\_, *Estudos sobre direitos fundamentais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2008;

GONZÁLEZ GONZÁLES, Antonio, "La descentralización productiva. Algunos comentarios desde la perspectiva sindical", En Autores varios. *Descentralización productiva*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000;

GORENDER, Jacob, "Introducción". En: *Para a crítica da economia política; salário, preço e lucro; o rendimento e suas fontes: a economia vulgar*. Karl Marx. Tradução de Edgard Malagodi, São Paulo: Abril Cultural, 1982;

GRAU, Eros Roberto, *El derecho posto e o derecho pressuposto*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2005;

GUILHON ALBUQUERQUE, J. La., "Introducción". En: *Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)*. Louis Althusser. Tradução de Valter José Evangelista e Mara Laura Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Edições Graal, 2ª ed., 1985;

GUIMARÃES FELICIANO, "Guilherme, Derecho, Marx, Althusser, Neoliberalismo – Derecho e Economia: Marx, Althusser e os Desafios da Sociedade Capitalista na Era Pós-industrial". *Revista Síntese Trabalhista*, número 180, Porto Alegre: Síntese, junho/2004;

HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid: Tecnos, 2000;

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de La Acción Comunicativa. V. I, Racionalidad de la Acción y racionalización Social*, Madrid: Taurus, 1987;

\_\_\_\_\_, *La crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução Vamireh Chacon, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2002;

\_\_\_\_\_, *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*, São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002;

HEIDEGGER, Martin, *Cartas sobre el humanismo*. Traducción de Helena Córtes y Arturo Leyte, Madrid: Alianza Editorial, 2006;

HOBSBAWN, Eric, *Ecos da Marselhesa. Dois séculos revêem a revolução francesa*. Tradução Maria Célia Paoli, São Paulo: Companhia das Letras, 1996;

HÖFFE, Otfried, *Justiça política: funamentos de uma filosofia crítica do derecho e do Estado*. Tradução Ernildo Stein, São Paulo: Martins Fontes, 2001;

HOLZMANN, Lorena e PICCININI, Valmiria, "Flexibilização". En: *Dicionário de trabalho e tecnologia*, Organizadores Antonio David Cattani e Lorena Holzmann, Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006;

IGLESIAS CABERO, Manuel, "La descentralización productiva y el derecho colectivo del trabalho. Incidencias y efectos en la relación con las representaciones unitaria y sindical de los trabajadores, con las elecciones sindicales y con los convenios colectivos", En Autores Varios, *Descentralización productiva*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000;

KANT, Imanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2005;

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Derecho*. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed.; 1998;

LACAN, Jaques, *Televisão*. Versão brasileira, Antonio Quinet, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993;

LAFER, Celso. “La reconstrução dos Direitos Humanos”, São Paulo: Companhia das Letras, 1988;

LAMMÊGO BULOS, Uadi, *Constituição Federal anotada*, São Paulo: Saraiva, 6ª ed.; 2005;

LEITE NOVAIS, Aline Arquete, “La justiça social em Aristóteles, Kant e Rawls”. En: *Revista de Derecho Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 12, número 46, janeiro a março de 2004;

LÊNIN, “Karl Marx”. En: *As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo*, São Paulo: Global Editora, 6ª ed.; 1988;

LLANO SÁNCHEZ, Mónica. *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid: La Ley, 1999;

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2006;

LÓPEZ ALONSO, Felipe. “Los cambios en el modelo económico y productivo y su influencia en la negociación colectiva”. En *Revista de Derecho Social* n. 40, Albacete: Editorial Bomarzo, 2007;

MARCOS DEL CANO, Ana María. “Una visión orteguiana del fundamento del derecho a la vida”. En AA. VV. *Derechos y Libertades*. Revista de filosofía del derecho y derechos humanos no. 16, Época II, Madrid: Dykinson S.L. Editorial, enero 2007;

MARCUSE, Herbert, *Cultura e sociedade*, volume II, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998;

MARTINS CATHARINO, José, *Compêndio de derecho do trabalho*, São Paulo: Saraiva, 2ª Ed; 1981;

MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”. En Autores Varios, *Comentarios a las leyes*

*laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo VIII, artículos 39 a 44*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª ed., 1998;

MARX, Karl, *Trabalho Assalariado e Capital*, São Paulo: Global Editora, 2ª ed.; 1983;

MARX, Karl e FRIEDRICH, Engels, *Manifesto Comunista*. Comentado por Chico Alencar, Rio de Janeiro: Garamond, 1998;

\_\_\_\_\_, *Manuscritos Econômicos-filosóficos*, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2001;

\_\_\_\_\_, *La miséria da filosofia*. Tradução José Carlos Orsi Morel, São Paulo: Ícone Editora, 2004;

\_\_\_\_\_, *La ideologia alemã*. Tradução Frank Muller, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2006;

MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*, São Paulo: LTr, 2003;

MÉSZÁROS, István, *La educação para além do capital*. Tradução de Isa Tavares, São Paulo: Boitempo, 2005;

MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos, *Derecho do trabalho*, Coimbra: Almedina, 13ª ed., 2006;

MOTTECY OLIVEIRA, Carmela, “El elemento subordinação na distinção entre “contratas” e cessão ilegal de mão-de-obra no derecho espanhol”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 285, Porto Alegre: HS Editora, setembro de 2007;

OCHANDO CLARAMUNT, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Barcelona: Ariel, 1999;

OTHON SIDOU, J. M., *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 9ª ed., 2004;

PASTORE, José, *Trabalhar custa caro*, São Paulo: LTr, 2007;

PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Navarra: Thompson Civitas, 2007;

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Colección Cursos, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1ª reimpresión; 1999;

PEDRAJAS MORENO, Abdón, “La cesión ilegal de trabajadores”. En Autores Varios. *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*. Abdón Pedrajas Moreno (org.). Valladolid; Lex Nova, 2002;

PENHA, João da, *El que é existencialismo*, São Paulo: Brasiliense, 2004;

PEREZ LUÑO, Antonio E. “Los derechos fundamentales”, Temas clave de la Constitución española, Madrid: Ed Tecnos, 9ª ed.,

PETTER, Lafayete Josué, *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

PINHEIRO LIBANIO, Aristóteles, *Princípio da dignidad da persona humana*. En: <http://www.diarioon.com.br/arquivo/3916/colunas/coluna-244.htm>;

PINTO MARTINS, Sérgio, *Derecho do trabalho*, São Paulo: Atlas, 23ª ed., 2007;

PIOVESAN, Flávia, “Direitos humanos e o princípio da dignidad humana”. En: *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, George Salomão Leite (org.), São Paulo: Malheiros, 2003;

POULANTZAS, Nicos, “Classes sociais e luta de classes”. En: *Poulantzas*, Organizador Paulo Silveira. Coordenador Florestan Fernandes, São Paulo: Ática, Coleção Grandes Cientistas Sociais n. 47, 1984;

\_\_\_\_\_, “Os aparelhos ideológicos: o Estado, repressão + ideologia?” En: *Poulantzas*, Organizador Paulo Silveira. Coordenador Florestan Fernandes. Ed Ática, Coleção Grandes Cientistas Sociais n. 47, 1984;

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Navarra; Thompson Civitas, 2005;

PROUDHON, Pierre Joseph., *La propriedade é um roubo e outros escritos anarquistas*. Tradução Suely Bastos, Porto Alegre: L&PM Pocket, 1998;

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M., “Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas”. Autores Vários. En *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*. Abdón Pedrajas Moreno (dir.). Valladolid: Lex Nova, 2002;

RAUPP BOCORNY, Leonardo, *La valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Derecho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003;

REIS, Jorge Renato dos, “La Concretização e a Efetivação dos Direitos Fundamentais no Derecho Privado”, En: *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*, Tomo 4, Organizadores Rogério Gesta Leal e Jorge Renato dos Reis, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004;

RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, São Paulo: Saraiva, 1975;

ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco, “El derecho do trabalho e o ser humano”. En: *Continuando a História. Derecho do Trabalho no limiar do novo milênio*, São Paulo: LTr, 1999;

ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens*. Tradução Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2005;

SAAD, Eduardo Gabriel, *CLT Comentada*, São Paulo: LTr, 41ª ed., 2008;

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan La., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabalho*, Navarra: Thompson Civitas, 2005;

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, “Nuevas formas de organización empresarial. Deslocalización, descentralización y externalización. Empresa principal, contratadas y subcontratadas”. En *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación General. Cuadernos de Derecho Judicial, XV – 2005, 2006;

SANSEVERINO, Riva, *Curso de Derecho do Trabalho*. Tradução de Elson Gottschalk, São Paulo: LTr, 1976;

SANT’ANNA, Silvio, “La cosmovisão dialético-materialista da história”. En: *Introducción à obra La ideología alemã’ de Karl Marx*, Tradução Frank Muller, São Paulo: Martin Claret, Coleção Obra Prima de Cada Autor, Textos Integrais, 2006;

SCHÄFER, Jairo Gilberto, “La indivisibilidade dos direitos fundamentais e a efetividade dos direitos sociais”. En: *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Sandra Regina Martini Vial (coordenadora), Mônia Clarissa Hennig Leal, Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal, Porto Alegre: Evangraf, 2005;

SCHÄFER, Jairo Gilberto, *Classificação dos direitos fundamentais. Do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005;

SELL, Carlos Eduardo, *Sociologia Clássica: Durkheim, Weber [e] Marx*, Itajaí: UNIVALI, 3ª ed., 2002;

SERRANO PERNAS, Fernando, “Acción sindical y descentralización productiva”. En *Revista de Derecho Social* n. 40, Albacete; Editorial Bomarzo, 2007;

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da (org.). “Constituição interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais: constituição da República Federativa do Brasil (atualizada até a EC 48/2005)”, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2006;

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, “Locke, John”. En: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto (org.), Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006;

SILVA, José Afonso da. “Curso de Derecho Constitucional Positivo”, São Paulo: Malheiros, 17<sup>a</sup> ed., 2000;

SILVA MARQUES, Rafael da, “Trabalho – um elemento mais do que econômico”. En: *Jornal El Sul*, Porto Alegre, Caderno Colunistas, 23 de julho de 2006;

\_\_\_\_\_, “Da inconstitucionalidade do sistema banco de horas – breves considerações”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 199, Porto Alegre: HS Editora, dez/2005;

SITTON, John. “Habermas y la sociedad contemporánea”. Traducción de Juan Carlos Rodríguez Aguilar. Ciudad del Mexico: FCE, 2006;

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, “La supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, número 297, Porto Alegre: HS Editora, set/2008;

\_\_\_\_\_, *Curso de derecho do trabalho: a relação de emprego*, Volume II, São Paulo, LTr, 2008;

SOUTO SEVERO, Valdete. “La dimensão plural do trabalho humano e a inconstitucionalidade do banco de horas”. En: *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, no. 274, out/2006;

SPURK, Jan, “La noção de trabalho em Karl Marx”. En: *El trabalho na história do pensamento ocidental*, Daniel Mercure, Jan Spurk (Orgs.). Tradução Patrícia Chittoni Ramos Reulliard, Sônia Guimarães Taborda, Petrópolis: Vozes, 2005;

STEILTJES, Cláudio, *Jürgen Habermas. La desconstrução de uma teoria*, São Paulo: Germinal, 2001;

STEIN, Ernildo, *História e ideologia*, Porto Alegre: Movimento, 3<sup>a</sup> ed., 1999;

STRECK, Lênio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *Ciência política e teoria geral do estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 4ª ed., 2004;

SUÁREZ, Fernando, “Informe español”. En *Crisis del estado de bienestar y derecho social*, Pamplona: ESADE – Facultad de Derecho. J.M. Bosch Editor, 1997;

SUPIOT, Alain, *Il futuro del lavoro*. Traduzione Lorenzo Giasanti, Giovanna Fullin, Laura Centemeri e Andréa Allamprese, Roma: Carocci Editore, 2003;

SÜSSEKIND, Arnaldo, *Curso de derecho do trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

TRINDADE DE SOUZA, Rodrigo. “Função social do contrato de emprego”, São Paulo: LTr, 2008;

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La externalización de actividades laborales: um fenómeno complexo”. En *Autors Varios. La externalización de actividades laborales (outsourcing): uma visión interdisciplinar*. Abdón Pedrajas Moreno (org.). Valladolid: Lex Nova, 2002;

VARGAS, Luiz Alberto, “Panorama da flexibilização laboral”. En: *Avanços e possibilidades do direito do trabalho*, Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga, São Paulo: LTr, 2005;

VASCONCELOS PORTO, Lorena, “La relação de emprego e a subordinação – a matriz clássica e as tendências expansionistas”. En: *Revista LTr. Legislação do trabalho*. São Paulo: LTr, Ano 72, no. 7, julho de 2008;

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. “La exigibilidad de los derechos sociales”, Valencia; Publicaciones Universidad de Valencia: 2006;

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Lisboa: Almedina, 2005;

WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, Santiago: Editorial Universitária, 2003;

WOLFGANG SARLET, Ingo. “La Eficácia dos Direitos Fundamentais”, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 4ª ed., 2004;

WOLFGANG SARLET, Ingo. “Dignidad da persona humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ª ed., 2004;

WOLFGANG SARLET, Ingo. “As dimensões da dignidad da persona humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. En:

*Dimensões da Dignidad: ensaios de Filosofia do Derecho e Derecho Constitucional*, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005;

WOLFGANG SARLET, Ingo, “Dignidad da persona humana. Parte II”. En: *Dicionário de Filosofia do Derecho*. Vicente de Paulo Barreto (org.), Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006;

WOLFGANG SARLET, Ingo Wolfgang, *Entrevista ao Jornal da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 3ª Região*, Minas Gerais, de número 59, julho, agosto e setembro de 2008;

### **Periódicos y revistas**

Jornal *El Sul*, Porto Alegre, Caderno Colunistas, 23 de julho de 2006

Jornal *Zero Hora*, 09 de abril de 2009;

Periódico *El País*, sábado, 25 de abril de 2009;

Periódico *El País*, domingo, 26 de abril de 2009;

Revista *Veja*. Edição 2093, ano 41, número 52, 31 de dezembro de 2008;

### **Diccionarios.**

“Dicionário de Filosofia do Derecho”. Vicente de Paulo Barreto (org.), Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006;

“Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española”. Tomo II, Madrid: Editorial Espasa Calpe, 22ª ed., 2001;

“Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas”, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 9ª ed., 2004;

“Dicionário de trabalho e tecnologia”. Organizadores Antonio David Cattani e Lorena Holzmann, Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006;

### **Sitios de Internet**

[www.diarioon.com.br](http://www.diarioon.com.br);

[www.espacoacademico.com.br](http://www.espacoacademico.com.br);

[www.europa.eu](http://www.europa.eu);

[www.fee.tche.br](http://www.fee.tche.br);

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br);

[www.google.com.br](http://www.google.com.br);  
[www.google.es](http://www.google.es);  
[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br);  
[www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es);  
[www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br);