

NARRATIVAS JURÍDICAS (HEGEMÓNICAS Y SUBALTERNAS) EN TORNO A LA TERMINACIÓN DEL TRABAJO: EL CASO DEL DESPIDO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

DAVID CAMPANA

Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - PUCP⁽¹⁾

Nos convoca el tema del despido. Hemos preparado una presentación que intenta vincular el tema del despido y realizar una mirada más bien crítica que incorpore temas que, sin ser corrientemente propios del análisis jurídico, intentan, sin embargo, enriquecer el mismo. El tema de fondo podría expresarse de la siguiente forma: ¿cuáles son las narrativas jurídicas en torno a la terminación del trabajo? Luego de aproximarnos al tema desde la perspectiva teórica de las narrativas hegemónicas y contranarrativas subalternas en el campo del Derecho (del Trabajo), ilustraremos la respuesta explorando el caso del despido en el Derecho norteamericano, que, siendo sustantivamente diferente a los ordenamientos continentales y de la tradición romano-germánica del cual nuestro Derecho forma parte, y en el cual las protecciones laborales son mínimas, ilustra muy bien, quizá por lo mismo, las narrativas y contranarrativas a las que recurren empleadores y trabajadores.

A propósito de un texto muy sugerente de los profesores Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey, titulado *El despido o la violencia del poder privado*⁽²⁾, vamos a introducir el tema de las narrativas jurídicas en torno a la terminación del trabajo, entre quienes por un lado postulan una visión más acorde con la

(1) Consultor Internacional en estándares laborales, empresas y derechos humanos.

(2) BAYLOS GRAU, Antonio, y Joaquín PÉREZ REY. “El despido o la violencia del poder privado”. Madrid: Editorial Trotta, 2009, 2012.

democracia y la ciudadanía social versus quienes hacen más bien un acento en la economía privada y la empresa en el análisis jurídico y especialmente en el análisis de las relaciones laborales. Luego presentaremos una panorámica del sistema legal norteamericano, para poder ver en ese marco el tema del despido y cómo se encuentran reguladas las dos instituciones principales: los denominados *employment-at will* y *wrongful discharge*. Finalmente, revisaremos algunas experiencias que hemos denominado estrategias subalternas, llevadas a cabo en los Estados Unidos por grupos organizados de trabajadores (en sindicatos y otras formas de organización de trabajadores para hacer frente a las limitaciones legales en términos de protección frente al despido).

I. EL DESPIDO EN LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA

Algunas precisiones terminológicas en torno al concepto de despido⁽³⁾ antes de abordar el tema central. Se puede hablar del despido en sentido estricto y en sentido amplio, y esto tiene que ver con el tratamiento que se dé tanto en la doctrina como en la legislación de los diferentes ordenamientos a la terminación de la relación laboral. La idea principal es que cuando se habla del despido en sentido estricto se está hablando de una forma especial de terminación de la relación laboral, aquella que tiene que ver con la terminación de la relación por la iniciativa del empleador por razones disciplinarias, es decir, del despido disciplinario. Sin embargo, si bien es cierto que en sentido estricto, el despido tiene esta caracterización, en términos generales en realidad, cuando se habla de despido, no se hace esta distinción, sino se hace referencia a toda forma de terminación de la relación laboral por iniciativa o voluntad del empleador. Desde esta perspectiva, se entiende como despidos en sentido jurídico amplio, a las múltiples formas de terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, que tienen como consecuencia real la pérdida del empleo, concepto más cercano al uso y entendimiento del término en el lenguaje coloquial y corriente. Es este el sentido con el que los profesores Baylos y Pérez Rey se aproximan al estudio de las narrativas jurídicas alrededor del despido⁽⁴⁾.

Lo dicho puede ser perfectamente ejemplificado por escenas de la película peruana *Paraíso* (2010), en la cual un grupo de jóvenes hijos de migrantes provincianos navegan la carencia de oportunidades en la gran Lima. En la escena central se ve a uno de ellos “trabajando” disfrazado de un pollo gigante, invitando a

(3) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en el Derecho Laboral peruano”. Lima: ARA, 2006.

(4) Ibid. pp. 25-26.

los transeúntes a pasar a un restaurante. En una de las escenas siguientes, en la cocina, al término de la jornada y mientras se ve al joven sudado quitándose el pesado disfraz, el cocinero/propietario/empleador le comunica “hasta aquí nomás va cholito”. El poder de estas imágenes da pie a una animada reflexión sobre el significado del trabajo, las condiciones laborales (o su ausencia) y la naturaleza de la pérdida del empleo, las múltiples prácticas y significados que en la realidad puede adoptar la terminación de la relación laboral, el despido en sentido amplio.

Si bien lo visto ejemplifica una práctica generalizada en el sector informal, el sentido de la pérdida del empleo y el significado amplio que puede adquirir el término despido también se puede constatar en el sector formal regulado del mercado de trabajo, por la relajación de la protección al momento de la contratación mediante la proliferación de múltiples regímenes de contratación temporal, incluso para situaciones de labores ordinarias y permanentes que deberían corresponder a contratos de duración indeterminada⁽⁵⁾. En estas situaciones no será necesario recurrir al despido, en sentido estricto, para dar término a la relación laboral, bastará con no renovar el contrato temporal, aunque el/la trabajador/ra haya sido contratado y recontratado por un periodo largo de tiempo en labores que por su naturaleza deberían ser contratados a tiempo indeterminado.

II. NARRATIVAS JURÍDICAS (HEGEMÓNICAS Y SUBALTERNAS) EN TORNO A LA TERMINACIÓN DEL TRABAJO

Con el sugerente título *El despido o la violencia del poder privado*, los profesores Baylos y Pérez Rey nos introducen a una aproximación diferente del análisis jurídico de lo laboral, específicamente del tema del despido, que no está solamente basada en el análisis de la ley o en los pronunciamientos judiciales, sino que toma prestado o cruza hacia otros campos de las ciencias sociales, en búsqueda de herramientas que nos permitan hacer un análisis más socio-jurídico del fenómeno del trabajo, y en este caso concreto del acto del despido, que es abordado en su sentido amplio, como toda forma de terminación de la relación laboral.

Esta aproximación comparte las preocupaciones de recientes estudios socio-jurídicos que exploran el tema de las narrativas jurídicas hegemónicas y subalternas en el campo del Derecho desde las perspectivas “desde arriba” y “desde abajo”. En apretada síntesis, la perspectiva “desde abajo” busca alterar desde una visión subalterna los discursos hegemónicos construidos “desde arriba”

(5) SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos”. Lima: ARA, 1997.

por quienes se consideran “expertos” en diferentes campos del saber, y que mayormente reproducen acríticamente (voluntaria o involuntariamente) relaciones de poder y dominación en la sociedad⁽⁶⁾.

Los autores utilizan un enfoque desde dentro y fuera de la técnica jurídica para señalar que el discurso jurídico, de cualquier tipo, no está libre de contaminaciones externas, y que todo tipo de análisis jurídico es ideológico. Desde esta perspectiva, incluso quienes hacen un análisis o una interpretación técnico-jurídica de cuestiones legales, tienen un trasfondo ideológico que no se hace explícito. Esta aparente neutralidad del análisis técnico-jurídico esconde también una opción ideológica, que justamente consiste en quedarse en el análisis frío de la ley para no solo evitar tomar en cuenta y discutir aspectos considerados fuera de la técnica jurídica, sino para además descalificar todo tipo de análisis crítico del Derecho, especialmente en el campo del Derecho del Trabajo y la regulación de la contratación y el despido, como ideológicos.

La deconstrucción de esta paradoja es el principal aporte de los autores al análisis del despido. De esta manera, puede percibirse cómo las críticas de “rigidez”, que se vienen generalizando al Derecho del Trabajo y a la regulación de la relación laboral tanto en la contratación como en el despido, vienen con una enorme carga ideológica, porque se está privilegiando la perspectiva de la economía, del mercado, y del funcionamiento y de las necesidades de las empresas, sobre otros valores que han estimulado desde su origen al Derecho del Trabajo que tienen que ver con los valores de la democracia social, de la igualdad sustantiva, de la protección del trabajo y de los trabajadores.

El hecho de que la regulación del despido se sitúe “entre la dinámica del trabajo y las exigencias de la organización de la empresa”⁽⁷⁾ hace que la materia sea particularmente tan controversial y debatible. Pues no se trata solamente de técnica legal, se trata de establecer regulaciones, que, por un lado, protejan a la parte subordinada de la relación laboral, de los trabajadores, pero, por otro lado, al mismo tiempo, permita un funcionamiento flexible por parte de las organizaciones empresariales. ¿Cómo llegar a ese equilibrio? Esa es la gran interrogante contemporánea en la regulación de las relaciones laborales.

(6) Para una aproximación “desde abajo” al Derecho y la globalización ver: RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. y SANTOS, Boaventura de Sousa. *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge & New York: Cambridge University Press, 2005.

Para una aproximación desde la geografía legal, ver CAMPANA, David. “Derecho, Trabajo, Inmigración y Globalización ‘desde abajo’: Una aproximación crítica desde la geografía legal”. En: VV.AA. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima, Ed. Grijley, 2009.

(7) BAYLOS GRAU y PEREZ REY, Ob. cit.

Sin embargo, lo que viene ocurriendo no solamente tiene que ver con cambios legislativos, lo que vendría sucediendo sería pretender un cambio radical en la esencia del derecho al trabajo, en dónde esta visión, que Baylos y Pérez Rey denominan como “la gran meta-narrativa” neoliberal, que prioriza el mercado y las empresas por encima de otros espacios sociales, el trabajo y los trabajadores, se comienza a convertir en hegemónica, ocasionando que se levanten voces desde sectores hegemónicos de la sociedad para exigir que el derecho del trabajo no proteja tanto al trabajador, sino facilite el desempeño eficaz de las empresas en economías de libre mercado. En términos concretos, la visión hegemónica neoliberal demanda “la degradación de las garantías derivadas del derecho al trabajo, incluyendo el despido encausado, a través de su consideración negativa en términos económicos”⁽⁸⁾.

Esta es la gran narrativa que comienza a tener predominio en España y en otros países europeos, a contracorriente de lo que en la Europa continental, lo mismo que en América Latina, ha sido siempre la narrativa dominante, donde tradicionalmente se parte del reconocimiento del trabajo en los textos constitucionales como algo indispensable para la promoción de la democracia y la igualdad en la sociedad. No se trata solamente del desempeño de la economía, es algo más, se trata de la consideración sobre el valor social de las regulaciones, especialmente en el derecho al trabajo.

El carácter hegemónico de la meta-narrativa neoliberal, que pone en primer lugar a la empresa y lo económico, tiene así también efectos devastadores en términos ideológicos. Como consecuencia, las visiones alternativas no solo no son tomadas en cuenta, sino incluso son descartadas por “ideológicas”, pues, como decíamos inicialmente, la manera de descalificar las posiciones a favor de la vigencia del derecho del trabajo y de las protecciones del trabajador es descalificarlas diciendo que son construcciones ideológicas, cuando en realidad, y paradójicamente, la narrativa hegemónica que busca colocar en primer plano a la empresa y las necesidades de la economía proyecta también una visión ideológica.

Deconstruyendo la trampa ideológica de la narrativa hegemónica neoliberal, no solo es posible, sino urgentemente necesario generar narrativas alternativas contrahegemónicas. Baylos y Pérez Rey plantean como alternativa la recuperación de la democracia sustantiva material, que reconoce derechos en una orientación progresiva hacia la igualdad material y que se apoya en sujetos y clases sociales subalternas, o, en términos más jurídicos, en términos constitucionales, es

(8) *Ibidem*.

reconsiderar el trabajo como un elemento esencial de la ciudadanía en el Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, esto que históricamente fue dado por supuesto como fundamento de la propia fundación del Derecho del Trabajo, ahora es algo que viene siendo sometido a debate y, en este debate, la narrativa neoliberal viene imponiéndose.

Vale la pena precisar y recordar que nada de esto es nuevo. Recuerdo que en mis años de estudiante era la época en que se empezaba a hablar de la flexibilidad laboral, estamos hablando de finales de los ochenta. El debate consistía en que, a consecuencia de la crisis económica, era necesario flexibilizar el derecho al trabajo debido a que era demasiado rígido. Flexibilizar significaba desregular, hacer que los derechos de los trabajadores o se redujeran o se eliminaran, para poder superar la crisis económica. Los discursos ahora se renuevan, ya no es la crisis, ahora son las necesidades de funcionamiento y crecimiento de la economía, las economías tienen que seguir creciendo porque es la única manera de seguir dando empleo, hay que eliminar obstáculos al crecimiento económico, para eso hay que modificar el Derecho del Trabajo y hay que modificar la regulación del despido, hay que hacer que el despido sea más fácil, es lo que se alega.

Pongamos un ejemplo, algo extremo, para ilustrar dramáticamente cómo se construyen narrativas en torno al trabajo y su regulación jurídica. En un texto publicado en el diario *El Comercio*⁽⁹⁾, el economista Iván Alonso sostiene que la renuncia del trabajador debería ser causada, es decir, que así como para despedir al trabajador se requiere a la empresa “causa justa”, de la misma forma cuando el trabajador quiere renunciar debería tener una causa justificada para evitar perjuicios a la empresa, de lo contrario esta podría demandar al trabajador por “renuncia injustificada”. Pareciera que el autor más que proponer seriamente un retorno a la servidumbre y el trabajo forzoso, pues esta sería la consecuencia de tan extrema limitación a la libertad de trabajo, más bien estaría utilizando retóricamente lo inequitativo que resulta no requerir al trabajador causa justificada para dejar su trabajo, mientras que al empleador sí se le exige tener causa justificada para despedir al trabajador, para de esta manera abogar por la eliminación de la causalidad del despido.

Otro ejemplo que permite ilustrar cómo diferentes narrativas jurídicas compiten por prevalecer en el orden jurídico podría ser manifestado por el tratamiento dado por el Tribunal Constitucional al tema del despido. Sin entrar en detalles

(9) <<http://elcomercio.pe/opinion/mirada-de-fondo/renuncia-injustificada-ivan-alonso-noticia-1808024>>. Accedido en mayo 15, 2015.

sobre el tema, que es objeto de análisis profundo en la ponencia del Dr. Blancas⁽¹⁰⁾, es de conocimiento general que el Tribunal Constitucional ha sentado una importante línea jurisprudencial en materia constitucional al considerar al despido incausado como contrario al derecho constitucional al trabajo y, por lo tanto, objeto de protección absoluta, disponiendo en tales casos la reincorporación del trabajador⁽¹¹⁾. Sin embargo, nada garantiza que esto no cambie. Por el contrario, el tratamiento del despido incausado en sede constitucional ha sido en sí una construcción reciente del Tribunal Constitucional, el mismo que podría cambiar de opinión y admitir otro tipo de narrativa que no considere el despido incausado como lesivo de derechos constitucionales, como ya se viene planteando desde ciertos sectores a partir de la nueva configuración de los miembros del Tribunal Constitucional.

Abordando el estudio de las instituciones jurídicas como “narrativas” hegemónicas y subalternas, podemos apreciar que nada es inmutable, que las diferentes narrativas se encuentran en un permanente movimiento de contestación y competencia. Introduciéndonos al estudio del trabajo y del despido desde la perspectiva de lo que son las narrativas jurídicas construidas para su regulación, podemos apreciar que se trata de construcciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales elaboradas desde y/o para los intereses diversos de los diferentes actores que intervienen en el campo de las relaciones laborales, hegemónicos y subalternos. Desde esta perspectiva, podemos apreciar que lo que está ocurriendo en el mundo contemporáneo, la crítica radical a la cual está siendo sometido el Derecho del Trabajo, proviene desde la meta-narrativa neoliberal que viene adquiriendo carácter hegemónico, una narrativa que privilegia el funcionamiento de la economía y las necesidades de las empresas por encima de las protecciones a los trabajadores.

Por otro lado, conviene precisar, volviendo a lo planteado por los profesores Baylos y Pérez-Rey, que no se trata de regresar al pasado. De lo que se trata, dicen ellos, es de crear un “nuevo narrativismo jurídico pro laboralista”, que recupere el valor del trabajo como esencial para el ejercicio de la ciudadanía y la democracia social en este debate, y al mismo tiempo entender que esto se trata de construcciones jurídicas y que así como hay estas construcciones jurídicas que privilegian el predominio de lo económico y de las empresas, pues es momento de crear narrativas jurídicas desde fuera de los paradigmas que encierran la producción teórica sobre el Derecho del Trabajo

-
- (10) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Evolución del régimen del despido disciplinario en el Perú: despidos justificados, arbitrarios, nulos, incausados y fraudulentos en la jurisprudencia ordinaria y constitucional”. Ponencia presentada en el III Curso Internacional Avanzado en Derecho Social. Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP, Perú, y Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, Lima, 11 al 22 de mayo de 2015.
- (11) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado.” Derecho PUCP, 2014, N° 71, pp. 309-339.

mayoritaria o hegemónica, ya que, como dicen los autores, “si los juristas inventan lo real, es oportuno intentar explicar la realidad desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores”⁽¹²⁾.

Luego de realizar tema desde la perspectiva teórica de las narrativas hegemónicas y contranarrativas subalternas en el campo del Derecho (del Trabajo), ilustraremos lo dicho explorando el caso del despido en el Derecho norteamericano, en el cual las protecciones laborales son mínimas, y que quizá por lo mismo, ilustra muy bien las narrativas y contranarrativas a las que recurren el Estado, empleadores, trabajadores y sus organizaciones representativas.

III. EL DESPIDO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Empezaremos por ofrecer una panorámica del sistema legal norteamericano para poder ver en ese marco el tema del despido y cómo se encuentran reguladas las dos instituciones principales: los denominados *employment-at-will* y *wrongful discharge*. Finalmente, revisaremos algunas experiencias que hemos denominado estrategias subalternas, llevadas a cabo en los Estados Unidos por grupos organizados de trabajadores, en sindicatos y otras formas de organización de trabajadores, para hacer frente a las limitaciones legales en términos de protección frente al despido.

La regulación del trabajo en los EE.UU., país con un gobierno federal y en donde no existe referencia explícita a derechos laborales en su Constitución, es resultado histórico de una serie de intervenciones del Estado en la forma de leyes y decisiones judiciales, tanto a nivel federal como estatales. La legislación laboral resultante es criticada por la insuficiente protección que brinda a los/las trabajadores/as tanto en el aspecto de derechos individuales como colectivos.

En el sistema jurídico norteamericano no existe un “Derecho del Trabajo” como rama especial del Derecho con identidad propia y principios comunes. En general, el trabajo se encuentra regulado, en su dimensión individual, por las denominadas leyes de empleo o *employment law*, cuya norma federal más importante la constituye la FLSA-Fair Labor Standards Act de 1938, que establece el salario mínimo nacional y el pago de horas extras en adición a la jornada legal de 40 horas; y en su aspecto colectivo, por las llamadas leyes de trabajo o *Labor Law*, que tiene en la NLRA-National Labor Relations Act de 1935, o Ley Wagner, la norma federal más importante, regulando los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga.

(12) BAYLOS GRAU y PÉREZ REY, Ob. cit.

En la dimensión individual, la relación de trabajo está gobernada por la doctrina del *employment-at-will*, o la capacidad absoluta del empleador de contratar en las condiciones que quiera (respetando escasas disposiciones legales como salarios mínimos y horas extras, además de las relacionadas con seguridad y salud en el trabajo, entre otras), o despedir sin causa justificada (salvo disposición contenida en un convenio colectivo, si existiera), sin más limitaciones que las mínimas y dispersas, aunque crecientes, disposiciones de lo que se denomina como *wrongful discharge*. Estas últimas vienen siendo establecidas por la legislación y la jurisprudencia, tanto a nivel federal como estatal, y disponen, básicamente, excepciones según las cuales el empleador no tiene derecho a despedir si el trabajador se opone a cumplir un acto contrario a la ley (*public policy*), o por motivos discriminatorios o antisindicales (*discrimination/retailiation*), cuando las partes consideran implícitamente la duración como indeterminada e intrínseca al contrato de trabajo (*implied-contract*) y cuando el despido es de mala fe o motivado por malicia (*covenant-of-good-faith*)⁽¹³⁾.

En el aspecto colectivo, la ley es criticada por su debilidad en la protección de la actividad sindical. Entre sus limitaciones más importantes se señalan la facultad de los empleadores de intervenir en los procesos de constitución de sindicatos, la débil sanción en contra de actos de discriminación antisindical, la exigencia de elecciones con voto universal y secreto para la constitución de sindicatos (que deben realizarse ante el órgano administrativo estatal en un proceso que puede durar más de un año y durante el cual el empleador está autorizado a hacer campaña en contra del sindicato, sin que esto se considere un acto antisindical, sino el ejercicio legítimo del *freedom of speech* o “libertad de expresión”, derecho sacrosanto en la democracia norteamericana, consagrado por la primera enmienda del *Bill of Rights* de la Constitución), la tolerancia de “negociaciones, superficiales” por la ausencia de mecanismos efectivos que garanticen una auténtica negociación entre las partes, la prohibición de acciones de solidaridad, así como la autorización a los empleadores a contratar reemplazos de manera temporal o permanente en caso de huelga⁽¹⁴⁾. Como resultado, es común que las acciones sindicales —especialmente la constitución de sindicatos— estén acompañados de una fuerte oposición empresarial y actos antisindicales, como acciones de intimidación y despidos de activistas sindicales⁽¹⁵⁾.

(13) ESTLUND, Cynthia L. “Wrongful discharge protections in an at-will world.” *Texas Law Review*, 1995, Nº 74, p. 1655.

(14) COMPA, Lance. “Unfair Advantage. Workers’ Freedom of Association in the United States under International Human Rights Standards.” *Human Rights Watch*. 2000.

(15) Existe incluso una industria bastante rentable dedicada a proveer de consultores y servicios de “unión busting”, desde cómo llevar adelante reuniones individuales de amedrentamiento con los trabajadores,

Dada la vigencia del principio de *employment-at-will* y la libertad para despedir en el Derecho norteamericano, con las contadas excepciones establecidas por la ley y la doctrina del *wrongful discharge*, la importancia de la existencia de sindicatos y acuerdos colectivos adquiere primordial importancia en el campo de las relaciones individuales y la regulación del despido y otras formas de terminación de la relación laboral, pues será el convenio colectivo la vía privilegiada mediante la cual se podrá establecer las causas que justificarían el despido, así como las garantías frente al despido arbitrario y los procedimientos a seguir. Además, en numerosos casos se viene utilizando una protección que se pertenece más al aspecto colectivo para proteger a los trabajadores en el aspecto individual, sobre todo en los casos de despido. La Ley Wagner, que establece que los trabajadores que realizan acciones concertadas, ya sea para organización o afiliación a un sindicato, o en general para la protección de sus derechos, están protegidos frente a actos en su contra por parte del empleador. La protección en contra de despidos por causa antisindical sería el típico ejemplo del uso de esta protección legal, pero como la norma incorpora en general las acciones motivadas para la “protección de sus derechos”, algunos tribunales están aceptando la interpretación consistente en que también trabajadores despedidos en una relación individual de trabajo, despedidos por hacer algo para proteger sus derechos, tienen derecho a accionar en contra de su empleador. Esta sería una especie de ampliación de la protección de la ley en el aspecto colectivo a la protección del despido en caso de trabajadores individuales.

IV. LOS SINDICATOS EN EE.UU.: UNA MIRADA PANORÁMICA

Los sindicatos en los EE.UU. se encuentran organizados a nivel sectorial por sindicatos de alcance nacional que cubren toda una rama de actividad productiva y/o gremio ocupacional. Estos sindicatos cuentan con sindicatos locales (*locals*) para actuar en jurisdicciones más específicas como determinadas ciudades o centros de trabajo. En general, aunque pueden encontrarse muchas excepciones, el referente directo para los miembros es el sindicato local, y las cuotas sindicales son divididas con el sindicato nacional. El sindicato local tiene a su cargo las acciones de organización y negociación colectiva en la jurisdicción, salvo en el

hasta la provisión de reemplazos para huelguistas y guardias de seguridad. LOGAN, John. “*The Union Avoidance Industry in the United States*”. *British Journal of Industrial Relations*, N° 44:4, December 2006. pp. 651-675.

La intimidación a trabajadores inmigrantes indocumentados es mayor, pues conlleva el riesgo de ser deportados.

caso de procesos de organización y/o negociación que involucran acciones a nivel nacional, en cuyo caso la “internacional” mantiene el liderazgo, asumiendo, en general, autoridad y poder centralizado sobre los sindicatos locales.

El movimiento sindical norteamericano alcanzó su máximo nivel de organización en 1946, cuando llegó a representar el 37 % de la población sindicalizable. Desde entonces viene sufriendo un descenso sostenido hasta llegar a representar el 2010 solamente al 11,9 % (14.7 millones) del total, y al 6,9 % (7.1 millones) en el Sector Privado⁽¹⁶⁾. Son varias las causas que explican este dramático descenso. Entre las principales se mencionan tanto las profundas transformaciones socioeconómicas producidas especialmente en la segunda mitad del siglo pasado⁽¹⁷⁾ como, más recientemente, la actual recesión económica⁽¹⁸⁾ surgida y/o contribuyente de la crisis financiera internacional. Sin embargo, en perspectiva histórica, esta declinación de la densidad sindical responde, por un lado, a la débil protección que brinda la ley⁽¹⁹⁾ y a la intensa oposición de los empleadores expresada en actos antisindicales⁽²⁰⁾, como, por otro lado, a la propia naturaleza de la actividad sindical predominante en los sindicatos norteamericanos que privilegian el modelo de *business unionism*⁽²¹⁾: el centro de la acción sindical está puesto en obtener mejoras económicas inmediatas para los miembros (mejores salarios y condiciones de trabajo), sin que esto implique un mayor empoderamiento de las/los trabajadoras/es⁽²²⁾.

V. ESTRATEGIAS (SUBALTERNAS) EN LA ACCIÓN DE LOS TRABAJADORES

A partir de finales de los años setenta, algunos sindicatos empiezan a reconocer la insuficiencia del modelo de *business unionism* para contrarrestar las

(16) U.S. Bureau of Labor Statistics. 2011. “Union Members–2010”. January 21, 2011.

(17) Tránsito de una economía basada en la manufactura a otra basada en tecnología y servicios, paso del fordismo a métodos flexibles de *lean production*, desindustrialización, *offshore outsourcing*.

(18) TILLY, Chris. *An opportunity not taken...yet: U.S. labor and the current economic crisis*. Institute for Research on Labor and Employment. UC Los Angeles. 2010.

(19) Probablemente no es coincidencia que la declinación en la densidad sindical se inicia en 1947, año en que se modifica la NLRA para limitar los derechos sindicales.

(20) BUDD, John. *Labor Relations. Striking a Balance*. McGraw-Hill/Irwin. 2005. pp. 21-22.

(21) *Ibid.* pp. 106,187.

(22) El modelo recibe su nombre por asemejar una actividad de servicios, donde los miembros pagan sus cuotas para ser servidos por el *staff* del sindicato sin tener mayor participación en las actividades sindicales, con la consiguiente profesionalización y burocratización de los sindicatos, que tienden a resolver los conflictos mediante acuerdos “en la cúpula” con los empleadores, y mediante acciones de *lobby* con las autoridades públicas.

limitaciones de la ley y el antisindicalismo empresarial. Desde mediados de los ochenta, sindicatos “progresistas” como los United Steelworkers y otros en el sector de servicios –con fuerte presencia de mujeres, minorías y trabajadores migrantes como SEIU (limpieza), UNITE (textiles y lavanderías), HERE (hoteles y restaurantes), entre otros– empiezan a implementar formas alternativas de acción sindical más características de lo que se denomina *rank-and-file organizing model* y *social movement unionism*⁽²³⁾.

Estas experiencias se caracterizan por la implementación comprehensiva de un conjunto de estrategias que van desde la promoción de una mayor participación y empoderamiento de la membrecía⁽²⁴⁾, la formación de coaliciones con grupos comunitarios y de iglesias, la actuación “alrededor de la ley” para superar las limitaciones del proceso legal y la oposición patronal, hasta el desarrollo de acciones “de menos a más” tanto en el lugar de trabajo como en otros espacios de poder fuera de la empresa, con un fuerte componente de investigación corporativa como soporte a las decisiones sobre dónde y cómo presionar para lograr los objetivos planteados⁽²⁵⁾.

A continuación una apretada síntesis de tres significativas experiencias que pueden servir para ilustrar la amplitud y alcance de este emergente campo de acción sindical.

1. *Justice for Janitors*: “re-localizando” las luchas

La campaña de SEIU para organizar trabajadores de limpieza –llamada “Justice for Janitors” (JfJ)– puede ser el ejemplo que mejor ilustra el éxito de las nuevas estrategias sindicales en organizar trabajadores de bajos salarios, en su mayoría mujeres e inmigrantes, que trabajan de manera “deslocalizada” para compañías que prestan servicios a grandes edificios en las zonas céntricas y financieras de grandes ciudades. Población trabajadora tradicionalmente considerada como difícil y hasta imposible de organizar. JfJ demostró exactamente lo contrario. Aunque

(23) BUDD, John. Ob. cit. pp. 187-191.

(24) La organización de la membrecía es la columna vertebral de este modelo, que requiere de comités de trabajadores de base “militantes”: informados, motivados y listos para actuar. Los organizadores sindicales son formados en la tradición del *community organizing*, modelo basado en el desarrollo de conversaciones de “persona a persona” (*one-to-one conversations*), donde el organizador hace preguntas y escucha en lugar de tratar de convencer, con la doble finalidad de establecer fuertes lazos entre los miembros (y/o con miembros de grupos comunitarios, iglesias y autoridades políticas), además de perseguir “agitar” para la acción a su interlocutor. Aaron Schutz, Aaron y Marie G. Sandy. *Collective Action for Social Change: An Introduction to Community Organizing*. Palgrave Macmillan, 2011. A manera anecdótica podemos indicar que el actual presidente de los EE.UU., Barack Obama, inició su carrera profesional como organizador comunitario en la ciudad de Chicago.

(25) VV.AA. *Organizing to Win. New research on union strategies*. Cornell University Press. 1998.

JfJ es una campaña de alcance nacional, su desarrollo más representativo se da en la ciudad de Los Ángeles, desde finales de los ochenta, donde se demostró que es posible organizar y movilizar a miles de trabajadores y, encima, lograr beneficios fundamentales como incrementos substanciales en salarios y coberturas de seguros de salud⁽²⁶⁾. La estratégica combinación de una intensa organización y movilización de la membresía, la formación y participación en coaliciones con otros sindicatos, grupos comunitarios, iglesias y autoridades políticas, una creativa e intensa campaña de acciones con resonancia en los medios de comunicación y la opinión pública, y la presión focalizada en las compañías contratantes y propietarias de los edificios –con el soporte de un fuerte ingrediente de investigación corporativa– son señalados como los factores críticos para la victoria de esta campaña⁽²⁷⁾.

2. *Social movement unionism: poder más allá del sindicato*

En la misma línea, otro ejemplo exitoso (aunque el espacio de acción, en este caso, se “re-localiza” del lugar de trabajo a los centros locales de autoridad política) lo constituyen las campañas por “salarios dignos” o “salarios para vivir” (*living wage*⁽²⁸⁾). Las campañas por “salarios dignos” persiguen, a través de la conformación de coaliciones que agrupan sindicatos y otras organizaciones de trabajadores (como *worker centers*⁽²⁹⁾), organizaciones comunitarias y de iglesias, el establecimiento de ordenanzas que hacen obligatorio el pago de un “salario para vivir” a los trabajadores que laboran en obras y servicios ejecutados directamente o financiados por los gobiernos locales o regionales. En tan solo diez años – desde sus inicios en la ciudad de Baltimore en 1994–, las campañas por “salarios dignos” lograron establecer este tipo de ordenanzas en más de 120 localidades en los EE.UU. Esta manifestación del *social movement unionism*, mediante la construcción de núcleos de poder regional en coalición con otras fuerzas sociales, ha

(26) La cobertura de salud es un aspecto crítico en las negociaciones laborales en los EE.UU. ante la ausencia de un sistema estatal que brinde cobertura universal obligatoria para las/los trabajadoras/es.

(27) VV.AA. *Helots No More: A Case Study of the Justice for Janitors Campaign in Los Angeles*. Working Paper Series. The Ralph and Goldy Lewis Center for Regional Policy Studies, UCLA School of Public Affairs. 1996. Este estudio ofrece una detallada descripción y explicación de la campaña en Los Angeles. La campaña JfJ ha sido incluso llevada a la pantalla grande, en la película “*Bread and Roses*”, dirigida por Ken Loach en el año 2000.

(28) A diferencia del salario mínimo, que está establecido por el gobierno federal, y que, en ausencia de reajustes periódicos necesarios, se encuentra muy por debajo de lo que necesita una familia para su subsistencia, el “salario para vivir” se calcula de acuerdo a lo que debería recibir una persona con hijos para estar por encima de la línea de pobreza.

(29) En los últimos años, y debido en parte al desinterés y/o limitaciones de los sindicatos, colectivos de trabajadores tradicionalmente considerados “no-organizables” por la precariedad de su empleo (trabajadores temporales, subcontratados, “*day laborers*”, inmigrantes, etc.) han venido conformando *worker centers* con la finalidad de obtener representación, servicios de interés común y acceso a mejoras a sus condiciones de vida y empleo. Fine, Janice. *Worker Centers: Organizing Communities at the Edge of the Dream*. Cornell University Press. 2006.

permitido impulsar iniciativas en beneficio de la población local, al impedir el abaratamiento de la mano de obra sindicalizada por la “privatización” de obras y servicios públicos, beneficiándose también los sindicatos que se han visto fortalecidos por su participación en coaliciones con agendas comunes que incluyen el apoyo recíproco a las causas sindicales⁽³⁰⁾.

3. *Bargaining to organize: organizando alrededor de la ley*

La celebración de acuerdos de neutralidad (*neutrality agreements*) y reconocimiento automático (*card check recognition*) entre sindicatos y empresas, son algunas de las tácticas más creativas utilizadas por los sindicatos en los últimos años para “organizar alrededor de la ley” (“*organizing outside the NLRB*” - National Labor Relations Board), superando por esta vía las limitaciones legales a la constitución de sindicatos y la afiliación de nuevos miembros, y neutralizando la acción antisindical durante los procesos de constitución y afiliación sindical. Celebrando acuerdos de neutralidad durante el proceso de formación del sindicato, o de reconocimiento automático en caso de alcanzar el número de firmas requerido para la constitución del mismo, los trabajadores pueden ir “alrededor de la ley” y evitar recurrir al procedimiento administrativo ante el NLRB, que, como hemos visto, es un proceso que puede durar más de un año y durante el cual el empleador está autorizado a hacer campaña en contra del sindicato. De esta forma, los trabajadores han construido una estrategia subalterna que les permite ir alrededor de la ley para conseguir conformar o afiliarse a una organización sindical, y de esta manera obtener cobertura por el convenio colectivo, que, en el caso del despido, establecerá que solamente procederá por causa justificada.

A pesar de que la renovación de estrategias de acción sindical no ha logrado revertir la caída de los índices de afiliación sindical en los EE.UU., han contribuido, sin embargo, a que el movimiento sindical logre resonantes victorias en los últimos años, estableciendo precedentes positivos a ser seguidos y ampliados por otras experiencias. Más aún, la evidencia empírica disponible demuestra que, entre los factores determinantes del éxito de una campaña sindical, el uso comprehensivo de diferentes tácticas sindicales tiene mayor peso que la oposición antisindical empresarial. Indica, asimismo, que los casos más exitosos son justamente aquellos en los que se utilizan estratégicamente diferentes tácticas de manera comprehensiva en lugar de utilizar solamente una⁽³¹⁾.

(30) TURNER, Lowell y Daniel B. Cornfield (Eds.) *Labor in the New Urban Battlegrounds: Local Solidarity in the Global Economy*. Cornell University Press. 2007.

(31) BRONFENBRENNER Kate y Robert Hickey. *Blueprint for Change: A National Assessment of Winning Union Organizing Strategies*. Cornell Office of Labor Education Research. 2003.

VI. CONCLUSIÓN

Ya para terminar, simplemente a manera de conclusión, lo que hemos querido hacer con esta presentación ha sido una especie de integración de categorías de análisis que no son necesariamente comunes en el análisis jurídico, hemos tratado de evitar hacer simplemente del análisis de lo que dice la legislación, de lo que dice la jurisprudencia, de lo que dice la doctrina, sino introducir más bien una manera de ver lo que la legislación, la jurisprudencia, la doctrina dice, pero entendiéndolas como lo que son, construcciones, construcciones narrativas, narrativas jurídicas. Estas construcciones y narrativas jurídicas vienen de todo lado, vienen desde arriba, desde abajo y desde todos los costados, desde la derecha, desde la izquierda y desde todo el espectro entre ambos extremos, las narrativas jurídicas pueden tener cualquier signo ideológico porque en la construcción de narrativas jurídicas todo es ideológico. Las narrativas jurídicas vienen desde los actores hegemónicos, desde el Estado y las empresas, desde los trabajadores, también desde el sector académico y desde quienes (re)producimos doctrina, incluso desde quienes reclaman neutralidad ideológica detrás del ejercicio de la pura técnica jurídica. De esta forma, hemos querido también hacer explícito que, a pesar de la posición hegemónica que viene teniendo la narrativa que privilegia al mercado y las empresas por sobre la protección al trabajo, existen también narrativas subalternas que vienen desde abajo, de la práctica cotidiana de los trabajadores, quienes, lejos de ser víctimas indefensas de la explotación capitalista y la opresión estatal, son agentes protagónicos en la generación de experiencias alternativas de protección de sus intereses y derechos, entre otros medios, mediante la producción de narrativas jurídicas subalternas contrahegemónicas.