

34. "Cuando los componentes designados no lo sean en proporción a la representación de cada sindicato, sino que, existiendo sindicatos distintos con diferente fuerza representativa, esa diversidad no se traduzca en una designación proporcional, bien porque las partes lo acuerdan así, bien porque no logren acuerdo sobre la proporción, en cuyo caso subsiste el módulo de los porcentajes representativos, que no han sido sustituidos por el número de los componentes no designados proporcionalmente".
35. *Op. cit.*, pág. 488.
36. En *Relaciones Laborales*, 1986-1, pág. 525.
37. STCT de 4 de noviembre de 1985. No reconoce, tampoco, la eficacia general del convenio colectivo suscrito sólo por una parte del Comité que no alcanza el 60 % de votos favorables, la STCT de 23 de septiembre de 1983, en *Relaciones Laborales*, 1985-2, pág. 657, que niega, a su vez, que tal acuerdo sea en sí discriminatorio por el solo hecho de tener eficacia limitada. Igualmente, considera irrelevante "el resultado del referendun efectuado en la empresa, pues esta consulta no es necesaria para la válida aprobación de un convenio, ni altera la capacidad de la Comisión negociadora". En el mismo sentido la SSTCT de 1 de julio de 1986, en *Actualidad Laboral*, n.º 34, 1986, marg. 733 y 16 de octubre de 1986, en *Actualidad Laboral*, n.º 46, 1986, marg. 1015.

Derecho del Trabajo (Voz para una enciclopedia)*

por

Gino Giugni**

SUMARIO: I. La legislación social y el Derecho del trabajo. II. La doctrina. III. Los contenidos. IV. El contrato de trabajo: origen y construcción jurídica. V. Los límites de la autonomía individual. VI. La libertad y la organización sindical. VII. El contrato colectivo de trabajo. VIII. La huelga. IX. La innovación de la estructura y de la técnica jurídica. X. Las fronteras actuales del Derecho del trabajo. XI. Las ideologías y los modelos normativos.

I. La legislación social y el Derecho del trabajo

La formación del Derecho del trabajo como área normativa o disciplina especial es un fenómeno típico de este siglo. Las primeras leyes protectoras, que constituyeron la más inmediata respuesta a la "cuestión social" y ampararon particularmente el trabajo de las mujeres y de los niños o la materia de los accidentes, hicieron su aparición en pleno siglo XIX. La primera *Factory Act* inglesa es del año 1833; la primera ley francesa sobre el trabajo de los niños es del año 1841. El más tardío advenimiento de la legislación social en los demás países dependió de varios factores, referibles al menos al tiempo de desarrollo del sistema productivo industrial; en Italia se debió ciertamente al desarrollo industrial tardío; en los Estados Unidos se explica por la fuerte resistencia opuesta por las clases propietarias en nombre del principio de no intervención y de libertad contractual; en cambio, en la Alemania guillermina, la legislación social nace en la penúltima década del siglo XIX, pero es contemporánea con las leyes especiales antisocialistas.

* Publicado con el título *Diritto del Lavoro (Voce per un'enciclopedia)*, en *DLRI*, n.º 1, p. 11. Traducción del italiano por Víctor A. Boschetti y Humberto A. Podetti.

** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Roma.

Ya en este período se delinearon un modelo liberal de intervención del cual Inglaterra es portaestandarte, y uno de tipo autoritario y paternalista que caracteriza a la Alemania imperial. El modelo liberal corresponde en general a condiciones de hegemonía política de la burguesía industrial; el otro, el mantenimiento en el poder de las clases agrarias y de las castas militares, así como a la perduración parcial de estructuras productivas corporativas. La intervención social en el ámbito de regímenes autoritarios encontrará la más coherente expresión en el régimen fascista.

Estas primeras intervenciones legislativas, acaso siendo ricas en contenidos innovadores, por sí mismos idóneos para echar las primeras bases de un nuevo derecho, no dan lugar todavía a una completa elaboración científica hasta el nuevo siglo. Aparecen en un primer tiempo como masas erráticas en el gran mar del derecho y en particular del Derecho civil. En cambio, con singular sincronía, en los primeros diez años del siglo XX se publican obras sistemáticas del alto empeño, debidas a autores prestigiosos o destinados a convertirse en tales, que señalan los fundamentos del Derecho del trabajo. Recordamos a propósito, entre los más significativos: P. Lotmar y H. Sinzheimer en Alemania¹, P. Pic y (para el derecho de los sindicatos) L. Leroy en Francia², L. Barassi y G. Messina en Italia³. Por otro lado, el famoso *Industrial Democracy* de S. y B. Webb⁴, estudio no inspirado en metodología jurídica, o la obra de la escuela institucionalista americana (J.R. Commons, J.C. Adams)⁵, influídas por el socialismo europeo de cátedra, desarrollaron en sus respectivos países un rol análogo, esto es, poner bajo la lente de la observación científica el nuevo tejido institucional que se había venido formando, sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX: las leyes obreras, los concordatos o contratos colectivos, la huelga, el contrato o relación de trabajo.

El proceso de desarrollo de las instituciones será de cualquier modo más acelerado que el flujo de las indagaciones y de la sistematización teórica, y será así, sobre todo para poner en crisis la rigurosa implantación individualista del derecho burgués, y del derecho civil en particular. En fin, será notable desde los inicios, la circulación internacional de la información legislativa, mientras que pronto surgirá también una pronunciada tendencia a la internacionalización del problema. Tal tendencia verá su primera manifestación en 1890 con la Conferencia Internacional de Berlín convocada por Guillermo II, y culminará en 1919 en Versalles con la constitución de la Organización Internacional del Trabajo, patrocinada por el Presidente Wilson.

Profundo será en fin el impacto de factores políticos de alcance histórico, tales como el advenimiento de dictaduras en Alemania y en Italia, por una parte, y por la otra el *New Deal* estadounidense; o también por las exigencias sociales actualizadas por las dos guerras mundiales. El fascismo y el nazismo, en particular, tuvieron un efecto destructivo tanto sobre las instituciones como sobre la doctrina, pero las primeras aparecen más capaces de recuperación inmediata que la segunda. En los Estados Unidos el *New Deal* volvió al revés completa y duraderamente la actitud del Estado Federal en la confrontación de las relaciones sindicales. La emergencia bélica indujo a muchos países a adoptar medidas de control y de protección, que sobrevivieron a aquélla.

En medio de tal secuencia de acontecimientos, mientras la evolución de los institutos legales, de la jurisprudencia y de los contratos colectivos cambiaba el modo de ser de esta importante área de relaciones sociales y económicas, la doctrina, también abundante, y en el conjunto, sensible y original había continuado viendo en el Derecho del trabajo a un derecho nuevo o un "derecho *enfant* que es llevado de la mano por el venerable Derecho civil"⁶. La verdad es que el Derecho del trabajo apareció siempre nuevo porque cambiaba y cambia continuamente, con un ritmo dinámico, ciertamente más acentuado que el de otras ramas del Derecho (aunque esto no es absoluto: piénsese en el Derecho de la economía o en el Derecho tributario). Lo que no era percibido adecuadamente era la insuficiencia de la metodología dominante, la denominada dogmática, o sea la técnica constructiva procedente de grandes sistematizaciones conceptuales, para mantener el ritmo del fenómeno de cambio.

II. La doctrina

Si el nacimiento de esta nueva rama de la ciencia jurídica puede ser fechada con certeza y aparece casi contemporánea en algunos países, la evolución será desigual en el ámbito de ellos y de las varias áreas de la cultura jurídica. Una posición dominante ha sido pronto comúnmente asumida por la doctrina alemana, que ejercerá por largo tiempo una gran influencia, en particular en el área latina. El período preweimeriano queda calificado por autores como Lotmar y Sinzheimer. El primero, que era un romanista, siguió una metodología histórico-dogmática. El segundo, uno de los exponentes más representativos del socialismo jurídico, junto a Renner y a Radbruch, fue también miembro de la Asamblea de Weimar y contribuyó a la elaboración de la Constitución; en aquél entonces siempre aparece más orientado hacia la metodología sociológica. En el período weimeriano florecen nuevas escuelas (de nuevo Sinzheimer, y después W. Kaskel, E. Jacobi y muchos otros)⁷. El impacto del nazismo será sin embargo destructivo, tanto más porque no pocos de estos autores pertenecían a la raza hebrea.

En Italia, el advenimiento del fascismo y del Estado corporativo genera una abundante producción de monografías y textos que, abandonando en máxima parte los textos que fueron tratados por Barassi (sobre todo el contrato de trabajo) hicieron la glosa de los fastos del régimen, aunque en algunos casos se alcanzaron notables niveles de análisis (N. Jaeger) y también poco permeables a la ideología oficial (G. Chiarelli)⁸. En Francia parece dominar una orientación límpidamente exegetica; algunos autores propondrán la confluencia del derecho del trabajo en el derecho social, tercer género junto al derecho público y al derecho privado (G. Gurvitch)⁹: idea que vivirá una breve temporada y dejará un trazo más que nada verbal ("Derecho social" es a veces equivalente de Derecho del trabajo, particularmente en Francia y en América Latina). En cambio, en los países anglosajones prevaleció en una primera época un método estrechamente ligado a las exigencias empíricas de comentario al derecho vigente.

Fuera del campo jurídico, sin embargo, el empleo del método histórico o histórico-económico da resultados de relieve para la ciencia jurídica; vale la pena recordar la escuela de Wisconsin, creada por J.R. Commons. De notable importancia, como canal entre la economía y el derecho, es la obra de asociaciones científicas como el Verein für Sozialpolitik (se recuerda el nombre de L. von Brentano) y la American Economic Association. El nexo se rompe más tarde al prevalecer las directivas formalistas en el ámbito de las varias y específicas ciencias sociales.

La circulación internacional de la doctrina, a diferencia de la referente a la información legislativa (v. *supra* § 1), en ese tiempo sin embargo es escasa, y se puede decir que todo Derecho del trabajo vive dentro de su ámbito nacional, si se exceptúa la sensible influencia de la doctrina alemana hasta la caída de la República de Weimar. Es en la segunda postguerra que comienzan a ponerse las bases para la formación de una ciencia transnacional del derecho del trabajo, asimilable en este aspecto al derecho civil o al constitucional. Esto ocurre en parte por la política de aproximación seguida por las organizaciones internacionales y de las europeas en particular, pero sobre todo gracias a la influencia de O. Kahn-Freund¹⁰, discípulo de Sinzheimer, emigrado de Alemania a Inglaterra por razones raciales y por tanto en condiciones de confrontar dos culturas jurídicas tan diversas, en contextos económicos de otra tanta industrialización avanzada. La obra de Kahn-Freund, aun cuando a su vez hace comprender las razones de la actitud empírica de los juristas ingleses, emplea, cuando es necesario, las categorías conceptuales de origen continental-europeo, y esto torna posible la comparación y la construcción de razonamientos¹¹.

En el derecho continental europeo (y en el área de la lengua española, incluso de la latino-americana) las tendencias actuales son diversas y, naturalmente, también contrastantes. En la República Federal Alemana, si durante un período existe el predominio de los juristas formados bajo el nazismo y orientados según un método formalista atemperado por un uso más bien desarrollado de la jurisprudencia de intereses (H.C. Nipperdey)¹²; aparece conspicua ahora la influencia del organicismo gierkiano (A. Nihisch)¹³. Ambas tendencias interpretan de modo notablemente moderno el clima de la restaurada libertad sindical, pero aparecen ciertamente en sintonía con las orientaciones conservadoras prevalecientes en la nueva Alemania. En los años sesenta renace la escuela de Sinzheimer por mediación de Kahn-Freund (Th. Rammn y S. Simitis)¹⁴, y se desarrolla la crítica política de las concepciones jurídicas (Daubler)¹⁵; la influencia de Kahn-Freund es también visible en Escandinavia (F. Schmidt)¹⁶. En Francia la primera obra sistemática es la de P. Durand¹⁷, a la cual siguen autores con fuerte sensibilidad comparatista, llevada por eso a insertarse en el contexto de la ciencia común del derecho del trabajo, de la cual se hizo referencia antes (G. Lyon-Caen)¹⁸.

En Italia, luego de un período considerado beneficiado por la influencia de la metodología civilista (eficaz como barrera a la ideología fascista, y también dotado de un alto nivel técnico: para todos F. Santoro-Passarelli y F. Mangoni)¹⁹, se asiste en los años sesenta a una renovación radical consiguiente al afirmarse la metodología sociológica y de "política del derecho" (G. Giugni,

F. Mancini y U. Romagnoli)²⁰. Hoy es opinión común que el derecho del trabajo italiano es uno de los campos experimentales más fértiles para la renovación metodológica de toda la ciencia jurídica (sobre todo del derecho civil y del procedimiento civil). Una notable importancia parece en fin destinada a asumir esta área de la ciencia jurídica en España, después del fin de la dictadura franquista; asaz notable aparece allí la influencia de la doctrina italiana como asimismo de la alemana y la francesa²¹.

El Derecho del trabajo, entonces, como lo demuestra este apenas diseñado capítulo de la cultura jurídica, no es el comentario técnico de ésta o de aquella ley nacional, sino un campo fértil de experiencias y de renovación de la cultura jurídica. En él aparecen ahora como elementos distintivos constantes, la superación del tradicional método dogmático, conjuntamente con el empleo de la crítica y sociológica, la apertura interdisciplinaria y la comparación internacional.

III. Los contenidos

En una primera época (más o menos a caballo entre los dos siglos), el Derecho del trabajo tiene por objeto poner una serie de consistentes límites a la autonomía de los sujetos, dirigidos a contener la forma más intensa de explotación: restricciones al empleo de menores y de mujeres, duración máxima de la jornada de trabajo, descanso semanal, etc. Esta esfera del Derecho del trabajo es denominada legislación del trabajo, o social, o protectora. Puesto que las distintas prohibiciones previstas en ella son sancionadas penalmente y que en general para su observancia son instituidos servicios de inspección que forman parte de la Administración del Estado (Factory Inspectors en Gran Bretaña, inspectores del trabajo en Francia y en Italia), se reconoce la pertenencia de esta esfera al derecho público.

Otro aspecto que viene regulado desde los inicios es el indemnizatorio para los accidentes y las enfermedades profesionales. El mecanismo del seguro obligatorio, una novedad de la época (Alemania, 1884; Italia, 1898), es empleado para cubrir el riesgo de empresa por los accidentes de los trabajadores, un principio que venía afirmándose en la jurisprudencia, pero que no constituía una protección satisfactoria del trabajador, sobre todo en los casos de quiebra o de cesación de la empresa. Con ritmo muy distinto según los países (primero la Alemania imperial, por último y aún lejos del nivel de los demás países, los Estados Unidos), se difunden formas de cobertura de otros riesgos: vejez, invalidez, desocupación, enfermedad no profesional. Cuando la técnica aseguradora tiende a ser sustituida por la cobertura por la de la fianza pública, y cuando el derecho a las prestaciones no tiene más su fuente en una relación de trabajo sino en la condición de miembro de la comunidad social, se llega al pasaje del sistema de los seguros sociales al de la seguridad social, como se realiza en Gran Bretaña en la segunda postguerra (Plan Beveridge). En este caso, la materia de los riesgos sociales sale del campo del derecho del trabajo e ingresa en el de la intervención pública, dirigida a la satisfacción de las necesidades sociales. Tal proceso se halla en fase avanzada, incluso en Italia (M. Persiani)²².

La reglamentación legal del contrato o relación de trabajo aparece muy tardíamente bajo forma legislativa y con frecuencia está limitada a aspectos particulares, o a relaciones particulares, como el de los empleados, objeto de especial cuidado como categoría de servicio de clase industrial. Sin embargo, jurisprudencia y doctrina, también con carencia total o parcial de normas explícitas, pronto se comprometieron en el terreno de la individualización en el caso específico del trabajo dependiente y de las reglas de aplicación al mismo. Este es más bien el terreno de formación del Derecho del trabajo como sistema científico y aquí está una de las partes más importantes y vitales de tal disciplina.

El vínculo de empleo público, en general es considerado como extraño al derecho del trabajo, aunque (v. *infra* § 10) tal exclusión es cada vez menos compartida.

Por fin, la rama más accidentada, también por ser la más sensible al cambio político y a la interacción de los vínculos y de las fuerzas sociales, es el derecho sindical. Este atañe a las condiciones de existencia jurídica de las organizaciones constituidas por los trabajadores y los dadores de trabajo para la consecución de sus propios intereses, además de la actividad de ellas, con particular cuidado a la estipulación y a los efectos del contrato colectivo; y por fin, la forma de la autotutela, que constituye una característica saliente y única del derecho sindical. Este conjunto normativo se forma al comienzo con la remoción de las prohibiciones o de otros impedimentos jurídicos para la constitución y la actividad de las coaliciones o de otros impedimentos jurídicos para la constitución y la actividad de las coaliciones sindicales, o al desarrollo de algunas formas de autotutela, y sobre todo de la huelga. Más tarde esto pudo desarrollarse en una disciplina garantizadora, que con frecuencia es acogida en el cuerpo de principios constitucionales. Un tipo de intervención que aparece en Suecia y en los Estados Unidos en los años treinta y que se difunde en otras partes, sobre todo en los años sesenta, es el de la promoción de la actividad sindical.

De todos modos, la línea divisoria entre los distintos sistemas la constituye el reconocimiento y la efectividad del principio de libertad sindical. De ésta, que es el carácter propio y distintivo del régimen, dependen características diferenciales casi totales, las cuales no se encuentran en las demás ramas del derecho del trabajo, donde más bien hay una tendencia de marcada uniformidad, aun entre regímenes socio-políticos diversos.

Más allá de esta división, se puede entonces afirmar que el Derecho del trabajo recorre en sentido horizontal casi todas las divisiones tradicionales de la ciencia jurídica, configurándose así un derecho internacional del trabajo, público y privado, un derecho penal, un derecho procesal del trabajo. El derecho procesal merece una especialísima mención, porque aparece así siempre elaborado sobre normativas especiales o directamente sobre jurisdicciones especiales, con participación sindical (tribunales del trabajo; comisiones mixtas), o bien sobre sistemas arbitrales regulados por la contratación colectiva. La importancia del mecanismo procesal se debe no tanto a la función de este último de realizar la efectividad de las normas, sino también al hecho de que las decisiones pronunciadas por tales jurisdicciones especiales o en el ámbito

de tales procedimientos *ad hoc*, en numerosos ordenamientos se ha concretado el primer cuerpo normativo sustancial (E. Redenti)²³, o alimentan todavía su renovación. Hoy es corriente en la República Federal Alemana la definición de tales tribunales como "los verdaderos maestros del Derecho del trabajo". También aparece como digna de mención la tendencia a la valorización del elemento colectivo, en una estructura procesal que no obstante había sido construída a la medida de los juicios entre sujetos individuales, y del poder dispositivo atribuido a los mismos.

IV. El contrato de trabajo: origen y construcción jurídica

En la citada cuatripartición del Derecho del trabajo (derecho sindical, derecho del contrato o de la relación de trabajo, legislación social y previsión social), en realidad, los dos sectores representativos a los fines de un examen crítico de las peculiaridades de esta disciplina son el primero y el segundo. Lo que fue históricamente introducido como legislación social, en realidad, puede ser útilmente tratada como límite a la autonomía de las partes en el contrato de trabajo. A su vez, el derecho de previsión social se ha separado del tronco original, y se mueve velozmente en una dirección propia.

La trayectoria del contrato de trabajo es una de las más significativas de las experiencias jurídicas contemporáneas. El cambio entre trabajo y salario, casi ignorado por la codificación napoleónica (la que le dedica tan sólo dos artículos), hoy si se lo examina sobre la duración de la relación de la que desciende, es el contrato estadísticamente más frecuente y ciertamente aquél socialmente más importante. La cesión de obra contra una compensación se encuentra en los orígenes de la misma revolución industrial que se sirve del trabajo asalariado, que a diferencia del trabajo servil, se caracteriza por la máxima movilidad sin quedar sujeto a los vínculos jurídicos que habían sido establecidos por el antiguo régimen, sea en las estructuras feudales, sea en aquéllas de las artes o corporaciones o quildas.

El pasaje de las relaciones de sujeción personal, en las que en los sistemas feudales se desenvolvía el trabajo por cuenta ajena, a la libre contratación del salario laboral, sigue módulos muy diversos entre ellos, que dejarán huellas en la misma conformación final del contrato de trabajo. En los países latinos, la fractura es acaso más neta, por la fuerza aplastante de las codificaciones; en los países germanos permanecen hasta la primera guerra mundial tipos de relación de naturaleza personal y casi servil (como las reguladas por la *Gesindeordnungen* de varios estados); en América Latina se advierte largamente la influencia de la *encomienda*; en el *common law*, lento y gradual pero seguro, se halla el pasaje del contrato de servicio (*master and servant*) al de trabajo (*contract of employment*). La necesidad de dar al trabajo asalariado una adecuada vestidura jurídica, es de todas maneras advertida por todos. Los juristas de principio de siglo (Lotmar, Barassi), en armonía con las tendencias de la época, buscarán demostrar que el contrato de trabajo estaba ya escrito en el libro de la perenne sabiduría jurídica de los romanos. En realidad, la *locatio condutio* romana, como ha sido válidamente demostrado (L. Amirante)²⁴, no

tiene nada en común con el contrato de cesión de obra a desarrollarse bajo las directivas de un empresario y en el ámbito de una organización productiva predispuesta a tal fin por este último. La operación cumplida por estos juristas fue la de individualizar la figura, y de trabajar sobre el esquema de la locación (de cosas y de servicios), el único contemplado por los códigos de sello napoleónico o por el derecho romano actualizado en algunos ordenamientos (Alemania, antes del 1900), para obtener una serie de reglas de conducta (p. ej. la garantía del preaviso de receso), idóneas para suministrar un mínimo de tutela al contratante prestador de obra, compatible con la máxima movilidad del factor trabajo. Y dado que, dominando todavía la gran sistemática pandectística, se tenía por cierto que el derecho no es inventado por el jurista, sino encontrado por éste en las fuentes, el fondo inextinguible al cual se remite ante la carencia de los códigos burgueses, fue el derecho romano. En realidad, aquél que hoy se entiende como contrato de trabajo, hasta que no se toma conciencia social del problema, vive una vida de hecho más de derecho, y era a todos los efectos una relación de dominio por parte del contrayente más fuerte (A. Menger)²⁵, ocultado bajo la pantalla del contrato.

En los sistemas jurídicos del *common law*, la evolución sigue un módulo diferente. La relación de *master and servant* es fijada en el tardío siglo XVIII en la elaboración de W. Blackstone, pero todavía con una acentuación de los elementos del *status* de origen feudal respecto a los principios de libertad contractual.

La relación *master and servant* es después gradualmente regenerada por obra de leyes especiales y de contratos colectivos, o pero con impacto menos sensible por la jurisprudencia, hasta perder el sello de relación de dominio y convertirse en el *contract of employment*.

La individualización de la moderna relación de trabajo requiere todavía un paso ulterior hacia la individualización de un tipo contractual distinto de la locación. Esta última operación ha sido realizada por el Código Civil entrado en vigor en Alemania el 1 de enero de 1900, pero con un esquema sistemático no todavía coincidente con aquél que habría de desarrollar el moderno derecho del trabajo en cuanto orientado a distinguir los contratos de trabajo según el criterio, también de impropia derivación romanista, de la obligación de efectuar una obra, contrapuesto al de prestar un servicio.

La subordinación a las directivas del empresario como criterio de individualización del contrato de trabajo, constituye el ulterior paso adelante, el momento final de este proceso, y ello se generaliza rápidamente en los varios ordenamientos del primer cuarto de siglo.

El elemento nuevo, traído por el industrialismo, es efectivamente, la concentración del trabajo en el ámbito de la organización productiva de forma manufacturera, que sustituye gradualmente la comisión externa a los trabajadores a domicilio, propia de la primera fase del capitalismo. A menudo, todavía, esta modalidad de prestación tiene una fisonomía incierta, de difícil calificación: en los trabajos de especialización artesanal, y así también en el trabajo a destajo, es ahora posible entrever los signos del contrato para una obra definida o de algún modo mensurable en la cantidad, desarrollada también dentro de la fábrica, en condiciones de autonomía ejecutiva respecto al otro

contrayente, es decir al acreedor al trabajo. Pero el cerco se cierra a medida que se consolida la forma productiva de la manufactura, y el índice caracterizante del contrato de trabajo es entonces definido en la subordinación. El mismo trabajo a destajo, sobre todo luego de la transformación que experimenta por la introducción de la organización científica del trabajo o taylorismo, asume los caracteres de una variante retributiva del trabajo subordinado. Trabajo por tiempo y trabajo a destajo, que en su origen, siempre en la prestación operaria, son ambas formas de trabajo retribuido a medida, se conjugan también por efecto de la presión sindical y de la protección legislativa, en una relación tendencialmente continuativa.

El eje básico de este trabajo se halla en el concepto de subordinación, que sin embargo es muy vago, si no rarificado, y ciertamente de difícil aplicación práctica. Tal concepto consiente comúnmente una construcción unitaria de la relación de trabajo en los términos más elementales de la permuta entre prestación y retribución, que engloba poco a poco tipos de actividad con origen diverso de la del trabajo industrial (trabajo doméstico, asalariados agrícolas, hasta los dirigentes empresarios). Por efecto de esta operación conceptual, por otra parte, el derecho del trabajo viene a perder los caracteres del originario *droit ouvrier*, y termina en sustancia por cubrir un área interclasista: primero la pequeña burguesía empleada²⁶, y gradualmente y en medida diversa, en los varios ordenamientos, la nueva clase de los *managers*.

En efecto, la referencia a la condición social proletaria, o lo que es lo mismo a la condición del obrero de la industria, es frecuente entre los escritores de derivación marxista o pertenecientes a la heterogénea área del socialismo jurídico (es de recordar, particularmente, la obra de Menger que ejercerá por otros aspectos una profunda influencia). Sin embargo, mientras la literatura jurídica marxista aparece empeñada sobre todo en el frente del derecho sindical, en la doctrina y en la práctica se impone el criterio formal de la "dependencia" o "subordinación" que no sólo deviene el elemento calificante de la relación, sino también, si bien con tonalidad diversa (y con particular acentuación en Italia), el presupuesto para la aplicación del derecho del trabajo en general. La tentativa de calificar más concretamente el elemento de la subordinación acude más a menudo a la valoración del elemento empresa u organización del trabajo. Esta orientación, que persigue la superación de la concepción atomística e individualística del contrato, fue enunciada en Alemania por juristas de inspiración socialista (H. Potthoff, H. Sinzheimer)²⁷, que ponen en general en evidencia la relación de poder que desciende del contrato de trabajo. Ello se repropone aún más, aunque con efímero éxito, en el clima cultural de la dictadura fascista; el coligamiento trabajo-empresa es evocado para consolidar el principio de autoridad (*Führerprinzip* y art. 2086 del Código Civil italiano) (W. Siebert)²⁸ o cuando menos para dar fundamento a una concepción organicista de la relación de trabajo, de inspiración romántico-medievalista, con acento en la fidelidad del trabajador y en la protección del empresario (O. von Gierke, Nihisch)²⁹. En los países de alto nivel industrial, la relación de protección se presenta todavía en Japón, más allá del esquema contractual, como la nota típica de la prestación del trabajo, sobre todo en la gran empresa. La concepción opuesta de la relación de cambio, aplicable al

trabajo en la empresa tanto como al prestado fuera de ella, en vez domina casi incontrastadamente en el mundo anglosajón (T. Ascarelli)³⁰, y prevalece también en los países de economía estatizada³¹.

Colateral a la individualización del vínculo de dependencia se encuentra aquella más densa de contenido político-social, la de la posición del trabajador como contratante más débil³². Kahn-Freund³³ podrá por tanto afirmar que “el objeto principal del derecho del trabajo ha sido siempre, y me arriesgo a decir que siempre lo será, el de constituir una fuerza equilibrante, apta para compensar la desigualdad del poder contractual que es inherente, y no podría ser de otra forma, a la relación de trabajo”. Esta constatación es el origen de las limitaciones existentes a la autonomía de las partes, en cuanto comporta el abandono de la hipótesis de igualdad entre los dos sujetos y de la relación contractual como efecto de un encuentro entre voluntades libres e iguales. El mismo problema, en otros ambientes culturales, se lo formula acentuando los aspectos de tutela de la persona antes que aquéllos inherentes al vínculo de mercado: puesto que el trabajo no es asimilable a un bien dado en locación, y puesto que la prestación implica la personalidad del trabajador, se deduce la necesidad de limitar una libertad, en la determinación de los términos del cambio, que termina por convertirse en dado a una de las partes.

Sea que al argumento se lo funde sobre bases socioeconómicas, sea que revele las huellas de una inspiración personalista, el éxito del derecho positivo es el mismo, en el sentido que el relieve del momento voluntario queda progresivamente reducido, hasta casi anularse. Los contenidos del contrato son determinados por fuentes superiores a las partes—las leyes o los acuerdos colectivos—, mientras que también el momento de la constitución de la relación queda sujeta en tales ordenamientos a vínculos intensos (si se piensa en la asunción obligatoria de sujetos de capacidad laborativa reducida, o a la colocación obligatoria, como rige en Italia aunque con escasa efectividad).

Consecuentemente, en doctrina se han elevado numerosas voces para sostener la no contractualidad de la relación de trabajo. En los países del *common law*, tal problema ha sido formulado (A. V. Dicey)³⁴ como un proceso inverso respecto al pasaje del *status* al contrato, que en cambio tenía caracterizado el siglo XIX. Por otra parte, es de lamentar que el derecho norteamericano, a diferencia del inglés, rechace en general la noción del *contract of employment* y privilegie el momento de la relación (*employment relationship*); y ello también es seguido con respecto a la diversa y más intensa eficacia y funcionalidad del contrato colectivo respecto al del derecho británico³⁵.

Sin embargo, es verdad que subsiste aún un núcleo de relevancia de la voluntad, sea en la estipulación de condiciones más favorables que aquellas prefijadas en sede heterónoma—como es admitida en la mayor parte de los ordenamientos—, sea en la constitución de la relación que requiere la voluntad de las partes, también en los casos sin embargo limitados en los cuales ella es objeto de restricción: por ejemplo, cuando el trabajador que no acepta una oferta de trabajo adecuada pierde determinados beneficios o si no cuando el dador de trabajo sea obligado a asumir los trabajadores de reducida capacidad laborativa (obligación de contratar). La solución del problema depende en último análisis de la noción de “contrato” que el estudioso antepone a la

argumentación³⁶; noción que hoy por otra parte, es unívoca. Donde se acpete la concepción de impronta iusnaturalista del contrato como instrumento de libertad, sería efectivamente arduo referirla a la moderna disciplina de la relación de trabajo.

La noción del contratante más débil en general viene dada como coincidente con la de dependencia o subordinación. También bajo este aspecto emerge la contradicción, ya señalada anteriormente, entre la definición del contrato y la función económico-social del derecho del trabajo. En efecto, la condición del contratante más débil cubre un área en tales casos más amplia de la relación de dependencia (dígase esto por ejemplo con relación a contratos asociativos en la agricultura o en ciertas formas de trabajo autónomo continuativo con los mismos comitentes); en tales casos más circunscripta, dado que no todos los trabajadores subordinados son económicamente “débiles” (dígase esto respecto de las altas posiciones directivas o técnicas). El haber privilegiado el criterio formal (la subordinación en la ejecución del contrato) respecto a aquél real (la existencia efectiva de un desequilibrio de fuerza contractual), ha probablemente contribuido a distorsiones del sistema, dado que ha hiperprotegido relaciones que ya se desenvolvían en condiciones de relativo equilibrio, y en vez ha dejado afuera relaciones sociales de intensa explotación.

V. Los límites de la autonomía individual

El Derecho del trabajo, en el aspecto que concierne al contrato de trabajo, constituye un sistema de límites a la autonomía privada. Ello se realiza con las técnicas jurídicas de la invalidez (p. ej., nulidad del contrato con el menor sin capacidad jurídica laboral, o el pacto de modificación perjudicial en las tareas); de las cláusulas impuestas (p. ej., nulidad de cláusulas en colisión con las leyes o con el contrato colectivo, y sustitución de derecho por lo previsto en tales fuentes, entre las cuales, principalmente, las relativas a la reducción del salario); de las obligaciones resarcitorias (frecuentes en los casos de despidos ilegales, pero no calificados como nulos); y no raramente, de las sanciones penales.

Una técnica “promocional”, articulada sobre incentivos o sanciones positivas (p. ej., la constitución de una relación en caso de frustrada admisión por motivos ilícitos), aparece en los años más recientes, sobre todo en las leyes antidiscriminatorias (v. *infra* § 9).

La materia objeto de estas normas restrictivas de la autonomía privada es amplísima y variadamente distribuida entre las leyes y los contratos colectivos, en los que surge subyacente—p. ej., en los Estados Unidos e Italia—, el influjo que han tenido las constituciones. En un examen sumario se pueden indicar entre los temas más frecuentes en la fuente legislativa: capacidad de trabajar, forma del contrato, duración máxima del trabajo, vacaciones y feriados, seguridad e higiene del trabajo, invalidez del contrato, obligaciones accesorias del dador de trabajo y del trabajador, despidos. Entre los temas propios usuales en los contratos colectivos: retribuciones mínimas y clasifica-

ciones profesionales, trabajo extraordinario, indemnizaciones relativas a las condiciones de trabajo, incentivos, destajos y premios a la producción, tratamientos de resolución de la relación, y más recientemente, niveles de ocupación, control de descentralización industrial. A menudo, comúnmente, la legislación fija los principios, y los contratos colectivos le dan aplicación, o si no, éstos últimos introducen innovaciones que la ley consolida o generaliza. A tales materias se agregaron ahora las legislaciones contra la discriminación, sobre todo racial y por sexo, que han tenido su primera concreción en el *Civil Rights Act*, sancionada en los Estados Unidos en el año 1963. Por otra parte, es reciente una tendencia a extender el área normativa más allá de la protección de los intereses patrimoniales o del bienestar físico, para suministrar una tutela a la libertad y dignidad del trabajador en la vida de relación en la fábrica (en Italia, *Statuto dei lavoratori*, 1970). Esto puede ser concretado también mediante la atribución de específica competencia a los consejos de fábrica (República Federal Alemana, 1972), o a los sindicatos (Suecia, 1976).

El progreso de la normativa del contrato de trabajo sigue comúnmente dos huellas ideológicamente divergentes: por una parte se subraya la naturaleza "personal" de la relación, por lo cual el sistema de las garantías viene articulado sobre la premisa que es a un tiempo descriptiva y optativa de la plena inserción del trabajador en la vida de la empresa y del deber de fidelidad a esta última. El éxito político coherente de tales concepciones, que presenta fuertes trazos organicísticos, ha sido la atribución a los trabajadores de facultades de cogestión, en algunas con la atenuación de los elementos de conflictos de intereses con la otra parte; y esto ha aparecido en el caso de la República Federal Alemana. Por otra parte, sobre todo en los países anglo-sajones, pero también en Francia o en Italia, la orientación lo ha sido más en el sentido de tutelar la persona, impidiendo que se vea envuelta en la esfera de los intereses del empresario, a la cual en el sistema político-social, ella aparece sustancialmente extraña. La línea de tendencia en este caso está sobre el potenciamiento de las garantías jurídicas contra el empresario, la reducción de los derechos del trabajador al puro ámbito de la prestación convenida, así como sobre el reconocimiento de los derechos de libertad en los lugares de trabajo. Sin embargo, para agravio de las diversas premisas ideológicas, los éxitos son a menudo homogéneos; así a propósito del ejercicio de la libertad sindical (pero mucho menos en el tema de la huelga), o de la tutela de la dignidad del trabajador, sea en el lugar de trabajo sea también en la afirmación del principio de la irrelevancia de la vida privada en la actividad del trabajo (v. § 10), fuera del mismo. La misma participación en los órganos de la empresa —que ha celebrado sus fastos, como se recordaba, en la República Federal Alemana— es ahora objeto de una propuesta oficial en el bien diverso ambiente cultural británico (Informe Bullock, 1976).

En fin, la prevalencia de los elementos de colaboración sobre los conflictuales, en nombre de la disciplina socialista del trabajo, está consustanciada con la ideología jurídica de los países comunistas, donde, como fuere, no es menor el aparato garantístico del trabajador en las confrontaciones con la propiedad colectiva³⁷. También aquí son relevantes tendencias no uniformes. Así la referencia a la disciplina socialista (cfr. el Código del Trabajo checos-

lovaco, 1970, y el Código del Trabajo de la República Democrática Alemana, 1961), lo cual es propio de la idea de una intensa fidelidad a la empresa, no aparece en el recentísimo Código del Trabajo polaco (1976), que impone al trabajador, en términos más cautos, el deber de "empeñarse para obtener del propio trabajo los mejores resultados posibles, y de manifestar a tal fin, el apropiado espíritu de iniciativa, así como a cuidar de los intereses y de los bienes de la empresa" (art. 12).

VI. La libertad y la organización sindical

Como habíamos recordado, por Derecho sindical se entiende el sistema de normas que se pone como marco a la actividad de los grupos organizados. Es por tanto, condición de existencia del derecho sindical, que hayan grupos organizados o coaliciones. Los vínculos de derecho sindical son vínculos entre "poderes colectivos": la coalición de los trabajadores y la empresa, entendida esta última como "acumulación de recursos materiales y humanos que por eso hacen un poder colectivo"³⁸. La formación de las coaliciones obreras, en conflicto con el poder colectivo de la empresa, fenómeno típico del siglo XIX, es un efecto inducido del industrialismo, aunque no siempre de la concentración del trabajo en las manufacturas (o *factory system*)³⁹.

La tipología del Derecho sindical es variada y depende a su vez de la tipología de las relaciones industriales en cada país determinado. Un cuadro completo y analítico, más allá de la comparación entre las instituciones legales, puede hoy ser definido con el auxilio de la disciplina de las "relaciones industriales", profundizada sobre todo en los países anglosajones⁴⁰. Según la definición de Spyropoulos⁴¹, aquélla "se refiere a los modos con que son adoptadas las decisiones para distribuir entre los productores los frutos de la actividad productiva". En el ámbito de esta disciplina se han elaborado tipologías diferenciales que tienen en cuenta variables, entre las cuales las principales son: régimen político; nivel de industrialización; estructura del mercado de trabajo; motivaciones y comportamientos de los sujetos (empresa, sindicatos, operadores públicos). Las distintas combinaciones entre las variables genera un sistema de relaciones industriales que, de todos modos, es un sistema de normas de trabajo⁴².

Desde un punto de vista rigurosamente jurídico, debe reconocerse que el Derecho sindical aparece en todos los ordenamientos en los cuales se admite la existencia del grupo organizado. Bajo este aspecto, puede afirmarse la universalidad del derecho de los grupos organizados, apareciendo en adelante del todo superada la estructura legal rigurosamente individualista, que, en polémica con el ancien régime, quedó impresa en las constituciones y códigos del siglo pasado.

Esta universalidad del Derecho sindical, testimoniada también en la casi total adhesión de las naciones de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), no sirve por otra parte para esfumar la discriminación fundamental, que es la que se da entre los ordenamientos caracterizados por el reconocimiento y la efectividad de la libertad sindical, y aquéllos en los que ésta, de

derecho o de hecho, no es operante: sea en los regímenes autoritarios, calificados o no como ordenamientos corporativos de la producción; sea en los regímenes del modelo soviético, por la particular posición que en ellos asume el sindicato. En tales sistemas, de cualquier modo que sea es frecuente la constatación de una discrepancia clamorosa entre la normativa que consagra el principio de libertad y la realidad fáctica. Tales contradicciones han sido objeto en algunos casos de denuncias o de intervenciones en el seno de varias organizaciones internacionales (Comité para la Libertad Sindical de la OIT; Comité de Expertos para la Actuación de la Carta Social Europea ante el Consejo de Europa).

En un tratamiento que como el presente, no se propone directamente objetivos de comparación jurídica, pero que más bien intenta iluminar los rasgos más originales de esta rama del derecho, extrayendo los datos significativos de varios ordenamientos, aparece oportuno concentrar la atención sobre las estructuras que dieron origen al antagonismo entre el capital y el trabajo, y que por eso se han construido sobre la relación "conflictual" entre los poderes colectivos antes referidos. Los sistemas conflictuales presuponen: a) Una identidad de las organizaciones sindicales totalmente diferente de la del Estado y libre de ingerencias de este último; b) La disponibilidad de instrumentos de autotutela, y por lo mismo, principalmente de la huelga. El antagonismo conflictual puede tener o no connotaciones reconducibles a la lucha de clases; esta última aparece casi irrelevante, por ejemplo, en un sistema de relaciones industriales tan ardientemente conflictual como el de los Estados Unidos. Tal antagonismo no está excluido *a priori*, al menos en el plano teórico, en regímenes que se definen como dictadura del proletariado (cfr. por ejemplo, la Constitución china de 1975, que admite la libertad de huelga).

En el Derecho sindical así entendido adquieren relevancia central tres institutos o grupos de institutos jurídicos: la libertad sindical y el sindicato; el contrato colectivo de trabajo y el procedimiento para su estipulación; las formas de autotutela.

Antes de examinar, así sea en forma sintética tales institutos, es por otra parte necesario poner de relieve una particularidad ulterior de esta rama del Derecho, propia sobre todo de los sistemas antagonismo conflictual; es decir que su materia no se identifica siempre con la del ordenamiento jurídico del Estado, pudiendo tener en algunos y no infrecuentes casos una producción normativa "no accionable" en sede de jurisdicción estatal y reducida a mecanismos sancionatorios internos al mismo sistema de relaciones industriales. Tal fenómeno es visible en el sistema británico, donde como señalará más adelante, el contrato colectivo es una realidad viva y operante, pero normalmente privado de directo *enforegability*; y lo mismo se ha verificado en algunos momentos y aspectos de las relaciones colectivas de trabajo en Italia⁴³.

El tema de la libertad sindical, principio elevado a valor constitucional sólo en las constituciones de este siglo (México, 1917; Alemania, 1919; Francia, 1946; Italia, 1948; República Federal Alemana, 1949; Carta de las Naciones Unidas, 1945) aparece en primer lugar con referencia a los individuos, y adquiere valor problemático sobre todo en el perfil de la así denominada libertad sindical negativa, es decir la libertad de no adherir a una determinada o a

ninguna organización sindical. Tal problema es particularmente sentido en los países (sobre todo anglosajones) en los cuales está difundida con sus numerosas variantes la práctica de la *union shop*, en virtud de la cual la inscripción al sindicato deviene condición para el empleo. Si no se retiene que la libertad sindical sea referible también a su aspecto negativo, surge un conflicto que puede teñirse de fuerte cariz polémico, en atención al principio también a su vez garantizado constitucionalmente, del derecho al trabajo. En este contraste entre los intereses colectivos o individuales, de no rara ocurrencia en el derecho sindical, el objetivo de reforzar la organización y efectivizar la libertad sindical choca con la construcción de la libertad misma en términos rigurosamente individualistas. La misma consistencia del problema varía según que sea operante un sindicalismo unitario y no ideológico, o bien un sindicalismo pluralista fundado sobre diferencias de credo político, que hacen más esencial la garantía del derecho de no pertenencia, es decir, de la libertad sindical negativa. De cualquier modo se puede poner de relieve en el complejo una actitud restrictiva de parte de varios ordenamientos en la confrontación con las cláusulas de pertenencia obligatoria: limitada en los Estados Unidos, sobre todo por las leyes estatales (las leyes sobre el *right to work*, vivamente combatidas por el movimiento sindical), cláusulas que han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Federal del Trabajo de la República Federal Alemana.

Un ulterior e importante desarrollo se origina en la aplicación de la garantía de libertad también en los vínculos entre particulares (el efecto del *Dritt-wirkung*, ver después § 9), donde la concepción del derecho la libertad como derecho público subjetivo tiene como término del mismo no sólo al Estado. Entendida en este sentido, la libertad sindical deviene en libertad a la no discriminación de parte del dador de trabajo, y genera el desarrollo de técnicas jurídicas apropiadas. De ese modo ya adquiere una dimensión colectiva como factor de equilibrio respecto al poder colectivo del empresario.

Esa valencia aparece naturalmente más neta cuando la normativa resguarda al sindicato en cuanto tal. Sin embargo se nota que en los últimos decenios el problema de la calificación jurídica del sindicato entendido como asociación ha sido redimensionado y llevado a sus justos límites; la atribución de la personalidad jurídica, por sí misma aparece como un instrumento válido sobre todo a los fines patrimoniales, por otra parte no típico ni de primaria importancia en la experiencia sindical, pero no como presupuesto necesario para otros efectos de mayor relieve.

La asociación sindical parece por tanto oscilar entre la figura de la persona jurídica verdadera y propia, forma de subjetividad atenuada (Francia)—o de certificación (Gran Bretaña, 1975) y la calificación de asociación de hecho, pero sin embargo siempre idónea para constituir un centro de imputación unitario para algunos vínculos jurídicos (Italia; República Federal Alemana). Merece una mención aparte la representación en la empresa, porque con frecuencia aparece fundada sobre la representación electoral antes que en la asociativa. En el ordenamiento alemán, en los últimos tiempos de Weimar, no es órgano asociativo ni sindical. En la experiencia italiana de estos últimos años, el consejo de fábrica en cambio se desarrolló según un modelo recondu-

cible sobre el plano funcional de la organización sindical, mientras que sobre el plano estructural permanece una dicotomía entre la asociación fundada en el principio de adhesión y la institución empresarial a cuya formación pueden participar todos los trabajadores.

No obstante la variable calificación jurídica, la asociación sindical presenta en grado vario, formas recurrentes de capacidad, como algunas legitimaciones procesales, la legitimación para estipular contratos colectivos, para declarar la huelga o, en el plano público, para designar representantes en cuerpos o colegios públicos. A tal fin puede exigirse el requisito de la representatividad, que es una valoración de efectividad de la organización; así, en Francia, en 1971 la capacidad contractual es reservada a los sindicatos representativos; la *Employment Protection Act* de 1975 en Gran Bretaña impuso en cambio el requisito de la independencia.

Una línea de tendencia en expansión es la de la normativa de sostenimiento de la actividad sindical, que en realidad es un desarrollo consecuente de la garantía de libertad sindical, en la forma de su ejercicio colectivo. Aunque aquí la actividad del sindicato, *in genere*, es tomada en consideración, implícita o expresamente, en base a la representatividad, es decir, en razón de la relevancia social de la actividad desplegada por el sindicato mismo. En ventaja de esto, el ordenamiento reconoce específica capacidad o derechos, a lo que corresponde generalmente, una restricción de la esfera jurídica del empresario. Permisos pagos para el desarrollo de la actividad sindical, facultad de convocar asambleas también en el lugar de trabajo, derecho de fijación de avisos y de sede en los locales de la empresa, derecho de cobro de contribuciones: una u otra de estas formas de la actividad sindical encontraron explícito reconocimiento en la legislación francesa (1968), en el *Statuto dei lavoratori* italiano (1970), en el *Trade Unions and Labour Relations Act* británico (1974). Se pueden mencionar además las subvenciones de parte de los empresarios previstas en los convenios colectivos en Bélgica. La ley puede, por fin, intervenir para establecer los verdaderos y propios derechos de información, de negociación o de codeterminación: estamos ahora por otra parte en un campo que no atiende más a la actividad sindical en cuanto tal, sino a los vínculos entre poderes colectivos contrapuestos, y que es materia que puede ser afrontada en el ámbito de los problemas conexos a la actividad de la contratación colectiva, sobre todo en sus más recientes desarrollos (ver después § 10).

VII. El contrato colectivo de trabajo

El contrato colectivo de trabajo es el instrumento que establece la medida y la calidad de la relación de equilibrio entre los dos poderes colectivos antagonicos. Con el contrato colectivo se alcanza una composición temporaria del conflicto generado; las más de las veces, por las "reivindicaciones" de los trabajadores: nada impide por otra parte que sean los empresarios o la coalición de empresarios que propongan sus propias reivindicaciones, y así sucede, por ejemplo, cuando el conflicto surge como consecuencia de la reducción del personal.

El contrato asume por tanto una función social de "tratado de paz"⁴⁴, y respecto a su contenido, rebelde a toda definición ontológica, el mismo puede ser individualizado en: a) Normas que regulan directamente los contenidos de las relaciones de trabajo; b) Normas que regulan el procedimiento para la determinación de las primeras, estableciendo vínculos "para los comportamientos y la modalidad de acción de las diversas organizaciones formales e informales que forman parte del sistema de relaciones industriales"⁴⁵. Esta tipología funcional de los contenidos corresponde a la de normas de conducta y normas sobre la producción jurídica, bien señalada en el iuspublicismo, pero ha sido recibida en el derecho del trabajo, cultivado sobre todo por escritores de cultura civilista, en base a la diferencia de los efectos derivados de la misma. Se ha consolidado así una distinción, que se origina en la doctrina alemana⁴⁶ y aparece ampliamente difundida (en Italia por obra de Messina, en Francia por Durand) entre la parte normativa (ligada a su vez a la especie del contrato normativo) y la parte obligatoria del contrato. La distinción es importante y todavía actualísima; sin embargo, la misma, por la razón antedicha puede resultar desviante respecto a una cognición funcional del instituto, y se adapta mal a las cláusulas o partes procedimentales e institucionales (p. ej., comisiones mixtas; procedimientos arbitrales y de conciliación, fondos previsionales), todo lo contrario que infrecuente en la experiencia contractual.

La función primaria de composición del conflicto es común a todos los contratos que cabalmente son actos de composición de intereses. La tipicidad del contrato aquí examinado está dada por la naturaleza colectiva de los sujetos implicados, para los cuales los intereses en juego devienen intereses colectivos. La función "de paz" asume por otra parte caracteres específicos donde y cuando se prolonga en un empeño de no modificar al equilibrio de intereses por un tiempo determinando. En Alemania se aceptó desde los orígenes⁴⁷ que todo contrato colectivo comprendiese como efecto natural el deber de tregua o de paz social, en el sentido de derivarse de él una obligación para los sindicatos estipulantes de abstenerse de huelgas inherentes a la materia regulada por el mismo convenio, hasta su vencimiento.

El deber de paz "relativo" (que debe distinguirse del deber "absoluto", que es el empeño, esta vez no implícito, de no recurrir a la acción directa ni siquiera por mateas no reguladas por el contrato) es en cambio considerado en otro lado como un efecto del contrato sólo si había sido objeto de un acuerdo explícito (cláusula de tregua o de *no-strike*). En países donde el derecho de huelga tiene un reconocimiento constitucional, en particular en Italia y en Francia, hasta se ha dudado de la validez de tales cláusulas en cuanto comportan una renuncia, así sea temporaria, al ejercicio de un derecho constitucional. Más allá de tales disputas, se ha constatado que la intensidad del vínculo que deriva del contrato es un reflejo, en el ordenamiento legal, del grado de vocación conflictual del sindicato y/o de la aceptación del conflicto mismo por parte del sistema político. No es casual el hecho de que la doctrina de la obligación de paz como efecto natural del contrato colectivo sea propia de un país donde los conflictos de trabajo están fuertemente contenidos, mientras que, de modo diverso, la vinculabilidad de los contratos en el sentido aquí examinado ha sido y es objeto de ardiente controversia en Gran Bretaña, como en Italia

Bajo el perfil económico, el contrato colectivo en cuanto impuesto por una coalición de operadores en el mercado de trabajo, o (en su caso, también cuando los empresarios se hayan organizado) por dos coaliciones contrapuestas, es un instrumento limitativo de la concurrencia; esto es, tiende a crear un mercado monopólico. Por tal razón, en el pasado ello fue incriminado en los Estados Unidos por la legislación *anti-trust*. Si se trata de un mercado caracterizado por resaltados aspectos de imperfección y de desequilibrio, la limitación de la concurrencia sin embargo aparece como un factor de normalización del mercado mismo.

Tal función normalizadora puede desenvolverse de dos maneras: con el control del acceso al trabajo, y con la imposición de la norma común (Webb). El primer método actúa con la colocación sindical, y eventualmente integrada por condiciones restrictivas de admisión. Esta última forma aparece típica en el sindicalismo de oficio. El segundo método es el que sobre todo es favorecido por el contrato colectivo. Esto puede orientarse a la determinación de los mínimos, derogables para el sujeto individual solamente con un tratamiento más favorable al trabajador, y esto es típico en la mayor parte de los países europeos; o bien, como en los Estados Unidos, puede fijar las condiciones efectivas, y en tal caso, el contrato colectivo desvanece prácticamente los contratos individuales.

Y es en razón de tal función normalizadora del mercado que se advierte la necesidad de atribuir al contrato colectivo la más amplia esfera de eficacia. Y puesto que en los ordenamientos inspirados en los principios privatísticos eso tiene efectos circunscriptos a los estipulantes (sindicatos y sus afiliados), se plantea el problema de la generalización del área de aplicación.

Tal resultado puede conseguirse de hecho cuando la tasa de sindicalización es muy elevada, mientras que en el caso que no sea así, se han experimentado *in genere* varios mecanismos de extensión: desde el de la *union shop*, que indirectamente extiende el contrato a todos los trabajadores de la empresa, a la generalización del contrato a una entera rama de la producción mediante un acto normativo, hasta el de la eficacia *erga omnes*. Esta última fue introducida en Italia por el régimen corporativo y previsto en la Constitución, pero con una norma que ha quedado inactuada (art. 39, c. 3.º), se realizó en 1959 por una ley "transitoria", que dio fuerza normativa a los contratos entonces existentes. En estos últimos años el general refuerzo de los sindicatos, junto a directivas jurisprudenciales equitativas, han producido de todos modos también en Italia una situación de casi generalización de hecho. Se nota que, cuando es elevada la sindicalización, aunque esté prevista la posibilidad de extensión mediante acto normativo, raramente se recurre a la misma (así en la República Federal Alemana).

Las dos funciones de reglamentación de las relaciones de trabajo y de control sobre el mercado⁴⁸ aparecen por ello estrechamente conectadas, hasta fundirse en una sola. En cambio, la variable a tomar en consideración es la relativa a la fuerza organizativa del sindicato: donde ésta es relevante, la norma común se impone sin el aporte de la fuerza estatal, de otro modo ésta es invocada para consolidar los resultados contractuales.

El hecho que el contrato colectivo y la ley a menudo atañen a la misma materia y que sea frecuente la asunción de normas contractuales en normas legales o en medidas munidas de parecida eficacia, indica que este instituto, en cuanto a los contenidos, es asimilable la mayor parte de las veces a un acto normativo general y abstracto. Pero es importante advertir que el conocimiento de este complejo sistema de reglamentación de las relaciones de trabajo sería parcial, como ocurre con frecuencia en el tratamiento jurídico, donde la atención fuese circunscripta al contrato colectivo considerado en sí y por sí, y no se examinasen los nexos que ligan un contrato con otro, sea en sentido temporal, sea en atención al área geográfica y profesional implicados: vale decir, el proceso o sistema de contratación. En los así denominados sistemas "dinámicos", como el británico, el flujo de acuerdos continuados, a menudo mediando instituciones paritarias, es mucho más importante que el texto formal, continuamente renovado con modificaciones al vencimiento, que signa más bien el ritmo de la contratación en la tradición europea continental y en la estadounidense. Pero también en esta última, si bien se mira, el momento dinámico existe y se expresa en la aplicación de los textos entre un vencimiento y otro: un momento aplicativo que, sobre todo cuando baja a la concreción de las relaciones de empresa, se desarrolla con integraciones e innovaciones que dan cuerpo, cabalmente, a un modelo dinámico. Como todos los modelos, también el que distingue entre forma estática y forma dinámica es esquemático, por esto, si se lo eleva a dogma, puede también ser deformante. De todos modos, es cierto que en la experiencia sindical de Europa continental los contratos colectivos aparecen a menudo en la forma de códigos profesionales, respondiendo a una función más claramente normativa, mientras que el modelo dinámico exalta más bien los aspectos procedimentales de la contratación.

La identidad jurídica del contrato colectivo (naturaleza contractual, reglamentaria, mixta)⁴⁹ está notablemente controvertida, y se puede decir que un debate que dura más de cincuenta años no ha llegado a una conclusión segura. Que una producción normativa pueda acontecer también con el empleo del instrumento contractual ocurre en el derecho público, y en particular en el derecho internacional. El problema que se plantea en orden al contrato colectivo apunta sobre todo a su naturaleza en relación a sus efectos jurídicos. Así la *non enforceability*, salvo expresa voluntad de las partes, confirmada en la más reciente legislación británica (1974), califica al contrato colectivo como una expresión de autonomía social operante fuera de la esfera de los vínculos asumidos como relevantes en el ordenamiento estatal. Al contrario, está bastante consolidada en los Estados Unidos la opinión que el contrato colectivo sea un acuerdo de contenido normativo (*legislativo*), del todo extraño a las formas contractuales tuteladas por el *common law*; a similares conclusiones, aunque más elaboradas, se alcanza allí, como en Alemania y en Francia, el derecho positivo mismo atribuye al contrato colectivo una fuerza imperativa directa. En tal caso, en ausencia de esa institucionalización positiva, el instituto sea reconducido al ámbito del derecho común de las obligaciones, donde la derogación por los sujetos individuales de la norma común puede ser constituida sólo en términos de incumplimiento. Este ha sido el caso de todos los

ordenamientos del *civil law* antes de la emanación de leyes *ad hoc*, y en particular en Italia antes y después del sistema corporativo, aunque ahora una jurisprudencia consolidada, unida a prescripciones legislativas indirectas, tiene en sustancia sancionado el efecto inderogable y configurada por tanto una función normativa imperativa, no obstante de derecho privado.

Es verdad que el contrato colectivo es un instituto con trazos irreductibles sea a las fuentes categorizadas en el derecho público moderno, sea al contrato definido en la codificación. La persistente dificultad de construcción jurídica puede por tanto ser imputada en parte a la terca tendencia de las escuelas jurídicas tradicionales a elevar las propias definiciones de los mecanismos normativos a esencias, a la cual deben reconducirse por necesidad lógica todas las formas de la experiencia jurídica. Tal vicio de método obviamente torna más ardua de la necesaria la definición de un instituto jurídico que ha sido generado por los vínculos sociales del todo específicos respecto de la estructura estatal que produce la ley, así como a los vínculos prevalentemente mercantiles sobre los que se funda la viscosidad histórica; y que en último análisis, se mueve según reglas internas que no es arriesgado definir como "esotéricas"⁵⁰.

VIII. La huelga

También la huelga es un instituto típico e inconfundible del derecho del trabajo, del cual se ha intentado trazar analogías más o menos plausibles con el derecho de resistencia o con los poderes de veto. En realidad el fenómeno de la huelga es la directa derivación de dos aspectos típicos del industrialismo, esto es: a) La sustitución por el contrato de trabajo de las relaciones serviles o vinculadas de la edad precedente; desde este punto de vista, la huelga no es otra cosa que el retiro colectivo y concertado de la fuerza de trabajo del mercado; b) La aglomeración de masas de trabajadores en las fábricas, y la consiguiente formación de condiciones favorables a la organización de acciones colectivas.

La huelga resulta ser históricamente el primer modo de expresión de la protesta colectiva, que da forma a coaliciones más o menos temporarias, de cuya gradual estabilización se ha originado el sindicato⁵¹.

La primera reacción de los ordenamientos, en homenaje a una concepción rigurosamente individualista de las relaciones económicas, por doquiera es represiva; por provocar el alza del precio del trabajo la coalición es penada en los códigos penales o por la doctrina de la *conspiracy*. Esta última se funda sobre el principio por el cual lo que es lícito a cada uno (en nuestro caso: rehusar el trabajo) puede no serlo si es actuado por varios sujetos en forma concertada. A comienzos del siglo, por otra parte aparece generalmente consolidado el principio de la no punibilidad, o bien el de la huelga-libertad: la denegación del trabajo es incumplimiento, y como tal es perseguible pero sólo en sede civil. Los mismos valores fundamentales del Estado liberal tornan difícilmente sostenible la negación de la libertad de disponer del propio trabajo contenida en la prohibición de las coaliciones. Hasta los años treinta, aunque sean epistémicas, permanecen en los Estados Unidos formas de represión de la huelga.

La represión es restablecida y aplicada con extremo vigor en los regímenes fascistas y en los de modelo soviético.

El derecho de huelga forma objeto de garantía constitucional por primera vez en la Carta de Querétaro (México, 1917) y, después de la segunda guerra mundial, en las constituciones francesa, italiana y, más recientemente, en la Constitución portuguesa de 1976. Interesa destacar que tal reconocimiento se da también en la Constitución china de 1975 y se puede por fin añadir que el derecho de huelga está afirmado en importantes cartas internacionales, de variable eficacia sin embargo (art. 6 de la Carta Social Europea, 1965; art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, 1966).

La novedad del derecho de huelga respecto a la libertad de huelga está esencialmente especificada en el efecto que el incumplimiento de la obligación de trabajar produce sobre la relación de trabajo. Allí donde se admite que la huelga tiene por efecto la suspensión de esa relación sin otra consecuencia que la pérdida del salario, se puede afirmar que existe y verdadero y propio derecho de huelga⁵². Aparte de los casos de reconocimiento constitucional, para los cuales no surge problema, el efecto de la suspensión está casi generalmente adquirido ahora en el ámbito de los ordenamientos de libertad sindical. Un análogo resultado producen las normas que disponen la inmunidad de la huelga en las variadas derivaciones del *common law*.

El derecho de huelga, sin embargo no se agota necesariamente en la suspensión, y al contrario es impropio definir un derecho en base a sus efectos jurídicos producidos por su ejercicio. De hecho es en vano referir al contenido del derecho también algunos comportamientos, tutelados por la ley en medida y modo variables, que constituyen los distintos elementos en los cuales se articula la acción de la huelga en su complejo: vale decir, además de la suspensión del trabajo, la deliberación, la difusión y la propaganda, los piquetes pacíficos, etc. Son también referibles al contenido del derecho, porque se dirigen a garantizar la efectividad, las normas que impiden comportamientos obstativos, tales: la sustitución de los huelguistas, los actos de discriminación, la no readmisión al trabajo al concluir la huelga. En el desenvolvimiento de una huelga, la suspensión del trabajo es el hecho central, pero no lo es todo; por tanto la garantía de abstenerse del trabajo, esto es el efecto suspensivo, no es suficiente para agotar el contenido del derecho de huelga.

Raramente la huelga se substrahe a alguna forma de reglamentación dictada por la ley o elaborada por la jurisprudencia, o en fin, definida por los contratos colectivos o por normas internas de los propios sindicatos. La reglamentación se articula en general en razón de: a) Los fines de la huelga (económicos, políticos, etc.); b) La modalidad de la actuación (preaviso, límites de las así llamadas formas anómalas, salvaguardia de las instalaciones y de los servicios esenciales, etc.); c) Los sujetos (trabajadores del sector privado, dependientes públicos, funcionarios, personal militar, etc.); d) El procedimiento de conciliación y de mediación, el arbitraje. La serie de los problemas es vastísima y no es posible dar cuenta de ellos, en cambio aparece útil el intento de definir los trazos esenciales de un derecho común, junto con una indicación de los temas más debatidos en el momento actual.

A lo sumo, es un dato verificar que la titularidad de la huelga ahora está extendida también al sector público, si es que no a su totalidad (véase p. ej. las excepciones de los funcionarios o *Beamte* de la República Federal Alemana y, por otra parte la casi general de los militares); la huelga política ha sido declarada admisible sólo en Italia (con la sentencia n.º 290 de la Corte Constitucional); la salvaguardia de los servicios esenciales está prevista en normas legales o, como en Italia y en la República Federal Alemana por orientaciones jurisprudenciales o por formas de autodisciplina.

Es raro el recurso a verdaderas y propias formas de arbitraje que, por otra parte, en su versión obligatoria, sería difícilmente compatible con el derecho de huelga, pero aparece creciente la intervención de los órganos políticos en la mediación de los conflictos o en la preventiva determinación de los aumentos salariales (política de rentas; *guidelines*). En otras palabras, mientras que se ha consolidado un amplio reconocimiento de la legalidad del conflicto (si caso con desviaciones notables, basta confrontar la República Federal Alemana con Italia), son crecientes las tendencias hacia formas de gestión política de aquél. Esto ha determinado también la escasa funcionalidad de los órganos de mediación de tipo parajurisdiccional⁵³, que sobre todo por la sugestión de las experiencias singulares en Austria y en Nueva Zelanda han tenido una cierta difusión en los primeros decenios del siglo.

Otro dato a registrar es, en general lo poco incisivo de la reglamentación no sostenida en el consenso de los trabajadores organizados o bien de una vasta parte de la opinión pública. El caso de la *Industrial Relations Act* de 1971 en Gran Bretaña y abrogada sólo tres años después, ha sido la manifestación más clamorosa de quiebra de una reglamentación impuesta en el pleno contraste con los principales destinatarios; en cambio, se puede señalar cómo la reglamentación restrictiva introducida en los Estados Unidos en 1947 y gradualmente elaborada en la República Federal Alemana por el Tribunal Federal del Trabajo, sobre todo en el período de la presidencia del profesor H.C. Nipperdey, hayan sustancialmente resistido a la más o menos compacta hostilidad de los sindicatos. Al contrario, en Italia y en Francia la resistencia de estos últimos, en la práctica ha esfumado la fuerza represiva de las leyes o de las directivas jurisprudenciales, concerniente por otra parte sólo a conflictos o modalidades de conflictos particularmente graves para la colectividad (servicios públicos) o para la contraparte (las huelgas denominadas articuladas o parcializadas o intermitentes).

Particular relieve ha mostrado el problema de la atribución del derecho de huelga a cada trabajador o bien al sindicato, y de ahí el tratamiento de la así denominada huelga salvaje. La legitimidad de esta última o es ahora admitida (Italia, Francia) o es negada (República Federal Alemana, Estados Unidos), y también las opciones del ordenamiento son indicios de diversas concepciones del sindicato o de la acción sindical, según que se privilegie el elemento de espontaneidad o de movimiento, o bien el de la organización.

Mientras que al cabo de una elaboración pluridecenal el tema de la huelga ya tiene firmes algunos puntos, más abiertos son los problemas concernientes a la otra forma de tutela: del cierre patronal que es ilícito en Italia, plenamente admitido en otras partes (Suecia, por ejemplo), a la huelga blanca o a las

varias formas de retardo concertado de la producción, y por fin a la ocupación del establecimiento que, a menudo usada como medio de defensa contra los despidos, se halla en este último decenio, en el centro de una clamorosa vicisitud en varios países (el más clamoroso de todos, el caso Lip en Francia). La autotutela, este aspecto singular y al mismo tiempo esencial del derecho sindical, aparece reacia a colocarse en un orden estático y, así como en algunos casos todavía aparecen indeterminados los límites del derecho de huelga, un cono de sombra queda proyectándose sobre otras formas de acción directa.

Por otra parte aparece bastante clara la ingobernabilidad del fenómeno con los instrumentos sancionatorios normales, sea de tipo civil o sea de tipo penal, que por el contrario en los conflictos más generalizados terminan frecuentemente por quedar encerrados o sustituidos por la mediación política. Esto puede inducir a importantes reflexiones sobre la naturaleza de los Estados de democracia social, en los cuales el principio de legalidad puede ser sometido a verificaciones de concenso en conflictos que, trascendiendo o rozando los límites de la legalidad, hacen aparecer soluciones de continuidad del orden mismo. A diferencia de la revolución o de la huelga general soleriana, tales vicisitudes no constituyen sin embargo factores de vuelco del orden legal, pero en definitiva han producido la modificación de equilibrios políticos en el ámbito de la continuidad del sistema.

IX. Las innovaciones de la estructura y de la técnica jurídica

El derecho del trabajo ha ejercido una profunda influencia en la transformación de las estructuras jurídicas en las cuales se desarrolla, y particularmente de las referibles al derecho constitucional y al derecho civil.

Un impacto verdadero y propio sobre la estructura del Estado representativo se verifica en verdad sólo en los regímenes que sustituyen o integran las representaciones políticas con las sindicales: la idea del "Estado sindical"⁵⁴, bastante difundida en los primeros decenios del siglo y propuesta como alternativa a la crisis del Estado liberal, halla realización en los regímenes autoritarios de partido único y se confunde con la concepción corporativa del Estado. En las constituciones del modelo soviético, la participación sindical en los órganos representativos asume la forma indirecta de las listas electorales unitarias; por ello no genera una sustancial modificación en la estructura representativa que permanece impuesta sobre base política.

De mayor interés es el examen de las modificaciones acaecidas en los regímenes de democracia representativa, en la relación entre los poderes del Estado. Bajo este aspecto, los dos fenómenos de relieve más sobresaliente son: a) El impulso a la centralización verificada en los Estados federales o también de estructura legislativa compuesta como la del Reino Unido⁵⁵, determinado en primer lugar, especialmente en los Estados Unidos en la fase del *New Deal*, por la exigencia política de superar las resistencias locales, y en segundo lugar, por la de establecer *standards* de conductas uniformes, sea para los trabajadores, sea para los empresarios; b) La asunción de un papel central de

parte del Parlamento a consecuencia de la difusión de leyes especiales que superan las tradicionales fuentes del derecho entre los particulares (códigos, *common law*) y paralelamente, sobre todo en el área del *common law* comprimen la discrecionalidad del Poder Judicial. Tal efecto sólo en parte está contrabalanceado por el importante papel asumido por las Cortes constitucionales, donde éstas funcionan. La intervención legislativa está visiblemente extendida, en el último período también en Gran Bretaña, donde la abstención de la ley en el campo de las relaciones de trabajo estaba dirigida no ya a ampliar el área jurisdiccional, sino al contrario mantener la naturaleza "no accionable" de las fuentes colectivas, poniéndoles un dique⁵⁶.

Por fin y sobre todo a través del pasaje abierto por el derecho del trabajo se ha verificado la penetración de los derechos constitucionales en la esfera de relaciones entre particulares. Negando tal efecto en los Estados Unidos (*Drittwirkung*) ha sido reconocido en la República Federal Alemana, sobre todo por parte de los tribunales del trabajo⁵⁷, y con menores resistencias, en Italia.

El campo de elección de las capacidades de transformación del derecho del trabajo ha sido usualmente el derecho privado. Las nuevas técnicas jurídicas generadas y experimentadas por aquél, con frecuencia se revelan capaces de efectos difusivos sobre toda el área privatista. La antigua discusión sobre la separación del derecho del trabajo respecto del derecho civil⁵⁸ tal vez aparece superable desde el momento que este último, abriéndose a nuevas direcciones metodológicas, recorre un proceso de transformación paralelo al del derecho del trabajo.

Entre las nuevas técnicas jurídicas introducidas o difundidas con el derecho del trabajo, las siguientes parecen particularmente dignas de enumerar:

a) Las normas imperativas que se imponen a la voluntad de las partes y modifican directamente el contenido de los negocios puestos por éstas. La sustitución por la ley (o por el contrato colectivo) de los contenidos negociales queridos efectivamente por las partes —sucesiva y ampliamente practicada también en los contratos de venta, de suministro, de locación, etc.— transforma profundamente la esencia misma del contrato que, de instrumento para producir efectos jurídicos queridos deviene un medio para realizar efectos legales, a veces ignorados, o ni siquiera previsibles por los contrayentes⁵⁹.

La imperatividad —como se ha manifestado (ver *supra* § 7)— se extiende también a los contratos colectivos y expresa de tal modo una relación de prevalencia de los intereses del grupo sobre los intereses individuales. Tal relación aparece de nuevo más evidente frente al principio de irrenunciabilidad de parte del trabajador a los beneficios del contrato (como también a los de la ley) que en general derivan del principio de inderogabilidad.

b) La obligación de contratar, como está establecido por ejemplo en la asunción obligatoria de personas con menor capacidad laborativa, golpea la autonomía contractual en su mismo momento genético. No es sorprendente por tanto la fuerte resistencia que todavía hay para admitir la constitución coactiva del vínculo, y las inclinaciones de la jurisprudencia, cuando faltan explícitas normas positivas, a demostrarse sobre la responsabilidad resarcitoria. En cambio, en el derecho sindical aparece la figura diferente de la obliga-

ción del empresario a negociar, es decir a conducir las tratativas para el contrato colectivo, sin por otra parte la obligación de concluirlos. Admitida en la legislación sueca (de 1936 y ampliada en 1976)⁶⁰ y en la norteamericana (1935), además en la *Industrial Relations Act* británica (1971-1974), la obligación de negociar es preponderantemente negada por la jurisprudencia italiana, en el cuadro de numerosos pronunciamientos en materia de represión de la conducta antisindical (art. 28 del *Statuto dei Lavoratori*). Se ha entendido en efecto extraña a la consideración del legislador, en el acto en el cual ha dispuesto una especial tutela de la actividad del sindicato, la materia de los vínculos de este último con la contraparte, que en definitiva habría confiado a la discreción del juez la solución de complejos problemas de representatividad y de legitimación para negociar.

La *Employment Protection Act* (1975) británica, por fin, ha configurado una obligación del dador de trabajo de consultar al sindicato y de proporcionarle informaciones útiles para la contratación; a ese propósito puede hablarse, de una obligación atenuada de negociar.

c) La incoercibilidad de las obligaciones de hacer, principio fuertemente afianzado en el derecho civil, aunque no falten excepciones en el procedimiento civil francés y alemán, ha sido resquebrajado por las leyes limitativas del poder de despido, cuando han reconocido (pero no en todos los ordenamientos) el derecho a la reinstalación. De hecho si ahora persiste la imposibilidad natural de constreñir al empresario a dar trabajo al prestador reinstalado por orden del juez, se ha clarificado que ello no es suficiente para sostener el dogma de la incoercibilidad, porque aparece siempre posible la coacción indirecta mediante el empleo de sanciones aflictivas. Esto ha conducido, al menos en algunos ordenamientos a superar la solución de la erogación indemnizatoria, repetidamente experimentada, y siempre resultada inidónea para garantizar la efectividad de la tutela respecto del despido arbitrario. En razón de estos desarrollos normativos se ha hablado de un "derecho al puesto de trabajo", que, con énfasis excesivo, ha sido a veces asimilado a los derechos reales⁶¹.

d) No menos debilitado aparece el concepto de corresponsabilidad. El reconocimiento de la continuidad del vínculo, a veces con retribución, en casos de imposibilidad temporaria de la prestación, o en hipótesis individualizadas en razón de exigencias político-sociales (desde las vacaciones a los permisos retribuidos por actividad sindical), ha hecho impracticable el recurso del principio de equilibrio entre las prestaciones en la ejecución del contrato, o más probablemente, lo ha reducido a operar en un área residual que luego aparece siempre más restringida. Hoy se controvierte si se debe considerar admisible la suspensión de la retribución por falta temporaria de trabajo, como tranquilamente se había deducido en el pasado, del principio de corresponsabilidad, o si en vez debe darse por acaecida la transferencia del riesgo al dador de trabajo, dejando a salvo naturalmente la posibilidad de cobertura asegurativa del mismo (en Italia, la *Cassa integrazione guadagni*).

e) Son además notables los efectos inducidos en las técnicas sancionatorias. Aparte de la introducción de la vigilancia administrativa de la ejecución de contratos privados, que fue a su tiempo una conspicua innovación, hoy

aparece siempre más marcada la tendencia atribuir al juez poderes de intervención con fisonomía imperativa, y para delimitar formas de ejecución no solamente patrimoniales en función resarcitoria. Los ejemplos pueden ser extraídos de la legislación sindical estadounidense, imitada en la efímera *Industrial Relations Act* británica; en la legislación sueca (donde la condena patrimonial a los 'daños generales' en realidad es una sanción); en el *Statuto dei lavoratori* italiano y de los nuevos comportamientos procesales provocados por él; también, por fin, de las leyes antidiscriminatorias, comprendida la italiana (1977) sobre igualdad en el trabajo entre hombres y mujeres. La función jurisdiccional, a veces destinada no solamente a dirimir controversias entre poseedores de bienes, sino a garantizar reglas del juego en los conflictos colectivos o la satisfacción de intereses del trabajador no inmediatamente traducibles en valores económicos ni a realización indefinidamente postergada en el tiempo, requiere rapidez procesal y amplitud de medios instructores y ejecutivos que son del todo extraños al proceso dispositivo propio de la tradición suroccidental.

En sintonía con esta línea de evolución aparece la atribución de legitimación procesal al sindicato, para la tutela de intereses propios o del grupo; es de señalar, por otra parte, que paralelo a este reforzamiento del instrumento jurisdiccional opera la tendencia a la devolución de la materia contenciosa a sedes conciliatorias y arbitrales reguladas en el ámbito de la contratación colectiva. En tal sede de "jurisdicción privada", acción individual y acción colectiva esfuman con frecuencia sus diferencias, o, cuando menos, tiene lugar la devolución de la primera al pleno control sindical. Tal es la característica de las *grievance procedures* norteamericanas, que tienen origen en el recurso empresarial y terminan en verdaderas y propias decisiones arbitrales munitas de plena eficacia jurídica.

f) Finalmente, ha surgido, sobre todo en el ámbito de las recientes legislaciones antidiscriminatorias, que ni siquiera la sanción alictiva sea suficiente para la realización de algunos objetivos de política legislativa. Se perfila entonces el recurso a la *affirmative action*⁶², y esto es la intervención jurisdiccional o bien administrativa, encaminada a modificar la situación actual, con medios tales como la instalación en el trabajo (con técnicas compulsivas ver *supra* punto b) pero también, y más frecuentemente, persuasivas) de sujetos pertenecientes a grupos discriminados; la determinación de condiciones de trabajo conformes a las particulares exigencias de tales sujetos (cual la obligación impuesta al empresario, en los Estados Unidos, de hacer todo esfuerzo razonable para adaptar el desarrollo del trabajo a las exigencias de las minorías religiosas). La acción afirmativa es mencionada aquí como técnica jurídica; es evidente que puede extenderse en una dirección de política general (plena ocupación, política activa de la mano de obra, calificación profesional de grupos bajo protección) y adquiere también mayor eficacia, poniéndose sin embargo en un marco extraño al objeto del presente estudio por devenir un capítulo de política social.

X. Las fronteras actuales del Derecho del trabajo

Por toda una serie de argumentos es particularmente viva la sucesión de innovaciones normativas. En algunos ordenamientos ellas ya han tenido curso, en otros es intenso el debate preparatorio y es fuertemente probable la innovación misma.

La institución que ha sufrido las más profundas mutaciones ha sido sin duda la del despido que se ha transformado radicalmente de la forma *ad nutum* a un acto motivado y sujeto a control judicial. Con tal cambio se ha cerrado prácticamente el ciclo evolutivo que tiene origen en el contrato de provisión de obra (ver *supra* § 4) mensurable en la cantidad de acuerdo a las exigencias de la producción y del mercado, sujeto a su vez, a la libre voluntad del empresario. Quedan aún abiertos los problemas inherentes al reintegro efectivo en el puesto de trabajo y los conexos a los despidos por reducción del personal, frecuentemente sujetos a controles sindicales y administrativos preventivos, pero en general no considerados sujetos a un control de motivo, y que se resolverían en un control sobre la política de la empresa.

Otro sector en pleno desarrollo es el de la tutela del trabajador contra la discriminación. La discriminación antisindical ha sido la primera en ser afrontada por las leyes de sostén de la actividad sindical y dispone en casi todas partes de una gama amplia de defensas jurídicas. En el concepto de discriminación en el sentido más amplio se computan todos los casos en los cuales el desequilibrio contractual entre las dos partes se encuentra agravado por la pertenencia del trabajador a grupos raciales y étnicos, los extranjeros y las minorías lingüísticas. Ahora es actualísimo el problema de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, al cual le han sido dedicados algunos entre los más recientes y significativos textos legislativos (Estados Unidos, 1963 y 1972; Gran Bretaña, 1975; Italia, 1977). Vale recordar que la política legislativa antidiscriminatoria ha comportado la adopción de técnicas jurídicas algunas nuevas y más eficaces que las usuales normas civilísticas de invalidez. La misma calificación del motivo discriminatorio como ilícito no ha aparecido como suficiente para cubrir el área íntegra del fenómeno: por esto, en la normativa americana y británica, el recurso al criterio estadístico, por el cual puede ser considerada discriminatoria la situación en la cual un grupo resulta estadísticamente marginado, prescindiendo de las razones de tal eventualidad.

La discriminación por motivos religiosos y políticos es objeto de directa atención legislativa, mientras aparece digna de mención la tendencia perceptible sobre todo en la jurisprudencia, de afirmar la irrelevancia de la conducta privada en la relación de trabajo⁶³. Estos varios aspectos se mueven según líneas no paralelas. La irrelevancia de la vida privada sigue de cerca a los profundos cambios experimentados en las costumbres y que atañen a la conducta moral así como la vestimenta, el aspecto exterior, etc. Tal es un aspecto del problema más general de la tutela de la *privacy* (véase en el *Statuto dei lavoratori* italiano, la prohibición de indagar en la materia), y en nuestro caso concurre a acentuar la despersonalización legal de la relación, en cuanto asume

la implicación de la persona como un dato de hecho a limitar con el instrumento jurídico (véase también con referencia a las doctrinas más acentuadamente personalísticas, *supra* § 4). Acerca de la discriminación religiosa, vale la pena observar ahora que se ha insertado el problema de adaptar en cuanto sea posible los métodos de trabajo con las exigencias de práctica del culto (así en particular, en los Estados Unidos, pero también en los países europeos con fuertes alcúotas de inmigrantes musulmanes). La discriminación política, finalmente, es objeto de general execración, pero en realidad se mantiene bajo formas atenuadas o disfrazadas, sobre todo en el empleo público, hasta llegar a emerger, en algunos casos con toda evidencia (véase entre los regímenes de pluralismo democrático, el caso del *Berufsverbot* en la República Federal Alemana). Digna de relieve es asimismo la afirmación usual de la Corte suprema americana y la de la República Federal Alemana, que la simple pertenencia a un partido reconocido como subversivo no es suficiente para justificar la discriminación.

Una verdadera y propia zona de frontera está constituida por el empleo público. Excluido tradicionalmente del campo del derecho del trabajo, también en homenaje a una concepción extracontractual y del todo publicística del vínculo, el empleo público se apropia gradualmente de los instrumentos del derecho sindical, y en todo o en parte viene al mismo la fuente contractual colectiva. Paralelamente a tal proceso se pone en discusión la naturaleza misma de la relación y es discutida la acontractualidad: en efecto, la predeterminación heterónoma de los contenidos es ya propia también de la relación privada, mientras que la "nominación" al empleo, que debe ser siempre aceptada por el superior, aparece como una mera variante procesal en la formación del contrato. Excepción hecha de los altos niveles administrativos (el *Beamte* alemán), es fácilmente profetizable que el empleo público será gradualmente atraído por el derecho del trabajo.

En la relación de trabajo privado se perfila por otra parte una nueva marca de frontera, que en cambio aparece en parte ya ocupada por el empleo público, y se trata del derecho al desempeño efectivo del trabajo. Dado por conquistado para las prestaciones de alto valor técnico o artístico (el caso más frecuentemente ejemplificativo es el del interés del cantante lírico a la ejecución del texto), pero negado en otras hipótesis, tal restricción aparece siempre menos justificada frente a orientaciones tendientes a la salvaguardia del desarrollo o de la experiencia profesional. Mientras la concreción del derecho al trabajo, principio o utopía de la revolución de 1848, aparece en su plenitud como tema de política social⁶⁴, el derecho al desempeño de la prestación parece encaminarse, particularmente en la jurisprudencia alemana⁶⁵ hacia perspectivas desconocidas e irrealizables en la construcción civilística del contrato de trabajo como mero cambio entre prestaciones y remuneraciones.

La relación trabajo-empresa queda en fin como tema abierto a las perspectivas más problemáticas, y al mismo tiempo, a la ingeniería social. Aparece evidente que el mismo concepto de empresa, prestado del derecho comercial, es insuficiente para encuadrar la normativa iuslaboralista⁶⁶. La empresa, en

efecto, es tratada por el ordenamiento jurídico dentro de la actividad del empresario del mercado, no bajo el perfil que en cambio aquí aparece, de la organización del trabajo. Más en respuesta a esta última exigencia ha aparecido el concepto de *Betrieb* o de "unidad productiva", que expresa un fenómeno organizativo. Lejos de haber sido resuelto, todavía aparece el problema tan antiguo como es antigua la producción en forma artesanal, de la vinculación entre la pluralidad de relaciones de trabajo que coexisten en una unidad productiva. La posición del empresario como único titular sirve a los fines de la coordinación para una finalidad común; pero la ejecución de las múltiples relaciones puede comportar momentos de colaboración directa o también de conflicto (por ejemplo en caso de huelga parcial) entre los trabajadores).

Las doctrinas organicistas, más difundidas en el área germánica, se hallan ciertamente en grado de afrontar el problema con instrumentos más adecuados que no los rigurosamente contractuales. De las premisas doctrinarias emergen, por otra parte, muy diversas respuestas de política del derecho, dado que las afirmaciones de una solidaridad jurídica entre los trabajadores pueden hacer aflorar una responsabilidad de unos por los comportamientos de otros (véase todavía el ejemplo de la huelga parcial, y asimismo, los aflojamientos productivos, las ausencias no justificadas, los infortunios). Tal conclusión puede aparecer incompatible con la naturaleza de una relación cuya característica es precisamente la asunción por parte del empresario del riesgo por el resultado de la prestación laborativa.

La verdad es que el consenso en torno a determinadas premisas teóricas no extrae sus raíces de su congruencia lógica, sino más bien de una valoración política y de ello surge que el argumento no puede ser separado del problema subyacente: y es aquél de las relaciones de poder en la empresa. Este último aspecto trae consideración la definición del área de la intervención del "poder colectivo" de los trabajadores en el campo de las decisiones económicas del empresario. Trátase del problema de los *managerial rights* o, visto de otra manera, de la participación o codeterminación de los trabajadores en la gestión de la empresa.

Existe una marcada línea de tendencia en el sentido de una restricción del área de la libre gestión del empresario, y de ello surgen indicios o realizaciones significativas ocurridos casi contemporáneamente en los años más recientes: la generalización de la cogestión en la República Federal Alemana (1976) aunque sea en forma no concluyente paritaria; la sustitución del principio de la *joint regulation* por el de reserva de las *managerial prerogatives* en Suecia (1976); el informe de la Comisión real presidida por Lord Bullock en Gran Bretaña, que contiene propuestas de cogestión paritaria; la contratación sobre inversiones, iniciada en Italia a partir de 1974. Sin duda, éste es uno de los campos más fecundos de evolución, que no podrá evadir profundas revisiones en la misma doctrina jurídica. Las líneas de mutación, por otra parte, dependen de variables de orden político, a valorarse en sede apropiada.

XI. Las ideologías y los modelos normativos

Las investigaciones sobre ideologías sustentantes de las doctrinas jurídicas, han puesto de relieve como entre la ideología profesada y las operaciones conceptuales que vienen de vez en vez a ser cumplidas, se interpone una opción, a veces exteriorizada, a veces inconsciente, de un "modelo" normativo que interpreta el derecho positivo en función de una elección de política del derecho expresada en lenguaje técnico-jurídico. Desde este punto de vista, se puede afirmar una relativa autonomía de los modelos normativos respecto de las ideologías, así que, mientras aparecería pobre de resultados de relieve una clasificación de los autores (o también de las decisiones), en razón de la ideología de los mismos (o de los expositores de las mismas), más fecunda de resultados aparece la reconstrucción de modelos en referencia a los cuales puedan haberse acercado los protagonistas del reconocimiento del derecho del trabajo como ciencia social. Al sólo efecto de suministrar una ulterior clave de lectura del argumento, es dado formular, con amplio margen de aproximación, una clasificación en los términos que siguen; ella ha sido elaborada con referencia casi exclusiva a los ordenamientos jurídicos fundados sobre el antagonismo conflictual (ver *supra* § 5):

a) El modelo del derecho de clase que, cuando no es afirmación retórica, como aparece frecuentemente en los primeros autores de orientación socialista, concibe el derecho del trabajo (y especialmente el sindical), como estructura jurídica alternativa al derecho burgués, inserta en el ordenamiento jurídico con la finalidad de fermentar la transformación en sentido socialista.

b) El modelo personalista y organicista, aclimatado en las doctrinas de origen católico, pero no infrecuente incursionador en las socialistas (especialmente en Alemania), en el cual vienen exaltados los valores de solidaridad profesional y/o también interclasista. En tales modelos, el derecho sindical gira en torno a la autorresponsabilidad de las categorías o de las profesiones organizadas, y el contrato de trabajo se tiñe de contenido asociativo o se vincula a instituciones colectivas cogestionales. El tránsito hacia los verdaderos y propios modelos corporativos fluye ágilmente y no requiere saltos conceptuales.

c) Los varios modelos de impronta reformista, que reiteran su origen en el "socialismo jurídico", o en los varios movimientos de reforma social, en los cuales viene generalmente valorizado el momento de la acción colectiva, pero es privilegiada netamente la intervención legislativa en tutela del contratante más débil. El nuevo derecho no es sin embargo entendido como premisa y momento de un proceso de transformación, sino más bien como un valor en sí mismo, idóneo para obtener resultados definitivos, aunque graduales, de justicia social.

d) Los modelos del conflicto industrial, elaborados sobre todo sobre las experiencias y condiciones histórico-políticas de los países de capitalismo avanzado, en los cuales confluyen elementos de tradición socialista y también marxista, aunados con las concepciones competitivas y antagonistas propias del pensamiento liberal. Coherente con estos modelos se halla la valorización

de la contratación colectiva y de la función del sindicato como "contrapoder", de lo que proviene frecuentemente afirmada la permanente necesidad histórica también de una perspectiva de transformación socialista completa.

Los autores, las doctrinas, las varias tendencias de política del Derecho (legislativas y judiciales) aquí analizadas pueden ser adscriptas a una o a otra voz de la tipología recién enunciada, si bien la operación presenta considerables márgenes de incertidumbre o de riesgo, debido al hecho que raramente las operaciones conceptuales de los juristas son cumplidas con consciente coherencia con los modelos, aptas para explicar las valencias políticas. Las mismas investigaciones en tal sentido aparecen como escasas, aunque vale la pena merituar el hecho de que hay contribuciones significativas a propósito del Derecho del trabajo (Tarello, Däubler)⁶⁷.

NOTAS

1. Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Vol. I, Leipzig, 1902; Vol. II, von Duncker, Peipzig, 1908. Sinzheimer, *Der Korporative Arbeitsnormenvertrag*, Vol. I, Dunker und Humblot, Leipzig, 1907; Vol. II, Dunker und Humblot, 1908.
2. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Rousseau, Paris, 1903, 1922⁵. Leroy, *La coutume ouvrière*, 2 vol., Giard & Briere, Paris, 1913.
3. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, S.E.L., Milano, 1901, 1915, 1917². Messina, "I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro", en R.D. Coom. 1904, I, 458; ahora en *Scritti giuridici*, vol. IV., Giuffrè, Milano, 1948, págs. 3-54.
4. S. y B. Webb, *Industrial Democracy*, London, 1902 (trad. ital., *Democrazia industriale*, Utet, Torino, 1912).
5. Commons, *Legal Foundation of Capitalism*, McMillan, New York, 1924. Adams, *Relations of the State to Industrial Action*, en *Publications of the American Economic Association*, 1886-1887, I, págs. 445-459; ahora en *Relation of the State to Industrial Action and Economy and Jurisprudence* (editor Dorfman), Columbia University Press, New York, 1954).
6. Soelle, *Le droit ouvrier*, Paris, 1922.
7. Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, G. Fischer, Jena, 1927². Kaskel, *Arbeitsrecht*, Springer, Berlin, 1924. Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig, 1927.
8. Jaeger, *Principi di diritto corporativo*, Cedam, Padova, 1939. Chiarelli, *Lo stato corporativo*, Cedam, Padova, 1936.
9. Gurvitch, *Le temps present et l'idée du droit social*, Vrin, Paris, 1931.
10. Para el período alemán, ver Kahn-Freund, *Der Funktionswandel des Arbeitsrechts*, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1932, LXVII, págs. 146-174; ahora en *Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918-1933* (editor Ramm), Luchterhand, Neuwied a. R.-Berlin, 1966, págs. 211-245.

11. Wedderburn, *The Worker and the Law*, Penguin, 1971².
12. Hueck, Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, F. Vahlen, Berlin. Frankfurt a.M., vol. I, 1963⁷; vol. II, t. I, 1967⁷, t. II, 1970⁷.
13. Nihisch, *Arbeitsrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen, vol. I, 1961³; vol. II, 1959²; vol. III, 1966.
14. Ramm, *Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Beitrag zu Einer Verfassungslehre*, G. Fischer, Stuttgart, 1965. Véase también la significativa colección de ensayos del período weimeriano, *Arbeitsrecht und Politik*, Luchterhand, 1966.
15. Daübier, *Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht, zum Selbstverständnis der Arbeitsrechtswissenschaft, Demokratie und Recht*, Köln, 1974.
16. Schmidt, *Law and Industrial Relations in Sweden*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1977.
17. Durand, Jaussand, Vitu, *Traité de droit du travail*, 3 vol., Dalloz, Paris, 1964-1965.
18. Lyon-Caen, "Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche)", en *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, págs. 229-248.
19. Santoro Passarelli, "Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero", en *RISG*, 1949, págs. 138-162, ahora en *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, vol. I, 1961, págs. 177-204; id. *Autonomia collettiva*, en *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1969, ahora en *Saggi...*, págs. 255-266. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano, en Il contratto di lavoro nei paesi membri della CECA*, CECA, 1965, págs. 407-504.
20. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960. Mancini, *Costituzione, e movimento operario*, Il Mulino, Bologna, 1976. Romagnoli, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.
21. V. el volumen colectivo *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1977; y en particular el ensayo de M. Rodríguez Piñero, *Un modelo democrático de relaciones laborales*, págs. 11-41.
22. Persiani, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960.
23. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiri*, Roma, 1906.
24. Amirante, *Ricerche in tema di locazione*, Giuffrè, Milano, 1968.
25. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*. Tübingen, 1890 (trad. ital. *Il diritto civile e il proletariato*, Bocca, Torino, 1894) (trad. española, *El derecho civil y los pobres*, Librería Gr. de Bictoriano Suárez, Madrid, 1898; ed. Atalaya, Buenos Aires, 1947; nota de los traductores).
26. Pic, *Traité...*, pág. 4.
27. Pothoff, *Arbeitsrecht, Das Ringen und Werdendes Recht*, Mauritius, Berlin, 1928. Sinzheimer, *Grundzüge...*
28. Siebert, *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der Nationalen Arbeit*, Hamburg, 1935.
29. Gierke, *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, en *Berliner Festschrift für Brunner*, München, 1914, pág. 37 y sgtes. Nikisch, *Die Grundformen des Arbeitsvertrags und des Anstellungsvertrags*, Reimar Hobbing, Berlin, 1926.

30. Ascarelli, *Su un diritto comune del lavoro*, en *Studi di diritto comparato e in di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, págs. 135-154.
31. Weltner, *Foundamental Traits of Socialists Labour Law*, Akademiai Kiadó, Budapest, 1970, pág. 117.
32. Acerca de la individualización del trabajador como el contratante más débil, véase Menger, *Das bürgerliche...*, pág. 23; Commons, Andrews, *Principles of Labor Legislation*, McMillan, New York, 1936⁴, pág. 502.
33. Kahn-Freund, *Labour and the Relations between Law and public Opinion in England during nineteenth Century*, London-New York, 1905.
34. Dicey, *Lectures on the Relations between Law and public Opinion in England during nineteenth Century*, London-New York, 1905.
35. Wedderburn, *The Worker...*, pág. 79.
36. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, pág. 25.
37. Weltner, *Foundamental...*, pág. 172.
38. Kahn-Freund, *Labour...*, pág. 6.
39. Con referencia a la historia americana, en la cual las primeras coaliciones se formaron en el estadio del capitalismo mercantil, véase Commons y otros, *History of Labor in the United States*, 4 vol., McMillan, New York, 1918-1935, vol. I, p. 8.
40. Sellier, *Les relations industrielles. Choix de textes commentés*, Presses Universitaires de France, Paris, 1976.
41. Spyropoulos, *Relaciones laborales. Conceptos y tipología internacional*, Instituto Nacional de Estudio de Trabajo, México, 1976, pág. 17.
42. Fox y Flanders, "Reform of Collective Bargaining: from Donovan to Durkheim", en *BJIR*, 1969, VII, págs. 151-180 (trad. ital.: "La riforma della contrattazione collettiva: da Donovan a Durkheim", en *E. & L.*, 1969, págs. 507-569).
43. Giugni, *Introduzione...*, passim.
44. Scelle, *Le droit...*; Kahn-Freund, *Labour*, pág. 122.
45. Fox y Flanders, *Reform...*, pág. 157.
46. Sinzheimer, *Der Korporative...*, pág. 92 y sgtes.
47. Id., *Der Korporative...*, pág. 171.
48. Kahn-Freund, *Labour...*, pág. 122 y sgtes.
49. Despax, *Conventions collectives*, en *Traité de droit du travail* (dirigido por Camerlynck), t. VII, Dalloz, Paris, 1966.
50. Kahn-Freund, *Labour...*, pág. 56.
51. Kahn-Freund, "Intergroup Conflicts and their Settlement", en *Bit. J. Sociol.*, 1964, págs. 1923-227 (trad. ital.: "I conflitti tra gruppi e la loro composizione", en *Pol. Sind.*, 1960, págs. 9-42).

52. Calamandrei, "Significado costituzionale del diritto di sciopero", *RGL*, 1952, I, págs. 221-224; y en *Opere giuridiche*, vol. III, 1968, Morano, Napoli, págs. 443-469.
53. Lyon Caen, *Du rôle...*, p. 242.
54. Sobre el tema, véase Cassese, Dente, "Una discussione nel primo ventennio del secolo. Lo Stato sindacale", en *Quaderni storici*, 1971, págs. 943-970. Entre los autores que abordaron el tema se destaca Gaetano Mosca y en particular los ensayos reunidos en *Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare*, Laterza, Bari, 1949.
55. Kahn-Freund, "The Impact of Constitutions on Labour Law", *C.L.J.*, 1976, XXXV, págs. 240-271, aquí pág. 245 (trad. ital. DLRI, 1979, pág. 77-110, "La incidenza delle costituzioni sul diritto del lavoro").
56. Wedderburn, *The Worker...*, pág. 23.
57. Ramm, *Einführung in das Privatrecht, BGB Allgemeiner Teil*, vol. I, Beck, München, 1974².
58. Lyon Caen, *Du rôle...*, pág. 231.
59. Rodotà, *Le fonti...*
60. Schmidt, *Law...*, pág. 80.
61. Meyers, *Ownership of Jobs: a Comparative Study*, Institute of Industrial Relations, Ucla, Los Angeles, 1964.
62. Schmidt y otros, *Discrimination in Employment*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1978.
63. Id., *Discrimination...*, pág. 191 y sgtes.
64. Mancini, *Costituzione...*, pág. 67.
65. Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch...*, vol. I, 1963⁷, págs. 380 y sgtes.
66. Lyon Caen, *Du rôle...*, pág. 235.
67. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Comunità, Milano, 1972²; Daübler, *Gesellschaftliche...*